

ESTUDIOS  
INTERNACIONALES

---

ISBN: 956 - 19 - 0165 - 9

**NUEVAS DIMENSIONES  
EN LA PROTECCION  
DEL INDIVIDUO**

Obra editada bajo la dirección de:

*JEANNETTE IRIGOIN BARRENNE*

FRANCISCO CUMPLIDO  
RODRIGO DIAZ ALBONICO  
ALEJANDRO ESCOBAR  
JAIME ESPONDA  
ROBERTO GARRETON  
HECTOR GROS ESPIELL  
MARIA TERESA INFANTE  
JEANNETTE IRIGOIN  
ROBERTO KOZAK  
LELIO MARMORA  
ALBERTO MAYANSKY  
GERARD PEYTRIGNET  
JAIME RUIZ DE SANTIAGO  
HERNAN SALINAS  
CRHISTOPHE SWINARSKI  
EDUARDO VIO GROSSI

---

Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile

---

2

NUEVAS DIMENSIONES  
EN LA  
PROTECCION DEL INDIVIDUO

ESTUDIOS INTERNACIONALES

Colección dirigida por el

INSTITUTO  
DE ESTUDIOS  
INTERNACIONALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

EL INSTITUTO DE  
ESTUDIOS INTERNACIONALES DE LA  
UNIVERSIDAD DE CHILE

es un centro de enseñanza superior  
e investigaciones en el ámbito  
de las relaciones internacionales,  
en sus aspectos políticos, económicos,  
sociales y jurídicos e históricos.  
Imparte docencia de pre y postgrado  
en la Universidad de Chile y  
coopera con otras instituciones  
académicas

Dirección: Calle Condell Nº249, Santiago 9, Chile  
Dirección Postal: Casilla 14187 - Sucursal 21. Santiago, Chile  
Teléfonos: 2740139 - 2740850 - 2740730  
Fax: (56 - 2) 2740155

# **NUEVAS DIMENSIONES EN LA PROTECCION DEL INDIVIDUO**

Obra editada bajo la dirección de

**JEANNETTE IRIGOIN BARRENNE**

**INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES  
UNIVERSIDAD DE CHILE**

**SANTIAGO DE CHILE  
1991**

Esta obra reúne los estudios presentados al Seminario sobre Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo, organizado por el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, los días 12 y 13 de julio de 1990. Los trabajos incluidos en esta obra reflejan el pensamiento de sus autores y no comprometen a las entidades en las que prestan servicios, ni a las instituciones organizadoras y patrocinadoras.

La realización del mencionado seminario y la publicación de esta obra ha sido posible gracias a la valiosa colaboración de:

Organización Internacional para las Migraciones  
Comité Internacional de la Cruz Roja  
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

©Universidad de Chile, 1991

Inscripción N°80.167

Derechos exclusivos reservados para todos los países

ISBN

Texto compuesto en el Instituto de Estudios Internacionales  
Santiago, Chile

Instituto de Estudios Internacionales  
Universidad de Chile

**ISBN: 956-19-0165-9**

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

## AUTORES

**FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA:** Abogado. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Diego Portales. Ministro de Justicia de Chile.

**RODRIGO DÍAZ ALBÓNICO:** Abogado. Profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Presidente de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional.

**ALEJANDRO ESCOBAR WIEGAND:** Abogado. Académico del Departamento de Derecho Internacional, Universidad de Chile.

**JAIME ESPONDA FERNÁNDEZ:** Abogado. Jefe de la Oficina Nacional del Retorno, Santiago, Chile.

**ROBERTO GARRETÓN:** Abogado. Director del Colegio de Abogados de Chile. Embajador a cargo Asuntos Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

**HÉCTOR GROS ESPIELL:** Jurista. Profesor de Derecho Internacional, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay.

**MARÍA TERESA INFANTE CAFFI:** Abogado. Profesora de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile y de la Academia Diplomática "Andrés Bello". Directora del Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile.

**JEANNETTE IRIGOIN BARRENNE:** Abogado. Profesora del Instituto de Estudios Internacionales y de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile y de la Academia Diplomática "Andrés Bello". Coordinadora Académica del Seminario.

**ROBERTO KOZAK PONA:** Jefe Misión de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en Chile y Coordinador Regional para América Latina y el Caribe.

LELIO ALBERTO MÁRMORA: Licenciado en Sociología, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Sociología, Universidad de París. Jefe de la Misión de OIM, Argentina.

ALBERTO HÉCTOR MAYANSKY: Abogado. Magister en Derecho laboral. Profesor de Seguridad Social, Universidad de Belgrano, Buenos Aires. Consultor OIM.

GERARD PEYTRIGNET: Jurista suizo. Representante Permanente del Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) en Santiago, Chile.

JAIME RUIZ DE SANTIAGO: Jurista mexicano. Consultor Jurídico Regional de ACNUR, Brasilia, Brasil.

HERNÁN SALINAS: Abogado. Académico Derecho Internacional, Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Gabriela Mistral. Funcionario de la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

CHRISTOPHE SWINARSKI: Jurista suizo. Consultor Jurídico Regional del C.I.C.R. para el Cono Sur de América Latina, Buenos Aires, República Argentina.

EDUARDO VIO GROSSI: Abogado. Profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.



## INDICE

– Prólogo, <i>Jeannette Irigoín Barrenne</i> . . . . .	11
– Palabras Inaugurales, <i>María Teresa Infante</i> . . . . .	15
– Los Derechos Humanos en la Nueva Democracia Chilena, <i>Eduardo Vio</i> . . . . .	15
– Introducción, <i>Rodrigo Díaz</i> . . . . .	23
<b>I      Derechos Humanos y Migraciones</b>	
– La Experiencia de la OIM en la Protección del Migrante en Chile, <i>Roberto Kozak</i> . . . . .	29
– Comentario de <i>Roberto Garretón</i> . . . . .	59
– Comentario de <i>Jaime Esponda</i> . . . . .	65
– Derechos Humanos y Políticas Migratorias, <i>Lelio Mármora</i> . . . . .	71
– La Protección al Migrante en los Acuerdos Internacionales y Regionales Latinoamericanos, <i>Alberto Mayansky</i> .	99
<b>II     Derecho Internacional de los Refugiados</b>	
– Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados, <i>Jaime Ruiz de Santiago</i>	123
– Comentario de <i>Alejandro Escobar</i> . . . . .	135
<b>III    Derecho Humanitario</b>	
– Acción Humanitaria Convencional y Extraconvencional del CICR en América Latina: Evaluación y Proyecciones, <i>Gérard Peytrignet</i> . . . . .	143
– Perspectivas del Derecho Internacional Humanitario, <i>Christophe Swinarski</i> . . . . .	151

- Disturbios y tensiones internas y una nueva perspectiva del Derecho Humanitario, *Hernán Salinas* . . . . . 163

**IV Perspectivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

- Derechos Humanos: Ética, Derecho y Política, *Héctor Gros Espiell* . . . . . 171
- La Persona Humana y el Desarrollo de Mecanismos para la protección de sus Derechos, *Jeannette Irigoín* . . . . . 183
- Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos, *Francisco Cumplido* . . . . . 191
- La Reforma al Artículo 5º de la Constitución Política, *Rodrigo Díaz Albónico* . . . . . 199

## PROLOGO

*Jeannette Irigoín\**

Al organizar el seminario "Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo", el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y la Sociedad Chilena de Derecho Internacional tenían en mente la posibilidad de reunir especialistas no sólo en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que especialmente poder establecer un diálogo con expertos, juristas y funcionarios de organizaciones internacionales que no son "nuevas" en el sentido estricto del concepto, sino que "nuevas" en cuanto a ser poco conocidas y difundidas en nuestro país y en América Latina.

Este volumen se inicia con el discurso inaugural de la Directora del Instituto de Estudios Internacionales, María Teresa Infante, seguido de una exposición del director de Asuntos Jurídicos del ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Dr. Eduardo Vio Grossi, quien da a conocer la política del gobierno del Presidente Patricio Aylwin respecto a la decisión de lograr el pleno respeto y vigencia de los Derechos Humanos en Chile. Eduardo Vio se refiere a los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos que se han enviado al Parlamento con el objeto de iniciar el proceso de ratificación correspondiente. Además, señala la firme voluntad del nuevo gobierno y de los partidos políticos que integran la Concertación Democrática para lograr una convivencia ciudadana basada en los principios fundamentales de dignidad de la persona humana.

La presentación del presidente de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Dr. Rodrigo Díaz Albónico, resume con acierto las ponencias reunidas en el programa del seminario. Pero, sobre todo, cumple la función de poner de manifiesto el poder devastador del mal que acecha a la humanidad y la fuerza de la idea de la libertad y el derecho para poder vencerlo.

---

\*Profesora de Derecho Internacional, Instituto de Estudios Internacionales y Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

En la primera parte de este libro se reúnen las ponencias sobre Derechos Humanos y Migraciones, analizando los instrumentos jurídicos que han tenido un desarrollo importante para dar solución al desplazamiento de personas y grupos, muchos de ellos en forma definitiva, que deben abandonar su lugar de origen, su tradición y su cultura para evitar ser perseguidos, generalmente por sus ideas políticas o por otras razones. La contribución de la Organización Internacional para las Migraciones y su experiencia en el caso de Chile que entrega el representante de la OIM en nuestro país, Roberto Kozak, es un documento de la mayor importancia para conocer el desarrollo y evolución de los programas y acuerdos especiales celebrados con el gobierno militar para permitir que muchos detenidos tuvieran la oportunidad de recuperar la libertad mediante su traslado al exterior. Asimismo, es necesario destacar la colaboración que prestó (junto con ACNUR) para reubicar en su país de origen a todos los extranjeros que debieron abandonar Chile a partir de octubre de 1973, especialmente aquéllos provenientes de países de América Latina.

Desde marzo de 1990, cuando asume el gobierno democrático, estos programas se orientan a procurar que los chilenos exiliados en el exterior puedan tener condiciones adecuadas en el país para permitir su retorno y reinserción en la sociedad chilena. En este sentido, se incluyen los comentarios de Roberto Garretón, asesor especial del gobierno en materia de Derechos Humanos y de Jaime Esponda, jefe de la Oficina Nacional del Retorno, creada justamente para facilitar el regreso de chilenos que debieron hacer abandono de nuestro país.

Los conceptos doctrinarios y las políticas migratorias son analizadas por el Dr. Lelio Mármora, quien revisa los derechos del migrante y su aplicación en distintas situaciones históricas. Por otra parte, el Dr. Alberto H. Mayansky analiza los textos jurídicos universales y regionales que protegen a los migrantes, destacando el avance y conquista que ha significado cada uno de ellos en la protección de la persona que abandona su país de origen por distintas razones.

La segunda parte de este volumen se dedica al Derecho Internacional de los Refugiados, tema que está íntimamente ligado al de las migraciones. En muchos casos y especialmente en la situación chilena posterior a 1973, se realizaron programas conjuntos en beneficio de nacionales que debían abandonar el país a través de OIM y ser acogidos en otro país a través de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). La evolución

del concepto de refugiado y especialmente del Derecho de los Refugiados, es formulada por el Dr. Jaime Ruiz de Santiago, consejero jurídico regional de ACNUR, quien además plantea interesantes proposiciones en relación a la posibilidad de que las normas sobre Derechos Humanos sean consideradas normas de *jus cogens*. El comentario de Alejandro Escobar a esta ponencia se centra justamente en la estimación del principio de no-devolución como *jus cogens*, lo que no es compartido por la generalidad de la doctrina e incluye un análisis sobre las relaciones entre el estatuto de los refugiados y la extradición de gran interés en la actualidad, sobre todo para el castigo de cierto tipo de delitos terroristas.

La tercera parte, dedicada al Derecho Humanitario, se inicia con la evaluación y proyecciones del Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) y su acción, especialmente en América Latina, que hace Gerard Peytrignet, representante del CICR en Chile. Las perspectivas actuales y evolución del Derecho Humanitario son analizadas por el Dr. Christophe Swinarski, consultor jurídico del CICR, quien reflexiona sobre los diversos sistemas jurídicos que conducen a la protección de la persona humana y el lugar que ocupa en ellos el Derecho Internacional Humanitario y su desarrollo. El comentario del Profesor Hernán Salinas se centra en la aplicabilidad y alcance efectivo de los convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II a estos convenios que permiten su aplicación en casos de conflictos armados internos de carácter internacional.

La cuarta parte reúne aportes sobre las perspectivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Dr. Héctor Gros Espiell, ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, analiza doctrinariamente los Derechos Humanos en relación a los conceptos de Ética, Derecho y Política, reafirmando el principio de que la materia relativa a los Derechos Humanos ha dejado de ser un asunto reservado exclusivamente a la jurisdicción interna del Estado, destacando la interpretación actual del Art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas.

A continuación yo misma formulo algunas ideas sobre los mecanismos de protección de los derechos de la persona humana, considerando la amplia internacionalización de éstos y la evolución de los sistemas de promoción y de protección de Derechos Humanos. Como un estudio de caso, reflexiono sobre la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su práctica, intentando un balance de su actividad en el marco de los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).

El ministro de Justicia y profesor de Derecho Constitucional, Francisco Cumplido hace un extraordinario aporte a este volumen al intervenir en el debate sobre la reforma al Art. 5º de la Constitución chilena de 1980 y el problema de establecer la correcta interpretación de la primacía de los tratados sobre Derechos Humanos sobre el derecho interno chileno. El ministro Cumplido revela la historia fidedigna de la negociación que condujo a la reforma del texto constitucional y explica el alcance y sentido que tiene esta norma en el ordenamiento jurídico.

Y es justamente el análisis del Art. 5º de la Constitución Política que hace el presidente de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, profesor Rodrigo Díaz Albónico, el que cierra este volumen dedicado a los nuevos mecanismos de protección de los Derechos Humanos. El alcance teórico y la interpretación de esta norma constitucional permiten apreciar que, a lo menos en cuanto a los tratados sobre Derechos Humanos, estos prevalecen por sobre las normas del derecho interno y que de esta forma, Chile se ha incorporado a los países que siguen la doctrina más moderna del Derecho Internacional, aun cuando sea solamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Parece difícil evaluar en su conjunto una publicación que contiene presentaciones a un seminario en que la participación oral permite apreciar de inmediato los aportes teóricos a un tema tan relevante como el de los Derechos Humanos. Al leer el conjunto de estas contribuciones, podemos advertir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está en plena evolución y que presenta aspectos diferentes –migraciones, refugiados, derecho humanitario y otros– que se coordinan y orientan a obtener en definitiva la plena vigencia y respeto de los derechos de la persona humana.

Un agradecimiento especial a nuestros patrocinadores –Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas–, quienes hicieron posible esta publicación y a todos quienes enviaron su apreciada colaboración escrita para este volumen. Un reconocimiento particular para el profesor Hernán Salinas, por su ayuda en la coordinación académica del seminario, a Pilar Bascuñán por su contribución en la edición de este volumen y a Magdalena Arellano, por su increíble paciencia y generosidad para hacer posible que usted se encuentre leyendo este libro.

## PALABRAS INAUGURALES

*María Teresa Infante\**

El Instituto de Estudios Internacionales inaugura un seminario dedicado al tema de las **Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo**, reuniendo a un conjunto de distinguidos especialistas chilenos y extranjeros y a entidades relevantes que han apoyado generosamente esta iniciativa. Destacamos a la Organización Internacional para las Migraciones, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Centro para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Algunas de las materias que son objeto de este seminario han formado parte de las tareas de investigación, docencia y extensión del Instituto de Estudios Internacionales. A lo largo de su existencia como centro interdisciplinario, el Instituto ha procurado integrar los temas de la persona humana desde una perspectiva jurídica a las relaciones internacionales. Ha recogido en este sentido, una tendencia contemporánea a ocuparse de la valoración del individuo frente al Estado, a generar corrientes políticas e internacionales que consideran la protección de las minorías, migrantes y refugiados por su impacto en las crisis internas y regionales, así como un espacio para iniciar acciones en el ámbito de las políticas exteriores. Destaquemos a este respecto los seminarios de 1978 y 1989, asociándose en este último la Sociedad de Derecho Internacional.

La reciente historia chilena y en un horizonte más amplio, la región latinoamericana, muestra el largo y difícil camino que comprende la protección de la persona humana. Camino que significa un desarrollo institucional mediante organizaciones internacionales, procedimientos apropiados y, especialmente, la consagración positiva de principios jurídicos eficaces en el plano interno de los Estados, sujetos a vigilancia de los tribunales internos y a determinadas acciones internacionales. Los Estados enfrentan este fenómeno adaptando su derecho interno, modificando sus instituciones, ampliando el

---

\*Profesora de Derecho Internacional, Universidad de Chile.

ámbito de las libertades, pero en un proceso que no es automático ni espontáneo.

Este seminario pretende situar la protección del individuo en el contexto de las nuevas dimensiones de las relaciones jurídicas internacionales, encontrando puntos comunes de reflexión entre el Derecho de los Refugiados, las Migraciones y la situación de las víctimas de los conflictos armados. Consideramos que todas ofrecen elementos fundamentales para una serie de políticas y acciones gubernamentales y legislativas que están de plena actualidad en nuestro país, aunque sólo aparezca ante la opinión pública que se trata de adoptar un tratado o formular una posición ante un organismo internacional. Una sección importante del seminario está dedicada a la presentación de los procedimientos internacionales de protección, con el estudio de mecanismos extraconvencionales y la acción no-gubernamental, lo cual nos permite contar con especialistas que conocen el trabajo real en los complejos escenarios políticos y jurídicos en que esas dimensiones se han expresado.

Queremos finalmente, que este seminario sea parte de un trabajo permanente y conjunto entre el Instituto y las entidades que consagran sus funciones a estas materias, ofreciendo por nuestra parte las capacidades que brinda un centro académico, no partidario y profundamente inspirado en los principios de que la protección de la persona humana forma parte del orden internacional en un mundo política y culturalmente heterogéneo.



## LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NUEVA DEMOCRACIA CHILENA

*Eduardo Vio\**

El gobierno presidido por don Patricio Aylwin ha señalado, desde su comienzo, que un objetivo prioritario de su política exterior es la reinsertión plena de Chile en la escena internacional.

Esta aspiración –que se ha ido materializando en forma rápida y segura– implica, entre otras consideraciones, que nuestra Patria retorne a su tradición de apego irrestricto a los Derechos Humanos.

Y es que estimamos que nuestro pueblo ha sufrido demasiado en los últimos tiempos por la política que imperó, alejada de ese espíritu de respeto por los derechos del hombre tan arraigado en nuestra Patria.

Quizás, el dolor y la desgracia experimentada en la esencia misma de nuestra nacionalidad es lo que explica que hoy por hoy la dimensión que adquiere el tema de los Derechos Humanos en Chile sea vivencialmente novedosa comparada con antaño. Ya no se trata sólo de la denuncia esperanzadora. Hay algo más, mucho más desafiante.

El problema de los Derechos Humanos presenta en la actualidad un nuevo rostro.

Por de pronto, el se encuentra en la base misma de la convivencia nacional. Todo el proceso político vivido a partir del plebiscito del 5 de octubre de 1988 se sustenta, en gran medida, en la conciencia y convencimiento del pueblo de Chile de que es preciso la implantación de un sistema político que garantice el respeto de los Derechos Humanos. No podemos, en consecuencia, visualizar el desarrollo y perfeccionamiento del sistema político que ha comenzado a emerger en la Patria con una base de sustentación diferente a la indicada. El respeto de los Derechos Humanos constituye, por ende, la premisa fundamental de la democracia chilena.

---

\*Abogado. Doctor en Derecho Público, Universidad de Grenoble, Francia. Profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Sin duda alguna, la modificación introducida por el plebiscito de 1989 al artículo 5 de la Constitución Política de la República, otorgándole una relevancia inimaginable antes a los tratados sobre Derechos Humanos, no hubiese sido posible con un resultado diferente al obtenido en el plebiscito de 1988.

El tema del respeto de los derechos de la persona humana no constituye ya una amenaza a la chilenidad, sino, muy por el contrario, se halla entre los elementos de la idiosincracia Patria.

El gobierno democrático de Chile se ha ocupado, consecuentemente, de impulsar una política que permita precisar y dar contenido en el orden jurídico interno a las normas sobre Derechos Humanos.

Es así que se han adoptado medidas tanto de orden administrativo como normativo.

Entre las primeras, baste citar la creación de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de la Oficina Nacional del Retorno, entidades que significan una mirada simultánea al pasado y al futuro: conocer la verdad y reincorporar a los compatriotas alejados. Determinar lo que ocurrió, sanar las heridas, recibir a todos sus hijos, es una de las más urgentes tareas de la generosa nación chilena.

En el orden normativo, importantes instrumentos jurídicos internacionales han sido remitidos al Congreso Nacional para lograr su aprobación y poder proceder a su ratificación. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el protocolo facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el estatuto de la Organización Internacional de Migraciones y los Protocolos I y II a los Convenios de Ginebra de 1949 se encuentran en la situación descrita y ello es demostración evidente de la voluntad política del gobierno del Presidente Aylwin de avanzar por la senda trazada. También es prueba de ello el retiro, que se formulara próximamente, de las reservas a las convenciones sobre la tortura.

Todas estas medidas –algunas de ellas adoptadas históricamente con retardo– nos preparan para enfrentar, en el futuro, una nueva faceta del problema de los Derechos Humanos. Ahora el desafío es de respetarlos y desarrollarlos en un complejo periodo de transición a la democracia.

Ello conlleva varias consecuencias:

La primera y más obvia, es que no será posible, nunca más, considerar que aquel individuo que lucha por el respeto de sus derechos frente al Estado es un enemigo del Estado. Alterar el sistema de relaciones que hasta hace poco existió en este orden de cosas entre el individuo y el Estado no será fácil. Convencer a las víctimas de las violaciones a los Derechos Humanos que se encuentran hoy ante una nueva situación es una labor prioritaria.

La segunda consecuencia, consagrada en Chile ahora constitucionalmente, es que los Derechos Humanos, su definición o conceptualización, son definitivamente un asunto del orden jurídico internacional que, en caso de conflicto, tiene preeminencia sobre el orden jurídico interno. El concepto mismo de los Derechos Humanos pertenece al campo del Derecho Internacional, rama del Derecho que, por lógica, debe regularlos habida cuenta que precisamente dichos derechos se refieren a las relaciones entre el individuo y el Estado y no pueden, por tanto, quedar al solo arbitrio de este. El asumir, en la práctica habitual, por parte de todo el Estado la preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es un segundo objetivo.

La tercera consecuencia, también obvia y puede ser que por ello también a menudo olvidada, es que quien puede violar los Derechos Humanos no es sólo el poder ejecutivo. Igualmente puede comprometer la responsabilidad del Estado el poder legislativo o el poder judicial, por acción u omisión. Pero, y he aquí lo relevante, en democracia la persecución de la responsabilidad del Estado no puede implicar debilitamiento de aquella sino más bien su fortalecimiento y perfeccionamiento.

Y la cuarta consecuencia es que, por todo lo expuesto, el control del respeto de los Derechos Humanos no quedará únicamente radicado en órganos chilenos. Sin perjuicio de la acción de la justicia y del respeto por su independencia y del principio del previo y oportuno agotamiento de los recursos internos, en lo sucesivo varios organismos internacionales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, estarán a disposición de los chilenos para conocer de sus reclamos por el eventual irrespeto de sus derechos más elementales e inherentes a su ser.

La democracia no le teme ni al Derecho ni a los órganos internos o externos encargados de hacer respetar los Derechos Humanos, pues ella vive y se nutre de y para la justicia. La soberanía no

puede significar aislamiento e injusticia, sino solidaridad y civilización.

Por eso, de la denuncia esperanzadora formulada permanentemente en los últimos 16 años, debemos transitar al desarrollo progresivo de los Derechos del Hombre. Este es el gran desafío.

Pero, no nos engañemos: es muchísimo más difícil impulsar en forma constante dicho desarrollo en un sistema de transición a la democracia que en regímenes autoritarios.

La experiencia nos indica que si en el Chile pre-régimen autoritario no se hubiese "olvidado" el tema de los Derechos Humanos, en los tristes años pasados el pueblo de Chile hubiese contado con inapreciables medios jurídicos para hacer valer sus derechos. Antes, en democracia, el asunto no era urgente.

Cuando removemos los obstáculos, cuando consagramos en el orden interno los principales instrumentos para garantizar el respeto de los Derechos Humanos, no quisiéramos que se olvidase el sufrimiento habido.

Pero, tampoco quisiésemos que se interprete que se impulsan diversos instrumentos jurídicos internacionales para que tengan real ejecución exclusivamente en períodos de crisis. No, no queremos que vuelva a ocurrir lo que aconteció.

La adhesión o ratificación de los tratados sobre Derechos Humanos se formula más bien para perfeccionar y hacer perfectible la democracia que con esfuerzo se va construyendo.

La actitud ante el asunto sobre los Derechos del Individuo debe ser en la actualidad, por lo tanto, diferente: no se trata de denunciar para cambiar un estado de cosas que se estima contra la naturaleza, sino de actuar para que el nuevo estado de cosas que emerge no se debilite, sino que sobretodo se fortalezca.

Es por todo lo expuesto que uno de los principios de la política externa de Chile es el respeto y promoción de los Derechos Humanos. Es posiblemente por esta misma causa que el vasto y arduo trabajo de la Cancillería en este asunto en estos primeros meses de gobierno, no ha sido ni debe, ciertamente, ser compartido o aplaudido por todos. No esperábamos eso. Y es que precisamente, toda la labor desarrollada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en esta área hace resaltar la principal característica en la actual política exterior. Asegurar el cambio de la misma.

Es por todas estas razones que constituye un honor inaugurar –a nombre del señor ministro de Relaciones Exteriores– este encuentro académico tan oportuno.

El debate que aquí se produzca, a no dudarlo, arrojará luces en la nueva perspectiva que el tema de los Derechos Humanos adquiere en Chile: cómo hacer que el respeto y promoción de los Derechos Humanos se produzca, no sólo por la dolorosa experiencia, sino también y en especial por la sana lógica y por la adhesión fiel a los rectos principios.

Estamos convencidos que sólo de este modo podremos ser capaces de insertarnos y permanecer en la comunidad de naciones que han alcanzado un grado de civilización tal que ha hecho posible que el Derecho Internacional no sea ya el orden jurídico que concilia exclusivamente intereses estatales sino que también estos con los del individuo, intereses estos últimos que son asumidos cada vez con más fuerza como propios por la sociedad internacional en su conjunto.

No olvidemos que nuestro objetivo debe ser acceder definitivamente a un orden jurídico donde la preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene a ser, entonces expresión de la supremacía del hombre.



## INTRODUCCION

*Rodrigo Díaz Albónico\**

El profesor George Scelle, un clásico del Derecho Internacional, en una obra en honor del profesor Verzijls escribió un famoso ensayo titulado "La Obsesión del Territorio, Ensayo de un Estudio Realista de Derecho Internacional". En esta obra el profesor francés nos demostró la importancia que jugó el territorio en la teoría general del Estado en Derecho Internacional Público, constituyéndose en una de las ideas centrales del Derecho Internacional del siglo XIX.

Si el territorio constituyó una verdadera obsesión en la temática del siglo XIX del Derecho Internacional Público, en el presente siglo en cambio, todo lo que tenga que ver con la protección de la persona humana ha llegado a ser el móvil indiscutido del desarrollo del Derecho de Gente.

En demostración de lo anterior, resuena aún en nuestras conciencias el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas en que esos mismos pueblos afirman estar resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha inflingido a la humanidad sufrimientos indecibles.

Habíamos pensado que la trágica experiencia sufrida por la humanidad a raíz de los dos conflictos mundiales habría constituido una lección esclarecedora para los hombres y que los textos que se adoptaron en torno a la Carta de San Francisco —como fueron los pactos civiles y políticos o aquellos otros económicos, sociales y culturales— habrían conformado definitivamente el acervo jurídico internacional en materia de protección de la persona humana.

Sin embargo, como bien lo ha señalado Soltzenitzyn al describir el poder devastador del mal: el espíritu del mal gira en torbellino por sobre el planeta al que ha sumergido en un proceso de autodestrucción.

Es cierto que en el pensamiento del escritor ruso el poder devastador del mal no es invencible. El mal anida en el corazón del hombre y es ahí donde la libertad humana tiene el poder de vencerlo.

---

\*Profesor de Derecho Internacional, Universidad de Chile, Presidente de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional. Director Nacional del Colegio de Abogados de Chile.

Es igualmente exacto —como lo comenta Giselda Silva— que el mal no nace de las estructuras (los partidos, las naciones o las instituciones), sino que se proyecta sobre ellos, porque los seres humanos lo han aceptado antes en lo íntimo de sus conciencias.

Estas aseveraciones parecen tener certificado de origen si observamos la realidad latinoamericana y el programa que nos ofrece este Seminario puede servirnos de guía.

La primera preocupación se refiere al Estatuto del Refugiado que fuera adoptado en la década de los años 50, y que codificara normas anteriores sobre los derechos de toda persona expulsada, deportada o que huye del país de su nacionalidad o residencia. Nuevamente el Derecho Internacional sale en resguardo de la persona humana y de la unidad de la familia, estableciendo el sagrado derecho de no ser expulsado o devuelto al país de origen y el otorgamiento de un documento análogo al pasaporte internacional. La labor realizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha sido loable y un ejemplo, aunque trágico y familiar, lo constituye la situación de más de 6.000 chilenos que encontraron protección en las fronteras de países que, además de recibirlos, se comprometieron a no discriminar y otorgar a los refugiados un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus propios nacionales.

Un segundo acápite de inquietudes, que se reflejan en el esquema de nuestras futuras reflexiones, dice relación con las Migraciones. Este es un fenómeno conocido de las relaciones internacionales, señalando los casos ocurridos entre 1870 y la Primera Guerra Mundial, y posteriormente en esa primera tragedia transnacional que comprendió al pueblo judío, buscando asentarse en un espacio territorial que le permitiera reclamar los derechos de una nueva entidad política.

Sin embargo, hoy en día asistimos a un proceso de ahondamiento de los patrones migratorios, particularmente con relación al tipo, a la extensión territorial y al tiempo en que se desarrollan estos movimientos poblacionales. La contribución de la Organización Internacional para las Migraciones ha sido reconocida por los gobiernos, pero sobre todo por los migrantes y refugiados tanto en sus etapas de traslado como en aquellas tan importantes, de instalación.

Después deberemos apreciar y valorar el desarrollo y la eficacia de los mecanismos para la protección de los derechos de la persona humana. No podríamos ahorrarnos un comentario previo sobre estos



mecanismos: unos universales, otros regionales; unos gubernamentales, aquellos otros no gubernamentales.

Todo mecanismo de protección tiene una especie de antídoto –sé que el término no es feliz– en la soberanía del Estado, este último presunto violador de los derechos esenciales. La soberanía permite a los Estados permanecer terceros o llegar a serlo, cuando el peso de la noche o de la conciencia se hace demasiado duro e intolerable.

Permanecer tercero es ocultarse tras la soberanía en una inacción que impedirá la extensión del derecho y la aplicación de controles internacionales; llegar a serlo es tener siempre a su merced la razón de Estado, para interpretar restrictivamente el compromiso o para declararlo extinguido en el acto o en un plazo relativamente corto.

Esta cruda realidad jurídica no puede conducirnos a la desesperanza; quizás si a reflexionar para elaborar esquemas novedosos, alejados del espectro del Estado-soberano: Amnistía Internacional, o en Chile, la "Comisión Verdad y Reconciliación", constituyen o pueden significar sistemas de protección eficaces, fundados en la imparcialidad y en la investigación seria, que cuenten con el apoyo creciente de una opinión pública esclarecida y dotada de valores humanistas.

Finalizaremos este seminario con intercambios de opiniones sobre la protección de la persona humana otorgada por el Derecho Humanitario. Estas consideraciones se realizarán en un horizonte no siempre bien delimitado en la realidad entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*; y, situación aún más compleja pues el elemento teleológico ha caminado con tanto vigor que ha dejado a la zaga todo recurso a elementos materiales.

Queremos proteger siempre a la persona humana: herida o enferma, prisionera o civil; rebelde o "delincuente común". No nos importa dónde, y tampoco la circunstancia; queremos proteger al hombre atendida su naturaleza y destino final.

Esa es una de las razones porque mayoritariamente el pueblo de Chile otorgó a las normas convencionales vigentes en materia de derechos humanos, el rango de normas constitucionales.

|  
|  
|  
|  
|  
|  
|  
|  
|  
|  
|  
|

I

DERECHOS HUMANOS

Y

MIGRACIONES



# LA EXPERIENCIA DE LA OIM EN LA PROTECCION DEL MIGRANTE EN CHILE

*Roberto Kozak\**

## Introducción

Las actividades que inició la OIM\*\* en Chile en los primeros años del gobierno anterior tienen implicancias y alcances que permiten ser presentadas y analizadas desde muy variadas perspectivas.

El hacerlo desde la óptica de la Protección al Migrante es ciertamente válido, pero conlleva el riesgo de que se infiera que la motivación básica de esas actividades era proteger a migrantes, cuando en realidad se trató de brindar protección a personas que veían su seguridad amenazada, utilizando la migración como medio para que pudieran superar o aliviar las situaciones que les afectaban, trasladándolas a países dispuestos a acogerlas.

Por lo anterior es que hemos optado por presentar esta experiencia en el contexto en que los hechos se producían, para finalizar interrogándola desde la perspectiva de los grandes temas de este encuentro.

## I. La OIM en Chile

Las relaciones de Chile con la Organización Internacional para las Migraciones se inician con la adhesión del gobierno chileno al Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos Migratorios de Europa, creado en Bélgica el 5 de diciembre de 1951. La incorporación de Chile al organismo fue ratificada por el gobierno del Presidente Carlos Ibáñez del Campo, el 17 de julio de 1956.

Desde esa fecha en adelante tiene lugar una amplia y diversificada cooperación entre el Estado chileno y la OIM. A través de los programas impulsados por la OIM en el país, y en el marco de planes

---

\*Jefe Misión de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y Coordinador Regional para América Latina y el Caribe.

\*\*Organización Internacional para las Migraciones.

gubernamentales de migración, colonización, poblamiento y desarrollo, se trasladan a Chile migrantes europeos de las más diversas condiciones. Vienen también profesionales, científicos y técnicos extranjeros de alto nivel. Se promueve el regreso al país de recursos humanos nacionales de alta calificación residentes en el exterior. Se respalda la cooperación técnica y científica entre Chile y otros países en desarrollo y se apoya a los diferentes programas de becarios que operan hacia y desde el país. Con un mandato que relaciona los aspectos propiamente técnicos ligados al fenómeno migratorio con sus dimensiones humanitarias la organización enmarcó permanentemente su acción en los límites de la prescindencia política y esto le permitió desarrollar su labor en constante cooperación con los diferentes gobiernos que el país se dio.<sup>1</sup> Al momento de producirse el quiebre institucional de 1973, la organización tenía una presencia sólidamente asentada en el país y, como otros organismos internacionales, debió enfrentar la situación desde una posición marcada por el hecho de ser Chile un Estado miembro del organismo.

Los acontecimientos en Chile, como pocos antes en el mundo, provocaron en la comunidad internacional una reacción de profunda preocupación y la búsqueda e impulso de una amplia gama de medidas dirigidas a favorecer el mejoramiento de la situación de los derechos humanos en el país.

En ese cuadro, desde los primeros días la suerte de los detenidos políticos chilenos concitó especialmente la preocupación de la comunidad internacional. Miles de chilenos habían sido privados de su libertad en virtud del Estado de Sitio, confinados en lugares de detención y, en general, sin ser objeto de procesos conforme a normas internacionalmente aceptadas. Como una forma más entre las múltiples que adoptó la preocupación de la comunidad internacional por la situación de estos detenidos, la OIM comenzó en 1974 un proceso de negociaciones con las autoridades chilenas, buscando la aprobación de un programa mediante el cual estos detenidos tuvieran la oportunidad de recuperar su libertad mediante su traslado al exterior. Una estrategia de esta naturaleza encontraba su origen en el diagnóstico de que la situación prevaleciente en el país presentaba un nivel de polarización tal, que la alternativa de la recuperación de

<sup>1</sup>Una completa presentación de las actividades desarrolladas por la OIM en el país se encuentra en el estudio "Aspectos Jurídicos e Institucionales de las Migraciones en Chile", elaborado en los marcos de las actividades de cooperación técnica en materia migratoria entre el Gobierno de Chile y nuestra organización y que será publicado próximamente. Ver especialmente, Capítulo I, Letra C "Instrumentos de Asistencia y Promoción de la Inmigración".

la libertad dentro de Chile era percibida como irrealizable en ese momento para un número importante de personas.

## **II. Los Programas Especiales de Reasentamiento en el Exterior.**

El primer programa que responde a la definición mencionada, es iniciado en el país por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en octubre de 1973, con el propósito de reubicar en sus países de origen u otros a los extranjeros que debieron abandonar Chile. La OIM colaboró con el ACNUR brindando apoyo operacional y ocupándose de los traslados de dichas personas. En el contexto de este programa, fueron reubicadas en el exterior unas 4.000 personas, entre las cuales 1.800 eran extranjeros.

Mientras el programa anterior estaba aún en ejecución, a petición de los gobiernos directamente involucrados y de otros estados, la OIM se ocupó del traslado de cientos de personas asiladas en misiones diplomáticas en Santiago. En este caso, la participación de la OIM contribuía en la práctica a materializar la voluntad de protección contenida en la figura del asilo, brindando su asistencia para la organización y ejecución del traslado de quienes se encontraban en condición de asilados.

Diferente era, sin embargo, la situación que enfrentaban los miles de detenidos en base a la ley de Estado de Sitio recluidos en lugares de detención que funcionaban a lo largo del país.

Las gestiones de distintos actores, tanto internos como externos, para obtener la liberación de esos detenidos no prosperaban y los indicadores señalaban inequívocamente que para un grupo importante de ellos su liberación no tendría lugar en el corto ni mediano plazo. Transcurrían entonces los primeros meses de 1974 y, en esas circunstancias, la OIM concibió la alternativa de utilizar la migración como medio para obtener la liberación de esos individuos mediante su reasentamiento en países dispuestos a brindarles acogida.

La OIM, en conjunto con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Comité Nacional de Ayuda a los Refugiados (CONAR), creado bajo los auspicios del ACNUR, iniciaron negociaciones con las autoridades competentes tendientes a materializar la alternativa señalada. Finalmente, el 4 de diciembre de 1974, se firmó un Acuerdo Cuatripartito entre el gobierno de Chile y las tres entidades señala-

das, que dio origen al Programa de Salida al Exterior de Detenidos en virtud de la Ley de Estado de Sitio.<sup>2</sup>

En sus aspectos operativos, el Programa imponía a la OIM una triple interacción muy definida: con el Estado chileno, para formalizar y regularizar la liberación y el traslado de los detenidos, con la comunidad internacional, representada por los países que manifestaban su disposición a acoger a los liberados y, finalmente, con los propios individuos concernidos.<sup>3</sup>

En sus dimensiones más concretas, la relación con las autoridades chilenas apuntaba a obtener de ellas garantías para que el traslado de los detenidos pudiera realizarse ordenadamente y bajo condiciones de respeto a la dignidad de los afectados.

La labor de la OIM frente a una comunidad internacional activamente preocupada por la situación chilena se dirigía a gestionar posibilidades de acogida,<sup>4</sup> así como financiamiento para el Programa.

En su relación con los detenidos, un aspecto importante del Programa –y, en todo caso, el que humanamente marcó más profundamente a cada uno de quienes participamos en él– fue el contacto directo con los afectados en sus lugares de detención y sin presencia de testigos. En las mismas condiciones, y dando cumplimiento a un aspecto ineludible de esta actividad, el CICR verificaba la voluntad de los detenidos de abandonar el país mediante la firma de un documento que certificaba dicha disposición.

Funcionarios de la OIM acompañaban a los detenidos desde los lugares de detención al aeropuerto y hacían las gestiones pertinentes antes las compañías aéreas y Policía Internacional o autoridades migratorias. Estos funcionarios sólo se retiraban cuando los aviones en que viajaban las personas así liberadas habían partido.

Frecuentemente, durante la permanencia en el aeropuerto tenía lugar la despedida de los familiares, para lo cual la OIM hacía los arreglos necesarios.

Por otra parte, en el contacto con los detenidos y sus grupos familiares se verificaba la pertinencia de un proceso de reunificación

---

<sup>2</sup>Una transcripción de este acuerdo se encuentra en el anexo número 1 del presente informe.

<sup>3</sup>Este tipo de interacción se percibe claramente en la delimitación de tareas que se estableció –entre los distintos organismos concurrentes– en el Acuerdo citado precedentemente.

<sup>4</sup>En torno a este aspecto del Programa, la comunidad internacional materializó diversas iniciativas de apoyo para la instalación de estas personas en los países de acogida. Una vez en el extranjero contaron con la posibilidad de optar al estatuto de refugiados del ACNUR. Se les brindaron apoyos destinados a facilitar su etapa inicial de adaptación y otros orientados a favorecer su integración. En estas iniciativas solidarias participaron tanto los gobiernos, como organismos internacionales y numerosas Organizaciones No Gubernamentales.



familiar posterior, del cual se ocupaba igualmente la OIM, con la participación del ACNUR cuando los titulares de las familias ya en el exterior se acogían a su Mandato en calidad de refugiados.

Cada uno de esos tres tipos de interacción se refieren a exigencias básicas a cumplir en todo procedimiento migratorio ordenado, con arreglo a las leyes internacionales y en un marco de respeto al migrante en su condición de ser humano. Esta triple interacción Estado-Comunidad Internacional-Individuo es también característica de la noción de Protección.

Cuando la ejecución del Programa ya descrito se encontró debidamente consolidada, en los primeros meses de 1975, la OIM encaró con las autoridades competentes la situación que afectaba a otra categoría de personas privadas de libertad. Se trataba de los condenados por "Tribunales Ordinarios o Militares por contravención de la Ley de Seguridad Interior del Estado". Estas tratativas culminaron con la celebración de un Acuerdo Bilateral entre el gobierno de Chile y la OIM, que prevé la conmutación de las penas de prisión por extrañamiento para aquellos condenados que así lo solicitaran.

Al día siguiente de suscrito este acuerdo se publica en el Diario Oficial el Decreto Supremo N°504 que establece los mecanismos que hacen operativo el Acuerdo Bilateral mencionado.<sup>5</sup>

Por medio de estos programas se reasentaron en el exterior —entre 1974 y 1979— más de 2.400 detenidos políticos y condenados, así como sus familiares, totalizando unas 7.200 personas.<sup>6</sup> Los mecanismos establecidos para la ejecución de las actividades señaladas permitieron también asistir a personas que fueron liberadas en el país y otras que temían por su seguridad personal, en la medida en que existían países dispuestos a recibirlos. Tomando en consideración las distintas categorías señaladas y los familiares directos de los afecta-

---

<sup>5</sup>Una transcripción del Acuerdo Bilateral, firmado el 9 de mayo de 1975, así como el texto del Decreto 504 se encuentran en el anexo número 2 del presente informe. Como se apreciará, en el texto del Acuerdo Bilateral los beneficios de éste se hacen extensivos a personas "condenadas por Tribunales Ordinarios o Militares por contravención a la Ley de Seguridad Interior del Estado", mientras que en el texto del Decreto Supremo, por una parte, se restringe este beneficio sólo para "personas condenadas por Tribunales Militares" y, por otra, se amplía al eliminar la alusión a un tipo determinado de delitos imputados.

<sup>6</sup>Los detenidos por Estado de Sitio reasentados en el exterior alcanzaron una cifra cercana a los mil casos. Los condenados por Tribunales Militares que optaron por conmutar sus penas de prisión por extrañamiento fueron, aproximadamente, mil cuatrocientos. Este programa permitió conmutar un total de más de 10 mil años de penas de prisión por extrañamiento

dos, se asistió en su reasentamiento en el exterior a un total de más de 30 mil personas, que viajaron entre el 6 de octubre de 1973 y finales de 1989.<sup>7</sup>

La disposición de más de 40 países de acoger a estas personas y de desarrollar en su beneficio una amplia gama de programas de apoyo a su reasentamiento testimonia la existencia de una sólida voluntad solidaria en el seno de la comunidad internacional. Rasgo este último que marca profundamente al exilio chileno, haciendo que sea fácilmente reconocible en él un sentimiento de honda gratitud hacia esa comunidad.

Al finalizar esta sucinta descripción de los Programas Especiales de Reasentamiento en el Exterior y sus vinculaciones con la Protección del Individuo, nos es insoslayable mencionar el invaluable papel desempeñado por las Iglesias y las organizaciones que éstas crearon para asistir a quienes veían su seguridad amenazada. El Comité Ecuménico por la Paz en Chile, corrientemente conocido como Comité Pro-Paz, la Vicaría de la Solidaridad que le sucediera, la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC) y otros Organismos No Gubernamentales que surgieron en esos años, fueron estableciendo una estrecha interacción con la OIM y prestaron variada asistencia a quienes se acogían a los Programas Especiales de Reasentamiento y a sus grupos familiares.

### III. Los Programas de Apoyo al Retorno

Sin embargo, para la OIM el proceso no se cerró con la partida de estas personas y su reubicación en los numerosos países que generosamente los recibieron e intentaron, más o menos exitosamente, facilitar su integración. Por el contrario, a medida que veíamos partir a quienes debieron abandonar su patria, se fue formando en la OIM la convicción de que esa tarea no debía concluir con la asistencia al último preso o perseguido que abandonaba el país, sino cuando facilitáramos no sólo el retorno, sino también la reintegración efectiva, del último de los exiliados que deseara regresar a Chile.

Ya a contar de 1976 comenzaron a producirse las primeras, aunque muy excepcionales, manifestaciones del retorno de exiliados, configurando un fenómeno de características particulares. La migra-

<sup>7</sup>Estadísticas pormenorizadas de los Programas Especiales de Reasentamiento desarrollados por la Organización en Chile, se encuentran en el anexo número 3 de este informe.

ción de retorno a Chile se iniciaba, y alcanzaría posteriormente magnitudes considerables, estando plenamente vigente el régimen bajo el cual se originó el exilio.

Una vez más, los programas en que se materializaría la voluntad de la OIM de contribuir al retorno voluntario de los exiliados, estarían fuertemente marcados por la evolución de la situación interna y por la existencia de una comunidad internacional preocupada por la situación particular de quienes tomaban la decisión de emprender el retorno.

Mientras la progresiva institucionalización del régimen determinaba espacios de apertura que favorecieron manifestaciones de retorno, el surgimiento de distintas formas de oposición y las reacciones que éstas provocaron por parte del gobierno, determinaban paralelamente la persistencia de un movimiento de salida de personas al exilio. Esta suerte de "doble flujo" quedará, a su vez, como otro de los rasgos característicos de la situación chilena.

Las primeras instancias de retorno se identifican con el Programa de Repatriación Voluntaria de Refugiados del ACNUR, en la realización del cual coopera activamente la OIM. Esta última, a su vez, hace extensiva su acción a exiliados no acogidos al Mandato del ACNUR y otros que retornan en el marco de programas especiales originados con gobiernos de países de asilo. Las estadísticas de estos programas ilustran con claridad la existencia de un movimiento de retorno muy incipiente entre 1976 y 1980, el que a contar de ese año comienza a adquirir mayor significación y dimensiones considerablemente más numerosas a partir de 1983, tendencia que se mantiene actualmente vigente. Hasta la fecha se ha asistido a casi siete mil exiliados provenientes de más de cincuenta países.<sup>8</sup>

El Programa en su diseño básico contempla la verificación de antecedentes de las personas que libremente optan por su repatriación, con la participación del ACNUR en el caso de los refugiados, ayuda para gastos menores para aquellas personas que se encuentran en situación más desmedrada y, más recientemente, un seguro de salud válido durante el primer año en Chile, disponible para aquellos exiliados que efectúan su viaje de regreso con intervención de la OIM.

La experiencia acumulada por las entidades nacionales e internacionales que venían actuando en el apoyo al retorno y la reinte-

---

<sup>8</sup>Estadísticas pormenorizadas de los programas de retorno ejecutados por la OIM, en cooperación con el ACNUR y a través de programas propios, se entregan en el anexo número 4 de este informe.

gración de exiliados en Chile y otros países, apuntaba al logro de la reinserción laboral como uno de los aspectos más importantes en dicho proceso.

Es en este contexto que tiene lugar el nacimiento, en 1985, del Programa de Retorno y Apoyo Laboral (PRAL), como una iniciativa inter institucional impulsada conjuntamente por la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, la Pastoral de Derechos Humanos del Arzobispado de Concepción, el Secretariado Nacional-Chile del Servicio Universitario Mundial (WUS-Chile), la Consejería en Proyectos para Refugiados Latinoamericanos, el Organismo no Gubernamental Sueco DIAKONIA y nuestra propia Organización.

El PRAL fue creado con el propósito de asistir a quienes retornan del exilio político. Su acción se orienta a facilitar el período de instalación de los retornados que enfrentan condiciones más precarias y, por otra parte, a apoyar técnica y financieramente las iniciativas de aquéllos que visualicen su inserción laboral a través de proyectos generadores de empleo.

Durante los cinco años que han transcurrido desde su creación, el PRAL ha brindado asistencia de instalación a más de 2.400 retornados los que, considerando sus grupos familiares, representan un total de más de 6.900 personas que, entre 1985 y 1990, han recibido ayuda para su reinstalación y subsistencia durante el período inicial.<sup>9</sup>

Asimismo, en este período se ha otorgado asistencia técnica y financiera a más de 550 retornados para el diseño e implementación de unos 325 proyectos de instalación por cuenta propia en la más variada gama de actividades. Junto a ellas, un número cercano a los 580 cesantes locales han encontrado en estas micro-empresas un puesto de trabajo.<sup>10</sup>

La preocupación de la comunidad internacional por la situación de quienes optaban por retornar, se materializó en el apoyo a programas orientados a asegurarles las mejores condiciones posibles para su reintegración. A través de estos programas se suplía la posición de prescindencia que adoptó el gobierno anterior en relación con el retorno y sus problemas.

Esta actitud de la comunidad internacional adoptó variadas

<sup>9</sup>Una síntesis estadística de la línea asistencial (o sub-programa PAR) del PRAL se encuentra en el anexo número 5.

<sup>10</sup>La síntesis estadística de las actividades de reinserción laboral del PRAL se presenta en el anexo número 6

formas, desde el apoyo a programas como el PRAL que prestan su asistencia a retornados necesitados independientemente de su país de proveniencia, hasta el impulso por parte de algunos gobiernos de programas especialmente dirigidos a facilitar el retorno y la reintegración de quienes vivieron su exilio en sus países.<sup>11</sup> En la concepción de este tipo de iniciativas, frecuentemente se encuentra el componente del diálogo entre los distintos gobiernos involucrados y las comunidades de exiliados chilenos residentes en sus países.

#### IV. El Retorno bajo el Régimen Democrático

Pero el papel jugado por la comunidad internacional respecto del exilio —y por ende aquel de los organismos a través de los cuales este rol se ha expresado— estaba llamado a modificarse profundamente hacia fines de la década anterior.

Lo que constituyó una **labor supletoria** de la inexistente acción de apoyo estatal a los retornados, encontraría en la evolución de la situación política chilena la posibilidad de convertirse en una **labor complementaria** de las iniciativas que en este orden se propondrían adoptar quienes serían, a la postre, las nuevas autoridades del país.

En su Programa de Gobierno, la Concertación de Partidos por la Democracia (CDP) se haría cargo ante el país y la comunidad internacional, de las responsabilidades que asumiría frente a quienes sufrieron el exilio.<sup>12</sup>

Tanto de parte de la CDP como de los diferentes gobiernos preocupados por la situación del retorno, se entendió que la cooperación resultaría imprescindible y que ella debía tener como punto de partida las experiencias ya desarrolladas en Chile con apoyo de la comunidad internacional. Este apoyo se ha expresado no solamente en el financiamiento indispensable, sino también se ha visto enriquecido con experiencias desarrolladas en otras latitudes y de las cuales se desprenden valiosas orientaciones. Creciente importancia ha cobrado la idea de que es prioritario vincular las acciones de coopera-

---

<sup>11</sup>Dentro de este último tipo de programas cabe mencionar el de "Retorno y Reintegración de Chilenos desde Italia (RCI)", que actualmente lleva adelante la OIM con el apoyo del gobierno italiano.

<sup>12</sup>El capítulo II del Programa, relativo a los Derechos Humanos, establece que "el Estado desarrollará una política activa para promover el retorno de todos los chilenos creando las posibilidades para su plena inserción". Ver "Programa de Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia".

ción al desarrollo. Es decir, que el apoyo al retorno y la reintegración no se agote en lo asistencial o en cubrir únicamente las necesidades inmediatas o de emergencia, sino que esté incorporando en las políticas y acción de la cooperación al desarrollo como forma de asegurar soluciones duraderas y de beneficio tanto para quienes retornan como para el país en su conjunto.

A contar de marzo de 1990, el Programa de Gobierno de la Concertación tiene la posibilidad de concretar políticas y acciones gubernamentales en apoyo al retorno de los chilenos exiliados. Con ello, la política de retorno se inscribe en el contexto de los objetivos fundamentales del nuevo gobierno, transformándose en una expresión de la voluntad de "reconciliación nacional" que anima reconocidamente no sólo al actual gobierno sino también a otros importantes actores de la sociedad chilena.<sup>13</sup>

La concepción, por parte de las nuevas autoridades, de la política de retorno **con el componente de reparación del daño causado** a los exiliados, presenta importantes puntos de encuentro con la preocupación expresada por la comunidad internacional por la situación de quienes retornan. Así concebida, esta política recoge la preocupación internacional por asegurar condiciones dignas para el retorno y la reintegración a la vida nacional a aquéllos a los que una vez esa comunidad brindó su acogida.

El objetivo de lograr el pleno reencuentro entre los chilenos tiene en los desafíos planteados por el retorno un terreno propicio para las más diversas iniciativas. El consenso que pareciera existir en la sociedad chilena respecto de la necesidad de apoyar el retorno, hace aparecer esta área de trabajo como especialmente auspiciosa para una política de reconciliación que, en estos días, ha enfrentado duras pruebas en los hallazgos que han estremecido a la opinión nacional e internacional.

Cabe destacar que la noción de reparación constituye una dimensión importante de la política frente al retorno, pero que no agota la amplia información que el fenómeno tiene para el país como un todo. Los miles de chilenos formados en el exterior que han optado por retornar, reportarán a Chile un valioso "capital humano",

---

<sup>13</sup>Esta voluntad fue recientemente reafirmada por el gobierno, con ocasión del primer Mensaje ante el Congreso de Su Excelencia el Presidente de la República. La política del actual gobierno frente a los exiliados es ubicada dentro del Mensaje Presidencial como un componente básico del objetivo de reconciliación nacional. Ver "Mensaje Presidencial, 11 de marzo de 1990 - 21 de mayo de 1990", sección "Las tareas de mi gobierno", acápite 1 "Reconciliación Nacional".

así como la posibilidad de desarrollar nexos enriquecidos con las naciones en las que han vivido. A su vez, aquellos chilenos que permanecerán en los países que les dieron acogida, haciendo de éstos su segunda patria, constituirán una suerte de "embajadores no-tradicionales" de un Chile que verá así modificada su inserción en el plano internacional.

En la consecución de los objetivos de la política de retorno, la manifiesta voluntad de cooperación que en este campo asiste a la comunidad internacional jugará, sin duda, un papel de primera línea. Ella adoptará nuevas formas y modalidades acordes con el hecho fundamental de que el gobierno chileno asume su responsabilidad frente a aquellos de sus ciudadanos que sufrieron el exilio.

Por su parte, la Organización Internacional para las Migraciones, en cuanto integrante de esa comunidad internacional y expresión de la voluntad de apoyo que la animó en el pasado y está también vigente hoy, quiere en esta oportunidad reiterar su compromiso de hacer los mayores esfuerzos por obtener para aquellas personas a las que un día debimos ver partir, las más favorables condiciones posibles para su plena reintegración a su patria. Para la consecución de este objetivo, la OIM se ha puesto a la entera disposición del Gobierno, dentro de los marcos establecidos por su Mandato.

#### IV. Reflexiones Finales

Cuando iniciamos esta exposición, anunciamos que intentaríamos, junto con presentar nuestra labor en la "Protección del Migrante en Chile", finalizar interrogando esta experiencia desde las temáticas principales de este encuentro.

Una primera cuestión podría formularse en términos de hasta qué punto es posible hablar de protección, en circunstancias en que nos referimos a la acción de un organismo que carece de un mandato explícito de esta naturaleza.

Desde este punto de vista, la OIM, actuando dentro de los marcos de su Mandato,<sup>14</sup> incorpora en la práctica el elemento Pro-

---

<sup>14</sup>En la Constitución actualizada de la OIM se define a ésta como una organización internacional con un Mandato orientado a "asistir a personas necesitadas de servicios internacionales de migración", bajo condiciones de respeto "del migrante en su condición de persona humana". Ver Constitución actualizada de la OIM, especialmente los considerandos primero, cuarto y séptimo de su preámbulo.

tección, para asistir a personas privadas de libertad e imposibilitadas de ejercer sus derechos fundamentales y que sólo mediante su traslado al exterior pueden aliviar la situación que les afecta.

Asimismo, una consideración similar es pertinente respecto de los alcances de la asistencia prestada para generar condiciones de retorno acordes con la dignidad humana de quienes regresaban, toda vez que esta acción tenía lugar en un contexto de prescindencia del Estado ante el fenómeno del retorno.

Sin embargo, es muy probable que la acción de la OIM en la asistencia a quienes debieron optar por abandonar el país como medio para recuperar su libertad, primero, y a quienes tomaron la decisión de emprender el retorno, después, tenga una significación más extensa que la contenida en la interrogante formulada anteriormente.

En cuanto a la propia Organización, ciertamente la OIM de los 90 no es la misma que el CIME que inicia en Chile la utilización de la migración como instrumento para que personas privadas de libertad por razones políticas pudieran recuperarla. Esta acción y otras similares que le siguieron, ligaron a la OIM con la discusión en torno a la promoción de los Derechos Humanos que tomó renovada fuerza en la comunidad internacional en las dos últimas décadas.

En la Constitución modificada de la OIM –recientemente ratificada por la mayoría de sus Estados miembros– la dimensión de la dignidad del migrante como ser humano depositario de derechos inalienables, se presenta como una de las dimensiones centrales del objetivo y la acción de la Organización Internacional para las Migraciones.

Para la comunidad internacional, finalmente, pensamos que esta experiencia plantea interrogantes que tienen relación con los esfuerzos por perfeccionar la noción de Protección Internacional, que llaman la atención sobre los vacíos o "zonas grises" que existen en torno a los instrumentos internacionales existentes y ponen de relieve la necesaria flexibilidad que se requiere para hacer efectivo el componente humanitario básico, que subyace a la idea de proporcionar Protección a quienes ven amenazada su integridad o se encuentran privados de la posibilidad de ejercer sus Derechos Fundamentales.



## ANEXOS



*ANEXO Nº1*

**ORGANISMOS GUBERNAMENTALES Y NO GUBERNAMENTALES QUE PARTICIPAN EN EL PROGRAMA DE LIBERACION CON ABANDONO DEL PAIS SEGUN ORDEN DE DESARROLLO DEL PROCESO**

**I. ORGANISMOS GUBERNAMENTALES**

*A. SECRETARIA EJECUTIVA NACIONAL DE DETENIDOS -SENDET-*

Como organismo coordinador entre los Ministerios de Interior, Defensa Nacional y Relaciones Interiores con los organismos internacionales y no gubernamentales que participan en el programa.

Dentro de las tareas específicas a cumplir y evaluar los antecedentes de los detenidos y hacer las proposiciones al Ministerio de Interior de aquellos que serán liberados haciendo abandono del país.

*B. MINISTERIO DEL INTERIOR*

En base a las proposiciones hechas por la SENDET, materializa los Decretos de Abandono del País y gestiona la entrega de los Pasaportes "Ordinario Especial" y envía copia de las relaciones a las diferentes instituciones participantes.

*C. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES*

Definió el otorgamiento de un Pasaporte "Ordinario Especial" condicionado para el sólo efecto de permitir la salida del país y facilitar el trámite de reubicación del titular en el extranjero, proceso que será concretado en el Ministerio del Interior conforme a lo establecido en el punto "B".

*D. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL*

Mediante la intervención de INTERPOL y del SERVICIO DE SEGURIDAD DEL AEROPUERTO DE PUDAHUEL, cumple la tarea de revisión y chequeo de la documentación y la de resguardar la integridad física de los detenidos desde el mismo lugar de detención hasta el aeropuerto y durante la permanencia en este recinto, hasta el momento de despegar el avión.

## **E. MINISTERIO DE HACIENDA**

A través de SERVICIO DE ADUANAS le corresponde la revisión de las especies y dineros que le está permitido sacar del país a los interesados, estipulando la cantidad de hasta cincuenta (50 U.S.) dólares por persona en moneda extranjera. Con respecto a moneda nacional y especies se aplicarán las normas que sobre el particular adoptan las prácticas aduaneras.

## **II. ORGANISMOS NO GUBERNAMENTALES**

### **A. COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - C.I.C.R.**

Este organismo comprometió su participación en el programa, estipulando en 4 puntos su posición:

1. El CICR podrá en todo momento conversar sin testigos con cada uno de los detenidos para poder comprobar su plena voluntad de abandonar el territorio chileno.
2. La participación del CICR se limitará exclusivamente a la verificación de esa libre determinación.
3. Si, por razones de índole técnica, la salida de las familias no puede materializarse en forma simultánea, el CICR continuará o ampliará su asistencia durante el plazo de la espera.
4. El CICR no hará, en ningún caso, lista alguna de detenidos que puedan beneficiarse de una medida de clemencia o de expulsión. Tales listas las elaborará el propio gobierno chileno.

### **B. COMITE DE AYUDA A LOS REFUGIADOS - COMAR**

COMAR, dentro del programa de liberaciones con abandono del país, se compromete a asumir las tareas que, en forma genérica, agrupó en tres aspectos:

#### **1. LISTAS**

- a. Recepción de lista con personas que tendrán la opción de abandonar el país;

## NUEVAS DIMENSIONES EN LA PROTECCION DEL INDIVIDUO

- b. Recopilación de antecedentes que están ya en poder de COMAR.
- c. Recibir de la SENDET copia de la nómina de personas encuestadas por el CICR y que expresen voluntariamente su decisión de abandonar el país.

### 2. ASPECTOS DE IDENTIFICACION ASISTENCIA SOCIAL Y LEGAL:

- a. Entrega de las fichas al Comandante del Campo de Detenidos.  
Recepción de las mismas, de manos de los detenidos.
- b. Estudio de las fichas para determinar aspectos que presenten problemas o respuestas incompletas.
- c. Entrevista con aquellos detenidos que sea necesario para la complementación de datos o antecedentes, los que serán realizados por asistentes sociales o abogados de la Comisión, según el caso. Estos últimos confeccionarán Poderes y Mandatos Especiales que el interesado debe dar. Los abogados, para el perfeccionamiento de los trámites, se harán acompañar por el notario de la localidad.
- d. Vacuna Internacional. Coordinación con el Servicio Nacional de Salud. Otorgamiento del Certificado respectivo.

### 3. DOCUMENTACION

- a. Constatación de la cédula de identidad y confección de la nómina de aquellas personas que no la poseen. Coordinación con el Gabinete de Identificación para la obtención del citado documento para aquellos que carecen de él y de cualquier otra documentación necesaria para el viaje.
- b. Tramitación en el Servicio de Impuestos Internos del Certificado de Exención del Impuesto de Viaje.  
En la medida en que las fichas con los datos de identificación y documentación, como la documentación misma esté completa, los originales de las fichas serán remitidas a CIME y las copias a la SENDET.  
Además, COMAR cooperará con el CIME en la obtención de

países para la reubicación de las personas interesadas en hacer abandono del país de acuerdo a este programa.

### C. *COMITE INTERGUBERNAMENTAL PARA LAS MIGRACIONES EUROPEAS-CIME.*

CIME, en su carácter de organismo internacional técnico y ejecutivo en el campo de las migraciones, participa en el programa de salida y de reubicación en el exterior, en la ejecución del procedimiento migratorio y el transporte de los interesados.

Se entiende por procedimiento migratorio el cumplimiento de las formalidades establecidas para el ingreso al país de reubicación y el completar la documentación nacional que se entregará a los interesados para ese efecto.

Para la realización de las tareas que tendrá a su cargo, el CIME procederá a:

1. Recibir de COMAR las fichas individuales completas de las personas que se acojan al programa.
2. Verificar con las delegaciones diplomáticas acreditadas en Santiago la eventual existencia de un país de reubicación que haya aceptado recibir a los interesados.
3. En caso afirmativo, obtener de la representación diplomática correspondiente la documentación requerida para el ingreso al país de reubicación.
4. En caso negativo, entregar copia de las fichas individuales a las representaciones diplomáticas a efectos de obtener países de reubicación. Una vez logrado esto último, complementará la documentación de acuerdo a lo indicado en el punto anterior.
5. Entrevistar a los interesados en el lugar de detención en Santiago, para efectuar las consultas que hace necesarias el cumplimiento de las tareas señaladas en los puntos 3 y 4.
6. Verificar la disponibilidad de fondos para el financiamiento del traslado de cada interesado.
7. Efectuar las gestiones necesarias ante las compañías aéreas para la obtención de pasajes.
8. Comunicar a la SENDET el día, hora y número de vuelo de salida de cada persona con 48 horas de anticipación.

## NUEVAS DIMENSIONES EN LA PROTECCION DEL INDIVIDUO

Además, informar de lo anterior a los siguientes organismos:

- a. representación diplomática correspondiente;
- b. Familiares de las personas que viajan;
- c. COMAR
- d. Sede central del CIME en Ginebra para los efectos de coordinación y recepción.

9. En el Aeropuerto de Pudahuel realizará las gestiones necesarias para materializar el embarque de las personas que saldrán del país.

10. Elaborará las listas oficiales de embarque que remitirá a: Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio del Interior, Representación Diplomática Correspondiente, SENDET, Junta Aeronáutica Civil, Compañía Aérea, CICR, COMAR, ACNUR y Sede Central del CIME-Ginebra.

11. Reagrupar las familias. En los casos en que el titular y su familia descan reunirse en el país de reubicación, el CIME se ocupará de ejecutar el procedimiento migratorio y transporte de los familiares directos de los liberados. Esta tarea la realizará en colaboración con el CICR y COMAR y con la probable participación del ACNUR, mediante procedimientos que se establecerán posteriormente.

En el presente acto, se refrendan los acuerdos precedentemente señalados, para lo cual este documento firmado por los representantes de los Organismos Gubernamentales y no Gubernamentales correspondientes, extendiéndose la respectiva copia a cada uno de ellos.

Jaime Rojas Bruges, Capitán de Fragata, Ministerio de Relaciones Exteriores; Jaime López Labarca, Teniente Coronel de Carabineros, Ministerio del Interior; Roger Santsori, Comité Internacional de la Cruz Roja; Samuel Nalegace Pons, Comité de Ayuda a los Refugiados; Roberto Kozak, Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas; Jorge Espinoza Ulloa, Coronel, Secretario Ejecutivo Nacional, Secretaría Ejecutiva Nacional de Detenidos; Raúl Benavides Escobar, General de División, Ministerio del Interior.

Santiago, 4 de diciembre de 1974.

## *ANEXO N°2*

### **ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CHILE Y EL COMITE INTERGUBERNAMENTAL PARA LAS MIGRACIONES EUROPEAS (CIME) REFERENTE A AQUELLAS PERSONAS A QUIENES SE CONMUTE POR EXTRAÑAMIENTO LAS PENAS A QUE HUBIEREN SIDO CONDENADAS POR TRIBUNALES ORDINARIOS O MILITARES POR CONTRAVENCION A LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO**

#### **ARTICULO I**

En uso de sus atribuciones, el Gobierno de Chile tiene resuelto considerar la situación de las personas que han sido procesadas y condenadas por Tribunales Ordinarios o Militares por contravenciones a la Ley de Seguridad Interior del Estado, que soliciten la conmutación de sus penas de prisión por el extrañamiento.

#### **ARTICULO II**

A los efectos de lograr la reubicación de aquellas personas a quienes se conceda este beneficio, el Gobierno de Chile solicita oficialmente la participación del Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas en la realización de las gestiones necesarias.

#### **ARTICULO III**

El Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas, en su carácter de Organismo Internacional técnico ejecutivo especializado en el campo de las migraciones, brindará al Gobierno de Chile la colaboración solicitada. En ese sentido, se deja constancia que los resultados de la gestión del Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas en estas actividades, tienen relación con la aceptación de los Gobiernos de los países de reubicación, así como del financiamiento que se logre para estos fines.

#### **ARTICULO IV**

El Gobierno de Chile y el Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas, de común acuerdo, podrán solicitar la parti-



cipación de otras instituciones que estén dispuestas a cooperar en la ejecución de estas actividades.

## **ARTICULO V**

El procedimiento mediante el cual se pondrá en práctica el presente Acuerdo será convenido por ambas partes.

Hecho en Santiago de Chile, a los nueve días del mes de mayo del año mil novecientos setenta y cinco, en dos ejemplares originales del mismo tenor, igualmente auténticos.

Roberto Kozak, Representante del Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas, Herman Brady Roche, General de División, Ministerio de Relaciones Exteriores Subrogante.

## **DIARIO OFICIAL DE LA REPUBLICA DE CHILE, SABADO 10 DE MAYO DE 1975.**

### **MINISTERIO DE JUSTICIA**

#### **REGLAMENTA SOLICITUD DE CONMUTACIONES DE PENAS IMPUESTAS POR TRIBUNALES MILITARES**

Santiago, 30 de abril de 1975.- Hoy se decretó lo que sigue:

Núm. 504.- Vistos: lo dispuesto en los decretos leyes Ns. 1, de 1973, 527, en su artículo 10 y 788, ambos de 1974, y teniendo presente la conveniencia de dictar normativas para la debida coordinación y unidad en la tramitación de las solicitudes de personas que, condenadas por Tribunales Militares, acogiéndose a las prerrogativas de que está investido el Presidente de la República, pidan abandonar el país, y que se precisa reglamentar las exigencias y el procedimiento a que dichas solicitudes deberán someterse.

#### **Decreto:**

Las solicitudes de personas condenadas por Tribunales Militares, que pidan abandonar el país, deben reunir los siguientes requisitos y se someterán al procedimiento que a continuación se indica:

**Artículo 1º.**- Toda solicitud será dirigida al señor Presidente de la República y deberá ser firmada por el peticionario, por algún miembro de su familia o por abogado.

**Artículo 2º.-** La solicitud deberá ser entregada al Jefe del establecimiento carcelario en que el peticionario se encuentre cumpliendo la condena o a la autoridad gubernativa local, según sea una pena privativa o restrictiva de libertad la impuesta. La solicitud deberá ser remitida al Ministerio de Justicia dentro de los cinco días hábiles siguientes a su recepción acompañándose certificado de la conducta observada por el peticionario y fecha desde la cual cumple condena.

Podrá, asimismo, la solicitud, ser presentada directamente al Ministerio de Justicia, debiendo indicarse el lugar en que el reo cumple la condena impuesta.

**Artículo 3º.-** La solicitud deberá contener:

- a) Individualización del condenado y de quien comparece en su nombre;
- b) Indicación del Tribunal que impuso la sanción y fecha de la sentencia;
- c) Exposición de los hechos que motivaron la condena y consideraciones acerca de los motivos justificantes de la petición;
- d) País al cual se dirigirá el peticionario, medios económicos con que cuenta para la adquisición de pasajes y personas que le acompañarán, si viajare con familiares y
- e) Institución Nacional o Internacional, o persona que patrocina la salida y se encargará ante el Ministerio del Interior de las gestiones destinadas a dar cumplimiento al decreto que dispone al extrañamiento.

A la solicitud deberán acompañarse copias autorizadas de las sentencias dictadas en el respectivo proceso.

La falta de alguno de estos requisitos no será impedimento para aceptar a tramitación la solicitud, y los antecedentes que no se acompañan serán recabados de oficio, por el Ministerio de Justicia al organismo correspondiente

Reunidos todos los antecedentes, serán entregados a la Comisión a que se refiere el número siguiente.

**Artículo 4º.-** Créase una Comisión especial para el estudio de las solicitudes de conmutaciones de penas privativas o restrictivas de libertad impuestas por los Tribunales Militares de la República.

La Comisión estará integrada por un representante del Ministerio del Interior, uno del Ministerio de Defensa Nacional y uno del Ministerio de Justicia, que la presidirá. Estos representantes

serán designados por los Ministros de las respectivas Secretarías de Estado mencionadas, quienes, en la misma resolución, nombrarán un suplente de los titulares para el caso de impedimento o ausencia de éstos, debiendo todos los nombrados ser abogados.

La Comisión funcionará en el Ministerio de Justicia, se reunirá a lo menos una vez a la semana, y se tendrán por acuerdo y proposiciones los que se adopten por mayoría de votos, si no hubiere unanimidad para ello.

Igualmente, designará un secretario que dejará constancia en actas de las deliberaciones, acuerdos y proposiciones. Este cargo será desempeñado por un funcionario de cualquiera de las Secretarías de Estado mencionadas.

La Comisión podrá recabar de los organismos correspondientes, los informes y antecedentes que estime necesario para el cabal conocimiento de las peticiones que se formulan en las solicitudes y para su posterior decisión.

Terminado el estudio de los antecedentes acumulados, la Comisión formulará, en cada caso, proposición recomendando se acoja o rechace la solicitud. Podrá, asimismo, atendido el mérito de estos antecedentes, recomendar una rebaja en la duración de la pena que se proponga conmutar.

**Artículo 5º.-** La Comisión elevará los antecedentes al conocimiento del Ministerio de Justicia, quien, conjuntamente con su proposición, los hará llegar al Ministerio del Interior y éste al Presidente de la República para los efectos que contempla el N°10 del decreto ley N°527, de 1974.

El decreto supremo que se dicte llevará las firmas del Presidente de la República y de los Ministerios del Interior y de Justicia.

**Artículo 6º.-** La solicitud y los antecedentes que a ella se acompañen o agreguen, tendrán carácter de confidenciales y estarán exentos de todo derecho o impuesto.

**Artículo 7º.-** En casos calificados, el Presidente de la República, podrá prescindir de los requisitos y tramitación establecidos en el presente Reglamento, en cuyo caso el decreto que se dicte deberá ser fundado.

**Artículo 8º.-** Acogida la petición de extrañamiento, se enviará copia del decreto supremo al Ministerio del Interior, el cual adoptará las siguientes medidas:

- a) Dispondrá los trámites necesarios para que las personas que deban abandonar el país, lo hagan dentro del más breve plazo;

- b) El reo, o sus familiares, su abogado o los Organismos Nacionales o Internacionales interesados en su caso, deberán proporcionar al referido Ministerio todos los documentos y antecedentes pertinentes;
- c) La obtención de visas y pasajes se hará por los familiares, por el abogado del indultado o por los Organismos Nacionales o Internacionales interesados según proceda;
- d) Respecto de los indultados que no tengan medios económicos para viajar o no le sean proporcionados por los organismos antes mencionados, corresponderá al Ministerio del Interior realizar las gestiones conducentes para obtener la salida del país;
- e) Mientras se realizan los últimos trámites para la salida del indultado, el Ministerio del Interior arbitrará las medidas pertinentes para su traslado al establecimiento carcelario más cercano al lugar de salida al exterior. Para estos efectos podrá habilitarse una dependencia para indultados en tránsito en el establecimiento carcelario respectivo, y
- f) Cumplidos todos los trámites, el indultado será trasladado al puerto de salida, con la custodia policial correspondiente. La Dirección General de Investigaciones o de Carabineros, en su caso, deberá comunicarse al Ministerio del Interior la efectividad y fecha de salida del país del indultado.

Anótese, tómesese razón y publíquese.- AUGUSTO PINOCHET UGARTE, General de Ejército, Presidente de la República.- Miguel Schweitzer Speisky, Ministro de Justicia.- Raúl Benavides Escobar, General de División, Ministro del Interior.

Lo que transcribo para su conocimiento.- Lo saluda atentamente.- Mario Duvauchelle Rodríguez, Capitán de Navío (J), Subsecretario de Justicia.

ANEXO N° 3

PROGRAMA ESPECIAL DE REASENTAMIENTO EN EL EXTERIOR  
27/06/90

PAIS	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	TOTAL
Algeria	2	16	10	2	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	36
Argentina	48	514	410	110	238	38	59	4	14	-	-	29	59	14	24	11	9	1580
Australia	4	102	146	5	2	-	3	11	6	-	6	512	579	449	959	717	425	3927
Austria	120	75	68	51	46	43	4	18	6	1	-	5	4	8	-	-	-	449
Bélgica	61	31	115	144	51	105	57	41	34	46	12	32	44	17	58	12	34	894
Bolivia	62	8	6	3	11	3	-	3	-	-	-	-	3	-	3	1	-	103
Brasil	-	8	1	1	-	-	-	1	-	-	-	7	9	4	2	-	-	33
Bulgaria	-	25	21	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	47
Canadá	5	126	126	23	7	3	16	15	11	5	53	66	77	105	197	287	186	1308
Checoslovaquia	3	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	6
China	-	5	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	5
Colombia	6	79	77	20	12	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	195
Costa Rica	9	14	70	19	1	15	-	4	10	-	-	2	2	-	6	-	-	152
Cuba	133	214	41	22	36	1	-	-	-	-	3	-	-	-	-	-	-	454
Dinamarca	35	279	103	161	17	5	3	5	1	2	3	4	7	2	9	4	1	641
Ecuador	23	-	18	16	4	2	2	6	7	-	9	5	5	-	1	-	-	98
El Salvador	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	4
España	11	28	19	13	14	21	10	-	5	11	18	13	20	1	23	4	1	212
Estados Unidos	-	21	33	924	276	61	17	2	6	4	8	2	1	-	3	6	5	1369
Finlandia	72	39	29	-	13	-	-	-	1	8	-	-	-	3	3	-	1	169
Francia	484	268	351	567	232	87	55	23	51	175	195	99	73	55	54	11	6	2786
Guatemala	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-	3
Holanda	47	58	115	283	245	44	2	5	4	-	-	5	-	3	5	1	-	817
Honduras	54	48	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	-	-	105
Hungría	-	30	63	24	1	-	-	1	-	-	-	-	-	1	-	1	1	122
Irlanda	-	69	19	1	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	90
Israel	-	-	9	4	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-	-	-	-	16
Italia	83	336	294	63	33	20	3	-	-	1	-	3	4	1	9	6	-	856
Líbano	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Luxemburgo	-	1	3	14	23	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	42
México	150	340	269	70	28	20	9	7	18	1	8	6	9	12	12	7	2	968
Mozambique	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	2
Nicaragua	5	1	-	-	-	-	-	-	5	5	3	-	-	-	-	-	3	22
Noruega	38	85	24	99	50	69	5	27	12	19	10	10	10	25	45	55	69	652
Nueva Zelandia	-	10	10	13	10	18	3	5	7	1	-	-	8	14	-	-	-	99
Panamá	1	36	139	98	4	-	3	-	-	-	-	-	-	-	3	-	-	284
Paraguay	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Perú	13	9	13	3	-	-	-	-	-	-	2	-	3	-	-	1	-	44
Polonia	-	38	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	38
Portugal	-	-	2	-	1	-	-	-	-	-	-	2	-	-	-	-	-	5
Reino Unido	2	156	559	429	359	234	42	28	7	9	4	8	3	4	1	2	4	1851
R. Dem. Alemana	-	-	27	196	678	66	82	26	9	4	8	4	-	-	-	-	-	1100
R. Fed. Alemana	185	672	178	215	79	41	17	4	3	3	3	-	2	12	19	10	2	1446
Rumania	-	184	299	49	5	5	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	542
Suecia	448	539	300	486	529	304	135	151	154	183	322	321	276	355	286	255	222	5366
Suiza	177	104	35	29	102	74	54	51	39	18	13	5	23	14	11	14	13	776
U.R.S.S.	3	7	-	42	-	10	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	62
Uruguay	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	7	-	8	16
Venezuela	35	24	157	93	55	26	15	15	7	7	2	3	8	15	-	3	2	457
Yugoslavia	14	28	19	12	-	5	16	11	-	-	-	1	1	1	-	-	1	108
<b>TOTAL</b>	<b>3524</b>	<b>5310</b>	<b>4177</b>	<b>4174</b>	<b>3572</b>	<b>1281</b>	<b>539</b>	<b>453</b>	<b>412</b>	<b>507</b>	<b>681</b>	<b>1140</b>	<b>1231</b>	<b>1119</b>	<b>1744</b>	<b>1410</b>	<b>996</b>	<b>30350</b>



ANEXO N° 4

RETORNO DE EXILIADOS PROGRAMAS ACNUR/OIM Y OIM 04/07/90

PAIS	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	TOTAL	
Alberta	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	5	5	-	-	-	-	10	
Argentina	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	4	8	-	1	7	6	3	29	
Australia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	11	
Austria	-	-	-	-	-	2	7	7	1	1	10	22	7	10	10	27	14	118	
Bélgica	-	-	-	-	-	-	-	2	3	2	16	33	7	50	50	30	37	230	
Bolivia	-	-	-	-	-	-	-	-	6	-	1	13	3	-	5	12	40	40	
Brasil	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	13	19	16	51	
Bulgaria	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	1	-	4	6	2	5	19	
Canadá	-	-	-	-	2	1	-	3	-	-	9	60	43	40	43	45	42	288	
Checoslovaquia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	1	-	-	1	17	21	
Colombia	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	9	5	1	9	13	22	21	81	
Costa Rica	-	-	-	-	-	5	6	3	3	14	11	41	4	12	11	10	47	167	
Cuba	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	27	37	35	-	5	47	152	152	
Dinamarca	-	-	-	-	1	5	6	12	6	2	63	17	3	20	7	8	150	150	
Ecuador	-	-	-	-	-	1	7	1	-	-	31	10	5	20	22	26	123	123	
El Salvador	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	4	4	
España	-	-	-	-	5	3	1	3	8	4	21	62	22	39	43	62	92	365	
Estados Unidos	-	-	-	-	1	-	5	-	-	-	1	11	-	4	8	2	10	42	
Finlandia	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	2	4	7	3	4	-	6	28	
Francia	-	-	-	-	-	9	13	22	21	1	29	114	50	112	148	78	120	717	
Guatemala	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	2	
Holanda	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	36	51	18	2	-	-	-	109	
Honduras	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	6	3	-	-	-	-	-	7	16
Hungría	-	-	-	-	-	-	-	5	-	-	2	4	6	13	11	8	49	49	
Irlanda	-	-	-	-	-	-	-	9	-	-	-	-	2	4	4	-	-	19	
Italia	-	-	-	2	-	4	-	8	8	-	-	48	5	16	25	16	97	229	
Japón	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1	4	6	
México	-	-	1	9	18	-	-	-	-	-	-	-	-	3	45	113	164	613	
Mozambique	-	-	-	-	-	-	33	8	7	2	64	129	17	-	-	-	4	27	
Nicaragua	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	19	4	13	9	9	23	98	
Noruega	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	7	18	18	5	14	13	35	113	
Nueva Zelandia	-	-	-	-	-	-	-	9	9	2	2	10	14	-	120	5	-	16	
Panamá	-	-	-	-	10	6	-	-	-	-	1	-	-	10	13	10	52	158	
Paraguay	-	-	-	-	-	-	5	23	4	-	14	10	1	-	-	-	1	5	
Perú	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	4	-	-	10	12	7	42	
Polonia	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	6	5	1	-	-	-	-	7	
Portugal	-	-	-	-	1	4	-	-	-	-	3	4	-	-	2	-	-	10	
Reino Unido	-	-	-	-	2	9	1	1	-	1	-	-	-	-	18	29	24	30	182
R. Dem. Alemana	-	-	-	-	-	4	13	11	8	4	8	15	11	35	71	50	56	323	
Rep. Dominicana	-	-	-	-	-	-	4	1	-	-	16	74	12	-	4	2	-	7	
R. Fed. Alemana	-	-	-	-	-	6	-	1	-	-	-	-	-	5	16	47	122	301	
Rumania	-	-	-	2	4	-	11	5	8	6	41	27	7	1	6	-	4	65	
Suecia	-	-	-	-	-	-	-	5	6	2	11	3	1	-	-	6	40	67	
Suiza	-	-	-	-	2	1	11	-	-	-	1	6	-	70	50	60	26	330	
U.R.S.S.	-	-	-	-	-	-	9	14	-	1	11	54	33	-	-	-	4	4	
Uruguay	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	4	26	49	81	
Venezuela	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	2	17	6	16	49	36	107	236	
Yugoslavia	-	-	-	-	-	2	-	-	4	-	-	3	1	10	3	6	1	30	
TOTAL	0	0	0	5	35	80	117	179	104	42	338	990	355	550	770	791	1381	5771	





*ANEXO N°5*

**SINTESIS ESTADISTICA DE LA LINEA ASISTENCIAL  
SUB PROGRAMA PAR**

1.-	Casos presentados		2.697
	Casos aprobados		2.437
	Casos rechazados		253
	Casos pendientes		7
2.-	Personas beneficiadas		2.400
	Total personas incluyendo sus grupos familiares		6.987
3.-	Asistencia promedio por beneficiario directo	US\$	501
4.-	Total de asistencia otorgada	US\$	1.220.197

*ANEXO N°6*

**SINTESIS ESTADISTICA DE LAS ACTIVIDADES DE  
REINSERCIÓN LABORAL DEL PRAL**

1.-	Proyectos estudiados		400
	Proyectos aprobados		325
	Proyectos rechazados		75
2.-	Total de socios		695
	Total de retornados		555
	Hombres		336
	Mujeres		219
	Total de empleos generados		1.137
3.-	Préstamo promedio por proyecto	US\$	7.454
	Préstamo promedio por empleo generado		2.131
	Promedio por socio		3.486
	Promedio por proyecto		8.416
	Total de asistencia financiera otorgada		2.422.572

## COMENTARIO

*Roberto Garretón\**

La ponencia que tengo el honor de comentar está referida a la historia de lo sucedido en Chile durante los años de la recientemente terminada dictadura militar.

En primer lugar, deseo destacar el carácter **progresivo** del concepto mismo de **refugiado**. Podemos remontarnos en el tiempo al Primer Congreso Sudamericano sobre Derecho Internacional Privado, realizado en Montevideo en 1889, en el que se adoptan las primeras medidas de protección respecto de asilo político. Estas fueron luego desarrolladas en una infinidad de tratados y convenciones sobre asilo, que suelen citarse como precursores de la muy posterior convención adoptada por la Organización de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

Lo obrado en Chile por el antiguo CIME (Comité Intergubernamental para las Migraciones) se inserta en la misma línea de progresividad. Ciertamente los conceptos de **migrante** y **refugiado** no son lo mismo, pero sí pueden asimilarse cuando se trata de dar protección a personas perseguidas y eventuales víctimas de graves violaciones a sus derechos más esenciales. En ese sentido, lo obrado por el ex-CIME, si bien algún jurista muy purista pudiera tildarlo de abuso de atribuciones, los vinculados a la causa de los derechos humanos no podemos sino aplaudirlo y reconocer que se trató de un aporte muy importante en la protección de las personas. En todo caso, luego de las modificaciones introducidas en 1987 a la Constitución de la organización cualquier reparo —que nunca lo hubo— pierde sentido, y hoy hay que ver lo actuado como un aporte a la progresividad en el tratamiento de los refugiados.

La verdad de las cosas es que la vida, principal fuente del derecho, va extendiendo los conceptos para cumplir su finalidad de regulador eficaz del orden social. No deja de ser importante, por lo mismo, la nueva dimensión del concepto de refugiado que fluye de la Convención Africana sobre Refugio de 1969 y los significativos aportes de la Declaración de Cartagena de 1984, que a pesar de no

---

\*Abogado. Director del Colegio de Abogados de Chile. Embajador a cargo de Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores.

ser un tratado vinculante, en la práctica ha ido adquiriendo una fuerza política imposible de desconocer. En este último instrumento, es destacable que se haya considerado como causal de ser refugiado el haber abandonado su país en razón de una violación masiva de Derechos Humanos. Este es el criterio que tuvo implícitamente el CIME en 1974 para extender su mandato a toda suerte de perseguidos. Incluso hoy algunas categorías de refugiados económicos pueden ser considerados como refugiados. Todos convenimos en que las condiciones económicas, por muy duras que sean, no dan origen, *per se*, a un estatuto de refugiado. Todos convenimos también, que es natural que los habitantes de un país deban soportar solidariamente las emergencias económicas, del mismo modo que los cataclismos y desastres naturales. Pero, y sin texto convencional expreso, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados puede considerar como refugiados a los afectados por medidas de persecución laboral fundamentada en razones políticas, raciales o religiosas.

En segundo lugar, debe destacarse el carácter **multiinstitucional** de las medidas adoptadas en la primera época del régimen militar. El CIME no trabajó sólo, sino que en estrecho contacto con otras instituciones humanitarias de carácter internacional, tales como el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Pero junto a ellos trabajaron también organismos nacionales de derechos humanos, y algunas especies híbridas, como el recordado CONAR, el Comité Nacional de Refugiados.

Entre las instituciones nacionales, en la primera época es imposible no recordar al Comité de Cooperación para la Paz en Chile, organización ecuménica formada por las Iglesias Católica Bautista, Evangélica Luterana, Metodista Pentecostal, Metodista, Ortodoxa y la Comunidad Israelita, destinada a asumir las defensas de los perseguidos por el emergente régimen militar y que comenzó a funcionar el 6 de octubre de 1973.

Este Comité, cuando del tema de los refugiados se trataba, era conocido como "el Comité N°1", en oposición al Comité N°2, que era el CONAR (que incluso, cronológicamente, es anterior al 1) y cuya función específica era el tema de los refugiados. Tan hermanos eran ambos Comités, que el Obispo Helmut Frenz era Presidente del Comité 2 y Copresidente del Comité 1. Y fue precisamente por su labor en favor de los refugiados en Chile que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados le otorgó el Premio Nansen a quienes realizan acciones en favor de los refugiados.

Los extranjeros en Chile que contaron con la ayuda del OIM, del CONAR y demás organizaciones humanitarias para abandonar el país fueron 4.044. De hecho, el Ministerio del Interior confeccionó un listado de 4.044 personas que recibieron salvoconductos para abandonar el país, considerando solamente los adultos. Esta cifra incluye no sólo a quienes tenían en Chile el estatuto de refugiados, sino también a todos los extranjeros que decidieron abandonar el país en razón de temer persecuciones por consideraciones políticas. Conviene recordar estas cifras, pues durante 17 años se ha dicho que en Chile había aproximadamente quince mil guerrilleros extranjeros, lo que justificaba no sólo la implantación del estado de guerra, sino el pronunciamiento militar mismo. Si sólo abandonaron el país por la vía del asilo del refugio 4.044 se hace necesaria una explicación fundamental: ¿Qué paso con los otros 11.000...? ¿Los mataron? ¿O es que no existían? Lo cierto es que en condición de refugiados en Chile había políticos, poetas, escritores, cineastas, profesionales, y que nada justifica hacer la ilegítima e irracional asimilación hecha en 1973 de "extranjero=terrorista".

Es evidente que cuando Roberto Kozak se refiere a que el programa de salida al exterior de detenidos imponía una triple interacción, con obligaciones y derechos para el Estado de Chile, para la comunidad internacional y para los individuos concernidos, estos últimos siempre estuvieron bajo el amparo y consejo de las instituciones nacionales de derechos humanos.

Más adelante, otros organismos como la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, la Fundación de Asistencia Social de las Iglesias Cristianas, la Comisión Chilena de Derechos Humanos y varios otros hicieron también un trabajo coordinado con el ACNUR y la OIM.

La tercera particularidad de los programas de protección a los refugiados, fue la **integralidad**, es decir, el reconocimiento de que no basta con trasladar a un perseguido a un país de acogida, sino que en él debe buscarse una **solución durable**, lo que implica enseñanza del idioma, si fuere necesario; garantizársele salud, trabajo, educación para los hijos, previsión social. Debe considerarse que los compromisos asumidos por la comunidad internacional de que nos hablaba el representante de la OIM eran de dos clases: algunos países se comprometieron a dar apoyo financiero para la operación refugio; otros, a dar acogida y algunos otros, a las dos cosas. Muchos de los países de acogida eran aún más pobres que Chile, pero ello no fue

obstáculo para que los chilenos obtuvieran en ellos una solución durable tan necesaria.

Una cuarta característica de lo obrado por el OIM, fue su **vocación de provisionalidad** del exilio. Expresa la ponencia de Roberto Kozak que la asistencia a los que buscaban refugio no debía concluir con la otorgada al último preso o perseguido obligado a abandonar el país, sino cuando se facilitara no sólo el retorno, sino también la reintegración efectiva del último de los exiliados que quisiera retornar.

### **Repatriación**

El primer esfuerzo fue intentar terminar con el exilio forzoso. Como se sabe, el régimen militar se dotó de una estructura jurídica que le permitía disponer a voluntad de los derechos de las personas, autofacultándose para decretar la expulsión de chilenos y su prohibición de reingreso. Hay que agregar que la lista de los impedidos de retornar era secreta. Tras largos esfuerzos se logró en 1984 conocer por fin la lista de impedidos, pero sin la certeza de que quienes no aparecían en ella pudieran retornar. Luego, se obtuvo la garantía de que los excluidos del listado podían regresar. Más tarde hubo eliminaciones progresivas de nombres, para finalmente, en agosto de 1988, en una dramática resolución adoptada mientras venía en vuelo a Santiago la hija del ex Presidente Allende, lograrse el término del exilio forzoso.

Obviamente, esa batería jurídica de atribuciones para exiliar estaba en flagrante contradicción con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que debería haber estado en vigor en Chile desde 1976, pero que no lo estaba debido a que no se publicaba en el Diario Oficial. El refugio es una institución eminentemente voluntaria, producto de una decisión personal de quien se siente perseguido en su derecho a la vida, a la libertad o a su seguridad, y jamás puede ser impuesto. Tras largos años de explicaciones baladíes en 1988 las autoridades del régimen militar aceptaron reconocer que no se daba vigencia interna al Pacto —desgraciadamente, con aprobación de la Corte Suprema— sólo en razón de la incompatibilidad con la Constitución militar.

Debe destacarse que la Constitución autorizaba al Ejecutivo para mantener prohibiciones de ingreso incluso después de extingui-

do el estado de excepción constitucional en que se pudieron justificar originalmente, lo que ciertamente constituía la máxima arbitrariedad.

Pues bien, superado el escollo jurídico (o, más precisamente, el principal obstáculo para la repatriación, pues hay otras fuentes jurídicas y fácticas de exilio, como las condenas judiciales, la existencia de órdenes de detención judiciales derivadas de juicios de naturaleza política, las amenazas a la vida y a la seguridad individual, etc.) debían superarse otros impedimentos para la repatriación. Y aquí aparece en los programas de reinserción la misma característica que tuvieron los programas de refugio, y que destaca la ponencia que comento: **la integralidad**, o más técnicamente, **la búsqueda de una solución durable**.

Con la repatriación se busca la completa reinserción del retornado a su país. Se trata de una decisión que tiene que ser, en primer lugar, informada, es decir, con el mayor conocimiento posible de la realidad del país al que se retorna. Debe ser, además, voluntaria, como voluntaria debió ser la decisión de acogerse al refugio. Debe buscarse que el repatriado no sufra discriminaciones de ningún orden en su propia patria, la que debe proporcionarle la seguridad que le negó en la partida, y la dignidad que emana de su naturaleza humana.

Los programas de repatriación que persiguen que ella sea una solución durable deben procurar, por lo tanto, la reparación de los daños causados por la situación de exilio: la salud mental, la capacitación laboral, la educación de los hijos, la convalidación de estudios, la salud y la previsión social son todos los problemas impostergables y que deben ser asumidos por las organizaciones especializadas.

También en las tareas de repatriación aparece el trabajo integrado, la multiinstitucionalidad con instituciones internacionales y nacionales de derechos humanos y agencias humanitarias extranjeras que tanto aporte han hecho y siguen haciendo a la causa de los derechos humanos en Chile. En lo específico de la reinserción laboral, fue la Organización Internacional para las Migraciones la que convocó en 1985 a la formación de lo que hoy es el PRAL (Programa de Retorno y Apoyo Laboral) que ha otorgado tanta asistencia a retornados. En otras de las áreas mencionadas las organizaciones no gubernamentales hasta algún tiempo, y ahora ellas y el gobierno constitucional, están empeñadas en llevar adelante planes de repatriación durables.

Cuando uno analiza lo que hicieron el CIME, el CICR, el ACNUR por los chilenos perseguidos, primero para asegurarles refugio y luego para repatriarlos, no se puede sino sentir un agradecimiento muy grande. La modestia de estos organismos que extendieron sus mandatos hasta lo indecible, que no distinguieron entre la personalidad pública más conocida y el más anónimo de los ciudadanos, les ha impedido hacer estadísticas sobre cuántos de los que son ministros, subsecretarios, parlamentarios, diplomáticos fueron salvados, preservados y repatriados para que hoy sean importante aporte en la reconstrucción democrática.



## COMENTARIO

*Jaime Esponda\**

El primer y brevísimo comentario que se merece la exposición de Roberto Kozak es señalar la trascendencia que, para nuestra comunidad nacional, ha tenido en las últimas dos décadas la labor de la Organización Internacional para las Migraciones. El sólo enunciado, tan elocuente como áspero, de los diez mil años-hombre de prisión, que su misión fue capaz de revertir en diez mil años-hombre de libertad, da cuenta de tal trascendencia. Quienes trabajamos en el ámbito de la defensa de los Derechos Humanos en este largo período, sabemos que la labor de ese organismo, así como la del ACNUR, la de las Iglesias y la de la Cruz Roja, destinada a obtener refugio en algún país para chilenos perseguidos, significó, además, en muchos casos, salvar sus vidas.

Por esta razón, es una gran noticia para Chile saber que la OIM y el ACNUR cooperarán con el gobierno de don Patricio Aylwin en la tarea de acoger a los chilenos que regresan del exilio y de crear mejores condiciones para su plena reinserción.

Mientras el exilio significó, desde un comienzo, para muchos chilenos, una medida de fuerza que violentó física y psicológicamente su libertad, mediante su expulsión del territorio nacional, para otros, fundamentalmente aquellos a quienes Roberto Kozak se ha referido en la primera parte de su exposición, constituyó la oportunidad de recuperar su libertad o de salvar su vida o seguridad amenazadas. Esta circunstancia nos recuerda que, aunque todos los derechos humanos están correlacionados, existe, sin duda, una jerarquía, que la propia persona es capaz de percibir vitalmente cuando se enfrenta a una situación límite, en cuya cúspide se hallan, precisamente, la vida y la seguridad personal. En tal sentido, para esa segunda categoría de exiliados a la que hemos aludido, perder el derecho a vivir en la patria aparecía como el mal menor.

Sin embargo, una vez en el exterior, disipados los problemas que originaron su abandono del país, el drama del exilio es el mismo para ambas categorías de expatriados —expulsados o no—. Aparece, en toda su real dimensión, aún desconocida para la mayoría de la

---

\*Abogado. Jefe de la Oficina Nacional del Retorno, Santiago, Chile.

gente, la profundidad del daño que causa esta situación violatoria de un derecho humano fundamental, que se manifiesta en desarraigo, pérdida de identidad, conflictos matrimoniales y familiares. Lo mismo ocurre con el retorno a la patria, que cobra mayor dimensión, como lo ha señalado el expositor, en la década de los ochenta. Atrás quedó la causa del exilio, como atrás quedó el país convulsionado de 1973, el país cautivo de 1978. Todo retornado, sin excepción, se encuentra con un país distinto, no sólo porque se transformó su estructura económico social, sino porque también cambiaron hábitos y costumbres que ellos, en el país de exilio, lucharon por mantener. El retorno, por tanto, que es derecho y anhelo de gran parte de los exiliados, no está exento de dramas y desencuentros análogos a los que provoca la primera etapa del exilio.

De allí la importancia de que organismos como la OIM comprendan que uno y otro, exilio y retorno, son dos caras de un mismo fenómeno, que debe ser enfocado desde la perspectiva universal de los derechos humanos.

Afortunadamente, como ha puesto de relieve en su exposición el señor Kozak, la presencia en Chile de un gobierno democrático significa un cambio fundamental que involucra, de una manera diversa y correlacionada, a los actores de este drama: a los propios afectados, al gobierno de Chile, a los gobiernos amigos, a los organismos internacionales y a las organizaciones no gubernamentales locales. En primer término, desde luego, a quienes vivieron el exilio y desean retornar, puesto que no sólo se encuentran con una autoridad a la que repugna la idea de exiliar, sino, además, con una autoridad amiga, que desea acogerlos y convocarlos a realizar su aporte a la reconstrucción democrática y al progreso del país. Cambió, por tanto, también, la relación del gobierno de Chile con organismos como la OIM, puesto que no se trata sólo de establecer condiciones para que ellos puedan cumplir su mandato, y menos aún para que cumplan aquel aspecto de su mandato que se traduce en trasladar personas al exterior, porque son indeseables para el gobierno, sino una relación de colaboración mutua en el esfuerzo por la repatriación plena de los exiliados.

En este nuevo marco de colaboración, es de la mayor importancia tomar en cuenta que, a diferencia de lo que ocurrió en otros países, el retorno de muchos chilenos exiliados comenzó antes de que existiesen estas nuevas condiciones generadas por el advenimiento del gobierno democrático, lo cual permitió que tanto los organismos

internacionales de ayuda y protección a los refugiados, como numerosas organizaciones no gubernamentales locales, que nacieron para dar respuesta a las necesidades de reinserción, adquiriesen una experiencia que el gobierno no sólo no puede desestimar, sino que debe asumir como la base de sustentación de toda su política de reinserción.

La nueva situación también representa un cambio en la relación que se crea, en torno a este problema, con la comunidad internacional, representada por tantos países que acogieron a los exiliados, para quienes no eran personas indeseables sino víctimas de una injusticia, y que hoy establecen un vínculo de cooperación con el gobierno que decide impulsar una política de reparación de tal injusticia.

Si el esfuerzo humanitario realizado en los primeros años de gobierno militar y las tareas de apoyo a quienes comenzaron a retornar con antelación al advenimiento de la democracia, fue tarea de muchos –OIM, ACNUR, Iglesias, gobiernos de países amigos, ONG locales– la repatriación, ahora, debe ser tarea de todos. Y, al decir todos, no se piense que estoy aludiendo únicamente a ese nuevo actor, que es el gobierno democrático, sino, particularmente, a un gran sector de la comunidad nacional que no parece manifestarse, hasta la fecha, comprometido en una tarea que es de ella toda.

Si bien la cooperación internacional es un requisito indispensable para afrontar una tarea como ésta; si bien la colaboración de los organismos internacionales es irremplazable, la primera responsabilidad por reparar el daño causado a tantos compatriotas es de los chilenos. El gran desafío que tenemos todos por delante es involucrar a toda la sociedad civil, y no sólo a una porción especialmente comprometida de ella, como la que ha dado origen a las ONG especializadas en la acogida y la reinserción de los que retornan. Me refiero, particularmente, al mundo de la empresa, que tiene un importante rol que jugar en el ámbito de la reinserción laboral.

Porque, si bien el gobierno democrático no adoptará esa "posición de prescindencia (...) en relación con el retorno y sus problemas", a que aludía Roberto Kozak, y, si bien, por cierto, no podría renunciar a impetrar aquellas medidas de orden legal y administrativo que al Estado compete, en exclusiva, adoptar, para crear condiciones jurídicas favorables a la reinserción, su decisión no es reemplazar la actitud de prescindencia del gobierno anterior por una posición paternalista, estatizando la solución de los problemas, sino animar

una tarea que es nacional e incorporar a ella no sólo a las ONG que han ganado experiencia, sino también, entre otros sectores, a empresarios y universidades.

Esta tarea nacional requiere crear, en la opinión pública, una conciencia de la real entidad y gravedad del drama del exilio, aún no percibidas en muchos sectores. Una conciencia, también, de que el retorno de tantos chilenos no constituye, propiamente, un problema o una nueva "carga" para el país, sino, por el contrario, la oportunidad, en un importante porcentaje, de recibir un nuevo aporte a su desarrollo, de profesionales y mano de obra calificada cuya formación no significó sacrificio alguno al erario nacional.

En esta perspectiva, la experiencia de iniciativas como el Programa de Retorno y Apoyo Laboral, que ha contado con la participación y respaldo gravitantes de la OIM, es digna de destacar como un modelo de reinserción laboral no paternalista, y que, al contrario, apuesta a la capacidad de iniciativa de los retornados, a su capacidad de generar, incluso, nuevas fuentes de trabajo para otros chilenos.

El señor Kozak, en su intervención, ha aludido a otro tema que estimo de la más alta trascendencia y sobre el cual la reflexión, hasta la fecha, ha sido insuficiente. Muchos chilenos que debieron abandonar forzosamente el país no regresarán. Ellos, sus hijos, han echado raíces en los países de acogida. Su decisión es respetable. Si durante años luchamos porque se reconociera a todos el derecho a vivir en Chile, es porque, precisamente, se trata de un derecho humano fundamental, cuyo correlato es el sagrado derecho a residir en otro país. Con su decisión no pierde Chile, sino que, al revés, extiende sus fronteras humanas más allá del mar y la cordillera. Esta nueva realidad, originada en una situación dramática, de ser Chile una nación que cuenta con una gran comunidad de residentes en el exterior, nos obliga a concebir, como lo hicieron otros países que han vivido esta experiencia, una política de Estado hacia dicha comunidad. Esta política debiera partir por reconocer su calidad de ciudadanos y tomar en cuenta lo mucho que ellos pueden hacer en beneficio de las relaciones comerciales y culturales con los países en que residen. Hay en el exterior científicos, profesionales, técnicos y trabajadores del arte y la cultura, que constituyen un capital humano que es patrimonio de Chile y puede prestar un señalado servicio al progreso del país. Si, hasta ahora, por motivos políticos o por mera desidia, fueron mirados con recelo o indiferencia por los gobernantes, esa política debiera experimentar una modificación radical, que

signifique un cambio de la actitud que, hacia ellos, han observado las misiones diplomáticas y consulares en los respectivos países. Al hacer este comentario en la Universidad de Chile, quisiera terminar señalando que la reflexión sobre este nuevo desafío nacional, bien podría tener como escenario privilegiado el de esta Casa de Bello, a la que tanto debemos los chilenos.

Si el exilio y la migración masiva constituyeron, quizá, el signo más dramático de la división de la familia chilena, la acogida nacional a quienes retornen y el estrechamiento de lazos permanentes con el Chile residente en el exterior, debiera constituir una de las más relevantes manifestaciones del reencuentro entre todos los chilenos.



# DERECHOS HUMANOS Y POLITICAS MIGRATORIAS

*Lelio Mármora\**

## Introducción

Las políticas migratorias internacionales se han fundamentado históricamente en diferentes tipos de argumentaciones geopolíticas, étnico-culturales y económico-laborales, a partir de las necesidades de migrantes que las naciones han tenido en distintas etapas de sus desarrollos socioeconómicos.

Dentro de estas concepciones, el migrante ha sido tradicionalmente un recurso para determinadas políticas y un objeto de las estrategias encaminadas a lograrlas.

Sólo en las últimas décadas, en tanto la dimensión ética de los Derechos Humanos comienza a ser considerada, el migrante irrumpe como sujeto en la fundamentación de las políticas migratorias.

En este trabajo se intenta por un lado delimitar en su especificidad la problemática de los Derechos Humanos del migrante internacional, y por otro lado establecer la relación que históricamente –en el contexto latinoamericano en particular– se ha dado entre esos Derechos Humanos y las políticas migratorias que se fueron adoptando.

Para ello, en una primera parte se desarrolla una distinción básica entre el concepto de migración forzada y voluntaria. Concepto largamente discutido en la literatura sobre el tema, y que aún hoy da lugar a discrepancias de acuerdo a la perspectiva con que se lo enfoque.

Asimismo, se tratan cuatro áreas básicas de los Derechos Humanos del migrante: El derecho a no migrar, como derecho humano general, de toda persona que no quiera desplazarse del lugar donde habita. El derecho a la libre movilidad, que implica a su vez la de un libre asentamiento. El derecho del migrante a la justicia social, que contiene básicamente sus derechos laborales, de educación, vivienda,

---

\*Licenciado en Sociología, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Sociología, Universidad de París. Jefe de Misión OIM, Argentina.

salud y participación política. Y el derecho a su identidad cultural, elemento fundamental del carácter multiétnico y multicultural de las sociedades modernas.

En la segunda parte, se realiza una revisión histórica de las políticas de migraciones internacionales en América Latina, identificando a los actores sociales que en diferentes momentos reivindicaron los Derechos Humanos del migrante.

Así, se observa el proceso que va desde la denuncia frente al tratamiento de las migraciones forzadas de indígenas y negros esclavos, a la protesta organizada de trabajadores migrantes o de los gobiernos de los países de emigración, hasta la adopción institucionalizada de los derechos del migrante por parte de la comunidad internacional.

En síntesis, los Derechos Humanos del migrante se presentan en este trabajo como un principio ético sobre el cual se ha ido tomando conciencia; como una parte constitutiva de la libertad que las personas merecen, en un mundo donde la democracia pareciera imponerse definitivamente como forma de vida y como base de las sociedades multiétnicas y multiculturales que se están desarrollando, y que surgen ricas y vitales, como las futuras formas de convivencia que los seres humanos están construyendo.

## **1. Migraciones y Derechos Humanos**

En el contexto de los Derechos Humanos, podemos delimitar aquellos derechos que se refieren específicamente a los de las personas que se desplazan desde su lugar de residencia habitual a otro, con el objeto de asentarse temporarily o definitivamente en su nuevo destino.

Estos Derechos Humanos del migrante abarcan diferentes dimensiones de la acción de movilidad de las personas, tanto en el desplazamiento propiamente dicho, como en el acto de la inserción en su lugar de llegada.

La movilidad humana, expresada en el acto de migrar, constituye un componente permanente en la historia de la continua interrelación del ser humano al medio físico y social, es decir al devenir de su vinculación con la naturaleza y con los otros hombres.

El acto migratorio tiene en todo este proceso dos componentes básicos que pueden llegar a originarlo: la necesidad de movilizarse



en función de la sobrevivencia, (en términos ecológicos, de libertad, de posibilidades económicas, o de defensa de la propia vida), o bien la voluntad de movilizarse en búsqueda del mejoramiento de las condiciones de vida (en términos de poder, riquezas, conocimientos o realización personal).

En muchos casos esta diferenciación es difícil de establecer, debido a las múltiples circunstancias y motivaciones que rodean la decisión de emigrar, pero en función de una primera categorización general se podría hablar de las migraciones forzadas y voluntarias.

### *1.1 Las migraciones forzadas*

Las migraciones forzadas pueden considerarse en una perspectiva clásica donde por un lado estarían las migraciones determinadas por la coacción directa, como los casos de traslado forzoso de poblaciones en términos de redistribución obligatoria de la población con objetivos geopolíticos; y por otro lado aquellos donde el traslado es impuesto para el aprovisionamiento de mano de obra.

Múltiples ejemplos históricos en el siglo actual nos remiten a las distribuciones de población llevadas a cabo por los regímenes nazis, o en la época stalinista de la Unión Soviética, o más recientemente el proceso de ruralización forzoso del Nol-Pot en Camboya.

A su vez, sobre el traslado compulsivo de fuerza de trabajo, en América latina pueden mencionarse los desplazamientos de población indígena hacia los centros mineros del Alto Perú, o bien el masivo tráfico de esclavos negros en los siglos XVI al XVIII.

En segundo lugar aparecerían las migraciones que si bien no son trasladadas con coacción directa, deben movilizarse ante el peligro de perder su vida o libertad si no lo hacen.

Un tercer tipo de migración forzada es aquella que aún no existiendo las condiciones anteriormente descritas, debe trasladarse porque su sobrevivencia cotidiana en términos económicos ya no es posible en su lugar de origen. O bien siendo posible, su calidad de vida o expectativas de realización personal están fuertemente limitadas o cercenadas por la situación económico social en que se encuentra. Esta sería una migración laboral.

Una cuarta acepción de migración forzada es la que va estar determinada por factores socioculturales, que al impedir la interacción o al imponer formas de intolerancia a las diferencias culturales, obligan a las personas a desplazarse hacia otro lugar para poder desarrollar su vida manteniendo su identidad cultural.

En estos cuatro tipos de migración forzada, nos encontramos con diferencias correspondientes a aspectos volitivos que a veces se confunden con el concepto de "voluntarias".

En el primer caso, el coercitivo, la persona es trasladada físicamente en contra de su voluntad; en los otros tres tipos de migración la persona "decide trasladarse", es decir que hay un acto donde toma una decisión migratoria, pero la decisión es obligada por diferentes razones, lo cual implica que lo hace en última instancia contra su voluntad.

### 1.2 *Las migraciones voluntarias*

En cuanto a las migraciones voluntarias propiamente dichas, éstas tienen una característica básicamente distintiva: la decisión migratoria se toma en función de las ventajas que ofrece el lugar de destino, aún cuando el lugar de origen no está condicionando u obligando la partida.

Estas migraciones pueden a su vez distinguirse en dos tipos: por un lado aquellas signadas por el espíritu de aventura del ser humano, y por otro aquellas que responden a una decisión de mejoramiento de las condiciones de vida.

La migración "aventurera", propia del arquetipo del conquistador, va a estar asociada a la búsqueda del descubrimiento, de la acumulación de riquezas o de poder en forma más rápida o más fácil que en su lugar de origen.

La historia de la conquista de América estaría signada por este tipo de migrantes muchas veces desplazados en búsqueda de "El Dorado" y aún parte de la migración masiva proveniente de ultramar a fines del siglo XIX y principios del XX, muchas veces motivada por la ilusión de "hacer la América".<sup>1</sup>

La migración para el mejoramiento de las condiciones de vida constituye el caso típico donde la decisión de migrar resulta de un conjunto de elementos evaluados en términos de costo-beneficio por parte del migrante, con una leve incidencia de las condiciones del lugar de origen y con un gran peso de las posibilidades que brinda el lugar de llegada.

---

<sup>1</sup>Mormer, Magnus, *Adventurers and Proletarians, the Story of migrants in Latin America*, University of Pittsburg Press, UNESCO, Paris, 1985.

Se busca algo mejor en términos de desarrollo económico, científico, social o cultural, y las oportunidades del lugar elegido constituirán la base de una decisión racionalmente tomada.

Esta es la nueva categoría de "migrantes con inversión de capital" que en las últimas décadas han multiplicado sus desplazamientos, destacándose en especial la migración asiática hacia Occidente.

### *1.3 Los Derechos Humanos del Migrante*

Las migraciones forzadas quizás son las que representan la mayoría de los movimientos poblacionales de la historia, y contienen en sí mismas un hecho dramático: el abandono del lugar donde la persona ha desarrollado su vida y establecido sus raíces sociales y culturales, para dirigirse a un nuevo ámbito, muchas veces desconocido e incluso hostil.

El desarraigo, la ruptura cultural, la pérdida del contexto de relaciones sociales y en muchas oportunidades el cambio del modo de sobrevivencia económica, por un lado; y el esfuerzo de penetrar en un medio social y cultural diferente, el aprendizaje forzado de las nuevas normas y costumbres, y el sacrificio de la reinserción laboral por otro, corporizan en el migrante uno de los actos humanos más costosos que existen tanto desde el punto de vista de la integración humana social, familiar y psíquica.

En consideración de este costo, muchas veces destructor a nivel personal e incluso de colectividades, es que se podría afirmar que el primer derecho humano que debiéramos tener en cuenta en este tema es el de "no migrar".

Producido el acto migratorio, nos enfrentamos a un conjunto de derechos que hacen tanto a la movilidad como a la inserción migratoria.

Con respecto al primero se plantea el problema básico de los derechos de la libre movilidad del ser humano en el planeta y de los límites que se establecen a la misma.

En cuanto a los segundos surgen por un lado aquellos vinculados a los derechos económicos, sociales y políticos y por otro a los que se mencionaron como "derechos solidarios" expresados en lo que hace a la aceptación de las diferencias del migrante respecto de la sociedad nacional.

## NUEVAS DIMENSIONES EN LA PROTECCION DEL INDIVIDUO

Así, por un lado podemos mencionar el derecho a la igualdad de oportunidades y trato laboral, el derecho a la igualdad social, y a la igualdad política. Por otro lado surge el derecho a la identidad cultural.

El conjunto de los citados derechos pueden considerarse los derechos humanos del migrante, siendo su propuesta y reconocimiento un producto de la evolución histórica de la respuesta de la sociedad a este fenómeno.

### 1.3.1 *El derecho a "no migrar"*

El derecho a no migrar es el que tiene toda persona a permanecer en el lugar donde habita y desarrolla su vida económica y social, sin necesidad de trasladarse a otra parte para mantener una sobrevivencia digna.

Por supuesto que este derecho básico va más allá de la categorización "migrante", y nos remite a los Derechos Humanos en general.

El derecho a no estar obligado a migrar contiene en sí mismo Derechos Humanos que abarcan toda la gama de sus acepciones, o como algunos autores como Gros Espiell han denominado "generaciones".<sup>2</sup>

Así, el ser humano debiera tener derecho a no migrar para poder ejercer sus libertades civiles o políticas, es decir de expresión, opinión, conciencia, pensamiento o asociación.

Esta "primera generación" de Derechos Humanos establecida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, es la que establece aquellos derechos básicos individuales cuyo no ejercicio puede ser causal migratoria.

En un segundo plano o "generación", los derechos económicos, culturales y sociales constituyen también, en su carencia, causa de la migración forzosa. Esta se manifiesta cuando la persona no puede gozar el derecho al bienestar económico y social, a la seguridad social, al trabajo, a una remuneración equitativa, al descanso a la protección contra el paro forzoso, a la libre sindicación o a la educación.

En el mundo del trabajo, estos derechos corresponderían a la dimensión que algunos autores han dado al llamado "derecho a la

---

<sup>2</sup>Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos*, (Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1985).

inmovilidad de la fuerza de trabajo", oponiéndolo a la movilidad laboral forzosa, producto de la acción sobre el trabajador de las estrategias de la demanda.<sup>3</sup>

Por último, si se tienen en cuenta los "nuevos derechos" o los de "tercera generación", llamados también "derechos de solidaridad", vamos a encontrar que su limitación o falta constituye también una presión para la emigración. En este caso lo que no estaría asegurado sería el derecho al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la libre determinación de los pueblos, a la comunicación o bien a la posibilidad de portar una cultura diferente a la formalmente aceptada.

Estos últimos derechos, que van más allá aún de los inicialmente establecidos por la filosofía liberal, han sido incorporados en los últimos años como parte de las libertades personales, tratando de lograr un enfoque acorde a la evolución histórica multiétnica y multicultural de las sociedades contemporáneas.

### 1.3.2. *El derecho a la libre movilidad*

Como contrapartida del anterior, el otro derecho del migrante que surge como básico es el de la libre movilidad a través de las fronteras.

Este es un derecho que ha sido reclamado permanentemente, y reivindica la libertad de toda persona de trasladarse desde un país a otro sin limitaciones.

Su ejercicio fue respetado como norma general en casi todo el mundo contemporáneo, e incluso promocionado, hasta principio de este siglo, donde por un lado la imposición de dictaduras totalitarias en algunos países determinaron el cierre de sus fronteras para los ciudadanos que quisiesen salir de ellas; y por otro lado la creciente restricción de países receptores generó verdaderas vallas para la entrada de inmigrantes.

En un siglo xx que se inició en un ámbito donde las personas ejercían libremente el derecho natural de cualquier habitante del planeta de trasladarse donde quisiese con la sola limitación de su propia voluntad y posibilidades, se fueron posteriormente profundizando las divisiones fronterizas; imponiendo documentos específicos para poder atravesarlas, y paradójicamente, junto con un crecimiento

---

<sup>3</sup>De Gaudemar, Jean-Paul, *Mobilité du travail et accumulation du capital*, (París: Maspero, 1976).

vertiginoso de las comunicaciones, se va a delimitar como nunca antes en los últimos siglos, el derecho a la movilidad de las personas.

La década del 80 conmociona al mundo con la caída de totalitarismos de diferente signo, y un avance inédito hacia las formas democráticas de vida.

La esperanza en la década que se inicia es que la caída del muro de Berlín no sólo represente el símbolo del derrumbe de un sistema político, sino también un hito en la historia de la libre movilidad humana.

Libertad retaceada frecuentemente por enmarañadas disposiciones administrativas; comercializada muchas veces por burocracias corruptas; y violada permanentemente por regímenes totalitarios.

Es incuestionable el derecho soberano que cada Estado tiene para dejar salir o entrar a quien considere conveniente o necesario; también es incuestionable el derecho que toda persona tiene de moverse libremente, por un mundo cuyo único propietario real es la misma humanidad.

En un mundo que avanza hacia la democratización creciente de las relaciones entre los hombres, la prohibición de salir o entrar a espacios delimitados políticamente constituye cada vez más un contrasentido de ese proceso, donde aún se siguen privilegiando las fronteras formales por sobre las fronteras morales.

Es probable que con los procesos de integración regional que actualmente se están incrementando en diversas partes del mundo (Europa, Norteamérica, Asia), la libre movilidad se imponga dentro de estas áreas de integración. Pero lamentablemente, frente a este avance, nos encontramos con cada vez más restricciones de esas áreas hacia afuera de sus fronteras regionales.

Quizás el derecho a la libre movilidad pueda ser considerado el más utópico en las actuales circunstancias que viven las naciones del mundo. Es probable que su planteo irrite tanto a los que no dejan salir como a aquéllos que no dejan entrar a las personas a través de sus fronteras. Pero es innegable que este "derecho perdido" es algo que le resta recuperar a la humanidad, si su proceso de desarrollo incluye un respeto auténtico por las libertades individuales.

### *1.3.3 El derecho del migrante a la justicia social*

Cuando mencionábamos los llamados derechos de "segunda generación", surgían aquellos que hacen a un trato social justo del inmigrante.

Son muchas las dimensiones que podrían entrar en la esfera de la justicia social para el migrante, pero nos vamos a referir específi-

camente a tres de ellas, quizás las más relevantes en aquellas situaciones que relegan al extranjero a un lugar de "ciudadano de segunda categoría".

Esas dimensiones son la laboral, la política y la de los servicios sociales.

En términos laborales los derechos a igualdad de oportunidades, de igualdad de salarios y de igualdad de condiciones de trabajo son los que surgen como más relevantes.

Es evidente que la igualdad de oportunidades frente a un mercado de trabajo depende tanto de lo que el migrante puede ofertar (en términos de habilidades y conocimientos), como de lo que objetivamente el medio laboral le permite o no.

Sobre este último punto, la igualdad objetiva de oportunidades, es sobre la que las políticas migratorias han hecho estragos –fundamentalmente a partir de la década del 30–, donde se imponen en todo el mundo llamadas "políticas selectivas", eufemismo que oculta el verdadero sentido de "excluyentes" que dichas políticas tienen.

Evitar la ocupación por parte de un extranjero de puestos de trabajos que podría tener un nacional es la base de estas políticas "proteccionistas de la mano de obra nativa".

Su ejecución se hace a través de cuotas de entrada a los países por nacionalidad y/o profesión; o bien por cuotas destinadas a extranjeros en los lugares de trabajo o dentro de los ámbitos profesionales.

El resultado a nivel social de esta discriminación ha sido normalmente el de reforzar la incapacidad de sectores laborales, que por el sólo hecho de su atributo nacional mantienen "demandas cautivas de trabajo", generando una menor eficiencia y productividad y dificultando la incorporación de innovaciones tecnológicas y/o científicas que podrían ser aportadas por los migrantes.

A nivel individual, la negación de este derecho dificulta y deforma la inserción social del migrante al nuevo medio.

En cuanto a la igualdad de salarios y condiciones de trabajo, este derecho está íntimamente asociado al problema de la ilegalidad migratoria.

Ilegalidad determinada ya sea por una entrada clandestina o una permanencia irregular, debido a la prohibición de entrada o radicación que las diferentes legislaciones migratorias establecen.

Ilegalidad que lleva al inmigrante a aceptar más bajos salarios que los que se pagaría a un nacional o a aceptar peores condiciones de trabajo, con lo que se transforma en una competencia desleal a la mano de obra nativa.

Ilegalidad que resulta normalmente de la contradicción entre una lógica ideal legalista que pretende evitar las inmigraciones por decreto y una lógica real determinada por las leyes de los mercados de trabajo y la búsqueda de mejores condiciones de vida de las personas, de un lado o de otro de una frontera.

Por estas razones el derecho humano del migrante a un igual salario y condiciones de trabajo, generalmente no es violado por las disposiciones explícitas, sino por la situación de clandestinidad que las leyes migratorias generales imponen, y que determinan una sobre explotación de la mano de obra migrante.<sup>4</sup>

Esta ilegalidad también actúa como limitante para el ejercicio del derecho que el migrante tiene de utilización de servicios tales como los de la salud, vivienda y educación ya que su situación de "indocumentado" va a limitar sus posibilidades, e incluso a no permitir el uso de dichos servicios.

Así, en la mayoría de los países no se puede ser propietario de una vivienda si no se está radicado legalmente o los hijos de un indocumentado no tienen acceso a la educación. Incluso en algunos países o regiones la atención hospitalaria a los extranjeros se ha reservado a aquéllos que puedan acreditar su radicación.

Es decir que la ilegalidad, manifiesta en la negación del derecho a la permanencia legal en un país, no sólo abarca la órbita de lo laboral, sino el conjunto de los derechos que el inmigrante merecía a una misma posibilidad de atención de su salud, educación y habitat.<sup>5</sup>

Otro derecho, que hace parte de los considerados como de justicia social para el migrante, es el de su participación política.

Quizás este sea el derecho más retacado, ya que aún pudiendo gozar de todas las posibilidades laborales y sociales, el extranjero en general está excluido del ámbito político salvo que pase a ser ciudadano del país receptor, lo cual en muchos casos implica la renuncia de su propia nacionalidad.

Si bien estas condiciones dependen de la legislación de cada país, el inmigrante encuentra generalmente retacada su participación política, la cual no sólo es necesaria para el logro de su mejor inserción en la sociedad receptora, sino también conveniente para el funcionamiento democrático de dicha sociedad.

<sup>4</sup>Bustamante, Jorge, "Emigración indocumentada a los Estados Unidos" en: *Indocumentados, mitos y realidades*, (México: Colegio de México, 1979). Cornelius, Wayne, "La nueva mitología de la emigración indocumentada mexicana en Estados Unidos", en: *Indocumentados, mitos y realidades*, (México: Colegio de México, 1979). Mármora, Lelio, *La amnistía migratoria de 1974 en Argentina*, OIT, Ginebra, 1983. Gómez, Alcides y Díaz, Luz Marina, *La moderna esclavitud, los indocumentados en Venezuela*, (Bogotá: Fines Ed. La Oveja Negra, 1983).

<sup>5</sup>Wallraff, Günter, *Cabeza de turco*, (Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1988).



Es de destacar, en este aspecto, el avance realizado en diferentes países, donde gradualmente los inmigrantes están participando en elecciones de distinto tipo, partiendo por aquéllas que hacen en la comuna donde viven.<sup>6</sup>

No sólo en el caso del inmigrante este derecho social es uno de los más difíciles de lograr, sino también en el emigrante. La posibilidad del voto en las elecciones de su país es un derecho de toda persona, aun cuando ya no habite en él.

De la misma forma que lo señalado anteriormente, la participación política del emigrante no sólo le permite mantener su identidad y vinculación con el país de origen, sino que también contribuye al desarrollo democrático del mismo.

### 1.3.4 *El derecho del migrante a su identidad cultural*

Quizás este sea el más recientemente reivindicado para el inmigrante, y también el más resistido, pero es innegable que el derecho a la diferencia es la matriz de todos los derechos. "No importa que el inmigrante defienda sus derechos laborales, lo que no se admite es que lo haga en su propia lengua" señala Oriol en un análisis sobre la migración en Francia.<sup>7</sup>

El derecho al mantenimiento de su identidad cultural, de ser diferente pero al mismo tiempo parte integrante de la sociedad receptora, es el que no sólo presenta mayores resistencias, sino que ha permitido el desarrollo de argumentaciones básicas de movimientos de extrema derecha como los de Le Pen en Francia,<sup>8</sup> o los neonazis alemanes, alimentados no sólo por sus partidarios políticos sino por una opinión pública proclive al prejuicio.<sup>9</sup>

El tema de las formas en que diferentes etnias y culturas se insertan a través del proceso migratorio tiene una larga tradición en la literatura sociológica, especialmente norteamericana, que ya en las primeras décadas intentaba una explicación del fenómeno.

Así, desde los esquemas "cíclicos de relaciones raciales",<sup>10</sup> donde la "asimilación" del migrante se encontraba al final del ciclo, con una clara connotación "digestiva" por parte de la sociedad receptora, se fue avanzando al planteo de corrientes pluralistas —especialmente

<sup>6</sup>Oriol, Paul, *Les immigrés: métèques ou citoyens*, (Paris: Ed. Syros, 1985).

<sup>7</sup>Oriol, Paul, *Les immigrés: métèques ou citoyens*, (Paris: Ed. Syros, 1985).

<sup>8</sup>Moulin, Jean-Pierre, *Enquête sur la France multiraciale*, (Paris: Calmann-Lévy, 1985).

<sup>9</sup>Walltraff, Günter, *Cabeza de turco*, (Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1988).

<sup>10</sup>Park, P. E. y Burgess, E. W., *Introduction to the Science of Sociology*, (Chicago: 1921). Bogardus, E., "A Race Relations Cycle", *American Journal of Sociology*, 35 (4), 1930. Park, R.E., "A Race Relations Survey" en: *Race and Culture*, (Illinois: Glencoe, 1950).

franco-canadienses— proponiendo términos como "integración", o más allá aún los de "participación", "aculturación", etc., basados en el tipo de inserción del migrante en su nuevo medio.<sup>11</sup>

Esta preocupación teórica, que surge en los países de fuerte inmigración multiétnica a principios de siglo, hoy se ha transformado en una preocupación política del resto del mundo, especialmente el europeo, frente a la eclosión migratoria de las últimas décadas.

El mito asimilacionista se va perdiendo para dar lugar al "derecho a la diferencia".

Derecho que conlleva la conciencia de la propia historia del inmigrante; de su originalidad frente a la historia oficial del país en que viven; de la verdadera modernidad, que es el universalismo y pluriculturalismo que define a la sociedad del futuro; de la real sociedad democrática que nada tiene que ver con los "integristas" propulsores de la uniformidad, de la intolerancia y del aislamiento.

El ejercicio de este derecho tiene frecuentemente ante sí un elemento que aflora en diferentes sociedades y momentos históricos: el prejuicio al extranjero inmigrante.

Este prejuicio, ya sea fundamentado en términos económicos, laborales, biológicos o culturales, se constituye en una barrera a la aceptación del inmigrante en general o de sus rasgos diferenciales en particular.

Su manifestación se expresa en todas las épocas y lugares. De criollos contra italianos en la Argentina del 20;<sup>12</sup> de mexicanos contra judíos y chinos en los 30;<sup>13</sup> de argentinos contra judíos en los 30;<sup>14</sup> de brasileros contra alemanes en la década del 40;<sup>15</sup> de dominicanos contra haitianos;<sup>16</sup> de franceses contra árabes;<sup>17</sup> de alemanes contra

<sup>11</sup>Mármora, Lelio, "Modelo analítico del proceso de inserción migratoria" en: *Aportes*, N°21, París, 1971.

<sup>12</sup>Alperin Donghi, Tulio, *El espejo de la historia*, (Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1987).

<sup>13</sup>Gojman de Backal, Alicia y Carrreño Alvarado, Gloria, "Minorías, Estado y Movimientos nacionalistas de la clase media en México. Ligas antichina y antijudía (siglo XX)" en: *Migraciones Internacionales en las Américas*, N°3, CEPAM, Caracas, 1987.

<sup>14</sup>Senkman, Leonardo, "La política migratoria durante la década del treinta", en: *Jornadas de Inmigración*, Ministerio de Educación, Buenos Aires, 1985.

<sup>15</sup>Sey Ferth, Giralda, *Nacionalismo e identidad étnica*, (Florianópolis: Fundação catarinense de Cultura, 1982).

<sup>16</sup>Veras, Ramón Antonio, *Inmigración, haitianos, esclavitud*, (Santo Domingo: Ediciones de Taller, 1983).

<sup>17</sup>Oriol, Paul, *Les immigrés: métèques ou citoyens*, (París: Ed. Syros, 1985). Stasi, Bernard, *L'immigration: une chance pour la France*, (París: Ed. Robert Laffont, 1984). Moulin, Jean-Pierre, *Enquête sur la France multiraciale*, (París: Calmann-Lévy, 1985).

turcos;<sup>18</sup> de norteamericanos contra mexicanos;<sup>19</sup> de venezolanos contra colombianos;<sup>20</sup> de argentinos contra chilenos.<sup>21</sup>

El reconocimiento de la construcción de una sociedad futura a partir de la universalidad de las culturas, y de la multiétnicidad aún resta por ser asumido, hasta en aquellas sociedades llamadas desarrolladas.

El derecho del inmigrante a mantener sus diferencias culturales, sólo podrá ser posible cuando las sociedades receptoras renuncien a la ideología de la asimilación pura y simple de las comunidades extranjeras, para consentir en la cohabitación de comunidades diferentes.

Sólo de esa manera la inmigración dejará de ser vista como un peligro para la identidad cultural, para pasar a ser concebida como una posibilidad de enriquecimiento de esa cultura.

Como señala Stasi "el mestizaje cultural se inscribe como inevitable sobre la línea de nuestro horizonte",<sup>22</sup> remarcando el mismo autor una frase síntesis de Teilhard de Chardin: "Las colectividades humanas, las más humanizadas, aparecen siempre finalmente, como el producto, no de una segregación, sino de una síntesis".

## 2. Derechos Humanos y Políticas Migratorias

Las políticas de migraciones internacionales han utilizado para su formulación diferentes tipos de argumentos de base, donde la protección o los derechos de los individuos normalmente han sido concebidos como subordinados a los intereses más amplios de los Estados o de los grupos económicos favorecidos o perjudicados por las migraciones.

---

<sup>18</sup>Wallraff, Günter, *Cabeza de turco*, (Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1988).

<sup>19</sup>Bustamante, Jorge, "Emigración indocumentada a los Estados Unidos" en: *Indocumentados, mitos y realidades*, (México: Colegio de México, 1979). Cornelius, Wayne, "La nueva mitología de la emigración indocumentada mexicana en Estados Unidos", en: *Indocumentados, mitos y realidades*, (México: Colegio de México, 1979).

<sup>20</sup>Gómez, Alcides y Díaz, Luz Marina, *La moderna esclavitud, los indocumentados en Venezuela*, (Bogotá: Fines Ed. La Oveja Negra, 1983).

<sup>21</sup>Mármora, Lelio, *Migración al Sur, (argentinos y chilenos en Comodoro Rivadavia)*, (Buenos Aires: Ed. Libera, 1968).

<sup>22</sup>Stasi, Bernard, *L'immigration: une chance pour la France*, (París: Ed. Robert Laffont, 1984).

Es así como frente a las decisiones políticas o a la dinámica propia de los procesos migratorios, muchas veces los defensores de los Derechos Humanos han cumplido tradicionalmente el papel de denuncia con relación a la violación de los derechos individuales. Encontrando sólo en el transcurso de este siglo, y particularmente en las últimas décadas, una paulatina y cada vez mayor inserción de lo que podríamos llamar la dimensión ética en el planteo y desarrollo de las políticas migratorias.<sup>23</sup>

En el contexto latinoamericano, las primeras voces que se levantan para denunciar la violación de los derechos humanos estarán dirigidas a plantear la situación de dos tipos de migraciones forzadas: las de los aborígenes y la de los esclavos negros.

### *2.1 La migración forzada indígena.*

Con respecto a estas migraciones, pueden mencionarse los desplazamientos masivos de población indígena durante el período colonial, en algunos casos a distancias de miles de kilómetros. Estas migraciones forzadas se realizaron con el objeto de utilizarlos como fuerza de trabajo para explotaciones productivas, como el caso de las minas de Potosí que llegan a absorber más de un millón de indígenas traídos de diferentes partes del virreinato del Alto Perú; o bien de áreas más alejadas como Panamá, donde los aborígenes eran sometidos a la esclavitud para ser trasladados a dichas minas o a plantaciones de la costa peruana; pudiéndose destacar también, en otro contexto, las requisas de indios en Nicaragua para el transporte de la madera con que los castellanos construyeron la flota del Pacífico; y las capturas de indígenas de las costas hondureñas para ser trasladados a Cuba.<sup>24</sup>

No sólo la migración forzada con objetivos de aprovisionamiento de mano de obra fueron parte de la política migratoria colonial, sino también los desplazamientos punitivos, ejecutados después de las revueltas indígenas como parte de la política de terror impuesta por los conquistadores, como el caso de los indios Quilmes que fueron trasladados desde los valles Calchaqués, hasta las costas del Río de la Plata.

---

<sup>23</sup>Mármora, Lelio, "La fundamentación de las políticas migratorias internacionales en América Latina", en: *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, Nº10, Buenos Aires, 1988.

<sup>24</sup>Leiva Vivas, Rafael, *Tráfico de esclavos negros a Honduras*, (Tegucigalpa: Editorial Guaymuras, 1982).

Las denuncias a las condiciones a las que eran sometidas estas poblaciones y en general toda la mano de obra indígena ya sea trasladada o no de su lugar de origen, arrancan del famoso documento de Fray Bartolomé de las Casas, titulado "Breve relación de destrucción de las Indias Orientales". Estas denuncias son corroboradas por el análisis histórico en situaciones específicas de desplazamiento tal como el producido por la explotación de los yacimientos de Muzo, en Colombia,<sup>25</sup> o los estudios hechos por Ortiz de Zúñiga sobre la disminución de población indígena en la Provincia de Huámuco en el siglo xvi.<sup>26</sup>

La mortalidad que sufrían los indios al ser transplantados a las zonas mineras donde eran afectados tanto por una sobreexplotación laboral, como por un clima malsano y condiciones de hacinamiento, redujo en determinado momento la utilidad del sistema de Mita, y encomienda.<sup>27</sup>

Ante esa situación, la Corona adopta la solución propuesta por Las Casas en 1517 como un recurso desesperado para salvar a los indios de su completo exterminio: permitir la importación en masa de esclavos africanos desde España, donde existía desde la Edad Media la esclavitud de la raza africana.<sup>28</sup>

## 2.2 *La migración forzada de esclavos negros.*

Esta migración forzada tiene una primera etapa de desarrollo en las Antillas, donde la mano de obra negra va a reemplazar a la aborígen en extinción en las minas de cobre, las plantaciones y los trapiches azucareros, desarrollándose a través de la corriente comercial ya establecida entre la península ibérica y el África mahometana.

Su introducción en el continente acompañará a la primera fase de economía metalífera, en los lavaderos del oro y en el abastecimiento de alimentos. En la segunda mitad del siglo xvi desaparecen los lavaderos, y surge otro horizonte minero más amplio, las minas de plata de Proco y Potosí, en Perú, y Zacatecas y San Luis en México.

Pero es en la agricultura, donde la inmigración esclava va a insertarse mayoritariamente: en la producción de alimentos básicos

---

<sup>25</sup>Friede, J. 1967, "Demographic changes in the mining community of Muzo after the plague of 1629" HAHR, 47 F(3).

<sup>26</sup>Sánchez Albornoz, U. *La población de América Latina*, (Madrid: Alianza Editorial, 1973).

<sup>27</sup>Wells, William, *Exploraciones y Aventuras en Honduras*, (San José de Costa Rica: Editorial Universitaria Centroamericana, 1978).

<sup>28</sup>De Las Casas, Fray Bartolomé, *Historia de las Indias*, (Madrid: 1875-76).

en las zonas cercanas a los centros urbanos donde había sido mayor la extinción indígena; en las zonas donde la población aborigen había sido a su vez desplazada hacia las minas y los obrajes; y en las zonas donde la venta de alimentos se transformó en una actividad altamente lucrativa.

Por otro lado y en forma masiva los esclavos negros serán utilizados en los cultivos comerciales del norte de Sud América y en el Caribe<sup>29</sup> y en los valles tropicales y subtropicales de Brasil, México, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Honduras.<sup>30</sup>

Durante el período colonial se introducen en Hispanoamérica aproximadamente 3.000.000 de esclavos negros.<sup>31</sup>

Siendo los lugares designados para la internación de esclavos los puertos de Veracruz, Portobelo y Cartagena, es en esta última ciudad donde a través del Colegio de los Jesuítas surge el centro de una cruzada en defensa de los esclavos.

A principios del siglo xvii es el Jesuíta Fray Alonso de Sandoval quien realiza una fuerte denuncia de condena a los negreros y organiza una misión entre los esclavos, escribiendo en Cartagena el libro "Naturaleza, policía sagrada y profana, costumbres, ritos y catecismo evangélico en todos los etíopes", que consiste en un estudio antropológico y etnográfico de las distintas razas africanas.<sup>32</sup>

Aunque Sandoval no trata específicamente el problema de la esclavitud, la condena cuando se refiere a la libertad y la igualdad de todos los hombres.

Pero la defensa más encarnizada de los derechos de los esclavos negros la va asumir un discípulo de Sandoval, Pedro Claver, quien a partir de su acción íntegramente dedicada a esta causa es llamado "el apóstol de los negros".

En 1639 el Papa Urbano viii condena la trata negrera a través de una bula, conceptos condenatorios y de defensa de la libertad de los esclavos, repetidos posteriormente por el Papa Benito xiv, en 1741.

Es así como durante todo el período colonial se encuentra una contradicción, casi permanente, entre prácticas de políticas de mi-

<sup>29</sup>Sánchez Valverde, Antonio, *Idea del valor de la isla Española*, (Santo Domingo: Editora Nacional, 1971).

<sup>30</sup>Leiva Vivas, Rafael, *Tráfico de esclavos negros a Honduras*, (Tegucigalpa: Editorial Guaymuras, 1982).

<sup>31</sup>Mellafe, Rolando, *La esclavitud en hispano-américa*, (Buenos Aires: EUDEBA, 1984), p. 59.

<sup>32</sup>Lievano Aguirre, Findalecuo, *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*, (Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1968).

graciones forzadas dirigidas a ciertos sectores de la población y los derechos humanos de esos sectores.

Las políticas migratorias europeas bajo el influjo de las concepciones mercantilistas van a seguir una doble estrategia: por un lado restrictiva y selectiva con la mano de obra de sus propios países, flexibilizándose en la segunda mitad del siglo xvii y durante el siglo xviii en el caso de Francia, Inglaterra y Portugal con respecto a los movimientos de colonización para ocupación de territorio y generación de mercados para productos manufacturados. Por otro lado la estrategia fue de una activa movilización de mano de obra esclava negra amparada por tratados entre los países y reglamentada por mecanismos precisos como las regalías, juro y licencias.

Es hacia fines del siglo xviii, donde la defensa de los derechos humanos de la migración forzada negra hacia América va a explicarse con fuerza institucional en la definición de políticas.

Así, en los debates parlamentarios británicos entre 1788 y 1806, se plantea claramente la necesidad de abolir la esclavitud a partir de una argumentación moral frente a la misma, pero acompañada a su vez por dos elementos que parecieran haber dado mayor base de sustento a esta decisión política que los específicamente éticos: las crecientes revueltas de la población negra y fundamentalmente, lo que los legisladores ingleses denominaron "hemorragia de hombres que estaba sufriendo África".<sup>33</sup>

En cuanto al primer tema, va a pesar sin duda en su momento, las rebeliones de esclavos como las de Saint Dominique en 1790, o los movimientos masivos de fugas de los negros "cimarrones". Frente a estos hechos las autoridades coloniales tuvieron que crear aparatos militares especializados en la persecución y represión de los levantamientos antiesclavistas, constatados en la isla Española desde el principio de la introducción de esclavos africanos;<sup>34</sup> o en las islas caribeñas de San Vicente y Santa Lucía con la presencia de los "negros caribes" que unidos a los indígenas enfrentaron permanentemente a los diferentes dominadores europeos.<sup>35</sup>

Pero sería el segundo de los elementos, la pérdida de población africana, el que va a impulsar en forma contundente el reconocimiento de la violación de derechos humanos que implicaba la esclavitud.

---

<sup>33</sup>Cardoso, Ciro y Brignoli, Héctor, *Historia Económica de América Latina*, (Barcelona: Editorial Crítica, 1984), Tomo II.

<sup>34</sup>Franco, Franklin, *Los negros, los mulatos y la Nación Dominicana*, (Santo Domingo: Editorial Alfa y Omega, 1984).

<sup>35</sup>Galvao de Andrade Cohelo, *Los negros caribes de Honduras*, (Tegucigalpa: Editorial Guaymurás, 1981).

Es a fines del siglo XVIII y décadas siguientes cuando, las potencias internacionales que practicaban el comercio de esclavos, dejan de lado lo que se transforma en un tráfico marginal, para penetrar en el continente africano, donde la mano de obra negra resulta de mayor valor y necesidad relativa en su lugar de origen que en América.<sup>36</sup>

Es así como en 1807 Inglaterra declara la abolición del "tráfico abominable" repercutiendo este hecho en las luchas por la independencia en Hispanoamérica. En 1815 se reúne el Congreso de Viena, con la presencia de plenipotenciarios de Rusia, Austria, Prusia, Suecia, Inglaterra, Francia, España y Portugal, donde se aprueba una declaración de rechazo a ese comercio "afrentoso para la humanidad".

España evita, no obstante, tomar medidas concretas, pero por presión de Inglaterra firma en 1817 un tratado con ese país donde se declaraba que el tráfico quedaría suprimido en 1820.

La obligatoriedad de cumplimiento de dicho tratado recién se logra en 1835 con el tratado entre la Reina de España y el Rey de Gran Bretaña e Irlanda, pero su constante incumplimiento lleva al Papa Gregorio XVI, a emitir una Bula condenatoria y prohibitiva del tráfico en 1838.

Las nuevas repúblicas latinoamericanas se incorporan paulatinamente a esta decisión, luego de la circular de instrucciones que Inglaterra cursa a sus agentes consulares en México, Venezuela, Perú, Argentina, Uruguay y Chile, en 1835.

### 2.3 *La inmigración de ultramar a fines del siglo XIX y principios del XX*

Con las políticas promocionales de inmigración masiva que los flamantes estados latinoamericanos adoptan en el siglo XIX, aparecen también nuevas situaciones, donde el migrante se enfrentará en diferentes oportunidades al desconocimiento o violación de sus Derechos Humanos.

Estas políticas van a estar fundamentadas en la necesidad de ocupación de los vastos territorios vacíos, y en la respuesta a la oferta insuficiente de mano de obra para las crecientes actividades agrícolas de los países.

<sup>36</sup>Mellafe, Rolando, *La esclavitud en hispano-américa*, (Buenos Aires: EUDEBA, 1984), p. 59.



Pero, la convocatoria a la inmigración europea que realizan los países, donde el inmigrante llega en búsqueda de tierras disponibles, no siempre va a corresponder con la realidad con que se encuentran los recién llegados.

Estructuras económicas ya consolidadas donde el acceso a la tierra se vuelve cada vez más difícil; sistemas de producción donde la mano de obra extranjera se encontrara sometida a mecanismos no siempre objetivos de contratación; o bien estructuras sociales donde los derechos del individuo no se encuentran aún consolidados, constituyen el contexto real al cual los inmigrantes se deberan integrar.

En este proceso se encuentra por un lado la inserción sociolaboral de inmigrantes contratados o atraídos para el reemplazo de la fuerza de trabajo esclava negra, tal como el caso de la inmigración china que llega al Perú, el Caribe y México<sup>37</sup> en la segunda mitad del siglo XIX o la japonesa en el sur del Brasil a principios del siglo XX.<sup>38</sup>

En esta situación las políticas migratorias de los gobiernos estaran íntimamente asociadas con la concepción migración como proveedora de mano de obra, donde en función del derecho a la libertad de los esclavos negros –cuya manutención ya no convenía a las nuevas formas de producción o constituía un punto de fricción en las relaciones internacionales– se iniciaba una nueva etapa de sobreexplotación de la mano de obra inmigrante.

Por otro lado se encuentra la situación del inmigrante espontáneo, que se va a insertar como asalariado o a través de diferentes formas de mediería o aparcería, en explotaciones rurales que inician o expanden su producción en la medida en que algunos países de la región se incorporan al mercado internacional como proveedores de materia prima.

En muchos casos, esos migrantes que no encuentran cabida en el medio rural, ya que no logran un acceso como propietarios, van a terminar en las áreas urbanas, en las cuales se incorporan como artesanos u obreros asalariados de los establecimientos fabriles.

Los derechos individuales de estos migrantes, no sólo van a ser reivindicados por personalidades que plantean denuncias con respecto a la situación laboral en la que se ven involucrados, sino que

---

<sup>37</sup>Gojman de Backal, Alicia y Carreño Alvarado, Gloria, "Minorías, Estado y Movimientos nacionalistas de la clase media en México. Ligas antichina y antijudía (siglo XX)" en: *Migraciones Internacionales en las Américas*, No3, CEPAM, Caracas, 1987.

<sup>38</sup>Tomoo Handa, *O inmigrante japonés, historia de su vida no Brasil*, (San Pablo: Centro de Estudios Nipo-brasileros, 1987).

es en esta etapa donde se puede señalar un incremento de las reivindicaciones colectivas de los derechos del trabajador.

Este fenómeno se da a escala mundial, acompañando a la consolidación del sistema capitalista industrial, y se va a manifestar en forma específica en algunas concentraciones urbanas latinoamericanas.

Así, las asociaciones o sindicatos de trabajadores van a recibir una fuerte influencia de los inmigrantes europeos, que se van a constituir en sus principales propulsores y organizadores.

El derecho a un horario delimitado de la jornada de trabajo, a condiciones de trabajo adecuadas, o a mayores salarios, se constituye en el principal objetivo de estos movimientos obreros urbanos, donde se mezcla indiscriminadamente pero con una alta correlación el hecho de ser obrero y extranjero.

No sólo en la clase obrera extranjera se observará este tipo de acción reivindicativa, sino también en grupos inmigrantes de clase media, que frente a brotes de violencia xenofóbicos, van a responder de diferentes formas. Un ejemplo es el de la comunidad china de Sonora, México, que en 1930 reacciona frente a los ataques de los movimientos antichinos, con un boicot comercial.<sup>39</sup>

En el ámbito rural también pueden destacarse procesos reivindicativos donde la situación de una masa de trabajadores y pequeños propietarios mayoritariamente extranjeros provoca la reacción organizativa de los mismos. Son los levantamientos de colonos contra las arbitrariedades de las autoridades locales, tal como los observados en las colonias rurales de la Pampa húmeda en la Argentina.

Estos movimientos reivindicativos adquieren en muchos casos formas violentas donde los colonos reaccionan contra los abusos de jueces de paz, como en Cañada de Gómez en 1876; o bien por la defensa de derechos más amplios como la devolución del voto municipal a los extranjeros y la derogación de impuestos a los cereales, que va a determinar el levantamiento armado de miles de colonos de la Provincia de Santa Fe en 1893.<sup>40</sup>

Por otro lado, y en un plano más general abarcando no sólo los aspectos económicos, sino también los culturales y políticos, se van a observar reacciones de las colectividades de extranjeros migrantes.

<sup>39</sup>Gojman de Backal, Alicia y Carreño Alvarado, Gloria, "Minorías, Estado y Movimientos nacionalistas de la clase media en México. Ligas antichina y antijudía (siglo XX)" en: *Migraciones Internacionales en las Américas*, N°3, CEPAM, Caracas, 1987.

<sup>40</sup>Gallo, Ezequiel, *La Pampa Gringa*, (Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1983).

Tal es el caso de la colectividad italiana en la Argentina en las primeras décadas de este siglo, que a través de sus diferentes medios de comunicación desarrolla una fuerte crítica sobre las discrecionalidades legales, prácticas políticas y exclusiones culturales que recibirán por parte de las instituciones del gobierno argentino.<sup>41</sup>

Esta estrecha relación entre la reivindicación social y económica y el hecho de ser extranjero, es una evidencia de la necesidad de estas masas migratorias de denunciar y reclamar una justicia social, que si bien era retaceada a toda una clase o estamento sin discriminación de nacionalidad, afectaba en particular al inmigrante.

Este hecho se evidencia en las respuestas represivas de algunos gobiernos, que a principios de siglo representaban prioritariamente los intereses de las oligarquías nativas locales, frente a esta participación política de los inmigrantes. Tal es el caso de leyes como la "Ley de Residencia" dictada por el General Roca en el año 1902, donde se facultaba al gobierno a expulsar a extranjeros por motivos políticos.

Pero estos derechos de los inmigrantes, en su condición de asalariados o pequeños propietarios, no sólo son reivindicados por personalidades o asociaciones de los mismos extranjeros, sino también por los países de origen, que frente a las denuncias que van a recibir de la situación de sus connacionales efectúan en algunas oportunidades protestas formales, y en otras van a adoptar medidas concretas unilaterales. Tal es el caso del gobierno de Italia, que en 1902 prohíbe la emigración de sus nacionales a algunos países latinoamericanos a raíz de denuncias de malos tratos o abusos laborales; o de las reiteradas protestas de la delegación china en México, ante el Presidente Plutarco Elías Calles en 1925.<sup>42</sup>

Es así como en esta etapa nos encontramos que frente a políticas abiertas y liberales de promoción de la inmigración masiva, los resultados de las mismas son muchas veces discriminatorios de los derechos sociales y laborales del inmigrante. No existe en esa instancia una respuesta política de protección adecuada por parte de los gobiernos receptores, mientras que la defensa de esos derechos es asumida básicamente por los extranjeros a través de organizaciones creadas o dirigidas por ellos, o bien por medio de los países de origen de estos migrantes.

---

<sup>41</sup>Clementi, Hebe, *El miedo a la inmigración*, (Buenos Aires: Editorial Leviatan, 1984).

<sup>42</sup>Gojman de Backal, Alicia y Carreño Alvarado, Gloria, "Minorías, Estado y Movimientos nacionalistas de la clase media en México. Ligas antichina y antijudía (siglo XX)" en: *Migraciones Internacionales en las Américas*, N°3, CEPAM, Caracas, 1987.

La expansión del fenómeno migratorio a escala mundial y sus consecuencias a nivel de los derechos de las personas se va a reflejar en la Primera Conferencia de Emigración e Inmigración realizada en Roma en 1924, donde se recomienda "que se reconozca la libertad de emigrar sin perjuicio de las restricciones establecidas por razones de orden público o económico o por protección de los intereses materiales y morales de los propios emigrantes". Reclamándose también en estas recomendaciones "una igualdad de trato" con respecto a la admisión de los trabajadores inmigrantes en todos los oficios y profesiones. Es en este período que van a surgir las primeras organizaciones de protección al refugiado, como "El Alto Comisionado para los Refugiados" creado en 1921 por iniciativa del Dr. Nansen, y que protegerá en principio a los refugiados rusos, para ampliarse después a los armenios, sirios y turcos.

Los derechos del migrante entran así en una nueva etapa reivindicativa, donde su reconocimiento se va a expresar en términos de consensos internacionales por parte de los Estados, institucionalizándolo a través del interés y preocupación de la comunidad internacional.

#### *2.4 La década del 30 y la restricción migratoria*

Esta creciente valorización de los derechos del inmigrante va a perder fuerza en el momento en que las economías de los países de la región se vieron afectadas por la crisis internacional de 1929.

A partir de ese momento la protección de la mano de obra nativa se transforma en el "leit motiv" de las políticas migratorias de los países receptores, apareciendo el derecho a la "igualdad de trato" como contradictorio frente al creciente desempleo de los trabajadores afectados por la crisis.

No obstante, los derechos laborales del migrante vuelven a plantearse en términos de recomendaciones y convenios por parte de la Organización Internacional del Trabajo en 1939 y adoptados finalmente en la 3a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1949.

De cualquier manera, la década del 30 es la que aparecería como de mayores contradicciones en esta confluencia de derechos individuales y colectivos entre los migrantes y los Estados.

A la crisis generadora de un desempleo, hasta ese momento de una amplitud desconocida por los países latinoamericanos recep-

tores de migración, dos elementos se van a sumar a esta relación conflictiva entre políticas migratorias y derechos de los migrantes: la aparición de masas de refugiados producidos por la convulsión política europea, y el asentamiento de una concepción de asimilación cultural en las sociedades, que se encontraban en pleno proceso de integración de las masas migratorias que habían arribado a principios de siglo.

El desempleo conformará el argumento de base para el establecimiento de cuotas de ingreso y de participación de los asalariados extranjeros en las actividades económicas, o bien simplemente de la prohibición de entrada de inmigrantes.

Este condicionamiento económico laboral constituirá a su vez el marco dentro del cual se fortalecerán las corrientes nacionalistas, que van a proponer la necesidad de una homogeneidad cultural e incluso racial para los países hasta ese momento receptores de inmigración.

Estados Unidos prohíbe en 1937 la entrada de hombres de "color"; la Constitución uruguaya de 1934 prohíbe la inmigración africana, asiática, de zingaros y bohemios; la Constitución de Bolivia de 1938 no permitirá el ingreso de chinos, judíos, gitanos y negros; en Guatemala en 1936 se prohíbe la entrada de asiáticos, negros, gitanos, árabes, griegos, armenios, hindúes, búlgaros y rusos; en el Salvador en 1933 a los asiáticos, negros, malayos y gitanos; en Honduras en 1934 se prohíbe el ingreso de negros, colis, gitanos y chinos; en Nicaragua en 1930 se prohíbe el ingreso de individuos de raza china, turca, árabe, siria, armenia, negra y gitana; en 1938 en Panamá se prohíbe la inmigración de chinos, gitanos, armenios, árabes, turcos, indostaneses, sirios, libaneses, palestinos, norteafricanos, y negros cuyo idioma no sea español; México regula en 1936 la admisión de extranjeros de acuerdo al grado de "asimilabilidad racial y cultural"; en Brasil, en 1938 se reserva el derecho de limitar o suspender la entrada de individuos de determinadas razas u orígenes.<sup>43</sup>

Frente a esta oleada restrictiva, surgen en esta época algunas organizaciones especialmente ligadas a la protección de los refugiados, tales como la "Oficina Internacional Nansen", creada en 1930; "El Alto Comisionado para los refugiados provenientes de Alemania", organizado en 1933 por la Sociedad de Naciones poco después del advenimiento del régimen nacional-socialista en Alemania; "El

---

<sup>43</sup>Mármora, Lelio, "La fundamentación de las políticas migratorias internacionales en América Latina", en: *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, Nº10, Buenos Aires, 1988.

Alto Comisionado para el conjunto de los refugiados" que va a asumir en 1938 las funciones de las dos organizaciones anteriormente señaladas; y finalmente el "Comité Intergubernamental para los Refugiados" (CIR), establecido en 1938 con el objeto de facilitar la emigración de refugiados de Alemania y Austria y ayudarles en su reinstalación en otros países.<sup>44</sup>

La puesta en práctica generalizada de políticas migratorias restrictivas y protectoras de la mano de obra nacional va a dejar poco margen a la reivindicación de los derechos del migrante durante ésta década y gran parte de la siguiente.

Los derechos a la libre movilidad y a la protección del inmigrante van a ser reclamados por organizaciones específicas ligadas directamente a las diferentes colectividades y nacionalidades.

### 2.5 *La migración de post-guerra*

Es al final de la Segunda Guerra Mundial, donde se produce un cambio fundamental frente a la problemática de los derechos migratorios, partiendo del repudio generalizado de la humanidad a la discriminación racial, y los crímenes cometidos en su nombre, y frente a la necesidad de dar una respuesta concreta a los cientos de miles de desplazados europeos, así como a aquellos que no podían encontrar trabajo en los países devastados por la conflagración.

El reclamo individual o de las colectividades va a generalizarse a través de instancias institucionales, que no sólo van a abarcar a los países, sino al nuevo ámbito de coordinación internacional que se establece.

La creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, y la Declaración de los Derechos Humanos constituyen un hito fundamental, a partir del cual los específicos derechos de los migrantes comienzan a institucionalizarse en este ámbito en dos líneas: una operativa de protección y asistencia a la movilización migratoria, y otra de búsqueda de consenso internacional alrededor de los derechos laborales del trabajador migrante.

Así, frente al grave problema de desplazados y refugiados europeos se crea en 1943 la UNRA, organismo encargado de resolver los problemas económicos y sociales más urgentes producidos por la liberación de los países, y dentro de cuyos objetivos estaban los de la repatriación de los nacionales de los países aliados.

<sup>44</sup>Vernant, Jaques, *Les refugiés dans l'après guerre*, (Ginebra, 1951).

En 1947 las tareas de la CIR y de la UNRA son asumidas por la Organización Internacional para los Refugiados (OIR), institución especializada, no permanente, dentro del sistema de las Naciones Unidas.

Desde 1947 hasta 1952 la OIR se ocupó de la protección internacional a los refugiados, mientras que en 1949 la Asamblea General de las Naciones Unidas establece el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y a partir de una conferencia internacional sobre migraciones realizada en Bruselas en 1951 se crea el Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos Migratorios de Europa (CIPME), transformado en el Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (CIME) en 1952.

Estos dos organismos ACNUR y CIME son los que a partir de 1952 asumen las tareas de la OIR, en términos de protección y asistencia al refugiado el primero y en cuanto al traslado y asistencia al inmigrante en general el segundo.

Fuera de este contexto, pero también abarcando un marco mundial, la Iglesia Católica va a manifestarse en 1952, a través del documento pontificio "Exsul Familia", como Constitución Apostólica de Pío XII, sobre la cura espiritual pastoral de los emigrantes. Este documento de la Iglesia Católica aboga por los derechos del migrante, apela a los gobiernos para la aplicación de políticas migratorias generosas y propugna normas internacionales en la materia.

## *2.6 Las nuevas migraciones y políticas a partir de los 70*

La década del 70 marca un hito en la concepción de las políticas migratorias, las cuales se vuelven cada vez más selectivas o restrictivas, a raíz tanto de la disminución en el crecimiento de la demanda de mano de obra industrial de los centros urbanos, como de la sobreoferta de fuerza de trabajo derivada de las corrientes inmigratorias desarrolladas durante las dos décadas anteriores.

No obstante esta tendencia que tiende a un control y rigidez mayor en el movimiento internacional de personas, también en esta década la problemática de los Derechos Humanos va a constituirse en una preocupación de foros internacionales y de los países del mundo desarrollado, encontrando que a partir de los 80 acompañará a los procesos de democratización de varios países de América Latina.

Con respecto a los derechos del trabajador migrante y a partir del Convenio sobre los Trabajadores Migrantes adoptado por la 3ª

Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1939, se va a dictar en 1975 la "Recomendación sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes en los Países y Territorios Insuficientemente Desarrollados".

Esta mayor preocupación por el respeto de los Derechos Humanos también alcanzará a la problemática migratoria, encontrando como instrumento internacional clave el "Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y de Trato de los Trabajadores Migrantes" adoptado por la OIT en 1975 y la recomendación 151 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores migrantes.

En la esfera internacional constituye un hito, la "Declaración de los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Vivan" aprobada en 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y donde se reconocen los Derechos Humanos y garantías fundamentales de los migrantes.

Asimismo, cabe destacar la preocupación por el problema de organismos especializados como la Organización Internacional para las Migraciones que con sus acciones ha desarrollado una importante actividad en la protección a través del traslado de individuos privados de libertad. Manifestándose esta sensibilidad frente a la problemática, en las recientes enmiendas a su constitución, donde explícitamente se señala entre sus objetivos, la asistencia al migrante para que pueda "subvenir a sus propias necesidades y llevar, junto con sus familias, una existencia digna, en el respeto a la persona humana".<sup>1</sup>

En el ámbito latinoamericano el tema va a tomar relevancia en las últimas décadas frente a la situación de ilegalidad de cientos de miles de trabajadores migrantes.

Este problema va a tener un lugar preeminente en las disposiciones establecidas como norma en el "Instrumento Andino de Migraciones Laborales", constitutivo del "Convenio de integración socio-laboral Simón Rodríguez" del Acuerdo de Cartagena.

Se encuentra por primera vez, a través de las medidas de regularización que toman países como Argentina en 1974 y 1984, Costa Rica en 1983 y Venezuela en 1980, una justificación de su adopción en términos de los Derechos Humanos de los migrantes indocumentados.<sup>45</sup>

En el ámbito de la Iglesia y tomando como base el "Exsul Familia", pueden citarse en este período la "Pastoralis Migratorum

<sup>45</sup>Mármora, Lelio, *La amnistía migratoria de 1974 en Argentina*, OIT, Ginebra, 1983.



Cura" de 1969, donde se condena todo tipo de discriminación a los derechos fundamentales de las personas; la Carta Circular de la Pontificia Comisión para la Pastoral de las Migraciones y el Turismo titulada "Iglesia y Movilidad Humana", de 1978; y las referencias a la necesidad de la integración del trabajador migrante en la carta encíclica de Juan Pablo II "*Laborem Exercens*" en 1981.

La paulatina incorporación de los derechos del migrante no sólo a las apelaciones de las organizaciones humanitarias, sino también a las normas internacionales e incluso a las legislaciones nacionales de los países, constituyen un indicador de la creciente importancia de esta dimensión ética en el tratamiento del tema. Importancia debida a su vez a los procesos más amplios de conciencia crítica, cooperación y democratización por los que está atravesando la comunidad internacional.



# LA PROTECCION AL MIGRANTE EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES Y REGIONALES LATINOAMERICANOS

*Alberto H. Mayansky\**

## 1. Los instrumentos internacionales de protección de los extranjeros

A través de la arqueología, la paleontología, la historia y otras ciencias afines, se ha estudiado el desplazamiento de personas, grupos o pueblos, motivado por fenómenos naturales tales como sequías, inundaciones, terremotos, o por fenómenos complejos productores de pobreza, guerras y otros factores que provocan la expulsión de personas por un lado y polos receptores de potenciales inmigrantes por el otro. La búsqueda de la flor azteca en las civilizaciones prehispánicas o los desplazamientos en China y Africa en la prehistoria, o Moisés conduciendo al pueblo hebreo en el desierto son prueba de ello.

En los últimos siglos la revolución industrial, los nuevos medios de transporte, el incremento incesante del comercio internacional y, fundamentalmente, la desigual distribución de riquezas en las regiones, han contribuido a hacer más patente el drama de los inmigrantes, a veces bien recibidos en el país receptor, a veces vistos como enemigos potenciales, generalmente percibidos con una mezcla de reacciones de aceptación y de rechazo.

A esto se deben unir los crecientes problemas de desempleo que acompañan a la era post-industrial, la robótica, la informática, y el reemplazo de materias primas tradicionales por fibras ópticas.

Sumados a estos problemas cabe mencionar, en el contexto latinoamericano, los efectos sobre los niveles de empleo y de protección socio-laboral producidos por la crisis de la década del 80 y los modelos económicos aplicados por diferentes países de la región.

---

\*Abogado. Magister en Derecho Laboral. Profesor de Seguridad Social, Universidad de Belgrano, Buenos Aires. Consultor OIM.

No se puede hacer un fácil reduccionismo sobre el desplazamiento de personas: los hay voluntarios y forzados, permanentes y no permanentes, permanentes periódicos, etc.

Un ejemplo de lo complicado de las situaciones que hoy se presentan nos lo da una cita de la Licenciada D. Adjumovich, secretaria técnica del Año Internacional del Niño cuando dice: "Puede ser que la pregunta ¿de dónde es? suene sencilla. Sin embargo, es difícil de contestar para el niño que no puede hacerlo sin preguntar además, – ¿quiere decir dónde nació o dónde he pasado la mayor parte de mi vida o qué país emitió mi pasaporte o cuál es el último país en que he vivido o dónde nacieron mis padres?".

La situación jurídica de los extranjeros ya era de diferenciación en la antigua Grecia, donde se aplicaba una ley a los ciudadanos, y otras a los extranjeros. En Roma, el monumental edificio del Derecho Romano dejaba afuera a los extranjeros, aunque luego tuvo evoluciones. La sociedad feudal tenía limitaciones territoriales, pero ya la Carta Magna de 1215 consagró la libertad de la circulación de extranjeros.

Hoy la evolución en los aspectos normativos ha sido total y como culminación de ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha consagrado las libertades fundamentales de los individuos "cualquiera fuera su raza, grado, cultura y color..." y señala que aunque lleve una existencia nómada no pierde los derechos de la existencia humana.

La Carta de las Naciones Unidas obliga a los Estados a la plena vigencia de las libertades fundamentales y de los Derechos Humanos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, y reconoce el carácter internacional de la protección de dichos Derechos Humanos. Como culminación de los primeros años de existencia de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre reconoce a toda la humanidad derechos iguales e inalienables.

Esta Declaración ha tenido un valor doctrinario fundamental en nuestro continente, puesto que prácticamente todas las constituciones americanas posteriores a 1948 han consagrado estos principios.

A partir de esta Declaración, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Jurídicos, han consagrado más detalladamente estos derechos. Por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados se comprometen a garantizar los derechos de todos los individuos que están en su territorio.

En este Pacto Internacional se estableció un Comité de Derechos Humanos que reconoce a todo individuo víctima de una violación de los derechos enunciados en el Pacto el derecho a comunicar la violación de dichos derechos.

Un avance cualitativamente más importante fue la convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial; por esta convención no deben establecerse distinciones entre ciudadanos y extranjeros, y expresamente se protegen los derechos y libertades de todas las personas, sin diferenciación, que estén bajo la jurisdicción de estos Estados.

También a nivel regional se han suscrito tratados reafirmando los principios de los instrumentos de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos. Así, en nuestra región, la Carta de Organización de los Estados Americanos proclama los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, credo o sexo.

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre establece que la protección internacional de los derechos del hombre es la base fundamental a tener en cuenta para la evolución del derecho americano.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos reconoció que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifica una protección internacional de naturaleza convencional.

Los Estados americanos se comprometieron a garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos a las personas sujetas a su jurisdicción y declaran a los efectos de la misma Convención "persona es todo ser humano". En virtud del artículo 33 de la Convención Americana firmada en San José de Costa Rica en 1969, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que recibe reclamaciones procedentes de individuos, formulando recomendaciones a los gobiernos en materia de violaciones a los Derechos Humanos fundamentales.

Esta Comisión ha elaborado una doctrina de avanzada en la materia, y esta doctrina ha estado penetrando en muchos fallos jurisprudenciales en los tribunales de los países miembros que han hecho valer los derechos consagrados por la Convención Americana.

En Europa, desde 1949 y a través del Estatuto del Consejo de Europa del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) y el Tribunal Europeo de Justicia,

ha sido amplia la doctrina elaborada en este ámbito por los tribunales europeos, pero lamentablemente en la última década en la vida cotidiana de las grandes ciudades europeas se ha acentuado la xenofobia contra las minorías raciales de Asia, América Latina y El Caribe.

Como apreciamos, los países llamados del bloque socialista no han legislado regionalmente sobre esta materia.

En Africa las Cartas de la Organización de Unidad Africa (OUA), de la Organización Común Africana y Malgache (OCAM) y la Carta de la Unión de los Estados de Africa Central, consagran su pleno acatamiento y adhesión a los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Carta de las Naciones Unidas.

En Asia, el Tratado de Asia Sudoriental de Defensa Colectiva de 1959 y la Conferencia de Bandung consagraron los principios ya citados, pero aclarando que el ejercicio del derecho legítimo de los pueblos a la libre determinación puede obligar, y de hecho a menudo obliga, a elegir entre los Derechos Humanos relativos a los extranjeros y los derechos provenientes de las poblaciones locales; la Carta del Pacífico de 1954 sostiene el principio de igualdad de derecho pero con el compromiso de promover a la región la elevación del nivel de vida, del progreso económico y de libertad social.

Como ya hemos reiterado, estas declaraciones están contenidas en la mayoría de las constituciones contemporáneas, pero lamentablemente muchas veces las prácticas nacionales no coinciden con los principios teóricos.

## **2. La Declaración de los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que vivan**

Este instrumento adoptado el 13 de diciembre de 1985, es a nuestro entender la síntesis de todo el pensamiento progresista en la materia y en consecuencia, a él nos vamos a referir en forma amplia, puesto que subsume toda declaración anterior internacional o regional y junto con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo son el marco teórico para un nuevo enfoque, no sólo legislativo sino también como norma de vida que debe ser inculcada en todos los niveles de la educación y defendida en medios de comunicación.

La historia de este documento comienza en el año 1977, cuando un órgano dependiente de la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, comenzó a enviar encuestas y pedidos de opinión para una declaración de este tipo. A partir de 1980 se estableció un grupo de trabajo para la redacción de la declaración, la que luego de varios ajustes y modificaciones fue aprobada el 13 de diciembre como Resolución 40/144.

La Declaración contiene varios considerandos donde se hace un resumen sobre la Carta de las Naciones Unidas en cuanto al fomento del respeto universal de los Derechos Humanos y libertades fundamentales sin distinción de razas, sexo, idioma o religión.

Reitera principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre el principio de libertad e igualdad de todas las personas al nacer, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, o cualquier otra condición.

Considera además el derecho a la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, a la igualdad a la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales establecidas en los instrumentos internacionales que deben garantizarse también para los individuos que no son nacionales del país en que vive.

El artículo primero define como extranjero "a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre". Esta definición rige en todas las especificaciones de la declaración.

El artículo segundo fija límites muy precisos acerca de la aplicación de esta declaración para que la misma no amplíe un *bill* de indemnidad para las transgresiones a las normas nacionales o internacionales.

Sistematizando las garantías que exige este artículo para la aplicación de esta declaración tenemos lo siguiente:

- a) Ninguna disposición de la declaración legitima de por sí la presencia ilegal de un extranjero.
- b) Ninguna disposición de la declaración limita el derecho de los Estados a promulgar leyes u otros reglamentos relativos a entrada de extranjeros o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros.
- c) Las leyes y reglamentaciones que se dictan no deben ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los Derechos Humanos.

- d) La declaración no menoscaba derechos adquiridos por la legislación nacional o el derecho internacional.

El artículo tercero obliga a los Estados a la publicación de las leyes o reglamentos nacionales que afecten a los extranjeros. Hubiera sido conveniente mayor claridad en el sentido de darle difusión a las leyes y reglamentos nacionales e internacionales y a los principios de la declaración a través de los medios masivos de comunicación social.

Por el artículo cuarto se establece la obligación del extranjero de observar las leyes del Estado y exigen demostración de respeto por las costumbres y tradiciones del pueblo de ese Estado. Recordemos los problemas surgidos en Francia por la negativa de jóvenes africanas a quitarse el velo para ir a colegios públicos franceses o el problema que surge entre la comunidad hebrea de Marruecos y Langer que no se someten a la vida cotidiana israelí para observar lo dificultoso de la aplicación de este confuso final de artículo.

El artículo quinto es el más importante de la declaración y es a nuestro modesto entender la piedra fundamental para cualquier política nacional, regional o internacional.

Dada su claridad y vigencia nos limitamos por ahora a la transcripción del mismo:

- 1) Los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos:
  - a) El derecho a la vida y a la seguridad de la persona; ningún extranjero podrá ser arbitrariamente detenido ni arrestado; ningún extranjero será privado de su libertad, salvo por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta;
  - b) El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia;
  - c) **El derecho de igualdad ante los tribunales** y todos los demás órganos y autoridades encargados de la administración de justicia y, en caso necesario, **a asistencia gratuita de un intérprete en las actuaciones penales y, cuando lo disponga la ley, en otras actuaciones;**
  - d) El derecho a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia;
  - e) El derecho a la libertad de pensamiento, de opinión, de conciencia y de religión; el derecho a manifestar la religión



- propia o las creencias propias, con sujeción únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral pública, o los derechos fundamentales de los demás;
- f) El derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones;
  - g) El derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con sujeción a las reglamentaciones monetarias nacionales.
- 2) A reserva de las restricciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades de los demás, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes, así como con los enunciados en la presente Declaración, los extranjeros gozarán de los siguientes derechos:
- a) El derecho a salir del país;
  - b) El derecho a la libertad de expresión;
  - c) El derecho a reunirse pacíficamente;
  - d) El derecho a la propiedad, individualmente y en asociación con otros, con sujeción a la legislación nacional.
- 3) Con sujeción a las disposiciones indicadas en el párrafo 2, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado.
- 4) Con sujeción a la legislación nacional y a la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado se acompañen, se reúnan y permanezcan con él.

Luego de esta transcripción reiteramos nuestra posición en el sentido que las normas del artículo quinto no pueden ser sólo un marco teórico.

Estas normas, al igual que los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que vamos a analizar más adelante, deberían ser receptadas en el marco del derecho interno de cada país y fundamentalmente incorporado a las prácticas nacionales.

De no hacerlo así, nuevos tratados, nuevas declaraciones sólo servirán para elaborar normas teóricas, pero el migrante hoy más que nunca es objeto de conductas que violan todos los derechos que estamos acá analizando.

Por el artículo sexto, se prohíbe someter a los extranjeros a torturas o a penas degradantes y no pueden ser objeto, sin su consentimiento, de experimentos médicos o científicos.

Por el artículo séptimo las expulsiones de extranjeros se limitan a los casos expresamente previstos por la ley y sólo para las autoridades competentes dentro del marco jurídico. Pero está absolutamente prohibida la expulsión por motivos de raza, color, religión, cultura u origen nacional o étnico.

En el artículo octavo, se consagran muchos de los derechos de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo a saber:

Condiciones de trabajo saludables, a igualdad de trabajo igual salario sin discriminación particularmente a las mujeres. El derecho a la participación en los sindicatos y el acceso a los servicios de salud, seguridad social, descanso, etc..

Por el artículo noveno, se prohíbe la confiscación arbitraria de bienes adquiridos por el extranjero, y por último el artículo décimo se refiere a la protección que deben prestar las oficinas consulares y diplomáticas.

### **3. La protección de los trabajadores migrantes en los organismos internacionales**

#### ***3.1 La organización internacional del trabajo (OIT)***

La O.I.T. se ha ocupado, desde su creación, prioritariamente del tema de los trabajadores migrantes. Desde la primera reunión, en 1919, al adoptar una Recomendación sobre desempleo y sobre reciprocidad de trato, ha sido meta de las conferencias internacionales los temas de la igualdad de trato para los trabajadores migrantes, de la recepción de la contratación, de la no discriminación, de la reunificación del trabajador migrante con su familia, de los problemas educativos, de su acceso a la justicia, etc.

Siguiendo un orden cronológico, tenemos que en 1926 la O.I.T. adoptó el Convenio sobre la Inspección de los Migrantes (Nº20); que en 1939 adoptó el primer Convenio Integral sobre Trabajadores Migrantes (Convenio Nº66), que fue revisado por el Convenio Nº97 de 1949. Posteriormente, en 1975, se adoptó el Convenio 143 sobre Disposiciones Complementarias para Trabajadores Migrantes. Sobre el mismo tema, la Organización adoptó Recomendaciones, la

Nº86 en 1949, la 100 en 1955, la 151 en 1975, y una de gran trascendencia como la Nº179 de 1984, que si bien está vinculada al empleo, contiene un capítulo fundamental en materia de migraciones y empleo.

En el campo de la seguridad social, a través de los Convenios 19, 48, 118, y la Recomendación 25, la O.I.T. ha insistido en tres aspectos fundamentales en todo sistema de seguridad social: a) igualdad de trato para nacionales y extranjeros; b) conservación de derechos adquiridos o en vías de adquisición del trabajador que prestó servicios y realizó aportes en distintos países; c) totalización de aportes en los distintos países en los que trabajó el migrante; d) libertad de residencia del beneficiario de pensiones o jubilaciones sin que ello implique pérdida de beneficios.

En cuanto a las políticas migratorias en sí, el Convenio 97 obliga a los países miembros a informar a la O.I.T. sobre políticas de migración e inmigración y a crear servicios de información al migrante; a reprimir la propaganda que dé información errónea sobre migración e inmigración; a facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migrantes; a contar con servicios médicos apropiados para la dinámica migratoria; a igualdad en el acceso a remuneración, derechos sindicales y a vivienda, y fundamentalmente al acceso a las acciones judiciales. Estimula el Convenio la celebración de convenios bilaterales entre países expulsores y receptores, y excluye expresamente de este sistema a los trabajadores fronterizos, artistas o profesionales universitarios contratados por poco tiempo, y a la gente de mar.

También trae normas sobre la facultad de transferir ganancias y economías.

Contiene el Convenio, además tres anexos: el primero, sobre reclutamiento, colocación y condiciones laborales de los trabajadores migrantes que no hayan sido reclutados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo control gubernamental, y en este sentido solamente permite el derecho de reclutamiento a oficinas públicas del país receptor, a organismos oficiales autorizados y a otros organismos establecidos conforme un instrumento internacional. El anexo segundo se refiere al caso inverso, es decir, migrantes contratados por acuerdos de migraciones dirigidas bajo control gubernamental. Contiene estrictas normas sobre la gratuidad de los procedimientos de reclutamiento, introducción y colocación de los trabajadores migrantes.

Legisla prolijamente el control de los contratos de trabajos, especialmente remuneraciones e información sobre condiciones generales de vida y de trabajo a que estará sujeto en el territorio del país receptor el trabajador; el derecho a la existencia de servicios de interpretación, a la asistencia al migrante y su familia en el período inicial, a la reunificación familiar, a la protección durante el viaje y a la capacidad plena de adquisición y venta de propiedades.

El artículo 13 ordena, en una forma no usual en la O.I.T., aplicar sanciones a quienes fomenten la inmigración clandestina o ilegal.

La Recomendación N°86 amplía los términos del Convenio y define ya al trabajador migrante como "toda persona que migra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitido como trabajador migrante".

Más adelante analizaremos esta definición, pero a simple vista salta la exclusión de los sectores no estructurados del empleo, o informales o cuentapropistas, de la definición de trabajador migrante.

La Recomendación 86 trae un anexo para un acuerdo tipo sobre migraciones temporales y permanentes de trabajadores, incluidos los refugiados. Este excelente anexo contiene normas sobre entrada, empleo, residencia y establecimiento de migrantes y familia; acciones contra propagandas ilegales; validez de los documentos; organización de reclutamiento, introducción y establecimiento; exámenes de selección; información y asistencia a los migrantes; educación y formación; intercambio de practicantes; condiciones de transporte; gastos de viaje y manutención; transferencia de fondos; adaptación y naturalización; vigilancia de las condiciones de vida y de trabajo; solución de conflictos; igualdad de trato; acceso a los oficios y profesiones y derecho a la adquisición de propiedad inmobiliaria; suministro de alimentos; condiciones de vivienda; seguridad social; contratos de trabajo; cambio de empleo; estabilidad en el empleo; disposiciones relativas a la expulsión; viaje de regreso; doble impuesto; métodos de consulta y colaboración.

El exhaustivo tratamiento del anexo es un verdadero código migratorio, que de haberse observado mínimamente, no hubiera llevado a las situaciones que hoy padecen los trabajadores migrantes en todos los países.

El Convenio 143 sobre Migraciones en condiciones abusivas, del año 1975, fue un paso más adelante.

Obliga a los países miembros a determinar sistemáticamente la existencia de migrantes empleados ilegalmente.

Obliga a los Estados miembros a suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo, y el empleo ilegal de migrantes. También obliga a reprimir a organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes, y a quienes emplearán trabajadores migrantes ilegales.

Compromete a los estados miembros a la igualdad de oportunidad y de trato, excluyendo a los fronterizos, artistas y profesionales universitarios con contratos de corta duración, a gente de mar, y otros contratos generalmente excluidos como trabajadores migrantes.

La Recomendación 151 del mismo año amplía los conceptos de igualdad de oportunidades y de trato, y en el capítulo sobre política social, especifica sobre los temas de reunificación familiar, protección de la salud de los trabajadores migrantes, y por primera vez el tema del empleo y residencia, donde fundamentalmente se determinan las condiciones de obtención de nuevos empleos en caso de despido.

Esta recomendación en su Art. 2. sistematiza a través de un desarrollo de la norma que implica igualdad de oportunidades y de trato, tanto en lo referido al ingreso, a la estadía como a la salida del migrante. Con respecto a la estadía obliga a los países miembros a trato igual en materias de orientación y formación profesional; **el acceso al empleo libremente elegido**, y el derecho a la promoción de acuerdo con las cualidades personales. Consagra el tradicional principio de la ort "a igual trabajo igual salario", pero ampliado a todas las condiciones de trabajo, o sea vacaciones, jornada de trabajo, acceso a la Seguridad Social.

Permite sin cortapisas el ejercicio de los derechos sindicales (afiliación, ejercicio de los derechos y ocupar cargos sindicales).

Con respecto a la salida del país del migrante, la Recomendación consigna el derecho del trabajador (legal o ilegalmente contratado) a percibir todas las remuneraciones pendientes incluidas indemnizaciones, a la indemnización de accidentes de trabajo y al reembolso de las cotizaciones de Seguridad Social cuando no confieren derechos a prestaciones. Consagra además el principio de recurrir a la justicia con igualdad de trato.

Finalmente, debemos recalcar por la contemporaneidad del tema, la Resolución 167 de la O.I.T., adoptada en 1984. En su capítulo x "Migraciones Internacionales y Empleo", recomienda la Organización dos políticas fundamentales:

- a) crear más empleos y mejores condiciones de trabajo, con el objeto de reducir la necesidad de emigrar en busca de empleo. Es decir, consagra el primer derecho del trabajador, que es el derecho a permanecer en su país sin necesidad de emigrar.
- b) velar porque las migraciones internacionales tengan lugar en condiciones en que se promueva el pleno empleo libremente elegido. También la Recomendación promueve a que los países desarrollados intensifiquen la cooperación técnica para crear empleo en los países donde sea necesario, para que existan mecanismos de retención de la mano de obra potencialmente migrante. También se recomienda a los países en desarrollo dar facilidades para el retorno, y a los países miembros, evitar abusos en la concentración y explotación de los trabajadores migrantes, así como el pleno ejercicio de la libertad sindical y del derecho de la negociación colectiva.

### 3.2 *Otros organismos internacionales*

La Organización de las Naciones para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), expresamente reconoce el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos, y por las libertades fundamentales que sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo.

La Organización Mundial de la Salud procura "el grado máximo de salud que se puede lograr de toda la raza humana, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica social".

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM), ha sido un organismo fundamental en la protección al migrante, y en el fomento a las migraciones dirigidas por convenios de gobierno a gobierno.

Continuadora de la UNRA, del CIME, del CIM, hoy la OIM actúa directamente en planes de migraciones dirigidas, políticas de vinculación, programas de retención de mano de obra potencialmente migrante, éxodo de competencias y retorno de talentos.

La OIM ha asesorado además a los gobiernos latinoamericanos en materias tales como leyes migratorias, convenios bilaterales y regionales (tuvo activa participación en el Convenio Simón Rodríguez), y asimismo a través de seminarios internacionales, publicaciones periódicas, contrataciones de expertos, ha puesto al alcance de

autoridades y estudiosos en la materia la más moderna bibliografía sobre el tema.

Esta dimensión en las actividades de la OIM se ven reflejadas en su nueva Constitución donde se explicita su apoyo al migrante para "subvenir sus propias necesidades y llevar juntamente con sus familias una vida digna, en el respeto de la persona humana".

#### **4. Instrumentos regionales**

A nivel regional son de distinto tipo las manifestaciones que a través de diferentes foros se han expresado en el sentido de buscar un mayor cumplimiento de los derechos humanos del migrante.

Ha habido pronunciamientos como los del Primer y Segundo Seminario Latinoamericano de Migraciones, celebrado en Medellín, y el Tercero en Cali en 1980; el Seminario sobre los Movimientos Migratorios y los Niños, organizado por el Servicio Social Internacional; el Año Internacional del Niño y la UNICEF, celebrado en San Antonio de los Altos de Venezuela en mayo de 1980; el Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social celebrado en Santo Domingo en julio de 1980, donde por primera vez en Latinoamérica, se trató el tema de la seguridad social de los trabajadores migrantes a nivel de abogados. En 1984 en Argentina, la Asociación de Abogados Laboralistas, conjuntamente con sus similares de Chile, Bolivia y Paraguay, también trataron el tema.

No podemos dejar de tener en cuenta el importante evento celebrado en Caracas por el Consejo Nacional de Recursos Humanos (Primer Simposium Nacional de Migración Selectiva), donde el organismo convocante invitó a instituciones públicas, privadas, investigadores y expertos nacionales e internacionales en el tema migratorio para proyectar una política integral en Venezuela, que es el principal país receptor de migraciones de la región. Las conclusiones de este seminario han sido de una amplitud, comprensión integral del fenómeno y búsqueda de soluciones jurídicas, económicas, sociales y culturales que, de plasmarse en la legislación, pueden ser el inicio de una de las políticas más avanzadas en materia de migraciones de que tengamos conocimiento.

A nivel regional, tanto en las reuniones de Ministros del Trabajo del área, como en el Parlamento Andino, se han hecho sugerencias

cias y recomendaciones para la ratificación y cumplimiento por parte de los países de la región de todos los convenios y recomendaciones de la O.I.T. en materia de trabajadores migrantes y el cumplimiento del Instrumento Andino de Migraciones Laborales y del Instrumento Andino de Seguridad Social.

En nuestra región ha habido múltiples convenios bilaterales, como los acuerdos Argentina-Chile, Argentina-Uruguay, pero han sido fundamentalmente las decisiones 113 y 116 del Acuerdo de Cartagena que, al consagrar el Instrumento Andino de Migraciones Laborales, y el Instrumento Andino de Seguridad Social, han concretado el avance teórico más serio en la materia.

El Instrumento Andino de Seguridad Social positiviza en los países de la Región (Venezuela, Ecuador, Bolivia y esperamos el pronto reingreso de Chile) los principios básicos de la O.I.T. en la materia, o sea: igualdad de trato, totalización de aportes, conservación de derechos adquiridos o en vías de adquisición, y derecho a la percepción de las pensiones, cualquiera sea la residencia.

Este Instrumento y su Reglamento fue objeto de exhaustivos estudios por expertos internacionales a los efectos de su aplicación concreta. Aplicar este instrumento es una necesidad fundamental para una política migratoria en la región. Veamos un ejemplo: un trabajador perfectamente documentado presta servicios diez años en Venezuela, diez años en Colombia y cinco años en Ecuador. Pese a que hizo los aportes legales a los tres sistemas, no podrá obtener la jubilación en ninguno de ellos. De ahí lo importante del principio de totalización de aportes para lo cual se proponía que al trabajador al salir de su país (o del país en que trabajó o hizo aportes) se le de una certificación del Seguro Social en la que conste los períodos aportados y el último salario computable a los efectos del sistema.

El tema aparece muy complejo: sistemas distintos, valores monetarios también diferentes y, fundamentalmente, la insuficiencia de los recursos de los sistemas de Seguridad Social de cada país para atender los problemas de los trabajadores nacionales.

Consultores y expertos (especialmente en cálculos actuariales y financieros) demostraron que la aplicación práctica jamás podría llegar al 10 por ciento del total del presupuesto del sistema de Seguridad Social.

También señalaron que mediante convenios bilaterales entre los países con mayor flujo migratorio se podrían ir dando pasos parciales y muy concretos (un convenio colombo-venezolano hubie-



ra solucionado un porcentaje significativo del problema regional). Además, con respecto a las diferencias de las distintas monedas la utilización de los Derechos Especiales de Giro (DEG), solucionaba también esta dificultad. Se sugirió la creación de Bancos Nacionales de Seguridad Social y de un Banco Regional mediante una iniciativa seriamente estudiada por técnicos bancarios.

En sucesivas reuniones de ministros de Trabajo del Pacto Andino, Presidentes y ministros de la región enfáticamente prometieron acciones concretas para este tema, pero hasta la fecha pudieron más los administradores de la Seguridad Social que sistemáticamente bloquearon cualquiera iniciativa concreta en la materia.

El Instrumento Andino de Migraciones Laborales, consagra los siguientes principios fundamentales:

- a) la definición del migrante y sus distintas categorías, y su familia.
  - b) Trato preferencial para el reclutamiento de mano de obra de trabajadores de la subregión.
  - c) Creación de las Oficinas de Migración Laboral que tienen funciones de ejecución, vigilancia y control de las políticas migratorias del país.
  - d) Normas sobre contratación de trabajadores migrantes.
  - e) Prohibición de discriminación alguna en los empleos por razón de sexo, religión o nacionalidad, igualdad de trato en los derechos laborales y para el acceso del migrante y su familia a educación, vivienda y salud.
- 1) Disposiciones aplicables a los migrantes indocumentados.

En ese sentido, en su artículo 31 el Instrumento ha avanzado sobre la legislación de la O.I.T., pues establece que:

"En ningún caso la situación de indocumentación ni la repatriación de una persona menoscabará sus derechos laborales". Este principio es fundamental para atacar el problema más agudo de las migraciones interamericanas, que es el de la indocumentación. En tanto la indocumentación siga menoscabando los derechos laborales y no se apliquen fuertes sanciones a quienes contratan mano de obra ilegal, las migraciones masivas de indocumentados seguirán siendo un ejército de mano de obra barata y no conflictiva que compite deslealmente con la mano de obra nacional y que también perjudica a los empleadores que cumplen con las disposiciones de las leyes laborales.

Las Normas del Instrumento Andino son un avance fundamental en la región, y prueba de ello es el Decreto 616 de la República de Venezuela, que legalizó la situación no sólo de los nacionales del Pacto Andino, sino que la amplió generosamente para todos los indocumentados que se encontraban en territorio venezolano.

Medidas como ésta permiten no sólo beneficios para el indocumentado y su familia que puede regularizar su situación, sino también para el Estado receptor, quien no sólo por razones de seguridad no puede mantener en su territorio a cientos de miles de indocumentados, sino que tampoco pueden construir estadísticas confiables para sus programas de servicios, y además deja de percibir enormes sumas que deben tributar directa o indirectamente todos los habitantes.

Un solo dato nos permite aproximarnos a lo que estamos afirmando: con la cifra actual de extranjeros que se han acogido a la amnistía, el Estado venezolano –si se inscriben en el Seguro Social uno de cada cuatro amnistiados– y tomando el aporte mínimo como base, percibirá una suma superior a los cuarenta millones de dólares mensuales que durante años ha dejado de percibir, pues no han hecho los aportes ni los empresarios ni los obreros, pese a que en materia de salud no se les negó atención médica a los indocumentados, lo cual constituyó una carga para el Estado venezolano.

## **5. El movimiento sindical latinoamericano y el problema migratorio**

Si bien la situación varió a partir de la década del 70, debemos reconocer que la actitud sindical frente a los problemas migratorios regionales fue, hasta esa época, de un silencio rayano en la complicidad.

A partir de la década del 70, las centrales latinoamericanas modificaron su actitud. Hasta ese momento, los sindicatos de los países expulsores nada habían hecho por los nacionales que se iban de su país. Simétricamente, las centrales del país receptor observaban al migrante como mano de obra barata y no conflictiva, que incurría en una competencia desleal del mercado de trabajo.

A través de seminarios y conferencias, las centrales latinoamericanas arribaron a varias conclusiones que resumimos:

- a) Las migraciones internacionales americanas no eran más que la continuación de la migración rural urbana (del interior de Colombia a Bogotá, y de Bogotá a Caracas; del interior de Paraguay a Asunción, y de Asunción a Buenos Aires). Es decir, la migración, interna e internacional era un mismo fenómeno en distintas etapas.
- b) La dinámica en la región modificaba flujos, y países tradicionalmente receptores, pasaban a ser expulsores y viceversa como Argentina, receptora de chilenos, paraguayos y bolivianos, pasó a ser expulsora a Venezuela, España, Italia, República Dominicana, receptora de haitianos para la recolección de caña de azúcar, expulsora hacia Estados Unidos, Australia, Canadá.
- c) La situación más grave era la de los migrantes irregulares, y de no atacarse el fenómeno de la indocumentación, se perjudicaba a los migrantes documentados legalmente, a los trabajadores nacionales, a los trabajadores nativos, a los empresarios que cumplían regularmente sus obligaciones contractuales y convencionales, y a los gobiernos de los Estados receptores.
- d) Se utilizaba el tema de los indocumentados como chivo expiatorio de los fracasos de los servicios públicos. Por ejemplo, proporcionaba el argumento ante la falta de camas, del fracaso del transporte público. Todo ello trajo como consecuencia xenofobias indeseables y prejuicios indiscriminados con los inmigrantes.

Todos estos temas se desarrollaron en eventos tales como la Conferencia Sindical de Trabajadores Andinos celebrada en Bogotá del 13 al 20 de junio de 1980, el Seminario Pacto Andino, Sindicalismo y Democracia, celebrado en Caracas del 24 al 27 de septiembre de 1980 (estos seminarios fueron organizados respectivamente por la Confederación Latinoamericana de Trabajadores y por la Organización Regional Interamericana de Trabajadores, es decir las dos grandes centrales latinoamericanas); la primera Conferencia Sindical Unitaria sobre el Pacto Andino en donde las cuatro centrales sindicales de Venezuela, en forma unánime, exigieron la ratificación y cumplimiento de las disposiciones del Instrumento Andino de Migraciones Laborales y de las disposiciones de la O.I.T. en la memoria.

Todo esto nos permite apreciar que tanto en los países expulsos como receptores se está tomando conciencia del tema y precisamente los trabajadores de los países receptores, quienes podrían ser los más perjudicados por estas migraciones masivas, han solicitado soluciones coherentes, no discriminatorias y de respeto de los derechos humanos, sociales y económicos de los trabajadores migrantes.

En diciembre de 1985 en Brasil, se celebró la III Conferencia Latinoamericana por los Derechos y Libertades de los Trabajadores y de los Pueblos, evento ordenado por la Confederación Latinoamericana de Trabajadores, donde dicha central aprobó un anteproyecto de Estado Latinoamericano del Trabajador Migrante, que reconoce como fuente los Convenios de la O.I.T. y el instrumento Andino de Migraciones Laborales. Este anteproyecto, de dudosa aplicación práctica, es una idea fuerza que, de difundirse, puede ayudar a superar muchos de los problemas ya planteados.

El Seminario Internacional sobre Crisis Económica y Movimiento Obrero en América Latina, celebrado en San José de Costa Rica en diciembre de 1983, entre sus muchas conclusiones, arribó a propuestas de fondo, y entre ellas, transcribiremos el punto 8, que está directamente referido a los problemas básicos que hay que atacar para evitar la emigración de trabajadores.

"Establecimiento de leyes de beneficio social, presentadas a:

- a) La modificación de la legislación laboral vigente, para obtener estabilidad en el contrato individual de trabajo, proteger las garantías sociales y las libertades sindicales efectivas, asegurar una negociación colectiva real en los sectores privados y públicos tanto como para defender el derecho al planteamiento de los conflictos colectivos.
- b) La ampliación de los beneficios de la seguridad social, a fin de que ésta brinde una cobertura general que comprenda a todos los trabajadores y a sus familiares, de acuerdo con las resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre esta materia. La importancia de la adecuada protección de la salud de los trabajadores hace necesario que se revisen los cuadros básicos de medicamentos que utilizan las instituciones de seguridad social y los medios asistenciales, eliminando aquellos productos y marcas dañinas para la salud".

## **6. Elementos para una normativa jurídica que contemple la protección del trabajador migrante.**

Entendemos la necesidad de que en cada país del área se legisle en un sólo cuerpo la materia de las migraciones laborales. No podemos dar una sola fórmula si esto debe ser contemplado dentro de una Ley General de Migración o de una Ley de Extranjeros o de un Estatuto de Migraciones Laborales, pero es evidente que sea en una o en varias disposiciones, debe haber una legislación coherente y concordante donde se le debe dar acceso y control a los representantes de los trabajadores y empresarios por ser los sectores más involucrados en este tema.

Es necesario además, y siempre teniendo en cuenta las realidades, que la migración interamericana internacional es una continuación de la migración interna rural urbana y por lo tanto las disposiciones que protegen a los migrantes extranjeros también deben proteger a los migrantes nacionales, y sería conveniente también legislarlos en forma uniforme.

Proponemos como capítulos fundamentales los siguientes:

- a) **Ambito de aplicación.** Se debería precisar la definición de trabajador migrante, de su familia, condiciones de entrada, estadía, condiciones de salida y casos en que procede la deportación y las condiciones que debe efectuarse la misma cuando fuere necesario.
- b) **Medidas previas de protección.** En los países expulsores deberían existir servicios de información y ayuda al migrante con carácter gratuito y extremando los medios de lucha contra la propaganda engañosa.

Así se debe establecer un sistema para controlar los contratos de trabajo que indique las condiciones laborales y de vida que va a encontrar el migrante en el país receptor.

Los contratos de trabajo deben tener contenidos sumamente amplios sobre remuneraciones, duración y lugar de ejecución de las tareas, cuantía del salario, modalidades de pago, así como medidas para facilitar la salida, el viaje y el recibimiento. También se debería legislar sobre los servicios médicos para la protección de la salud y control de entrada y salida del migrante, así como los mecanismos de contrataciones, públicos y privados, y los problemas derivados de la transferencia de fondos. Por último sería necesario impulsar los enganches colectivos de mano de obra entre los gobiernos de países

expulsores y receptores, con control y participación de las centrales de trabajadores.

- c) Protección contra las condiciones abusivas. Se debería definir la contratación abusiva, identificar y eliminar las mismas, estableciéndose a tal efecto la posibilidad de colaboración entre Estados y aplicándose fuertes sanciones para el empleo ilegal y los contratistas clandestinos de mano de obra. Nos remitimos a lo expuesto con respecto a la norma del Instrumento Andino de Migraciones Laborales.
- d) Igualdad de oportunidades y de trato. Se debería eliminar todo tipo de trato discriminatorio a los trabajadores migrantes, especialmente en lo referido a: empleo y ocupación, seguridad social, derecho sindical, derecho cultural, libertades individuales y colectivas, vivienda y acciones en justicia.

En materia de sindicalización los países de la comunidad europea han hecho avances considerables, permitiendo la formación dentro de las centrales sindicales de Asociaciones de Residentes de acuerdo a su nacionalidad. Así en Bélgica, Francia o Alemania, existen dentro de las centrales de las grandes federaciones, asociaciones de españoles, griegos, tunecinos y otras varias nacionalidades que publican periódicos en su lengua materna y ayudan a la integración natural del trabajador migrante y su familia sin perder su identidad de origen.

Debe quedar en claro que el derecho de sindicalización no es en ningún modo el derecho a un sindicato de extranjeros, sino a la posibilidad del extranjero de sindicalizarse y cumplir con los requisitos tanto de la ley como del sindicato, pero permitiéndosele asociar al solo efecto de su vinculación con los demás miembros de su comunidad, siempre dentro de la central nacional.

En este sentido, es muy importante el acuerdo firmado por las centrales de trabajadores de Argelia y Francia en 1970, pues establece una serie de medidas de colaboración entre ambas centrales para la adaptación del migrante argelino en Francia (enseñanza de francés y argelino al migrante y su familia) así como formación técnica y capacitación profesional para la posible repatriación del migrante cuando sus condiciones lo permiten. Esta es una muestra de madurez de sectores de trabajadores que no hace mucho más de veinte años estuvieron enfrentados en una guerra, en ocasión de la lucha por la descolonización de Argelia, y que debe ser imitado no sólo por el resto de los trabajadores, sino por todos los sectores afectados directa o indirectamente por las migraciones.

Pero, la legislación sola no basta para eliminar prácticas discriminatorias y por lo tanto, como lo establece el artículo 12 del Convenio 143, es necesaria la colaboración con las asociaciones de empleadores y de trabajadores, como la Comisión de Extranjeros del Ministerio de Administración Social de Austria o el Consejo Consultivo Canadiense de Empleo e Información.

Además, el tema de información y educación del público sugieren mecanismos como los propuestos por la ley sobre discriminación racial de Australia de 1975, también programas de educación para migrantes, como los de idioma español, griego o turco y otros, contemplados por la República Federal de Alemania, Francia, Países Bajos, Suecia y Suiza. Es fundamental también la búsqueda a través de la legislación de medidas necesarias para que, sin perjuicio de la integración del migrante, preserve su identidad nacional y étnica. A tales efectos, hay experiencias como la sueca que publica un semanario en cinco idiomas, o en Australia, Noruega o Suecia, donde teniendo en cuenta la necesidad de mantener vínculos culturales, se han creado programas de radio y televisión para dar a los inmigrantes las noticias de su país y ayudarles a conservar su propia cultura y a transmitirla a sus descendientes.

Es también recomendable que los servicios diplomáticos de los países expulsores cuenten con agregados laborales y servicios de atención social, económica y cultural para los trabajadores migrantes.

- e) Seguridad Social. En materia de Seguridad Social ya hemos adelantado los grandes lineamientos de la O.I.T. los que también van contenidos en la Decisión 113 del Acuerdo de Cartagena, y nos remitimos a lo expuesto en materia de conservación de derechos, totalización de los mismos, igualdad de trato, igualdad de acceso a los servicios de atención médica, etc.
- f) Empleo, residencia y partida: Se debe legislar la conservación del derecho a residencia en los casos de pérdida de empleo y la posibilidad de obtener otro empleo, pues la condición de residencia no debe significar la caducidad del permiso de residencia.

Asimismo, antes de abandonar el país de empleo, el migrante debe tener la posibilidad, tanto en caso de abandono voluntario como forzado, del derecho a todas la remuneraciones que le corresponden por ley o por contratos individuales o colectivos, a todas sus prestaciones, a sus derechos a la seguridad social o al reembolso de las

cotizaciones de seguridad social y el derecho de hacer valer sus reclamaciones ante los organismos competentes.

- g) Categorías especiales de migrantes. Se debería legislar especialmente la situación de los menores trabajadores migrantes, entendiéndose por ésto tanto la del menor que migra con sus padres, o cuando se reunió ulteriormente, o cuando emigró por su propia cuenta, generalmente en una primera etapa a zonas fronterizas. Se debería intentar a través de la legislación la reunificación del niño con sus familiares, tratando de evitar las expulsiones de menores en situación ilegal.

Como conclusión general podemos decir que a través de especialistas en determinadas áreas, expertos o consultores, hay claras propuestas que se han hecho llegar a nivel de gobierno, de organismos internacionales, de organismos sindicales donde se está solicitando una legislación y una práctica legislativa acorde con la realidad del problema.

Estimamos que llegó el momento de leyes claras y que corresponde a los poderes legislativos tomando en cuenta cada realidad nacional y dentro de su sistema jurídico interno adaptarse a esa realidad y legislar. Hemos propuesto como aporte los lineamientos que a nuestro entender debe contener la estructura normativa propuesta y fundamentalmente contar con una administración pública y un poder judicial sensibilizado para tratar que las actuales características del fenómeno migratorio no profundicen la pobreza crítica ni agudicen la explotación del hombre por el hombre.



## II

### DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS



# REFLEXIONES SOBRE LA REGULACION JURIDICA INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LOS REFUGIADOS

*Jaime Ruiz de Santiago\**

1. El tema de la Protección de los Refugiados se inscribe en el panorama más amplio de la Protección de los Derechos Humanos o, en otras palabras, en la Protección Jurídica de la Persona Humana, aunque es indudable que al mismo añade notas que le son propias y que sirven para especificarlo.

Con razón se puede decir que el Derecho de los Refugiados constituye una especie de esa noción genérica que es el Derecho de los Derechos Humanos. Una de las preocupaciones propias del pensamiento jus-filosófico del siglo xx ha consistido en precisar las notas que, desempeñando el papel de diferencia específica, permiten la aparición de esa especie. Esta reflexión, que desemboca en una regulación jurídica internacional de especial importancia en nuestra época, ha nacido como respuesta a un problema especialmente agudo planteado por la realidad histórica contemporánea, a la cual se intenta dar una solución justa, de acuerdo a lo que constituye la finalidad propia del Derecho.

Lo que pretendemos a través de estas someras reflexiones es investigar los presupuestos filosóficos en que descansa esta importante rama del Derecho, al igual que precisar las principales características que reviste la regulación jurídica internacional a la que ha dado lugar.

2. A nuestro juicio, existen algunos presupuestos filosóficos esenciales que fundamentan la Protección Jurídica de la Persona Humana y más concretamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Algunos de tales presupuestos son los siguientes:

– Ante todo se supone que la inteligencia humana tiene posibilidad de conocer la realidad humana y que, además, posee la

---

\*Jurista mexicano. Consultor Jurídico Regional de ACNUR. Brasilia, Brasil.

capacidad como para ordenar la conducta individual y la convivencia social de tal manera que se logren las finalidades propias de la persona humana y de la sociedad de la cual forma parte.

Posibilidad de conocer aquello que existe, de descubrir los valores fundamentales que fundan la dignidad de la persona humana, de percibir aquellos aspectos que fundamentan y explican el valor y dignidad absoluta que caracterizan a cada ser humano individual, independientemente de elementos contingentes como el lugar o la época en que vive, el color de su piel o sus opiniones políticas o religiosas.

A nivel de Derecho Internacional esto permite explicar el acuerdo surgido entre representantes de diversos Estados, con diversos intereses y diferentes cosmovisiones filosóficas, gracias al cual se pudieron adoptar textos tan fundamentales como la propia Carta Fundacional de las Naciones Unidas (1945) o la aprobación realizada por la Asamblea General de las propias Naciones Unidas de esa resolución que lleva el número 217 y que más comúnmente es conocida con el nombre de Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Gracias a esto no sorprende que la Carta creadora de la ONU hable de la importancia de la paz, de la seguridad y de la justicia internacional y que proponga como fines del organismo, entre otros, la promoción de los derechos humanos y el respeto de la igualdad de los Estados.

– En el tema relativo a las relaciones que existen entre el individuo y el Estado el pensamiento jus-filosófico del siglo XIX destacó las prerrogativas que son propias de este último, no siendo raro que se llegase a exageraciones indebidas y que trajeron muchas veces como trágica consecuencia la absolutización de realidades importantes como la soberanía del Estado o la seguridad interna del mismo. En el momento en que tales realidades perdieron toda limitación el Derecho Internacional se volvió imposible y cualquier idea de una sociedad internacional organizada ordenada a objetivos propios y específicos se tornó impensable.

Fue en el siglo XX, tras los horrores de las dos guerras mundiales, que se pudo percibir con meridiana claridad el escandaloso resultado de tales doctrinas. La inhumanidad de la guerra y el sacrificio de millones de vidas humanas hizo percibir la importancia que en la vida internacional debe tener la persona humana. De este modo se vio la necesidad de organizar jurídicamente la vida internacional de los

Estados, orientada a realizar valores que trascienden a los Estados aislados, al tiempo que en esa organización se destacara el valor propio de la persona humana.

Apareció como primer intento la Sociedad de Naciones, condenada finalmente al fracaso por los propios Estados que se mostraron incapaces de superar sus intereses egoístas, para dar lugar en 1945 a la Organización de Naciones Unidas, cuya eficacia y vitalidad depende íntegramente de la voluntad de los sujetos que la integran.

En lo que respecta al último punto, es decir los sujetos del Derecho Internacional, se ha percibido que no sólo lo pueden ser los Estados. Pronto aparecieron los organismos internacionales poseyendo tal subjetividad jurídica internacional, y se le reconoció igualmente a otras personas jurídicas que realizan valores esenciales para la comunidad internacional, ya sea de carácter religioso (p. ej. la Santa Sede) o puramente humanitario (p. ej. el Comité Internacional de la Cruz Roja).

La evolución, rápida y firme, conduce a afirmar de manera cada vez más clara al individuo como sujeto de esta normativa internacional. Con ello se quiere decir que el individuo, la persona humana singular, posee dimensiones que trascienden las prerrogativas del Estado, y que tales prerrogativas necesitan ser reconocidas y eficazmente protegidas por la sociedad internacional.

Para que los Estados acepten las convenciones que consagran tales prerrogativas, y que establecen mecanismos que buscan otorgarles eficaz protección, es necesario que los Estados se encuentren íntimamente persuadidos de la importancia de las mismas, y que al adherirse a ellas garantizan una de sus finalidades propias esenciales.

Se trata de un verdadero movimiento gracias al cual los Estados, los pueblos que los constituyen, van adquiriendo la íntima convicción de que el régimen democrático constituye el sistema más conforme a la dignidad humana, más respetuoso de la libertad y promoción de la persona y que ésta requiere ser protegida en sus derechos básicos a nivel primeramente nacional.

En efecto, es al Estado mismo al que compete ante todo reconocer y establecer mecanismos protectores de los derechos humanos. Estos, sin embargo, poseen una tal importancia que desbordan la categoría de "asuntos esencialmente internos" de los Estados y constituyen una preocupación internacional.

La protección internacional de los derechos humanos, sin embargo, posee un carácter subsidiario, en el sentido de que únicamente

se puede ejercer cuando los Estados no lo han hecho y la persona puede recurrir a ella sólo tras haber agotado los recursos previstos por el Estado en el cual vive.

3. El siglo xx ha visto que una de las realidades más atroces ha consistido en el desbordamiento de las prerrogativas del Estado y en el atropello indebido e injustificado de la persona humana. Este es un fenómeno que, por desgracia, siempre ha existido, pero es sólo en nuestro siglo cuando alcanzó proporciones escandalosas. En nombre de ideologías totalitarias inaceptables se sacrificaron de manera sistemática millones de vidas humanas.

La ciencia y la técnica fueron usadas de manera cada vez más refinada para llevar a cabo la eliminación de seres humanos a través de procedimientos sencillos y eficaces.

La persona humana, en lugar de recibir la protección debida por el Estado, ha sido objeto de persecución a causa de motivos diferentes: la raza, la religión, la nacionalidad, las opiniones políticas o por el simple hecho de pertenecer a determinado grupo social.

Fue entonces que se percibió la necesidad de poner remedio a esa situación y de crear instituciones adecuadas que brindaran protección en esos casos extremos.

El supuesto había sido ampliado, pues ya no se trataba tan sólo de reconocer y brindar protección a la persona humana, sino que ésta se veía más urgente en la hipótesis de que ésta fuese indebidamente perseguida por el Estado que, de manera paradójica, era el primero en estar obligado a brindarle protección.

El pensamiento jus-filosófico se vio así enfrentado a una realidad dramática y urgente, que necesitaba la creación de normas e instituciones jurídicas sólidamente fundamentadas.

4. No fue difícil encontrar el fundamento de la protección debida a la persona humana en el caso de que el Estado al que perteneciese la persiguiese y obligase a abandonar el territorio en el que debería encontrar acogida y sólido apoyo.

Fue curiosamente en las tesis que dieron origen al Derecho Internacional en donde aparecieron tales fundamentos.

Como se sabe, uno de los fundadores del Derecho Internacional fue el teólogo jus-filósofo Fray Francisco de Vitoria, sobre todo en su célebre "Reelección de los Indios", que fuera pronunciada en la Universidad de Salamanca el año de 1539. En ella el dominico tomó como punto de partida el texto de San Mateo en el que Jesús ordena a sus apóstoles: "Id y enseñad a todas las naciones, bautizán-

dolas en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo", y el texto de la cuestión de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino en el que se plantea el problema de "Si es lícito bautizar a los hijos de los infieles contra la voluntad de sus padres".

La respuesta que da Aquino es resueltamente negativa, tanto en lo que se refiere a los niños como a los adultos infieles, y sirve de base a Vitoria para investigar la cuestión del derecho que los españoles hayan podido tener a la posesión de las tierras del nuevo mundo. Al analizar el problema de la legitimidad de la conquista, el dominico sienta las bases del Derecho Internacional y sus páginas tienen resonancias que alcanzan a nuestros días, en el que el continente americano se apresta a conmemorar el v centenario de la presencia (descubrimiento o encuentro) de España en este continente.

Al pasar revista a los títulos legítimos que pueden justificar la presencia española en las tierras conquistadas, Vitoria estudia siete de ellos, entre los que interesa en especial el primero: el derecho de sociedad natural y comunicación (*ius naturalis societatis et communicationis*), que posee especial riqueza. Esta se expresa en diversas conclusiones que se sintetizan en el derecho que tenían los españoles para llegar libremente a estas tierras, vivir en ellas y comerciar con los naturales, a condición de que nada de esto fuese en daño alguno de los nativos (*sine aliquo tamen nocumento barbarorum*).

Se plantean las bases de la libertad de los mares (de tanta importancia en el llamado nuevo derecho del mar) y la libertad de comercio, al igual, y es lo que nos interesa, la libertad que el hombre tiene para "dirigirse y recorrer las regiones que quisiere". Y añade que "no sé que haya sido esto abolido por la división de las tierras, pues nunca fue la intención de las gentes evitar la mutua comunicación de los hombres por esta repartición".

Derecho de la persona a permanecer en un lugar, a salir de su país e ir a otro, de modo que "la amistad entre los hombres parece ser de derecho natural, y contra la naturaleza el impedir la comunicación y consorcio de los hombres que ningún daño causan".

Esta libertad de residencia y comunicación permite comprender cuán injusto e inhumano es que no se permita a una persona vivir en su propia patria y que sean las autoridades de ésta las que, en lugar de protegerla, la persigan y obliguen a abandonar el propio territorio, con fundados temores de permanecer en ella y perder su vida o libertad.

El llamado Derecho de los Refugiados se vincula con esta libertad de circulación y residencia, que se encuentra consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que dice:

- "Art 13-1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
- 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.
- Art. 14-1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

En esta perspectiva se inscribe el Artículo 2 de la Convención Interamericana de Derecho Humanos o Pacto de San José, consagrado al "Derecho de Circulación y de Residencia", que hunde sus raíces próximas en la Declaración Universal y proyecta la sombra gigantesca de Francisco de Vitoria. Ese artículo recoge la riqueza de esa institución convencional típica de América Latina que es el asilo.

5. Corresponde, en efecto, a América Latina haber sido sensible a la situación de aquellas personas que, víctimas de sus opiniones políticas, han sido perseguidas por aquéllos, sus gobiernos, que eran precisamente encargados de velar por su protección.

Fue a fines del siglo XIX que nació, en esta región de América del Sur, la institución convencional del asilo, que perpetuaba y hacía vigente la protección que en el pasado había sido propia de los lugares sagrados, de la cual fue celosa guardiana la Iglesia Católica durante muchos siglos.

En 1889 se firmó el Tratado de Derecho Penal de Montevideo que regula convencionalmente el asilo político, brinda protección a quien es perseguido a consecuencia de un delito político e impide su extradición al país en el que su vida o libertad se encuentra en peligro.

La humanitaria institución del asilo ha probado su eficacia durante muchas décadas, las que han visto regular los dos tipos de asilo que existen –el diplomático y el territorial– a lo largo de diferentes instrumentos convencionales (los más recientes son aquellos Tratados de Caracas de 1954).

Gracias a esta normativa internacional regional se han perfilado cada vez mejor las características propias del asilo: institución protectora que se puede brindar en el propio país en el cual una persona es perseguida, que es otorgada en ejercicio de su poder soberano por el Estado que brinda la protección y al que corresponde calificar el carácter político de la persecución sufrida por una persona, teniendo siempre como consecuencia esa protección otorgada el impedir la



extradición al país en el que la vida o la libertad de la persona asilada se encuentra en peligro.

6. El asilo latinoamericano representa el antecedente regional indispensable para entender la aparición del refugio a nivel internacional. Entre ambas instituciones no existe incompatibilidad sino más bien acuerdo y complementariedad.

La protección de los refugiados en la sociedad internacional organizada aparece hacia 1919, pero adquiere mayor fuerza y estructuración después de 1943 y, sobre todo, de 1950. Ya en 1949 la Organización de las Naciones Unidas decidió la creación de una Oficina cuya misión específica consistiría en atender y buscar soluciones al problema de los refugiados. Se le proveyó de un Estatuto propio y en 1951 se aprobó la Convención de Ginebra sobre la Condición de Refugiado, perfeccionada posteriormente por el Protocolo de 1967. A ambos instrumentos han dado su adhesión hasta ahora unos 107 Estados.

Esta protección jurídica internacional –encomendada como tarea propia al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)– representa novedades importantes:

– ante todo porque se pasa, a un nivel de Derecho Internacional, de la pura especulación (la reflexión acerca de la importancia que posee la persona humana y la necesidad de brindarle protección cuando es víctima de la intolerancia) a un nivel eminentemente práctico, en que se encuentra al ser humano singular, viviendo en un "hic et nunc", en un punto determinado del globo, con rasgos que lo individualizan y lo hacen único e irrepetible.

Es interesante señalar que actualmente "la geografía del refugio" se encuentra compuesta por unos 15 millones de refugiados y la protección que reciben es buena prueba de la eficacia de la normativa internacional.

– en segundo lugar porque la protección internacional se brinda no sólo a la persona cuando está siendo víctima de una injustificada persecución, sino porque puede surgir ante el sólo temor fundado de persecución.

Es claro que es necesario analizar cada caso singular para descubrir si realmente la persona tiene temores fundados de ser perseguida. La decisión que se adopte, gracias a la cual se descubrirán o no las notas necesarias para que se constituya el refugio, tendrá importantes consecuencias en la vida o libertad de una persona. Es

por ello que tal determinación requerirá la aplicación de la rectitud que imprime en los actos humanos la justicia y la prudencia.

— un tercer aspecto que merece ser destacado se refiere al hecho de que quien busca la protección propia del refugio podrá presentar para permitir su aparición el fundado temor de persecución debido a sus ideas políticas, pero también existen otros motivos que la justifican: el fundado temor de persecución por raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un grupo social determinado.

La "geografía de refugio", a la que hacíamos referencia hace poco muestra claros ejemplos de la validez de cada una de estas realidades.

7. El Derecho de los Refugiados guarda importante relación con ese tema de tanta relevancia en el Derecho Internacional de nuestros días como es el llamado *jus cogens*, expresión de los grandes principios de la comunidad internacional organizada.

Del *jus cogens* trata en especial la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada el 23 de mayo de 1962 y que entró en vigor el 27 de enero de 1980. Dos artículos de esa Convención merecen ser recordados.

Ante todo el Art. 53, que estipula que "todo tratado que en el momento de su conclusión esté en conflicto con una norma de *jus cogens* es nulo. Para los efectos de la Convención se entiende por norma imperativa de derecho internacional general aquella norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter". Así se establece el llamado *jus cogens* antecedente.

El Artículo 64, por su parte, afirma que "...si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en conflicto con esa norma se convertirá en nulo y terminará". Se determina de esta forma el llamado *jus cogens* superviniente o consecuente.

El Comité de Redacción de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados dejó claramente asentado que las normas de *jus cogens*, como correlativas del concepto de "orden público" en los derechos internos, expresan los grandes principios e intereses colectivos de la comunidad internacional organizada, y no los intereses particulares de los Estados (que por lo general son más egoístas) y, por consiguiente, son oponibles incluso a los Estados que se opusieron a ellas.

El fundamento del *jus cogens* parece haber sido formulado por el mismo Francisco de Vitoria, al afirmar éste que no es permitido a un reino particular rehusarse a estar vinculado por el derecho de gentes, ya que es un derecho promulgado por la autoridad "del mundo entero". De este modo ese núcleo de valores, principios e intereses colectivos de la comunidad internacional organizada se expresan en el *jus cogens*, verdadera manifestación "del bien común internacional".

En la caracterización *erga omnes* del *jus cogens* ha tenido importancia la jurisprudencia internacional pronunciada por el Tribunal Internacional de La Haya, sobre todo en ese famoso caso de la "Barcelona Traction" del 5 de febrero de 1970.<sup>1</sup>

La Corte Internacional destaca en esa sentencia la distinción esencial que existe entre las obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional en su conjunto y aquéllas que existen para con otros Estados en particular: las primeras conciernen a todos los Estados. "Una distinción esencial debe particularmente establecerse entre las obligaciones del Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. En atención a la importancia de los derechos en causa, todos los Estados pueden considerarse en posesión de un interés jurídico al efecto de que estos derechos sean protegidos: las obligaciones de que se trata son obligaciones "erga omnes".

La sanción que implica la violación de una norma de *jus cogens* es la de nulidad absoluta, ya sea respecto de la totalidad del tratado en el caso del *jus cogens* antecedente o respecto de aquellas partes del tratado que resulten opuestas, en el caso del *jus cogens* consecuente.

8. Precisada así la noción de *jus cogens* falta ver la relación que existe entre éste, los Derechos Humanos y el Derecho de los Refugiados.

Resulta acertado comenzar por precisar las relaciones que se dan entre el *jus cogens* y los Derechos Humanos. Grandes autores como el Prof. McDougal, el Prof. Ago o el Prof. Gros Espiell no dudan en afirmar que los derechos humanos en su conjunto poseen

---

<sup>1</sup>Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Bélgica vs. España). 1970. I. C. J. Rep. p. 3.

el carácter de *jus cogens*, o al menos aquéllos que no admiten derogación.

Así el primero escribe que "La Declaración Universal de Derechos Humanos... es ahora reconocida como norma consuetudinaria que recoge los atributos del *jus cogens* y constituye el corazón de la declaración de derechos... no deben causar sorpresa que las prescripciones de derechos humanos contemporáneas sean identificadas ahora como normas de *jus cogens*".<sup>2</sup>

El Prof. Gross Espiell afirma, por su parte, que "Hoy día se ha llegado a afirmar, a nuestro juicio con razón, que el deber de respetar los derechos del hombre constituye una norma imperativa del Derecho Internacional General, un caso de *jus cogens*, quizá el más característico, de nuestra época, con todas las consecuencias que de esta afirmación se derivan, cuyo respeto y vigencia se vinculan con la idea de "orden público internacional", lo que implica también efectos de obvia importancia".<sup>3</sup>

Fue Eric Suy en su lección inaugural de los cursos de 1980 del Instituto Internacional de los Derechos Humanos de Estrasburgo, Francia, quien, al disertar "Sobre el Derecho de los Tratados y los Derechos del Hombre", sostuvo el criterio de que al menos representan casos de *jus cogens* aquellas cláusulas contenidas en las convenciones internacionales sobre derechos humanos que no pueden derogarse, al igual que lo son aquellos derechos cuya violación representa un crimen de Derecho Internacional.

En todo caso puede sostenerse que una norma posee carácter de *jus cogens* cuando su violación afecta los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, y esto permite entender la afirmación de Absi-Saab cuando sostiene que "Los intereses de la sociedad internacional protegidos por el *jus cogens* se conciben de diversas maneras. Existe un fuerte núcleo de consensus sobre el mantenimiento de la paz por la prohibición del recurso a la fuerza, así como un mínimo de los principios humanitarios. Mientras la primera categoría trasciende los intereses de los Estados como tales a los de la sociedad como conjunto, la segunda trasciende los intereses de los Estados a los intereses de los individuos".

9. Con todas estas afirmaciones se puede comprender mejor que en el Derecho Internacional de los Refugiados pueden encontrarse

<sup>2</sup>Antonio Remiro Bretons, *Derecho Internacional Público*, (Madrid: Tecnos, 1983).

<sup>3</sup>Cf. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios sobre Derechos Humanos*. (Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1985), pp. 26-27.

elementos pertenecientes al *jus cogens*. Pensamos que al menos se pueden citar dos ejemplos de ello.

El primero está representado por el "Principio de No Devolución" (*non refoulement*), que es siempre considerado "columna vertebral" del sistema jurídico protector de los refugiados, principio esencial "aceptado y reconocido por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario". Es lógico afirmar que corresponde al ACNUR velar rigurosamente por el cumplimiento de este principio, que tiende a ser violado por ignorancia, egoísmo u otras razones, y no sólo por Estados "en vías de desarrollo".

Este Principio fundamental se encuentra recogido en el artículo 33 de la Convención de 1951, que en su parte correspondiente dice: "Ningún Estado Contratante podrá por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".

Este Principio se armoniza con el segundo ejemplo que queremos citar de *jus cogens*. Este ejemplo está representado por un elemento esencial de la solución que es idónea para el problema de los refugiados: la repatriación, que requiere responder a una decisión voluntaria del refugiado, siendo este requisito tan básico que suele hablarse en general de "repatriación voluntaria".

No Devolución y Repatriación Voluntaria, ejemplos de *jus cogens*, son institutos que se complementan: "Repatriación y no devolución, afirma el Prof. Gros Espiell, son institutos perfectamente compatibles. Una, la primera, cuando, como debe necesariamente ser, voluntaria y libre, es la forma más deseable, permanente y normal, de que se ponga fin al refugio; la otra es la garantía de que jamás, mediante el rechazo o la devolución, se ha de poner en peligro la vida o la seguridad del que busca refugio o se ha acogido a él. En consecuencia, se integran y complementan recíprocamente".<sup>4</sup>

Al igual que corresponde al ACNUR velar por la vigencia del Principio de No Devolución, tiene idéntica tarea al comprobar que la repatriación sea en verdad "voluntaria", pues no es raro que, en ciertas circunstancias –y por parte de Estados que aparentemente son "desarrollados"–, los Estados traten de aparentar en los "candidatos" a la repatriación una voluntad que realmente no existe, for-

---

<sup>4</sup>IIDH, *Estudios sobre Derechos Humanos*, op. cit., pág. 277.

zando esta solución y tratando de "probar" que los candidatos al refugio o los refugiados no son verdaderamente tales, sino "migrantes económicos".

Antes de finalizar estas reflexiones se debe destacar que el continente americano suele manifestar seria preocupación por cumplir estos principios y que esto se manifiesta en las convenciones y documentos jurídicos que genera al respecto. Vale la pena citar como ejemplo la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la que precisamente en el artículo 22,8 establece el Principio de No Devolución con toda su fuerza y extensión (en la medida en que aparece como garantía que vale para toda persona), al decir: "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas".

Así se manifiestan algunos aspectos relevantes del Derecho de los Refugiados, que existe por la necesidad de brindar protección a quien es injustamente perseguido, pues es la intolerancia y el abuso de poder la causa próxima que hace aparecer el problema de los refugiados. Sobre esto es necesario reflexionar, pues permite comprender la estrecha vinculación que existe entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de una auténtica vida democrática. El continente americano vive en estos momentos la experiencia de prometedores renacimientos de estructuras democráticas, tras cruentos y dolorosos momentos de autoritarismo y dictaduras de todo signo, y en este proceso juega importante papel la educación. El Derecho entendido como instrumento de cambios sociales justos, como elemento promotor de la paz y la justicia, necesita que las inteligencias de los hombres sean formadas en la comprensión de los valores que dan sentido y dignidad a la existencia humana, al igual que requiere que las voluntades se muevan decididamente hacia el logro de tales metas.

En esta labor se debe estar consciente de que la intolerancia y el desprecio hacia quien no forma parte de la comunidad de raza, de color, de lengua, de religión, es siempre un peligro latente y su mortal veneno puede extenderse en cualquier momento y en cualquier sociedad.

Corresponde a instituciones tales como las universidades, los organismos de derechos humanos, las iglesias, por mencionar algunas de ellas, defender y mantener el honor del hombre. Es una misión que requiere el esfuerzo de todos los hombres de buena voluntad.

## COMENTARIO

*Alejandro Escobar\**

Desarrollos recientes en los casos de refugiados en diversas partes del mundo han llevado a una re-examinación tanto del sistema universal como de los sistemas regionales del Derecho de los Refugiados. Entre tales desarrollos ocupa un lugar importante aquel de América Central en la década de los ochenta.

Desde un punto de vista de los estudios jurídicos, la re-examinación del Derecho de los Refugiados comienza por su "columna vertebral", esto es, el principio de no-devolución o *non refoulement*.

El instrumento universal que consagra este principio es la Convención de Ginebra de 1951, en su artículo 33 (Chile adhirió a esta Convención con fecha 28 de enero de 1972; fue promulgada mediante Decreto Supremo N°287 del 08 de junio de 1972, y publicada en el Diario Oficial con fecha 19 de julio del mismo año; véase Contraloría General de la República, Recopilación de Leyes, Tomo 59 (1972-1973), Anexo D, pp. 657 y siguientes).

Esto se relaciona naturalmente con la definición de refugiado del art. 1.A.2 del mismo instrumento.

El Dr. Ruiz de Santiago ha dado cuenta de la definición ampliada de refugiado que fue recogida en la práctica y en los esfuerzos diplomáticos emprendidos para enfrentar la situación de los refugiados en América Central. Por cierto que la definición de refugiado gira en torno a ciertas causas o motivos de persecución que amenazan la vida, seguridad o libertad de una persona, provocan su huida de su país de origen y por ende la hacen merecedora de protección ante la comunidad y el Derecho Internacional.

La utilidad de los instrumentos existentes para otorgar dicha protección se ha puesto a prueba en los últimos años por el carácter masivo de varios fenómenos o situaciones de refugiados, lo que ha repercutido en aspectos que los Estados territoriales consideran vitales para su seguridad y estabilidad social y/o económicas. Recientes casos de refugiados, como los de América Central, han afectado a Estados Territoriales que no son partes a los instrumentos vigentes. A esto se agrega la muchas veces compleja interacción de las compe-

---

\*Abogado. Académico Departamento de Derecho Internacional, Universidad de Chile.

tencias estatales en el mundo actual. Como telón de fondo, se ha desvanecido la motivación ideológica de la Convención de 1951, dirigida a amparar migraciones desde el bloque de países socialistas. Los movimientos de refugiados, entonces, se producen principalmente entre y desde países del llamado Tercer Mundo. Como es de esperar, los Estados desarrollados se sienten especialmente presionados por el nuevo fenómeno de refugiados que buscan protección en su territorio; hay que recalcar, sin embargo, que dichos Estados son los que reciben menos influjos de refugiados en términos numéricos.

Los problemas surgidos de lo anterior hacen impracticable en el futuro previsible la elaboración de un nuevo instrumento universal sobre el Derecho de los Refugiados.

Como consecuencia, ha surgido una serie de interrogantes en la literatura y en la opinión internacional respecto del principio de no-devolución. Las respuestas a ellas, en términos de la práctica y *opinio iuris* de la comunidad internacional determinarán la nueva orientación del Derecho Internacional de los Refugiados.

1. La primera interrogante, muy sencilla, es si el principio de no devolución es un principio de derecho consuetudinario internacional. Hay un acuerdo generalizado de los autores y los gobiernos en sentido afirmativo.

Las dudas en sentido contrario han nacido de las frecuentes consideraciones políticas que en algunos países son relevantes para el reconocimiento de la calidad de refugiado. Afortunadamente, existe una práctica suficientemente consolidada, aún antes de la Convención de Ginebra, como para demostrar que la costumbre internacional recoge la obligación de no-devolución. Una parte importante de esta práctica se puede encontrar en la región americana en relación al Derecho de Asilo (territorial).

Es importante enfatizar las diferencias de régimen y naturaleza jurídica entre el Derecho de Asilo y el Derecho de los Refugiados. Además de operar bajo motivos o causales diferentes, el enfoque del primero es básicamente el de otorgar un derecho subjetivo al Estado territorial, mientras que el del segundo es el de reconocer un Derecho Humano al individuo. Así, se dice que el asilo es constitutivo, mientras que el refugio es declarativo.

Sin embargo, con ocasión de la práctica sobre asilo territorial en América Latina, los gobiernos reconocían su obligación y deber de no devolver al perseguido político a su país de origen. Existe



autoridad calificada para sostener que esta obligación subsistía aún cuando el Estado territorial denegaba una solicitud de asilo.

2.- Se ha manifestado la opinión entre autores latinoamericanos y de otros países en desarrollo que el principio de no-devolución es uno de *jus cogens*.

Esta apreciación, a pesar de ser muy deseable, no es compartida por la generalidad de los autores del mundo industrializado. Estos sostienen la posibilidad de aplicar restricciones convencionales al principio de no-devolución. Invocan como fundamento de tal afirmación a la propia Convención de Ginebra de 1951, en la que se contienen excepciones discrecionales a este principio; otras excepciones más amplias al reconocimiento de la calidad de refugiado; reservas temporales y geográficas; y causales de pérdida del carácter de refugiado. Hacen notar también las diferencias de lenguaje entre esta Convención y los instrumentos regionales de África y América.

La dificultad de una respuesta conclusiva a este debate deriva del carácter elusivo de la prueba de la costumbre internacional en relación a las exigencias particulares de las normas imperativas de *jus cogens*. La complejidad de la práctica podría llevar más aún a interrogantes acerca de si es concebible que la obligación de no-devolución sea *jus cogens* únicamente en su aplicación respecto de la definición tradicional de refugiado, pero no respecto de la definición ampliada.

Para obviar los problemas de este debate, un sector de la opinión ilustrada ha propuesto caracterizar el principio de no-devolución como *erga omnes*, en atención a su dimensión humanitaria y a su naturaleza protectora de derechos humanos. Esta afirmación cuenta con la autoridad del famoso *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de la Barcelona Traction. Podría aún así dejar abierto, sin embargo, el problema de la legitimación activa para reclamar de incumplimiento. Es decir, no todo sujeto de Derecho Internacional podría tener el mismo derecho de reclamar contra un Estado por el incumplimiento de la obligación de no-devolución. Los elementos de conexión para estos efectos podrían tener algún orden de preferencia, como por ejemplo nacionalidad, territorio, protección previa, tratados bilaterales, multilaterales, pertenencia a una organización internacional, etc.

3.- En su aspecto operativo, el principio de no-devolución descansa sobre el ejercicio de competencias territoriales. Su principal aplicación y desarrollo ha tenido lugar dentro de las fronteras del Estado en que se busca refugio. Tales desarrollos incluyen la obligación de

no-rechazo en la frontera, no-discriminación contra quienes han ingresado ilegalmente al territorio, y debido proceso en las solicitudes de refugio y asilo. Si bien el refugio sólo puede ser reconocido dentro del territorio del Estado, cabe la pregunta de si el deber de no-devolución está sujeto a la misma restricción, es decir, si existe sólo cuando el refugiado se encuentra dentro del territorio del Estado. A este respecto, existe un cuerpo de literatura e instrumentos recomendatorios relativos a la situación de los refugiados que llegan por mar.

Hay consenso en cuanto a que un Estado puede impedir, en forma "pasiva", la entrada de extranjeros a su territorio, esto es, la doctrina de "la reja en la frontera". La duda subsiste, sin embargo, respecto de impedimentos activos o deliberados de un Estado, fuera de su territorio para el acceso a éste de personas en busca de refugio. ¿Cuál sería la situación jurídica, por ejemplo, del rechazo por fuerzas armadas, policiales o irregulares de un Estado de un influjo masivo de personas que buscan refugio, antes de su ingreso al territorio de dicho Estado? Se tendrían que equilibrar, a primera vista, necesidades de seguridad del Estado implicado, y las necesidades de protección de los potenciales refugiados, considerando en especial que éstos ya habrían comenzado su desplazamiento para los efectos de obtener reconocimiento de su calidad de refugiados. Sin embargo, no se han formulado criterios claros al respecto.

Una situación análoga ha adquirido relevancia en los países desarrollados. Se trata de la denegación persistente de visas a grupos potenciales de refugiados, unido a la imposición de sanciones a las aerolíneas que transportan a personas que no cuentan con visas para entrar al país. En esta situación el proceso de desplazamiento se inhibe desde un comienzo, y no existe voluntad para calificar extraterritorialmente los supuestos de persecución ilegal que fundamentarían la calidad de refugiados de tales personas una vez en el extranjero.

Si bien la práctica recién descrita no parecería ser ilegal, puede implicar responsabilidades para el Estado territorial. Hace algunos meses la prensa informó de dos tamiles que viajaron en avión a Gran Bretaña aparentemente con la intención de solicitar refugio. Al desembarcar en Gran Bretaña, la línea aérea se percató de que estas personas no tenían visas, por lo cual las mantuvo retenidas, no les permitió presentarse a las autoridades británicas y procedió luego a devolverlas a su país de origen. Sería interesante analizar en qué

medida el hecho de que la aerolínea es imputable al Estado territorial por la razón de cumplir aquellas funciones de inmigración por cuenta de éste. Esto podría aportar indicios acerca de la compatibilidad de las sanciones antes mencionadas a las aerolíneas con las obligaciones internacionales respecto de los refugiados.

Otro aspecto controvertido relacionado al anterior ha surgido con la creación de un mercado único europeo. En atención a la eventual libertad de circulación de las personas, se ha sugerido y aún aplicado entre ciertos países, que la calificación de un Estado acerca de si una persona es o no refugiado sea obligatoria para los demás Estados de las comunidades europeas. Parece dudoso que un Estado pueda delegar de esta manera su competencia –en definitiva, su deber– para los efectos de comprobar la calidad de refugiado de una persona que la solicita.

4.- Un tema un tanto más explorado es aquel de las relaciones entre el estatuto de los refugiados y la institución de la extradición. Esta última juega un papel esencial en los esfuerzos internacionales para castigar ciertos delitos tanto de tipo terrorista como delitos contra la comunidad internacional. El análisis es a veces complicado en este punto debido a que puede concurrir una situación de refugiado con la de asilado político de la persona cuya extradición se desea obtener desde un país receptor.

Las relaciones entre el refugio y el delito que da lugar a una solicitud de extradición se podrían dar en tres etapas: primero, como condición para no reconocer la calidad de refugiado al ser solicitada por primera vez; en segundo lugar, como base para revisar dicha calificación y posiblemente ponerle término; y en tercer lugar, como base para denegar la extradición de quien se ha reconocido como refugiado, sin perjuicio de aplicarle sanciones dentro del país de refugio bajo la regla de "extradición o castigo" contenida en varios instrumentos internacionales. En atención a los términos de la obligación de no-devolución de refugiados bajo el Artículo 22.8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la tercera relación mencionada será la más relevante para los países de esta región.

Una pregunta interesante podría ser si los factores que determinarían normalmente la no-extradición de refugiados se encontraría presente en la definición ampliada que antes se mencionó. En otras palabras, si los peligros que enfrenta una persona bajo la definición ampliada podrían por sí solos determinar la no-extradición por un delito común, por un delito sometido a la cooperación internacional o por un delito propiamente internacional. En relación

al alcance del carácter imperativo de la no-devolución, se plantea si el Derecho Internacional les permitiría en estos casos a los Estados interesados acordar ciertas garantías de tratamiento como condición para extraditar, tales como el principio de la especialidad y el retorno del extraditado al país de refugio después de cumplir su condena.

En conclusión, las interrogantes planteadas por las circunstancias actuales respecto del principio fundamental de no-devolución en el Derecho de los Refugiados han provocado respuestas imaginativas y asertivas de los países en desarrollo. En atención a acontecimientos recientes, América Latina ha tenido un papel relevante en este respecto. Dichas respuestas, sin embargo, no siempre han encontrado una acogida favorable en los países desarrollados. Será necesario, entonces, que los países de nuestra región re-examinen profundamente su práctica en materia de refugiados para determinar con mayor certeza cuáles son las expectativas con que efectivamente cuenta el Derecho Internacional hoy en día. A este respecto será útil re-examinar también los principios que inspiran la práctica en materia de asilo, tanto territorial como diplomático, no para aplicarlos artificialmente al Derecho de los Refugiados, sino para rescatar elementos comunes de ambas instituciones, que, como el principio de no-devolución, les pueda permitir a ambas enriquecerse.

# III

## DERECHO HUMANITARIO



# ACCION HUMANITARIA CONVENCIONAL Y EXTRA CONVENCIONAL DEL CICR EN AMERICA LATINA: EVALUACION Y PROYECCIONES.

*Gérard Peytrignet\**

Haré un recorrido panorámico de las actividades realizadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en América Latina, para tratar de complementar el estudio sobre problemas actuales que se plantean en el ámbito de la protección del individuo en situaciones de conflicto armado, por medio de las normas del Derecho Internacional Humanitario y analizar cómo se puede contribuir a la implementación de dichas reglas.

Convendría sin embargo recordar brevemente cuál es el cometido general del CICR.

El CICR es una entidad privada, integrada por ciudadanos de una sola nación –Suiza– a la cual la comunidad internacional ha reconocido, a través de ciertas disposiciones de los tratados humanitarios, el cometido de un organismo internacional.

Su misión principal, definida en estatutos que han sido refrendados por los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, es la de prestar protección y asistencia a las víctimas civiles y militares de los conflictos armados y de sus consecuencias directas.

El CICR tiene como tarea esencial velar por el cumplimiento de las normas del derecho humanitario y servir de intermediario neutral entre las partes en conflicto, desempeñando las tareas que le señalan estos mismos instrumentos, y ejerciendo su reconocido derecho de iniciativa humanitaria. Es decir, proponiendo cumplir con otras funciones humanitarias en situaciones que no son específicamente prevista o cubiertas por el Derecho.

La presencia del CICR es jurídicamente obligatoria en las únicas situaciones de conflictos armados internacionales, en los cuales puede, además, jugar el rol de sustituto de las "Potencias Protectoras"

---

\*Representante del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en Chile.

cuando los beligerantes no recurren a esta designación que les facultan los convenios de Ginebra.

En los conflictos armados no internacionales, los mismos Convenios disponen que el CICR está facultado a ofrecer sus servicios a las partes en conflicto, sin que éstas tengan la obligación formal de aceptarlos.

Finalmente, en todas las situaciones de violencia interna que no alcanzan el grado de conflicto armado, como las de disturbios internos caracterizados por enfrentamientos armados u otras situaciones que podrían poner en peligro el orden público o la seguridad interna del Estado, el CICR se basa en su "derecho de iniciativa estatutario" para proponer sus buenos oficios en los campos donde se detecta una necesidad humanitaria.

Es preciso recordar que el CICR es un organismo apolítico cuya acción se norma bajo principios como la neutralidad, la imparcialidad, y la independencia. Trabaja con discreción, y sin buscar publicidad, evitando toda polémica que podría disminuir su eficacia y su aceptación. En efecto, el CICR se abstiene voluntariamente de denunciar públicamente los abusos y las violaciones del derecho de las cuales puede llegar a ser testigo, lo que le permite guardar la confianza de las partes involucradas en una situación conflictiva y proseguir su trabajo en favor de todas las víctimas.

La política de confidencialidad del CICR le permite a menudo ser el único organismo autorizado a ciertas zonas vedadas o a ciertos lugares de reclusión y su silencio aparente oculta, en realidad, una intensa actividad negociadora destinada a lograr acuerdos y actitudes más favorables para con las personas protegidas y asistidas.

Hablar de las actividades humanitarias del CICR es, en América Latina como en los demás continentes, referirse, infortunadamente, a situaciones de conflictos armados y de violencia, donde seres humanos sufren por causa de los estragos creados por el fuego de las armas, y donde el CICR procura, entre otros tantos organismos con vocaciones análogas, mitigar el dolor y garantizar el respeto de las normas medulares de protección del ser humano aun en los más severos estados de excepción.

Permanentemente presente en América Latina desde hace más de 3 décadas, el CICR ha fortalecido su acción en los últimos 10 años, y se encuentra hoy presente en 9 países del continente, con actividades operacionales intermitentes en otros 8 y con un personal de 97 delegados y unos 350 empleados reclutados localmente.



El grueso de las operaciones se ha centrado, en estos años, en América Central, donde el CICR mantiene actividades de envergadura en Nicaragua y El Salvador, así como delegaciones en Guatemala, Honduras y Costa Rica. La reciente disminución general de las tensiones vividas por este subcontinente ha permitido una reducción significativa de la presencia del CICR.

En América del Sur, el CICR está hoy más activo en Colombia y Perú y mantiene todavía una pequeña presencia operacional en Chile.

En cuanto a las oficinas regionales que cubren, en forma itinerante, los demás países del continente, se encuentran las de San José de Costa Rica, desde donde se realizan misiones a Panamá, México, Cuba y Haití; la de Bogotá, que atiende misiones a Ecuador, Venezuela y Suriname; y la de Buenos Aires, que cubre, además de Argentina, a Uruguay, Paraguay, Brasil y Bolivia.

En cada uno de los países mencionados la actividad del CICR es acorde a la situación interna vigente, a las necesidades humanitarias evaluadas y a las posibilidades prácticas de acción. Se pueden destacar, entre otras, y variando de un país a otro, las actividades de protección a favor de las personas detenidas por motivos de seguridad, así como de la población civil en general, las actividades de asistencia alimenticia, material y médica a las personas desplazadas en razón del conflicto, la rehabilitación de mutilados de guerra, las gestiones de la Agencia de Búsqueda encaminadas a encontrar el paradero de los desaparecidos, a intercambiar noticias o a reunir familiares separados, y las actividades de difusión de las normas del derecho internacional humanitario y de los principios de la Cruz Roja, ya sea entre los adversarios, en las situaciones de conflicto, o entre los estamentos concernidos por esta problemática, en tiempo de paz.

A título de ilustración se pueden examinar dos situaciones conflictivas relacionadas con este continente, y en las cuales el CICR jugó —o juega— el papel que le asignan los tratados humanitarios.

Se hará referencia, en primer lugar, al conflicto armado del Atlántico Sur que tuvo lugar entre los meses de abril y de julio de 1982, entre Argentina y el Reino Unido.

Cabe señalar que ambos países eran partes de los Convenios de Ginebra de 1949, pero no de sus Protocolos Adicionales de 1977. Si bien es cierto que, con motivo del conflicto, se designaron Potencias Protectoras en el sentido del Convenio de Viena sobre relaciones

diplomáticas (Argentina a Brasil y el Reino Unido a Suiza), las partes no designaron Potencias Protectoras en el sentido del Art. 8 de los Convenios de Ginebra.

De tal modo que, de acuerdo a lo estipulado, el CICR sustituyó a dichas potencias para velar por el cumplimiento de las normas de protección contenidas en dichos tratados.

Es interesante señalar que, a pesar de la no declaración de guerra y de la ausencia de reconocimiento explícito por las Partes de la existencia de un conflicto armado internacional, el CICR ofreció sus servicios de acuerdo al Art. 2º de los Convenios, que no subordina la aplicación de los mismos al reconocimiento por las Altas Partes Contratantes, del "estado de guerra".

Además, ambas potencias se refirieron constantemente a las normas humanitarias aplicables a la situación vigente.

Se puede decir que, en el ámbito de este conflicto, todas las categorías de personas y de bienes protegidos se beneficiaron de las normas que les corresponden. Además, se aplicó por vez primera el II Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la guerra marítima. Entre otras disposiciones, se utilizaron las referencias a la protección de los buques hospitales, y se pudo establecer una zona neutral en alta mar a fin de garantizar de la mejor manera la protección de los heridos, enfermos y naufragos.

Con respecto a los prisioneros de guerra, los delegados del CICR visitaron, de acuerdo a las modalidades establecidas, a 1.200 personas, tanto en campamentos terrestres como en buques. Se participó activamente en la repatriación de los prisioneros, asumiéndose las tareas previstas por el III Convenio de Ginebra. La Agencia Central de Búsqueda del Comité realizó asimismo sus tareas habituales, registrando y transmitiendo a las familias, por intermedio de las autoridades de origen, los datos relacionados con las personas capturadas, muertas y fallecidas, así como intercambiando mensajes personales entre los prisioneros y los suyos.

En cuanto a la protección de la población civil, el CICR solicitó la aplicación de las medidas previstas por el IV Convenio de Ginebra, entre ellas las relativas a la designación de zonas neutrales destinadas a garantizar la seguridad de los heridos de guerra y de los no combatientes.

En colaboración con la Sociedad Nacional de Cruz Roja Argentina, se tomaron igualmente medidas de preparación tendientes a proteger a la población de la Patagonia Argentina, en previsión de

una posible extensión del conflicto. Finalmente, se cumplió con la labor de difusión de las normas humanitarias, a través de un contacto permanente, y a todos los niveles, con las partes en conflicto.

Para continuar con la ilustración de las actividades del CICR en relación a las normas humanitarias aplicables en los conflictos, se estudiará la situación de El Salvador, donde el CICR mantiene una delegación desde hace una década.

El Salvador ha ratificado los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, sin reservas. Así pues, está obligado por la totalidad del derecho humanitario convencional en vigor.

Desde 1979, los violentos enfrentamientos entre la oposición armada y las fuerzas gubernamentales originaron muchos heridos y prisioneros de las dos partes. Se pueden observar, en ese conflicto, casos de desapariciones y de secuestros así como un elevado número de personas detenidas por las autoridades, a quienes el CICR se esfuerza por visitar. Simultáneamente, el CICR ha intervenido en favor de los soldados de las fuerzas gubernamentales en poder del "Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional".

Los sufrimientos de la población civil también han sido intensos, particularmente en las zonas conflictivas, donde las actividades asistenciales del CICR se han desarrollado considerablemente.

En 1982 los dirigentes opositores hicieron declaraciones según las cuales se comprometían a observar los principios del derecho humanitario, a pesar de que las Partes en conflicto nunca hayan dado una calificación oficial y concordante del conflicto salvadoreño.

Habida cuenta del derecho internacional humanitario vigente en el territorio de El Salvador, las disposiciones del Protocolo II de 1977 resultan aplicables, así como, por supuesto, las del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Sean cuales fueren las razones políticas, internas o internacionales, que han podido impedir el pleno reconocimiento oficial de esa aplicabilidad, los requisitos para la misma se deben considerar jurídicamente cumplidos.

No cabe, en el presente ámbito, hacer una presentación de 10 años de trabajo en este país, así que el estudio se circunscribirá al examen de las principales acciones emprendidas durante el último año.

Los delegados, médicos, enfermeras y técnicos del CICR siguieron prestando protección y asistencia a la población civil radicada en las zonas conflictivas. Visitaron, con regularidad, a las personas detenidas en cuarteles militares y de policía, así como en centros

penales, con miras a brindarles garantías de un trato humanitario por parte de sus captores.

Se llevaron a cabo una serie de acciones específicas como la mediación y posterior evacuación en una toma de rehenes en la Embajada de Costa Rica, y la evacuación de inválidos de guerra hacia el exterior.

En una operación de repatriación voluntaria de refugiados salvadoreños desde un campamento de Honduras, el CICR colaboró en el plan logístico con el ACNUR.

La Agencia de Búsqueda, con sus 6 oficinas, atendió a miles de personas, tramitó más de 200 solicitudes relativas a civiles o combatientes dados por desaparecidos, e intercambió más de 1.000 mensajes de Cruz Roja entre familiares separados por los acontecimientos.

Las principales actividades médicas consistieron en consultas y campañas de vacunación en las regiones afectadas por la violencia, suministro de medicamentos a los botiquines locales y transporte de heridos graves a centros hospitalarios. Se prosiguió también un programa de saneamiento ambiental en pueblos aislados.

A lo largo del año, se difundieron las normas básicas del derecho internacional humanitario y los principios de la Cruz Roja entre los combatientes, a través de cursos y charlas impartidos en cuarteles, escuelas militares y de policía así como en el campo para miembros de la oposición armadas. Se estima en unas 15.000 personas el público que participó en dichas sesiones.

Para terminar hay que mencionar la intensa labor cumplida durante la gran ofensiva lanzada por la guerrilla en el mes de noviembre, y que causó centenas de víctimas. En los encarnizados combates que se libraron, hasta en plena ciudad capital, murieron numerosos civiles, y se tuvo que deplorar una falta de respeto general por el emblema de la Cruz Roja, y graves violaciones a las normas y principios del derecho humanitario.

Para llevar a cabo su misión, el CICR y la Cruz Roja Salvadoreña tuvieron que hacer varios llamamientos a fin de que se aplicaran las elementales normas de salvaguardia en favor de los heridos, los civiles atrapados en el fuego cruzado y el personal médico de socorro. Se pidió, en este sentido, una tregua humanitaria destinada a permitir la evacuación de los heridos y el aprovisionamiento de los centros de salud.

Los combates, tal vez los más violentos conocidos en 10 años, provocaron la huida de unas 20.000 personas, y el CICR les prestó

ayuda alimenticia y material en los centros de refugio abiertos por las iglesias locales.

Esta acción, que necesitó el envío de personal, material y suministros de emergencia, culminó con la evacuación de un grupo de personas bloqueadas en un gran hotel de la capital, donde se encontraba el propio Secretario General de la Organización de Estados Americanos.

Si bien es cierto que las situaciones que se acaban de examinar se insertan dentro de un contexto de aplicabilidad formal del derecho internacional humanitario, cada una con sus características propias, existen numerosas situaciones donde el CICR no tiene otra base jurídica que su derecho a proponer sus "buenos oficios" en las llamadas situaciones de tensiones o de disturbios que no alcanzan el umbral de aplicabilidad del Art. III común a los Convenios de Ginebra, o, en caso de haber sido ratificado, el que define el Art. I del II Protocolo Adicional. Vale decir que la suerte de las personas afectadas, como por ejemplo las víctimas de la represión que seguiría a un golpe de estado militar llevado a cabo sin mayores enfrentamientos, depende exclusivamente, en el plano de la protección humanitaria extraconvencional que puede brindarles el CICR, de la voluntad de las autoridades de turno.

En este sentido, cada situación en la cual el CICR ofrece sus servicios constituye un reto, aún cuando, de fracasar su gestión, deberían subsistir en este tipo de circunstancias este "estándar mínimo de protección humanitaria" que corresponde al conjunto de garantías consideradas como inderogables en los estados de excepción o de emergencia.

Cabe de todas formas preguntarse si no resultaría beneficioso el establecimiento de una nueva normativa para las situaciones de tipo interno que no alcanzan el grado de violencia a partir del cual rigen los tratados de Ginebra, que podría constituir una suerte de "código de conducta", y una referencia universal en la cual estarían catalogadas las garantías fundamentales y los derechos de las personas, así como las obligaciones de las autoridades y de sus agentes; dichas normas serían igualmente oponibles a los grupos o individuos que recurren a los actos terroristas y a los atentados indiscriminados.

Basando su reflexión, en gran medida, sobre la experiencia latinoamericana de los últimos 15 años, el CICR ya elaboró, con la ayuda de expertos internacionales, un proyecto de código a aplicarse en las situaciones no cubiertas por el derecho humanitario. Su finalidad es recordar las normas fundamentales a respetarse en las

situaciones de disturbios y de tensiones, sin perjuicio de la mayor protección que pueden eventualmente otorgar tanto los pactos internacionales de derechos humanos aplicables, como las disposiciones pertinentes de la legislación interna.

La reflexión sobre este tema prosigue, pues cada nueva propuesta de codificación abre la brecha a posibilidades de debilitamiento de las normas existentes. Su muy actual problemática, y sus alcances en América Latina, constituyen sin embargo un indudable desafío.

# PERSPECTIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*Christophe Swinarski\**

1. Al presentar algunas reflexiones acerca de las perspectivas del Derecho Internacional Humanitario (DIH), conviene colocar esta normativa internacional dentro de todo el andamiaje de sistemas jurídicos que surten efectos de protección a la persona humana.

Sin volver a recordar que todo el sistema de derecho es fundamentalmente un sistema de protección de la persona en su calidad de integrante de una sociedad, vale la pena detenerse sobre ciertas diferencias de naturaleza de las normativas internacionales en actual vigencia.

1.1. Desde el punto de vista de las finalidades de estos conjuntos normativos se podría, tal vez, distinguir varios enfoques en los cuales se encara aquella protección:

La primera categoría de estos conjuntos tiene, como el propio fundamento de toda su existencia jurídica, la protección de los seres humanos en todos los aspectos de su **calidad de miembros de la sociedad humana**. A ésta pertenece obviamente el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Este conjunto de reglas ubica al ser humano dentro de su suma sociedad política, la de la humanidad con "...la acepción que ahora le damos, acepción que se ha desarrollado especialmente en la última década, en la comunidad internacional de hoy, con la compleja, múltiple y dialéctica integración que posee".<sup>1</sup> Se podría decir que se trata, en el sentido técnico, del derecho general de la persona humana.

---

\*Ex-Consultor Jurídico, Delegado Regional para Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

<sup>1</sup>H. Gros Espiell: *Estudios sobre Derechos Humanos* IIDH - (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1985), p. 160.

La segunda categoría de derechos internacionales de la persona humana contendría los sistemas que protegen varias e importantes categorías de seres humanos a raíz de las especificidades de su **condición en la sociedad**. Por ejemplo, el Derecho Internacional de la Mujer y el Derecho Internacional del Niño.

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

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

Esa sería la situación de los refugiados y/o de los migrantes así como las exigencias de la protección de las víctimas de los conflictos armados.

Desde luego "...hay un cierto riesgo de proceder a una clasificación de derechos del hombre fundada sobre el peso de sus respectivas importancias. Efectivamente la naturaleza fundamental de ciertos derechos depende de la evolución y de la evaluación que se está haciendo uno y que puede variar según las épocas, las civilizaciones y las regiones".<sup>2</sup>

2. Por lo tanto el Derecho Humanitario tiene que ubicarse en los sistemas vigentes de protección del derecho de la persona humana en tres principales perspectivas:

a) la perspectiva histórica que toma en cuenta su propio desarrollo y matices, así como su específico ámbito de aplicación en comparación con las demás normativas internacionales;

b) la perspectiva de relación entre los ámbitos de aplicación y los efectos de otras ramas del derecho y su ámbito y efectos;

c) la perspectiva de su porvenir y desarrollo frente a las necesidades de la comunidad internacional.

Lo que se suele llamar hoy en día Derecho Internacional Humanitario o, de manera completa, el derecho internacional aplicable a la situación de conflictos armados es "...el cuerpo de normas inter-

---

<sup>2</sup>Th. van Boven; "Les critères de distinction des Droits de l'Homme", Unesco, Paris, 1978. (nuestra traducción) p. 45.



nacionales de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales y que limita por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto."<sup>3</sup>

Entendido de tal manera, el Derecho Internacional Humanitario ocupa en el Derecho Internacional Público el lugar del cuerpo de reglas que antes se conocían con la denominación del derecho internacional de la guerra.

2.1. El cometido que desempeña el derecho de la guerra en el desarrollo de todo Derecho Internacional Público se remonta a los orígenes de este último. En este contexto surgieron sus actuales normas consuetudinarias y convencionales.

El Derecho Humanitario, como parte del Derecho Internacional de la Guerra, adquirió características más específicas cuando comenzó a contener normas que se perfilan de manera más detallada, como el régimen general de la protección internacional en los conflictos armados.

2.2. En la primera época de la coexistencia del "nuevo" derecho de los Derechos Humanos con el Derecho Humanitario han surgido algunas controversias sobre la ubicación de ambas normativas en el Derecho Internacional.

Los Derechos Humanos se manifestaban como un sistema representativo, por excelencia, de la moderna comunidad internacional, la que nació con la Carta de las Naciones Unidas, concebida como sistema universal de la seguridad colectiva y de la paz. Aparecieron entonces interrogantes sobre la manera de conceptualizar las relaciones de lo que quedó del Derecho de la Guerra, es decir el Derecho Internacional Humanitario con la nueva normativa de los Derechos Humanos.

Se formaron acerca de estas interrogantes actitudes distintas:

La primera preconizaba que los Derechos Humanos constituían la parte integral del Derecho Internacional Humanitario, por ser los primeros un alcance jurídico del proceso del derecho internacional específicamente destinado a proteger al individuo que ya se hubiere inaugurado con el segundo. Esta actitud "cronológica" postulaba que el derecho de los Derechos Humanos fuere parte del DIH

---

<sup>3</sup>Ch. Swinarski; "Introducción al Derecho Internacional Humanitario" CICR - IIDH, Ginebra - San José, 1984, p. 11.

*sensu largo*, mientras el DIH, en el sentido clásico del concepto, permaneciera humanitario *sensu stricto*.

Para los protagonistas de esta manera de ver —que se puede calificar como integracionista—, los Derechos Humanos serían tan sólo una etapa del desarrollo del Derecho Humanitario general.

La segunda actitud se refería sobremanera a la naturaleza y al origen de sendas ramas del derecho. Para los adeptos de ella, era inaceptable incluir dentro del mismo molde las normas procedentes del Derecho de la Guerra y aquéllas que deberían fundamentar la propia normativa de la paz. En consecuencia, se tendría que separar los dos derechos; los partidarios de esta idea —los separatistas— pensaron afirmar de este modo la primacía de los Derechos Humanos sobre el Derecho Humanitario como resultado lógico y natural de la prohibición de la guerra.

Sin embargo, en el proceso de desarrollo de ambas ramas del derecho se puso de manifiesto que, no obstante las controversias teóricas, ambas normativas tienen varias interacciones y perspectivas en común.<sup>4</sup>

Se puede concluir que, luego de haber examinado bien los respectivos ámbitos de aplicación de estos derechos, prevaleció finalmente la postura complementarista, la cual traduce, de manera adecuada, las verdaderas pautas de interrelaciones del DIH con el derecho de los Derechos Humanos.

3. Las diferencias y las convergencias entre el DIH y los derechos humanos se perfilan, con mucha claridad tras un examen, por más superficial que éste sea, de sus respectivos ámbitos de aplicación.

Respecto al ámbito personal de aplicación habrá que destacar que los destinatarios de los derechos de la normativa humanitaria siguen siendo fundamentalmente los Estados, aunque sean las personas humanas los beneficiarios de esta normativa. Las situaciones en las cuales la persona humana puede directamente hacer valer sus derechos son muy excepcionales en ello.

En el de Derechos Humanos, ocurre lo contrario: los individuos disponen de los derechos propios y su titularidad les confiere la calidad de sujetos del derecho de la jerarquía comparable a la de Estados.

---

<sup>4</sup>cf. Ch. Swinarski, "Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en *Revista Argentina de Derecho Militar* N°10, junio 1990, pp. 62-63.

Se trata indudablemente de una diferencia notable entre los ámbitos de aplicación personal de las dos normativas.

3.1. Habrá también que hacer hincapié en el propósito de los Derechos Humanos, el que procura garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona, lograr sus objetivos sociales, tanto políticos como económicos, culturales o personales. En este sentido se puede hablar del derecho "promocional" de la persona humana.

En cambio, el DIH es fundamentalmente una normativa de protección, cuya suprema finalidad sigue siendo posibilitar a un ser humano de ampararse con ello contra las amenazas del conflicto armado u otras situaciones de violencia a fin de salvaguardar su integridad personal y, en la medida de lo posible, su situación social.

Por lo tanto, este derecho no puede ser considerado como generador de nuevas perspectivas de desarrollo de la persona humana. Se trata obviamente de un derecho de excepción, de un sistema que tiende a preservar a la persona humana, más que a proporcionarle condiciones para vivir mejor.

Pese a su carácter común de sistemas para proteger a la persona humana, se plantea la diferencia entre los propósitos de ambos derechos.<sup>5</sup>

Asimismo "...la implementación de estas dos ramas se instrumenta mediante los mecanismos del Derecho Internacional General, por ciertos mecanismos contemplados en cada una de las mismas, y ante todo, por las instituciones específicas que se destinan a implementarlas. Algunas de estas instituciones se orientan más hacia la caridad, mientras que otras lo hacen, más bien, hacia la injusticia; unas son más sensibles ante las víctimas y otras más ante las violaciones; aquellas instituciones tienen bases jurídicas, como métodos de acción y actitudes muy distintas y corresponden, cada una a su modo, a las situaciones en las cuales cada una puede aplicarse: la guerra para el Derecho Humanitario, la paz para los Derechos Humanos".

No obstante estas diferencias, y pese a que la implementación de cada una tenga que llevarse a cabo principalmente por vía de sus

---

<sup>5</sup>cf. Ch. Swinarski, "Principales nociones e instrumentos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana", IIDH, San José, 1990 pág. 83-88.

propios mecanismos e instituciones, las convergencias de las dos ramas existen y pueden ampliarse...".<sup>6</sup>

3.2. La persistencia, aunque en situaciones de violencia bélica, de los efectos de los Derechos Humanos, mantiene la vigencia de los mismos en las mismas situaciones en que ya ha de aplicarse el DIH. Permite esta situación que los Derechos Humanos –por lo menos su núcleo inderogable– convengan en surtir los efectos junto a las garantías fundamentales de la persona refrendadas en los Convenios de Ginebra (especialmente las del artículo 3 común, las del artículo 75 del Protocolo I, y las de los artículos 4, 5 y 6 del Protocolo II.)

Sin poder analizar aquí los pormenores de las correspondencias exactas de los efectos jurídicos y del ámbito de aplicación de cada una de sendas disposiciones, hay que afirmar la convergencia de estos distintos sistemas internacionales de protección, debida, en mayor parte, a las influencias y al impacto que tuvieron los Derechos Humanos en el proceso de elaboración de los más recientes instrumentos del DIH.

La más rápida revista de las convergencias de los derechos humanos y el derecho humanitario ya autoriza la conclusión que las dos normativas internacionales tienen respectivamente:

- distintos propósitos jurídicos de protección;
- diferencias de origen respecto de su conformación jurídica y de su formación histórica;
- diferencias entre sus respectivos ámbitos personales y materiales de aplicación; y
- distintos ámbitos de aplicación en lo que atañe a las reglas suspendibles de los Derechos Humanos y las reglas propias del Derecho Humanitario.

En cambio, las normas inderogables de los Derechos Humanos son aplicables al mismo tiempo y en las mismas situaciones en que surten efectos las normas humanitarias, teniendo además, por muchas de ellas, un contenido análogo o muy semejante.

En efecto, se puede constatar que las dos normativas tienen una "relación complementaria" desde el punto de vista de su respectiva aplicabilidad a la persona humana y el "ámbito concurrente" en cuanto a los efectos jurídicos que puedan surtir para la última.

---

<sup>6</sup>M. Sassóli, "Mise en oeuvre de droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme" en: *Annuaire suisse de droit international*, vol. XCIII, 1987, p. 61 (nuestra traducción).

Trasciende entonces que, "...la diversificación de los medios de protección se acompaña por la fundamental identidad de sus finalidades y de la unidad conceptual de los derechos del hombre.

Sus mecanismos de protección han de ser considerados más complementarios que competitivos: a través de los años la multiplicación tuvo por finalidad la ampliación de la protección que conviene brindar a las eventuales víctimas. Se ha hecho uso del derecho internacional a efectos de mejorar y reforzar, en este contexto, el nivel de protección de los derechos reconocidos..."<sup>7</sup>

3.3. Habrá también que tomar en cuenta que en la realidad de los hechos, existe una *relación de facto* entre la índole de los Derechos Humanos y el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

¿Qué son, efectivamente, los conflictos armados y demás situaciones de la violencia, si no situaciones que originan a las inobservancias o las violaciones de los Derechos Humanos? Cuando brota la violencia tenemos siempre que constatar que se suspende o se perjudica la normativa de los Derechos Humanos, sean ellos de procedencia internacional o el conjunto de garantías fundamentales del propio derecho interno del país. Por ello se puede describir la relación que existe en la realidad entre el ámbito de aplicación de los Derechos Humanos y la necesidad de aplicar al Derecho Internacional Humanitario como la de vasos comunicantes: cuanto más baja sea la observancia de los primeros, más se va necesitar la aplicación de los segundos. Es fundamentalmente esta vinculación orgánica la que determina la función de verdadera complementariedad entre los Derechos Humanos y el DIH.

4. Respecto de las perspectivas ante la normativa humanitaria sin ninguna ambición de presentarlas de manera exhaustiva, se puede delimitar algunas áreas en las que se hallan las principales dificultades ante el DIH, con distinta intensidad, pero con características comunes, en todas las partes del mundo.

- La primera área es la de vigencia de esta normativa internacional;
- La segunda, la de la voluntad política de aplicar las reglas ya vigentes;
- La tercera, en la que se trata de la implementación nacional;
- La cuarta, la que atañe a la eficiencia del Derecho Internacional

---

<sup>7</sup>A. A. Cançado Trindade; "Co-existence and co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)" in: *Collected Courses of Academy of International Law*, vol. 202 (1987 III) p. 401 (nuestra traducción).

Humanitario frente a las inobservancias y violaciones de la normativa;

- La quinta abarca los problemas del conocimiento y la difusión del DIH como condiciones necesarias para que pueda debidamente cumplir con los requerimientos de su funcionamiento.<sup>8</sup>

4.1. Como se sabe, el DIH posee actualmente la mayor universalidad entre todos los sistemas convencionales vigentes ya que son 166 los Estados que integran la comunidad de los Convenios de Ginebra.

Hoy en día, todos los Estados del continente latinoamericano son Parte en los Convenios de Ginebra.

A propósito de eso, siguen guardando todavía su actualidad las palabras del gran Andrés Bello, cuando decía en 1840 que la normativa del derecho de gentes y sus reglas "...tienen una doble importancia en América, donde es necesario mirarlos con un respeto particular y hasta (si fuera posible) supersticioso como que sin ellos los disturbios que destrozan a las nuevas repúblicas, darían frecuentes y plausibles pretextos a la ambición, para intervenir y usurpar..."<sup>9</sup>

Los Protocolos adicionales de 1977 fueron ratificados por 99 Estados respecto al Protocolo I, aplicable en las situaciones de conflictos armados internacionales y por 89 en cuanto al Protocolo II aplicable en las situaciones de conflictos internos. En el continente latinoamericano, con el Caribe, 20 Estados son Parte del Protocolo I y 18 son Parte en el Protocolo II.

La preocupación de todos los que se dedican a la promoción y a la implementación del DIH es asegurar que los instrumentos adicionales a los Convenios de Ginebra alcancen una universalidad comparable a la que lograron los Convenios de Ginebra.

Este derecho ha de ser universal porque, por su naturaleza y por su función jurídica, debe surtir sus efectos para todos y entre todos (*erga omnes*).

El sistema de Ginebra tiene que permanecer universal para cumplir con su propósito jurídico –el de protección universal– sin ninguna discriminación.

---

<sup>8</sup>Véase también los trabajos de un simposio uruguayo, publicados en "Simposio sobre la implementación del Derecho Internacional Humanitario de la República Oriental del Uruguay" CICR, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo, 1990, que sirven de base a estas observaciones.

<sup>9</sup>A. Bello, "Mediación de Chile entre la Francia y la República Argentina" citado por F. Murillo Rubiera; "Andrés Bello: Historia de una vida y de una obra", (Caracas: La Casa de Bello, 1986), p. 393.

Se inscribe en este marco la importancia de la ratificación por la República de Chile de los Protocolos Adicionales, no sólo como paso lógico, en las nuevas circunstancias del país, para completar la vigencia de los instrumentos internacionales de la protección de la persona humana en el derecho interno, sino también porque todos los países vecinos ya son Parte en estos instrumentos.

Todo lo que pueda permitir por vía de la ratificación a la normativa humanitaria surtir plenamente sus efectos jurídicos a la mayor brevedad representa una perspectiva importante del Derecho Internacional.

En la misma índole existe una preocupación más puntual: se sabe que los procedimientos del DIH disponen de pocos mecanismos propios de control. Es por ello que es tan importante poner en funcionamiento los mecanismos existentes, como el de la Comisión Internacional de Encuesta, previsto en el artículo 90 del Protocolo I, que contempla la posibilidad de la comprobación de los hechos en materia de alegación de infracciones graves al Derecho de Ginebra.

En este sentido, la contribución de cada país en la tarea de afirmar la vigencia de la normativa humanitaria representa siempre un valioso aporte a la perspectiva de la puesta en obra del sistema.

4.2. La segunda perspectiva actual, de mucha importancia, apunta al campo de la voluntad política de los Estados de aplicar el DIH ya vigente. Cabe recordar que el DIH contiene todas las garantías de no intervenir con los intereses políticos en juego. Es obviamente una normativa negociada con el máximo cuidado por parte de cada Estado de proteger y salvaguardar sus intereses soberanos. De allí la importancia de hacer comprender a los Estados que el DIH no es un "derecho político", sino un derecho fundamentalmente "técnico": un derecho que organiza -o por lo menos puede ayudar a organizar- las relaciones entre los mismos, sin ninguna desventaja para los intereses de los actores, limitando tan sólo la violencia y lo inevitable.

La profundización de la voluntad política de cada Estado y del consenso internacional sobre la aplicabilidad del DIH, como herramienta de las relaciones internacionales, constituyen condiciones *sine qua non* de su aplicación y una importante perspectiva de su porvenir inmediato.

4.3. Habida cuenta que, para surtir realmente sus efectos, las reglas internacionales necesitan plasmarse en la normativa interna del Estado y recibir en ella adecuados medios jurídicos, la condición imprescindible respecto de la implementación del DIH son las medi-

das que tienen que adoptar los Estados en su propia legislación. Es preciso procurar la adopción de esta medida para cumplir debidamente con las obligaciones de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos Adicionales.

El cuadro apropiado para tomar estas medidas de implementación nacional, tal como es preconizado por las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja, sería la creación de un órgano interministerial, en el que participen los representantes de todos los órganos estatales encargados de aplicar e instrumentar la normativa humanitaria vigente.

Sin examinar aquí la naturaleza de cada una de las normas nacionales –en lo que sólo puede incursionar un especialista de derecho interno– se puede apenas señalar que algunas de estas reglas internacionales cumplen con los requerimientos de autoejecutabilidad, sea material o formal, mientras otras necesitan la toma de adecuadas medidas legislativas y reglamentarias del derecho interno para surtir efecto.

Esta perspectiva parece, en el Chile de hoy, corresponder perfectamente a aquel "... deber de los órganos del Estado de respetar y promover derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes...", que desde agosto del año pasado integra la Constitución Nacional del país, en cuanto a "...los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana...".

4.4. Conociendo los mecanismos de las acciones del DIH no es necesario insistir tampoco en la necesidad de una legislación nacional apropiada en materia de las violaciones que tengan el carácter de infracción grave.

Como se trata de responsabilidad individual, habría que reglamentar las modalidades de su régimen en el derecho interno, de modo que recepte la reglamentación prevista por los Convenios y los Protocolos. Habría igualmente que definir las instancias, las modalidades de subsidiariedad y de la organización de los recursos para asegurar el funcionamiento de ella, como para solucionar los problemas de la jurisdicción competente o de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, nombrando sólo a algunos de los más importantes problemas de esta índole. Muchas de las pautas de la legislación y de la práctica estatal sobre la extradición también deberían volverse compatibles con las exigencias del sistema de Ginebra.



4.5. Pero, antes de someter las inobservancias de las normas humanitarias a un sistema de carácter punitivo, las perspectivas de aplicación de estas normas deben fundamentarse, en primer lugar, en los mecanismos que aseguran las condiciones de su cumplimiento.

Entre todas las medidas preventivas aprobadas por los autores de los Convenios de Ginebra, la obligación de la difusión del contenido de los Convenios hacia todos los destinatarios y los beneficiarios, aparece como fundamental.

La obligación de difusión, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, implica la inclusión del estudio de los Tratados de Ginebra –los Convenios, así como los Protocolos Adicionales– en los programas de instrucción militar.

Esta difusión incluye también la propagación de toda forma de conocimiento del contenido de estos Tratados para todos los que tienen que conocer su contenido, como los diplomáticos, los altos funcionarios, los médicos, los magistrados y hasta la población civil. El deber particular de dar a conocer estas normas compete a las autoridades civiles y militares.

Se refuerza este deber por las diligencias especiales a cargo de los jefes militares y de todos lo que tienen la responsabilidad particular de velar por que los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de mantenimiento del orden se enteren de sus obligaciones al respecto.

- El primer propósito de la difusión tiene por finalidad la *información* para todos los que puedan necesitarla.
- - El segundo propósito puede enfocarse en una tarea de *formación* para los que, no sólo tienen que conocer como, sino también que aplicar, en el ámbito de sus respectivas competencias, el contenido de los Tratados de Ginebra;
- Esta formación debe poder alcanzar –en su última etapa– un nivel en que ya se trate de la *capacitación* de quienes, a su vez, puedan dispensar aquella formación a los demás ("factor multiplicador").

La responsabilidad de tomar las medidas para implementar las obligaciones que tienen los Estados Partes en los tratados a nivel de difusión, abre indudablemente una perspectiva que necesita, a nivel nacional, decisiones precisas por parte de las autoridades nacionales para llevarla a cabo, organizándola y proporcionándole los medios adecuados, en lo personal y material. Encarar debidamente esta tarea es una de las preocupaciones más actuales ante todo el DIH.

5. Para terminar estas consideraciones sobre las perspectivas del DIH dentro del sistema general de la protección de la persona humana, se podría añadir que ello merece un interés particular, no sólo desde el punto de vista teórico, sino práctico, para contribuir a fortalecer su aplicación en el seno de la comunidad internacional, necesítándolo, esta última, para brindar al individuo la protección idónea en las circunstancias en que otras protecciones revelan ser insuficientes, inexistentes o inaceptables.

En estas mismas circunstancias, se averigua muy a menudo, lo que caracteriza todos los Derechos Humanos, los cuales "... como fenómenos jurídicos, lejos de haber encontrado su fundamento de existencia en la moral, ponen en descubierto las cartas de juego, revelan la situación real: no es la moral el orden que justifica y funda valorativamente al derecho sino que, en el mundo contemporáneo, la moral sólo vale como un modo subalterno del derecho, como una forma de manifestación del poder social..."<sup>10</sup>

No expresen estas palabras sólo la decepción frente a las quiebras y falencias de los sistemas fundados en los valores morales, sino, ante todo y más aún, la esperanza y la confianza en la vocación protectora de los derechos del hombre.

---

<sup>10</sup>R. J. Vernengo, "Los Derechos Humanos como Justificadorias" en *Cuadernos de Investigación* Nº13, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1989, p. 40.

## DISTURBIOS Y TENSIONES INTERNAS Y UNA NUEVA PERSPECTIVA DEL DERECHO HUMANITARIO

*Hernán Salinas\**

El Derecho Internacional Humanitario ha sido definido como el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales, o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto.<sup>1</sup>

Es así como este derecho de excepción, que tiende a preservar a la persona humana, más que a proporcionarle condiciones para vivir mejor, no es aplicable en situaciones de disturbios interiores y tensiones internas.

Estas situaciones caracterizadas por la existencia dentro de un Estado de motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados, difieren entre sí más en el sentido cualitativo que por su naturaleza, originando ambos graves violaciones a los derechos humanos y un gran número de víctimas.

La historia nos enseña que este fenómeno se ha producido con frecuencia, y que aún más su ocurrencia ha aumentado en las últimas décadas.

Lo que nos interesa son los efectos de esas situaciones, caracterizadas por la violencia dentro del territorio de un Estado. Esos efectos son de índole muy diversa: políticos, jurídicos, económicos y sociales.

No obstante, los efectos más directos e inmediatos son siempre de índole humanitario, afectan en mayor o menor grado al ser humano en su dignidad, su bienestar, su salud, su libertad, y su vida.

---

\*Abogado. Académico Derecho Internacional en Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica y Universidad Gabriela Mistral.

<sup>1</sup>Christophe Swinarski "Introducción al Derecho Internacional Humanitario", CICR - I.I.D.H., San José - Ginebra, 1984, p. 11.

Las situaciones de disturbios y tensiones internas se caracterizan siempre por la aparición de un grado de violencia que sobrepasa la inherente a tiempos "normales", recurriendo las autoridades a medidas de represión de índole excepcional.

En ellas, como ya se ha señalado, se producen fenómenos que constituyen violaciones a los derechos fundamentales del individuo, tal como se proclama en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), garantizados por los diversos tratados de protección a los derechos humanos e, incluso, por el derecho consuetudinario. Ocurren detenciones masivas, seguidas a menudo de encarcelamientos arbitrarios; actos de terrorismo; malas condiciones de detención; desapariciones; malos tratos que pueden llegar hasta la tortura; toma de rehenes; ejecuciones sumarias; suspensión o no respeto de las garantías judiciales más elementales, etc.

Centrándome en las cuestiones de la aplicabilidad y del alcance efectivo de los respectivos instrumentos humanitarios y de derechos humanos, los instrumentos de derecho humanitario no son aplicables en casos de disturbios y tensiones interiores. Ellos no entran dentro de los límites de la aplicabilidad del artículo 3, común a los cuatro Convenios del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, ni del artículo 1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, ambos relativos a la protección de la víctima de los conflictos armados no internacionales.

En lo que concierne a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ellos contienen dos niveles de reglas: las que los Estados Partes tienen derecho a suspender en las situaciones previstas por los instrumentos jurídicos mismos y las que se mantienen en plena vigencia en todas las circunstancias.

Esta segunda categoría de reglas (el llamado "núcleo inderogable") sigue surtiendo sus efectos en cualquier situación de crisis del Estado, ya sea un conflicto armado internacional, un conflicto armado interno o casos de disturbios anteriores y tensiones internas.<sup>2</sup>

En este catálogo de derechos inderogables no se tienen en cuenta los problemas y las necesidades específicas que plantea una situación de violencia.

El efecto conjunto de la no aplicabilidad de los instrumentos humanitarios, la aplicación limitada de los instrumentos sobre dere-

---

<sup>2</sup>Art. 4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 27 Convención Americana sobre Derechos Humanos y Art. 15 Convención Europea sobre Derechos Humanos.

chos humanos y la insuficiencia de los derechos no derogables, inducen a una negociación de la protección elemental de las personas en situaciones de violencia que no constituyen conflicto armado.<sup>3</sup>

Ello conduce a la necesidad de complementar las normas inderogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con otras dos categorías de disposiciones: por una parte, con la obligación de actuar (como el deber de socorrer a los heridos y a los enfermos) y, por otra, con reglas de conducta (como la obligación de limitar el recurso a la fuerza al mínimo estricto).

Es en esta perspectiva de porvenir y desarrollo frente a las necesidades de la comunidad internacional que nos interesa reflexionar sobre el futuro del Derecho Internacional Humanitario.

Ante ello, se plantea el desafío de determinar si existen en esta rama del Derecho Internacional, principios generales que permitan desarrollar un sistema más perfeccionado de protección del ser humano, a falta de normas convencionales expresas.

Al efecto, debemos mencionar la denominada "Claúsula Martens" en honor del jurista ruso que la propuso, la cual se halla en el preámbulo del IV Convenio de La Haya sobre las leyes y usos de la guerra terrestre. En virtud de ella, en casos no regidos por el derecho vigente, la persona humana está bajo protección y la autoridad de los principios de humanidad y de la que dicte la conciencia pública.

Este principio humanitario no ignora ni los conflictos ni los diferendos, ni los odios ni las relaciones de opresión: quiere simplemente introducir en ese contexto ciertos valores (respeto de la vida y de la dignidad humana, solidaridad, lucha contra el sufrimiento) generalmente conocidos y aceptados por quienes se enfrentan, pero que están relegados a un segundo plano por la pasión que engendra la causa que se defiende.<sup>4</sup>

Bajo este principio humanitario rector, es imperativo la protección contra los actos o amenazas tales como:

- toma de rehenes;
- ataques indiscriminados y el recurso a la fuerza desproporcionada respecto a los objetivos perseguidos;
- torturas, malos tratos, mutilaciones, asesinatos;

---

<sup>3</sup>Theodor Meron, "On the Inadequate Teach of Humanitarian and Human Rights and the need for a New Instrument", *American Journal of International Law*, Vol 77, N°3, 1983.

<sup>4</sup>Jean Luc Blondel, "Significación del término 'humanitario' a la luz de los Principios Fundamentales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N°96, noviembre-diciembre, 1989.

- desapariciones, amenazas de muerte;
- deportaciones, genocidios.

Asimismo, este principio humanitario rector se traduce en la obligación de prestar a las víctimas de estas situaciones de violencia;

- socorros alimenticios y materiales (alimentos, ropa, abrigos);
- asistencia médica;
- protección contra las medidas arbitrarias de detención o los juicios sumarios
- repatriación, reunión de familiares.

La consagración de estos derechos y prohibiciones implica que ni la responsabilidad que incumbe a las autoridades de hacer respetar el orden ni los motivos que algunos puedan tener para rebelarse contra el poder justifican el terrorismo o la tortura, la violencia indiscriminada, la toma de rehenes o la arbitrariedad.

Prueba que este principio de humanidad es un verdadero principio de *lex lata* en estas situaciones no cubiertas por el Derecho Internacional Convencional es que el Derecho de Iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja se ha transformado en un derecho de verdadero carácter consuetudinario. Con ello, su ofrecimiento de servicios ya sea de protección o de asistencia no puede ser considerado como una ingerencia en los asuntos internos de un Estado.

En efecto, como ha señalado el jurista del CICR Christophe Swinarski, "El número de Estados que han acogido y continúan acogiendo, en sus respectivos territorios, el uso del derecho de iniciativa del CICR indicaría que, más allá de una simple práctica, se trata de una costumbre internacional considerada como tal por los Estados, por lo menos en lo que concierne a la posibilidad para el CICR de poder proceder al ofrecimiento de sus servicios".<sup>5</sup>

Por otra parte, mediante la concertación de Acuerdos de Sede con el CICR, los Estados en cuyos territorios se establecen sus delegaciones le han reconocido ya sea expresa o tácitamente subjetividad internacional, y se le ha concedido una serie de privilegios e inmunidades, precisamente para que pueda cumplir adecuadamente estas funciones de asistencia y protección en situaciones de disturbios y tensiones internas.

---

<sup>5</sup>Christophe Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, (San José, Costa Rica: 1990), p. 75.

Ahora bien, la ya indicada insuficiencia de la protección del derecho convencional en las situaciones de disturbios y tensiones internas, las dificultades jurídicas que en muchos casos no hacen fácil calificar y discernir el límite entre un conflicto armado y las referidas situaciones, así como las dificultades políticas que se plantean en dicha calificación, plantean un importante desafío al Derecho Internacional Humanitario.

Este desafío se traduce en desarrollar a partir del principio de humanidad expuesto en la Cláusula Martens, este conjunto de normas humanitarias *in status nascendi*, aplicable a situaciones de violencia interna que no alcanzan la intensidad a partir del cual rigen los tratados de Ginebra, en un conjunto de normas y principios que no se circunscriban sólo a la protección de la persona humana en situaciones de conflicto armado, sino que lo amparen ante toda violencia que afecte gravemente sus derechos fundamentales.

Al respecto, aparece como una idea interesante la de constituir una suerte de "código de conducta" que constituya una referencia universal, en la cual estarían catalogadas las garantías fundamentales y los derechos de la persona, así como las obligaciones de las autoridades y de sus agentes, siendo dichas normas también oponibles a los grupos o individuos que recurren a los actos terroristas y a los atentados indiscriminados.<sup>6</sup>

Contribuye a lo planteado la idea de aprobar una Declaración en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas que establezca principios aplicables en estas situaciones de disturbios y tensiones internas.<sup>7</sup>

Todo ello, dentro de la premisa fundamental de que en estas situaciones de violencia interna el Derecho Internacional Humanitario coexiste con los ordenamientos jurídicos internos, los cuales siguen rigiendo sin verse afectada la condición jurídica de las partes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso de la fuerza.

---

<sup>6</sup>Hans-Peter Gasser, "Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones interiores: Propuesta de un Código de Conducta", separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Enero-Febrero de 1988.

<sup>7</sup>Theodor Meron y Allan Rosas, "A Declaration of Minimum Humanitarian Standards", *American Journal of International Law*, Vol 85, N°2, 1991.

2



# IV

## PERSPECTIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS



# DERECHOS HUMANOS: ETICA, DERECHO Y POLITICA

*Héctor Gros Espiell\**

## I

1. La importancia determinante que hoy posee la cuestión de los derechos humanos, tanto a nivel interno como a nivel internacional, justifica plenamente que se le estudie desde los puntos de vista ético, jurídico y político.<sup>1</sup>

Las breves reflexiones que hacemos al respecto están referidas al tema considerándolo desde un ángulo internacional. Sin embargo, es evidente que lo esencial de las ideas que hemos de exponer se aplica también, por la naturaleza misma del tema, a la cuestión de los derechos humanos ante el Derecho Interno y ante la política interior.

## II

2. El problema de las relaciones entre la materia relativa a los derechos humanos y la ética puede ser encarada de diversas maneras.

En primer término, hoy es imposible concebir una ética que no se base en el respeto de los derechos de cada ser humano, por el Estado y por los demás hombres; en la comprensión de que su naturaleza es el resultado de una idea de lo que es el hombre en su relación con la organización política; de que estos derechos son una emanación de la dignidad<sup>2</sup> eminente de la persona y de qué derechos

---

\*Jurista, Profesor de Derecho Internacional, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>1</sup>N. Politis, *La Morale Internationale*, Neuchatel, 1943, p. 31; H. Krauss, *La Morale internationale*, Academie de Droit Internationale, Recueil des Cours, Vol. 16, 1927.

<sup>2</sup>Arturo Ardao, "El hombre como objeto axiológico", en: *Estudios en honor de Risieri Frondizi*, (Barcelona: 1980), p. 74, dice: "Pero en todo momento cualquiera sea su grado de dignidad o de indignidad moral, ostenta aquella anterior dignidad que le viene, no de ser un hombre de dignidad, sino de tener la dignidad de hombre. Semejante dignidad, anterior e independiente de la dignidad moral; semejante dignidad, que ni se conquista ni se pierde, es una dignidad, a diferencia de aquella, ontológica tanto como axiológica. En otros términos: no ya axioética como la dignidad moral, sino, originariamente, axio-ontológica".

y deberes se han de integrar correlativamente para asegurar un orden de libertad, paz y justicia.

El respeto de los derechos de los demás, como un deber que asegura mis propios derechos y el respeto de los derechos de todos, es el presupuesto necesario, a su vez, para que el Estado y el gobierno encuentren su justificación. Puede decirse que ésto es hoy un principio ético fundamental.

3. Entrando ya a la relación entre Etica y Derechos Humanos, derechos que están reconocidos y garantizados por un orden jurídico, es obvio que moral y derecho deben prestarse recíproco sostén y que "la moral debe ser la base más firme y segura del derecho".<sup>3</sup> Como se ha dicho con razón, gran parte del derecho "está dominado por la ley moral".

El Derecho de los derechos humanos, por ende, ha de fundarse, y se funda efectivamente, en una moral, sin la cual no le es posible sustentarse y no puede aplicarse eficazmente.

4. Pero, además, no hay que olvidar que múltiples conceptos utilizados en el derecho positivo son conceptos morales, cuya acepción sólo puede ser dada por la ética.<sup>4</sup>

Es esto lo que se ha llamado el reenvío por parte del derecho a conceptos morales, que en virtud de este recurso pasan a integrar la normativa jurídica.<sup>5</sup>

5) Algunos de estos reenvíos tienen carácter genérico y se refieren a instituciones del Derecho que se encuentran recogidas tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno.

La idea misma de Justicia —que impregna, da sentido, legitimidad y validez a todo el Derecho— es, en el fondo, "una noción moral".<sup>6</sup>

No hemos de enumerar, naturalmente todos los conceptos morales de tipo general que han pasado a integrar la normatividad jurídica.

Pero puede ser útil dar algunos ejemplos de casos de particular importancia en el Derecho Internacional y, en especial, en el Dere-

<sup>3</sup>N. Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, (México: 1938), p. 5.

<sup>4</sup>G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, (París: 1949), p. 1.

<sup>5</sup>Santi Romano, "Diritto e Morale", en: *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, (Milano: 1947), p. 75; Giorgio Del Vecchio, "Unità fondamentale dell'Etica nelle forme della morale e del diritto", en: *Nuova Silloge de Temi Giuridice e Filosofici*, (Torino: 1963), p. 25.

<sup>6</sup>Henry Bergson, *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion*, en *Oeuvres*, París, 1970, p. 1033.

cho Internacional de los Derechos Humanos. Señalaremos tres: *pacta junt servanda*, abuso del derecho y buena fe.

El principio fundamental del Derecho Internacional, *pacta junt servanda* es, en el fondo, una idea moral.<sup>7</sup>

La idea de abuso del derecho sólo puede comprenderse recurriendo a criterios éticos.<sup>8</sup>

Y en cuanto a la buena fe,<sup>9</sup> de tan honda significación en el tema que nos ocupa,<sup>10</sup> ha tenido una recepción jurídica expresa en la Carta de las Naciones Unidas (Art. 2.2) y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Art. 3.c).

Inútil es señalar qué enorme importancia en materia de derechos humanos, de su respeto y garantía, tiene la aplicación de los conceptos de *pacta junt servanda*, abuso del derecho y de buena fe, entendidos en función de las exigencias de la ética de nuestros días. 6. Naturalmente otros muchos ejemplos podrían citarse, específicamente en el Derecho Interno, con referencia al Derecho Civil y al Derecho Penal en particular de reenvío a conceptos morales. Pero ello es imposible en este breve trabajo y, además, nos alejaría de la consideración del tema de los derechos humanos y de la ética con referencia a su reconocimiento y protección internacionales.

7. En Derecho Internacional además de estos "reenvíos" genéricos por la utilización en textos jurídicos de conceptos que sólo pueden ser entendidos en relación con la moral, hay también otros muchos casos en que hay un reenvío, expreso y específico, a la moral en cuanto tal.

Daremos algunos muy pocos ejemplos en relación específica con nuestro tema.

---

<sup>7</sup>Rolando Quadri, *Diritto Internazionale Pubblico*, (Napoli: 1968), p. 37, 5ª ed.

<sup>8</sup>Louis Josserand, *De l'Ésprit des Droits et de leur Relativité, Théorie dite de l'abus des Droits*, (París: 1939), pp. 4-5; N. Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, Academie de Droit International, Recueil des Cours, Vol. 5, 1924.

<sup>9</sup>Giorgio Del Vecchio, *La verità nella Morale e nel Diritto*, en *Studi sul Diritto*, (Milano: 1958), pp. 220-221, Vol. II.

<sup>10</sup>Jules Basdevant, *Règles Générales de Droit de la Paix*, Academie de Droit International, Recueil des Cours, 1936, IV, Vol. 58, Le principe de la bonne foi, págs. 520-522; Elizabeth Zoller, *La Bonne foi en Droit International*, Paris, 1978; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1970, Art. 31; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales, 1986, Art. 31.1; Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General (Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional), El principio de que los Estados han de cumplir de buena fe las obligaciones que han asumido conforme a la Carta.

8. La Carta de la Organización de los Estados Americanos,<sup>11</sup> ya en su Preámbulo expresa que "la seguridad y la paz" han de estar fundadas "en el orden moral y en la justicia".

De tal modo se afirma no sólo la necesaria "convergencia" del derecho y de la moral, la impuesta "coherencia" de ambos órdenes normativos,<sup>12</sup> sino que se da a la organización jurídica de la paz y la seguridad un fundamento moral, extremo imprescindible para que la paz no sea un concepto meramente negativo y para que, por el contrario, se sustente en una voluntad de justicia, condición para que aspire a ser permanente y adquiera su verdadero sentido.<sup>13</sup>

Esta referencia al "orden moral" en el Preámbulo de la Carta de la OEA, es especialmente significativa, porque entre "los principios" que los Estados Americanos reafirman, se encuentran los de la buena fe (Art. 3.c), la democracia representativa (Art. 3d) y el respeto "de los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo" (Art. 3 j).

El artículo 16 de la Carta de la OEA dispone: "Cada Estado tiene el derecho de desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural y política. En este libre desenvolvimiento debe respetar los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal".

De tal modo el derecho soberano de cada Estado a organizarse libremente, está limitado por los derechos de la persona humana, que deben siempre respetarse, en base al principio de que el Estado está al servicio del hombre y de la moral universal, que impregna, da sentido y fundamento a todo orden jurídico.

9. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Preámbulo, al referirse a los "deberes de orden jurídico", dice que éstos "presuponen otros de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan" (párrafo 3), llegando a sostener que "el deber del hombre es acatar siempre la moral y las buenas costumbres" (párrafo 5).

<sup>11</sup>Adoptada en la Conferencia de Bogotá (1948) y reformada por el Protocolo de Buenos Aires (1967).

<sup>12</sup>Giorgio Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, (Milano: 1946), pp. 207-208.

<sup>13</sup>Pío XII, Encíclica *Summi Pontificatus*, 20/X/1939, párrafo 11 en que dice: "Y ante todo es cierto que la raíz profunda y última de los males que deploramos en la sociedad moderna es el negar y rechazar una norma de moralidad universal, así en la vida individual como en la social y en las relaciones internacionales". Juan XXIII, Encíclica *Pacem in Terris*, 1963: "Una ordenación jurídica en armonía con el orden moral y que responda, al grado de madurez de la comunidad política constituye, no hay duda, un elemento fundamental para la actuación del bien común". (Tipografía Poliglota Vaticana, p. 20).

Y el artículo XII contiene, asimismo, una expresa referencia a la moral cuando expresa: "toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas".

10. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), aunque en forma no explícita, se encuentra también este recurso a conceptos de naturaleza moral. No sólo por la referencia a la Declaración Americana (Art. 29a), sino por la utilización de fórmulas que implican conceptos de moral ("deberes para con la familia", por ejemplo, en el Art. 32.1).

11. Podría seguirse este mismo método, reparando lo que se encuentra al respecto en otros instrumentos universales o regionales en materia de derechos humanos.

Es imposible hacerlo ahora, salvo en lo que se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo 40º Aniversario ya hemos conmemorado.

12. La Declaración Universal no se refiere a la moral en su Preámbulo, pero sí a la Justicia, –noción eminentemente moral– que está en la base de todo orden jurídico.

El artículo 1, al hacer del comportamiento "fraternal" una de las bases de la convivencia entre seres dotados de razón y conciencia, invoca una idea que, como la de fraternidad, sólo puede comprenderse en el marco de la moral.

Y el artículo 29, relativo a los límites posibles de los derechos humanos, afirma que estos límites sólo pueden ser establecidos "por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática". De tal modo en la Declaración Universal, de la moral, así como del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática, resultan "justas exigencias" que la ley puede tener en cuenta para limitar los derechos humanos de cada hombre con la finalidad de asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás.

13. Puede entenderse, por tanto, que hoy día el respeto de los derechos humanos no sólo es una exigencia ética, que se impone incluso internacionalmente, sino que la aplicación de los instrumentos relativos a su reconocimiento y garantía internacionales está condicionada, expresa o implícitamente, por conceptos y criterios morales.

No se comprende, por ende, actualmente, la cuestión de los derechos humanos, sin esta conjunción, coherencia e imbricación entre moral y derecho.

### III

14. El Derecho de nuestros días, en especial en el Estado de Derecho Democrático, es un Derecho destinado a asegurar el respeto de los derechos humanos, dentro de un orden de paz y justicia que asegure la armónica libertad de todos.

Y este es un objetivo del Derecho todo, del Derecho Interno y del Derecho Internacional.

15. La protección jurídica internacional de los derechos humanos sigue siendo subsidiaria de la protección internacional. El principio del previo agotamiento de los recursos internos continúa siendo de necesario acatamiento, pero al mismo tiempo se ha comprendido que debe regularse y aplicarse de forma tal que no sea una fórmula para escamotear o impedir el control internacional.<sup>14</sup>

16. La materia relativa a los derechos humanos ha dejado de ser una cuestión reservada exclusivamente a la jurisdicción interna. La interpretación actual del artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, afirmada incluso por la Corte Internacional de Justicia, permite concluir que la protección internacional de los derechos humanos, cuando resulta del Derecho Internacional en vigor, puede legítimamente estar a cargo de una jurisdicción internacional.<sup>15</sup>

Los sistemas vigentes de protección, como el europeo, el americano y el africano –y obviamente la existencia y funcionamiento del Sistema Universal de Naciones Unidas– son la mejor prueba práctica de la precedente afirmación.

17. El ser humano ha pasado a ser un verdadero, aunque limitado aún, sujeto de Derecho Internacional. El proceso para la generalización de su subjetividad internacional continúa abierto y en pleno

---

<sup>14</sup>Antonio Augusto Cançado Trindade, "O Esgotamento das Recursos Internos em Experimentos Contemporâneos das Nações Unidas da Proteção dos Direitos Humanos", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, A. 20, Nº77, 1983. Del mismo autor, en el Sistema europeo, en: Osterr, Z., *öffentl Recht und Völkerrecht*, 29, 211-231 (1978) y en el Sistema Interamericano, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Nº3, 1986.

<sup>15</sup>Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Vol. I, Caracas 1985, p. 19, 24-25.



desarrollo.<sup>16</sup> No sólo el hombre es un centro de imputación directo de derechos y obligaciones enunciados por el Derecho Internacional, sino que, en muchos casos, posee la titularidad procesal para denunciar y actuar internacionalmente frente a violaciones por el Estado de derechos humanos.<sup>17</sup>

18. En este 40 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, debe destacarse lo que la Declaración significa hoy como instrumento jurídico obligatorio, ejemplo del desarrollo evolutivo del Derecho Internacional. Lo que al principio fue un texto al que se le atribuyó solamente un valor político y moral,<sup>18</sup> ha llegado a ser un instrumento al que, sin ser un tratado, la comunidad internacional le atribuye un valor y una fuerza jurídica vinculante, ya sea como cristalización de una costumbre, como interpretación de la Carta o como enunciación de un principio general de Derecho.<sup>19</sup>

19. Hoy el Derecho Internacional, en sus vertientes universal y regionales,<sup>20</sup> presenta instituciones, órganos y procedimientos para promover y proteger internacionalmente los derechos humanos.

Todos estos sistemas y procedimientos se basan en la común concepción universal de que los derechos humanos deben ser objeto de protección jurídica internacional.<sup>21</sup>

20. Estos sistemas –universal en el caso de las Naciones Unidas, regionales en los casos de Europa, América y África–, constituyen uno de los elementos más importantes de la realidad jurídica del mundo de hoy.

---

<sup>16</sup>G. Sperduti, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, 1950; Academie de Droit International, *Recueil des Cours*, 1956, Vol. 90; Julio Baberis, *The International Personality of the Individual*, *Studi in Onore di G. Sperduti*, Milano, 1984.

<sup>17</sup>Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, cit., Vol. I, págs. 29-31.

<sup>18</sup>Eduardo Vita, *La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, en *Codice Degli Atti Internazionale Sui Diritti dell'Uomo*, Milano, pp. 20-23.

<sup>19</sup>Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, cit., Vol. I, págs. 25-26; Jorge Castañeda, *Valeur Juridique des Resolutions des Nations Unies*, Academie de Droit International, *Recueil des Cours*, 1970, t. 129; J. A. Carrillo, "Universal Declaration of Human Rights", en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedic of Public International Law*, Installment 8, 1985, pp.306-307; Marc Schreiber, *Réflexions à l'occasion de la commémoration du vingt-cinquième anniversaire de l'adoption de la Declaration Universelle des Droits de l'Homme*, *Annales de Droit*, Bruxelles, t. xxxiv, 1-2, 1974; G. Sperduti, *La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, en *La Comunità Internazionale*, 1950; G. Sperduti, *Nel trentesimo anniversario della Dichiarazione Universale*, *Comunicazioni e Studi*, 1978, p. 33.

<sup>20</sup>Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, cit., pp. 77-95; Thomas Buergenthal, *International and Regional Human Rights Law and Institutions*, Vol. 12, *Texas Law International Journal*, Nº2-2, 1977.

<sup>21</sup>René Jean Dupuy, *L'Universalité des Droits de l'Homme*, *Studi in Onore de G. Sperduti*, Milano 1984.

21. Esta protección jurídica internacional de los derechos humanos presenta luces y sombras. Luces en cuanto al progreso realizado, que ha sido evidente. Luces por la acción de los órganos técnicos, integrados por expertos y, especialmente, por los de tipo cuasi jurisdiccional o jurisdiccional como, por ejemplo, a nivel universal, el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y a nivel regional la Comisión y la Corte Europeas, y la Comisión y la Corte Interamericanas.

Sombras, en cuanto a que la efectividad del control, –salvo quizás en Europa–, no ha podido ser aún plenamente satisfactoria, pese al progreso logrado. Sombras por la subsistencia, en muchos casos, de condiciones de base –económicas, sociales y culturales– que hacen imposible la existencia real de los derechos humanos. Sombras, en fin, porque muchas veces la consideración de las violaciones de derechos humanos se hace, en órganos de tipo político, con criterios esencialmente políticos y discriminatorios.

Sin embargo, incluso en estos casos, la consideración selectiva y discriminatoria del tema tiende a disminuir gradualmente y, por lo demás, la opinión pública, informada y cada vez más crítica, juega un papel, muchas veces por medio de las ONG, que impulsa, corrige y encauza la acción internacional.

22. El grado eminente de trascendencia de las normas jurídicas que reconocen y garantizan internacionalmente los más esenciales derechos humanos ha hecho que hoy se considere mayoritariamente, que el reconocimiento y garantía internacional de estos derechos es uno de los casos de *jus cogens* en el Derecho de Gentes de nuestros días, con todas las consecuencias que se derivan de esta especialísima imperatividad.<sup>22</sup>

23. Los derechos humanos deben ser protegidos y garantizados por un orden jurídico. Sin Derecho y sin sanción jurídica, no puede haber protección eficaz y verdadera.

Por eso el progreso en materia de derechos humanos está indisolublemente unido, a nivel internacional, al progreso del Derecho de Gentes.

---

<sup>22</sup>Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, cit., pp. 26-29; José Antonio Pastor Ridruejo, *La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el Jus Cogens Internacional*, Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Prof. Miaja de la Mucla, Madrid, 1979; Erik Suy, *Le Droit des Traités et le Droits de l'Homme*, Institut International des Droits de l'Homme, 1979; Roberto Ago, *Droit des Traités à la lumière de la Convention de Vienne*, 1971, III, Vol. 134, p. 1324, nota 37; Roberto Ago, *V Informe sobre la Responsabilidad de los Estados*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, Vol II, 1a. Parte, Proyecto de artículo 18.3.b, p. 59.

#### IV

24. Al referirnos a los derechos humanos y la política, no estamos usando la acepción científica del vocablo política. La política, científicamente concebida, es, o por lo menos debe ser, algo que, como toda actividad humana tiene el bien como último objetivo.

Usamos la expresión política en el sentido de acción política exterior real de los Estados en materia de Derechos Humanos, con todo lo que ello significa de confrontación en el marco del mundo internacional de nuestros días.

En mi estudio "Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional", he dicho al respecto: "La cuestión de los derechos humanos constituye hoy uno de los mejores ejemplos de una materia que tradicionalmente había sido considerada como perteneciente a la jurisdicción doméstica de los Estados que, al internacionalizarse progresivamente, en especial después de la entrada en vigencia de la Carta de las Naciones Unidas, pasó a ser uno de los capítulos necesarios del nuevo Derecho Internacional, pero también un tema esencial de la Política Internacional de nuestros días".<sup>23</sup>

Es éste uno de los casos que pueden servir como muestra de las estrechas relaciones del Derecho Internacional con la política internacional, de cómo el Derecho se proyecta en la política y da elementos para presentar y conceptualizar jurídicamente situaciones que se dan en la realidad internacional, de cómo el Derecho condiciona parcialmente las opiniones políticas internacionales en la materia, pero, también, de cómo la política incide en el Derecho Internacional en su formación, en su formulación y en su aplicación a situaciones políticas específicas y concretas.

Nadie duda hoy de que la cuestión de los derechos humanos es un elemento esencial de la política exterior de los Estados. Todos, incluso en aquéllos países que son objeto de censura de la opinión pública internacional por la violación de los derechos humanos, y en esta categoría de países se encuentran, en mayor o menor grado, regímenes pertenecientes a todas las regiones geográficas y que incluyen todos los sistemas políticos e ideológicos, y que afirman que son objeto de imputaciones inciertas, distorsiones provocadas por razones políticas o tratamiento discriminatorio, tiene que aceptar y reconocer que el tema de los derechos humanos es actualmente, en

---

<sup>23</sup>Manuel Fraga Iribarne, *La Política, La Razón y la Moral*, (Madrid: 1955), p. 15.

un sentido o en otro, un componente necesario e ineludible de la política exterior de todos los Estados, sin excepción alguna.

Este hecho es la manifestación, es la prueba irrefutable, de que la cuestión de los derechos humanos ha tomado actualmente tal relevancia internacional, que constituye junto con asuntos como la carrera armamentista, las violaciones a los principios de no uso de la fuerza y no intervención, la guerrilla y el terrorismo, uno de los temas claves del mundo internacional de hoy.

No sólo la opinión pública, libre o manipulada, juega un papel esencial en la manifestación de este fenómeno de la relevancia internacional de la cuestión de los derechos humanos, sino que todos los Estados, en mayor o en menor grado, positiva o negativamente, expresa o tácitamente, usan esta cuestión como uno de los elementos de su política exterior.

Este hecho hace que el tema se maneje generalmente en base a criterios y determinantes políticos y sólo subsidiariamente jurídicos, como arma de ataque o de defensa política, de forma discriminatoria y selectiva.

La politización del tema es tan intensa y en él influyen tantos factores, que no sólo se asiste a la consideración discriminatoria y selectiva en el caso de los integrantes de uno de los grandes bloques con respecto a los del otro, y viceversa, sino que la discriminación se produce, en muchas ocasiones, respecto de casos situados dentro de uno de los bloques.<sup>24</sup>

La triste realidad es que mientras que la acción de protección y garantía internacional de los derechos humanos cumplida por órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales a cargo, por ejemplo, de la Comisión y de la Corte Europea de la Comisión y la Corte Americanas y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el caso de los países Partes del Tratado de Roma, del Pacto de San José y del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, se hace generalmente de manera equitativa y no discriminatoria, lo que también ocurre en caso de algunos órganos de los organismos especializados en las Naciones Unidas, la acción de los órganos políticos, en cambio, como la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos, las Conferencias Generales de los Organismos Especializados encara, muchas veces, el tema con criterio político y selectivo

---

<sup>24</sup>Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, cit., pp. 43, 44, 49, 50 y 51.

en función de los intereses del momento y en base a las mayorías predominantes en una determinada época.

Pero, sin embargo, este fenómeno de la politización internacional de los derechos humanos y de su consideración discriminatoria, que presenta aspectos tan criticables, no es absoluta y totalmente negativo. Hay que tener en cuenta que constituye una manifestación de la internacionalización del tema de los derechos humanos, con todo lo que ello necesariamente implica. Y este fenómeno ha provocado una sensibilización general de la opinión pública –impulsado muchas veces por organizaciones internacionales no gubernamentales de gran importancia y significación– y de Estados que integran la comunidad internacional ante las violaciones de los derechos humanos. Estas violaciones han dejado hace ya tiempo de ser un tema que únicamente interesa en cuanto fenómeno interno y que sólo provocaba, fuera de las fronteras del Estado en donde se producían, una moderada atención de élites o minorías políticas o intelectuales.

El interés general por el tema, su real y efectiva internacionalización, su acentuada politización, con sus consiguientes elementos negativos, son manifestaciones concretas, en el mundo en que vivimos, de la importancia del asunto de los derechos humanos.

La conciencia de las violaciones que se cometen por sensibilidad frente a estas situaciones y la crítica contra regímenes que desconocen los derechos del hombre, aunque haya quienes pretenden ignorar estos extremos o justificar tales actitudes en razones políticas, estratégicas o ideológicas, han generado actualmente una situación muy diferente de la que existía ayer. Hoy las violaciones cometidas, pese a la gravedad, intensidad y carácter masivo que poseen en muchas ocasiones, son menores, estadística y universalmente consideradas, que las que se han dado en el pasado. Y sobre todo, provocan siempre en la opinión pública internacional repudio y reacción. La ignorancia, la indiferencia o pasividad que en otras épocas se dieron frente a violaciones terribles de los derechos humanos, son hoy difíciles de concebir.

Los progresos relativos logrados –mucho más efectivos, hay que reconocerlo, en lo que se refiere a la concientización frente al problema de los derechos humanos, que en cuanto a la situación real de su vigencia y respeto– constituyen sólo el inicio, la primera etapa, del proceso. Es este un proceso ineluctable hacia el reconocimiento y el respeto real de los derechos del hombre, un proceso que nunca ha de terminar y en el que nunca se ha de alcanzar una situación final

definitiva y óptima, pero que asegura la fundamentación y la razón para seguir luchando por el progreso, lento y difícil, del respeto de la libertad bajo el Derecho de todo el Mundo".

## V

25. Sólo la consideración global del tema de los derechos humanos en el mundo de hoy, tomando en cuenta sus elementos éticos, jurídicos y políticos, permite su comprensión sistemática y adecuada.

Sin la consideración ética, el análisis jurídico es incompleto, impide la necesaria valoración y hace imposible la justa aplicación de las normas del Derecho.

Sin la percepción de los elementos políticos de la materia de los derechos humanos,<sup>25</sup> no se puede comprender su compleja realidad y el necesario esfuerzo para asumir lo que resulta de bueno de esta politización (opinión pública, impulso renovador, creciente internacionalización, etc.) y lo malo de ella (tratamientos discriminatorios por órganos de integración política de temas que por su contenido y naturaleza deberían ser consideradas por órganos de expertos o de tipo jurisdiccional).

El mejoramiento de la cuestión de los derechos humanos en el mundo entero depende, en gran parte, del adecuado equilibrio y de la correcta comprensión de los elementos éticos, jurídicos y políticos del tema.

---

<sup>25</sup>R. Higgins, "Human Rights and Foreign Policy", *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Anno LIV, N<sup>o</sup>4, Ottobre - Dicembre 1987.

# LA PERSONA HUMANA Y EL DESARROLLO DE MECANISMOS PARA LA PROTECCION DE SUS DERECHOS

*Jeannette Irigoien\**

## Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el conjunto de reglas jurídicas que reconocen sin discriminación a los individuos, derechos y libertades que aseguran la libertad y la dignidad de la persona humana y que la benefician de garantías institucionales.<sup>1</sup>

El derecho relacionado con los Derechos Humanos que apenas comenzaba a desarrollarse en el año 1948, al elaborarse la Declaración Universal en el seno de Naciones Unidas, constituye en la actualidad una rama del Derecho Internacional con características propias y en rápido crecimiento.

Este desarrollo permite apreciar con claridad la esfera de acción en que actúan las instituciones de Derechos Humanos. En primer lugar, la mayor responsabilidad recae (y debe recaer) en las instituciones nacionales para promover y proteger los Derechos Humanos. Aunque estas instituciones no son numerosas, se puede destacar el Ombudsman escandinavo. En segundo lugar, las instituciones regionales, que inicialmente fueron miradas como una interferencia entre las Naciones Unidas y sus Estados miembros, en la actualidad ostentan el reconocimiento que su carácter merece. No es aventurado predecir que su eficacia permitirá superar la discusión sobre "universalismo" y "regionalismo" en la protección de los Derechos Humanos. Entre los sistemas regionales destacan el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano con la valiosa actividad de su Comisión y Corte respectivas. Por último, dentro de la maquinaria institucional

---

\*Profesora de Derecho Internacional, Instituto de Estudios Internacionales y Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>1</sup>Concepto de Frédéric Sudre, *Droit International et européen des droits de l'homme*, P.U.F. París, 1989, p. 12.

de Naciones Unidas existen numerosas instituciones para promover, y sobre todo, proteger los Derechos Humanos. Entre ellas destacan la Comisión de Derechos Humanos, con su Sub-Comisión de Prevención contra la Discriminación y Protección de Minorías; la comisión del Status de la Mujer; la Organización Internacional del Trabajo, OIT, que tiene órganos responsables de mantener bajo control la aplicación de las convenciones y recomendaciones surgidas de la propia OIT; y UNESCO, que ha constituido una comisión de Conciliación y Buenos Oficios para el cumplimiento de la Convención contra la Discriminación en la Educación, el Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes.<sup>2</sup>

El problema siempre presente en estas tres instancias –nacional, regional y universal– es la separación entre organismos de promoción o de protección de los Derechos Humanos. En los países del derecho romanista, la noción de "promoción" ha sido recogida en los últimos años con un sentido de "progreso" o "desarrollo". Esta noción de "promoción" de los Derechos Humanos presenta siempre una idea de futuro. Los Derechos Humanos así considerados serán encargados a un órgano que tratará de conocer sus insuficiencias e incluso su violación, no con el objeto de sancionarlas, sino más bien para evitar que situaciones parecidas o similares se repitan en el futuro.

En cambio, las instituciones de "protección" de los Derechos Humanos utilizarán la técnica de investigación, de conciliación, incluso la vía jurisdiccional, dejando a las instituciones de "promoción" el uso de las técnicas legislativas: estudios, informes, denuncias.

Sin embargo, esta distinción que enunciarnos no es tan clara en la práctica como la acabamos de describir. Es evidente que la promoción es el primer paso, la etapa necesaria que lleva a la protección: son numerosos los ejemplos en América Latina que conducen a dictar leyes como resultado de una promoción, cuya eficacia ha sido variable de acuerdo a los diferentes regímenes políticos que las apliquen o dejen de aplicarlas.

## **La internacionalización de los Derechos Humanos**

En la actualidad, la composición de la sociedad internacional se ha diversificado. Aun cuando la estructura estatal, a la que la Carta

<sup>2</sup>Cf. Jeannette Irigoin, "La Protección de los Derechos del Hombre en las Organizaciones Internacionales", *Serie de Publicaciones Especiales* N°67, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile. Santiago de Chile, 1985.



de Naciones Unidas añade la noción de soberanía, continúa dominando la escena internacional y es constantemente invocada (y que se afirman como "Estado de Derecho"), se puede advertir una reserva prudente respecto a los compromisos internacionales que conduce a crear una brecha entre el *derecho elaborado* y el *derecho aceptado*.

En la vida internacional, el prestigio de las ideologías (o su revisión), tiende a afectar o transformar la sociedad, a menudo utilizando la terminología jurídica. Los Preámbulos de la Carta de Naciones Unidas y de las instituciones especializadas son ejemplos que se han seguido y desarrollado; a través de las técnicas de información modernas se han difundido conceptos tales como desarrollo, medio ambiente, desarme, patrimonio común de la humanidad, y por supuesto, *derechos humanos* y otras aspiraciones más o menos claramente definidas y que se traducen en términos de derechos y obligaciones, como un homenaje al Derecho, que sería considerado símbolo de eficacia.

Paulatinamente, la aplicación del Derecho Internacional se ha extendido y diversificado, afirmándose una diferenciación jurídica entre los Estados, sin relación con los estatutos tradicionales fundados en la estructura constitucional o los compromisos internacionales.

Aunque las normas de Derecho Internacional relativas al *individuo* son antiguas y diversas, su puesta en práctica sólo concernía a las competencias tradicionales del Estado, aún cuando un Estado tenía el derecho de intervenir frente a un incumplimiento de las obligaciones que concerniera a sus nacionales. Ahora surge una situación fundamentalmente diferente cuando un individuo afectado por incumplimiento de normas internacionalmente reconocidas puede actuar directamente ante una instancia internacional, lo que se ha consagrado como derecho de petición individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Protocolo Adicional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y otros. Para los Estados que han aceptado el derecho al recurso individual, las personas privadas pueden invocar el reclamo de su comportamiento cuando se trata de violaciones de Derechos Humanos definidos convencionalmente.

Se ha previsto, además, un sistema de Derecho, establecido por Tratados, fuera del marco del derecho interno que se aplica directamente a los individuos que pueden beneficiarse de recurrir a una jurisdicción establecida en el plano internacional, como ocurre con

el Tribunal de las Comunidades Europeas y otros sistemas de integración.

La condición de los grupos que intentan constituirse en una entidad internacional distinta ha tenido gran importancia con la afirmación del Derecho de los Pueblos a su Libre Determinación, concebido como determinante del proceso de descolonización. La resistencia a la acción de descolonización se ha considerado un acto de agresión y la lucha armada de estos grupos ha sido establecido como "conflicto armado internacional" en los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario.

La evolución del Derecho Internacional contemporáneo se advierte especialmente en el análisis de la fuente más antigua del Derecho Internacional que es la costumbre, derivada de la práctica de los Estados, teniendo presente que la formación de la norma consuetudinaria sería más rápida y evolutiva. Pero se ha afirmado que la adopción de Resoluciones sucesivas en el marco de Naciones Unidas u otra organización internacional no sería suficiente para establecer una nueva costumbre de alcance general, considerando que ciertos gobiernos han manifestado su punto de vista en sentido contrario a la Resolución.

En materia de Derechos Humanos, los Tratados siguen siendo fundamentales para el establecimiento del Derecho Internacional, siendo necesario advertir que su importancia se subraya particularmente en las relaciones entre Estados que tienen sistemas políticos diferentes. Estos Tratados multilaterales se han multiplicado, tanto por la cantidad y diversidad de materias que deben regular como por la posibilidad que ofrecen a los nuevos Estados de participar en la elaboración de normas internacionales, lo que además se facilita a través de negociaciones en el seno de las organizaciones internacionales. Sin embargo, algunos autores argumentan que estas convenciones multilaterales no pueden ser consideradas un derecho general y uniforme en la práctica contemporánea: los textos se adoptan generalmente por mayoría, lo que hace que aún cuando el tratado entre en vigor al completar el número de ratificaciones requeridas, se limita su alcance. Además, las reservas que puedan formularse disminuyen la aceptación general de las obligaciones de las partes y, todavía, hay que considerar aquellos Tratados que autorizan cláusulas de salvaguardia que permiten sustraerse en determinadas circunstancias de las obligaciones estipuladas.

Otros autores, en cambio, han elaborado argumentos en el sentido que los tratados sobre Derechos Humanos serían normas de

"*jus cogens*", por lo tanto, "normas imperativas de Derecho Internacional General, que sólo pueden ser derogadas por otra norma del mismo carácter" de acuerdo a la definición de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de Naciones Unidas de 1969.

## La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Consideramos de especial relevancia analizar la evolución que ha tenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como un estudio de caso en que se puede cristalizar en un solo organismo las funciones de "promoción" y de "protección" de los Derechos Humanos y que presenta la particularidad de ser un órgano que tiene atribuciones respecto a todos los Estados miembros de OEA, sean o no partes de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Desde el punto de vista de las fuentes del Derecho Internacional, es interesante destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) surge de una resolución de la Quinta Reunión de Consulta de ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en agosto de 1959. A pesar de toda la discusión doctrinaria conocida sobre el valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales, podemos apreciar en la práctica que la informalidad del Derecho Internacional –(a diferencia del derecho interno)– permite que órganos tan importantes como la C.I.D.H. tengan su origen en una resolución. Las particularidades de su evolución posterior han ido otorgándole mayores funciones y atribuciones a través de su estatuto aprobado por el Consejo de OEA en junio de 1960 que la señala como "entidad autónoma" de la OEA.

Como siempre se ha criticado a los países de América Latina su apego a fórmulas rígidas de Derecho y su espíritu de juridicidad a toda prueba, tal vez este status de "entidad autónoma" permitió dar una interpretación adecuada a cada uno de los momentos y problemas que vivió la C.I.D.H. en ese período. Su labor se hace cada vez más importante y necesaria en la promoción del respeto de los Derechos Humanos, por lo que durante la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria en 1965, se amplían sus facultades, pudiendo desde entonces examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y solicitar informaciones de los propios Estados miembros de OEA con el objeto de formular recomendaciones si lo estimaba conveniente.

Su consolidación como "órgano principal" de la Carta de OEA llega con el Protocolo de Reformas de Buenos Aires de 1967, señalando que su función no sólo será la de *promover* los Derechos Humanos sino que también su *protección y control*, con lo que se institucionaliza el procedimiento de examen y comunicaciones.

Estos instrumentos jurídicos que regían hasta entonces a la C.I.D.H. eran aplicables a todos los Estados miembros de OEA, sin distinción. A partir de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en julio de 1978, se debe distinguir entre los Estados miembros de OEA que son partes en la Convención y los no partes en la Convención.<sup>3</sup>

La Carta Reformada de OEA establecía que mientras no entrara en vigor la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 150 transitorio), se mantenían las funciones de la actual C.I.D.H. Según Francisco García Amador, con la entrada en vigor de la Convención y del Protocolo de Reformas de la Carta, se puede hablar de una "nueva Comisión", destacando la importancia que tuvo la Recomendación de la Conferencia de San José, en el sentido que implícitamente quedaron incluidas las funciones y atribuciones conferidas a la C.I.D.H. Con el estatuto aprobado en La Paz en 1979, se regula la competencia de la C.I.D.H. en relación con los Estados que no son partes en la Convención, extendiendo a su respecto la competencia en materia de comunicaciones y peticiones.

Un último aspecto interesante desde el punto de vista jurídico es el Procedimiento de Solución Amistosa ante la C.I.D.H. consagrado en el Art. 48 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al analizar la práctica internacional sobre la materia resulta difícil determinar si utilizando métodos amigables pueden normalmente resolverse conflictos entre un Estado y las personas afectadas por violaciones de Derechos Humanos. Sin embargo, consideramos que este procedimiento confiere a la C.I.D.H. un papel subsidiario de conciliadora, —que también ostenta su similar europea con un procedimiento muy bien descrito—, lo que no ocurre en la Convención Americana, por lo que podría elaborarse y avanzar en esta materia.

Resumiendo, el balance de la actividad de la C.I.D.H. es altamente positivo, después de más de 30 años de actividad que podemos sintetizar en décadas:

- década del 60, consolidación y estructuras

---

<sup>3</sup>Arts. 41 a 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- década del 70, desarrollo y actividad, sobre todo a través de los Informes por países
- década del 80, órgano principal y protección representando a las víctimas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- década del 90, aspiramos a estimular y consolidar su labor de *promoción* de los Derechos Humanos, apoyando y consolidando los sistemas democráticos establecidos en los países de América Latina.



# HISTORIA DE UNA NEGOCIACION PARA LA PROTECCION Y GARANTIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Francisco Cumplido\**  
*Ministro de Justicia de Chile*

Una de las grandes ventajas que tiene participar en una mesa redonda es que el tercer interviniente puede limitar su planteamiento a los puntos residuales, no tocados por los anteriores participantes, a menos que esté en desacuerdo con las afirmaciones que se hayan hecho anteriormente.

Es mi situación en este debate: estoy plenamente de acuerdo con lo expresado por las personas que me han precedido. Mi aporte estará, por tanto, referido a la situación chilena y, tal vez, de carácter anecdótico.

Comparto los aspectos doctrinarios formulados esta tarde relacionados con los problemas que suscita la incorporación del Derecho Internacional de Derechos Humanos en el derecho interno. Hay coincidencia en las posiciones, aunque hay diferencias semánticas. En mi opinión, es preciso distinguir aquellos tratados que confieren competencias supranacionales de los tratados que son recibidos por las normas constitucionales del país. En los primeros no hay problemas, pues la decisión adoptada en conformidad al tratado rige directamente, sin mediación de los órganos del Estado nacional. En los segundos pueden presentarse tres situaciones: que las normas de rango constitucional sean compatibles con las disposiciones de los tratados; que las normas constitucionales sean insuficientes para desarrollar los derechos incorporados por el tratado, y que las normas constitucionales sean contradictorias o incompatibles con las del tratado.

Asimismo, en relación con las leyes internas, pueden prevalecer las normas del tratado, puede haber igualdad o contradicción.

---

\* Abogado. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Diego Portales.

Sobre estas materias, puedo agregar a lo expresado por los anteriores intervinientes que no sólo hay que examinar la adecuación del derecho interno, sino que también la posible derogación tácita que puede existir respecto de la norma constitucional, ley interna o reglamento, respectivamente.

En lo que se refiere a la recepción de los tratados por las Constituciones opino que debe abordarse distinguiendo entre las normas sustantivas del derecho humano, de las normas organizacionales y de las normas de procedimiento.

Pero, como he dicho, mi tarea es complementar lo expuesto, principalmente por el profesor Díaz Albónico, en relación con el artículo 5 de la Constitución chilena de 1980, reformada en 1989. La aludida reforma fue el resultado de un trabajo de una Comisión Técnica designada por la Concertación de Partidos por la Democracia, de la que formó parte el que habla. Además, intervine en la negociación de un acuerdo de reforma constitucional con representantes del Partido Renovación Nacional y del gobierno anterior.

Como aquí se ha señalado con mucha precisión, el programa de la Concertación de Partidos por la Democracia establecía como un principio fundamental la protección y garantía de los Derechos Humanos y la incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos a la legislación constitucional y legal chilena. Nosotros nos encontramos con la posibilidad de realizar este planteamiento programático por dos caminos: uno era revisar la Constitución Política de 1980, particularmente en su título I de las Bases de la Institucionalidad y en su Título III sobre los Derechos y Deberes Constitucionales, planteando reformas a cada una de las disposiciones que fueren contrarias a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos; la otra alternativa, que fue la que en definitiva se aprobó para la reforma, era revisar el Título I y el Título III en aquellos aspectos que para los efectos de la consolidación de la democracia era indispensable modificar expresamente, y agregar una modificación genérica en el Título I de las Bases de la Institucionalidad que permitiera una incorporación, también genérica, de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en la legislación constitucional y legal chilena.

Encontramos que era difícil poder seguir el primer camino, porque había urgencia en conformar una reforma constitucional.

Por consiguiente, optamos por el segundo camino. Se analizaron entonces los Títulos I y III, introduciéndose algunas modificacio-



nes en ambos títulos. En cuanto al Art. 5 de la Constitución, se acordó introducir la reforma genérica que permitía que los tratados internacionales sobre derechos de la persona, ratificados por Chile y vigentes, se incorporaran a la legislación chilena con rango constitucional.

Como lo ha recordado el profesor Díaz Albónico, la Comisión Técnica al redactar la reforma constitucional del artículo 5° había ido más allá de los tratados, pero en la negociación política a que me he referido anteriormente concordamos en limitarla a los tratados internacionales, ratificados por Chile y vigentes.

Evidentemente que esta forma en que se resolvió el problema tiene, a su vez, problemas de interpretación; ya han sido analizados por el profesor Díaz Albónico algunos aspectos que requieren de interpretación. Lo que él ha planteado está en plena concordancia con el espíritu que, al respecto, hubo tanto en la Comisión Técnica, como en la Comisión Negociadora Política. Hay sí un problema; respecto de la discusión o debate habido al interior de la Comisión de Negociación Política, no hay actas, sino solamente la proposición explícita de la reforma acordada. Nosotros le planteamos a los representantes del gobierno la necesidad de que el Mensaje propuesto a la Junta de Gobierno, estableciera alguna de las visiones interpretativas que habían ido surgiendo en la discusión tanto en la Comisión Técnica, como en la Comisión Política. Lamentablemente, estas referencias no fueron suficientemente precisas en el Mensaje, de manera que lo que yo voy a decir no tiene sino el valor de ser la afirmación de uno de los partícipes, tanto en la Comisión Técnica, como en la negociación política.

Así las cosas, la interpretación definitiva del alcance de la Reforma Constitucional del Art. 5°, va a quedar entregada a los Tribunales. Naturalmente que un seminario con estas intervenciones puede servir como antecedente para la interpretación cuando el Tribunal tenga que resolver en el caso concreto. Puede tener en cuenta que esta interpretación se realiza no sobre la base de un caso específico, sino sobre la base de una concepción general abstracta.

¿Cuáles son los aspectos que nosotros pensamos que requerían puntualización? En primer lugar cabe plantearse qué es lo que debe entenderse por derechos esenciales de la persona. Para los que no son de nuestra nacionalidad o no conocen nuestra historia constitucional, vale la pena recordar, para una justa interpretación, que la evolución constitucional en Chile sobre esta materia, siempre aceptó la concepción de que los derechos de la persona son inherentes a ella

y anteriores al Estado. Existen con anterioridad al Estado y el Estado sólo los establece expresamente en la Constitución para regularlos, reglamentarlos y restringirlos o suspenderlos. Sin embargo, sabemos que a pesar de que se acepte esta concepción de los derechos de la persona, en la práctica, no se conoce una sentencia de los tribunales chilenos que haya dado por establecido un derecho de la persona distinto de los expresamente enunciados por la Constitución Política.

Respecto a qué derechos son esenciales de la persona, la idea que se quiso reflejar en la reforma al artículo 5 es que todos los derechos asegurados en la Constitución Política de 1980, sean políticos, civiles, económicos y culturales tienen tal carácter.

La Constitución del año 1980 fue bastante cuidadosa en la regulación de los derechos civiles; harto menos en los derechos políticos, y el establecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales tuvo más el carácter de un franco retroceso en relación con la Constitución de 1925 reformada.

La inspiración del Constituyente del año 80 se ha basado, fundamentalmente, en una concepción de la economía de libre mercado, aplicada con toda pretensión no sólo a lo económico, sino también integrada a la relación social. Esto hace que en la práctica los derechos sociales, económicos y culturales en su regulación jurídica respondan a esa concepción. Los económicos aseguran principalmente la libre actividad; los derechos sociales y culturales, son incluidos más bien para garantizar la libertad de elección antes que para consagrar el derecho social mismo. De esta forma, tanto respecto de los derechos civiles y políticos, como también de los derechos económicos, sociales y culturales, tienen significación las distinciones que hemos hecho anteriormente. Si hay concordancia entre el derecho consagrado en la Constitución y en el tratado no existe problema interpretativo. Tampoco en nuestra opinión hay problema cuando la norma constitucional chilena es más limitada que la norma internacional en el sentido de la extensión del derecho conferido, porque aquí la norma constitucional sería insuficiente y, precisamente, la incorporación del tratado hace que se extienda el efecto más amplio del tratado al derecho de la persona beneficiaria de él.

La cuestión de interpretación que puede presentarse es en el caso en que haya en un tratado internacional una disposición incompatible con la Constitución de 1980, porque aquí tendría el intérprete que señalar cuál es el que prevalece. Si Uds. observan, la Constitu-

ción los colocó en un mismo rango, porque habla de asegurar los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Los colocó en un mismo plano.

Cuando se discutió, la verdad es que no se quiso zanjar, expresamente, —se los digo con toda honestidad— porque de ser zanjado en ese momento es muy posible que se hubiera entrabado la reforma constitucional. Entonces los negociadores llegamos a la conclusión de que esto debería ser interpretado por un tribunal. Uds. dirán que es una mala técnica constitucional... y es una mala técnica, no cabe la menor duda, es una mala técnica legislativa. Pero, frente a la situación en la que nos encontrábamos, de tener que convenir con un gobierno militar reformas constitucionales que para nosotros eran fundamentales para poder transitar a un régimen democrático, teníamos que aceptar situaciones de incertidumbre y también situaciones de insuficiencia técnica como la que describo. Son los tribunales los que, en consecuencia, van a resolver la situación frente a la incompatibilidad. Hay un argumento todavía, que favorece a que prevalezca la norma de la Constitución del año 80. Es un argumento que se puede plantear, pero que no se tuvo en vista en el momento de la negociación política. Si nosotros modificamos expresamente sólo algunos de los derechos garantizados en el Art. 19 de la Constitución Política, es porque aceptamos el resto no modificado y, en consecuencia, prevalecerían sobre el tratado. La verdad es que esa no fue la intención, sino la contraria: se trataba de incorporar los tratados sobre Derechos Humanos a la normativa constitucional, porque si no más nos hubiera valido revisar la totalidad del Art. 19 y haber tratado de convenir las reformas específicas de cada punto. No lo hicimos en aquella oportunidad por las razones que he señalado. La intención positiva del grupo negociador fue actualizar los derechos de las personas de acuerdo con los instrumentos internacionales aprobados. Si nosotros hubiéramos querido asegurar solamente los derechos establecidos en la Constitución del año 80, habría sido suficiente con las reformas que habíamos introducido en el Art. 19. Algún sentido tenía incorporar los tratados internacionales al artículo 5° de la Constitución, puesto que siempre teníamos como obligación internacional respetar las disposiciones de los tratados internacionales que Chile había ratificado y estaban vigentes en el momento de la Reforma. Esperábamos que la interpretación diera preferencia a la norma sustantiva que mejor asegurara al derecho

humano. En las normas organizacionales o de procedimiento podría prevalecer la Constitución de 1980.

El otro problema que requiere interpretación es el referente a la derogación tácita. Para ello es indispensable examinar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, en los últimos años. A la Corte Suprema le corresponde pronunciarse sobre la inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionalidad.

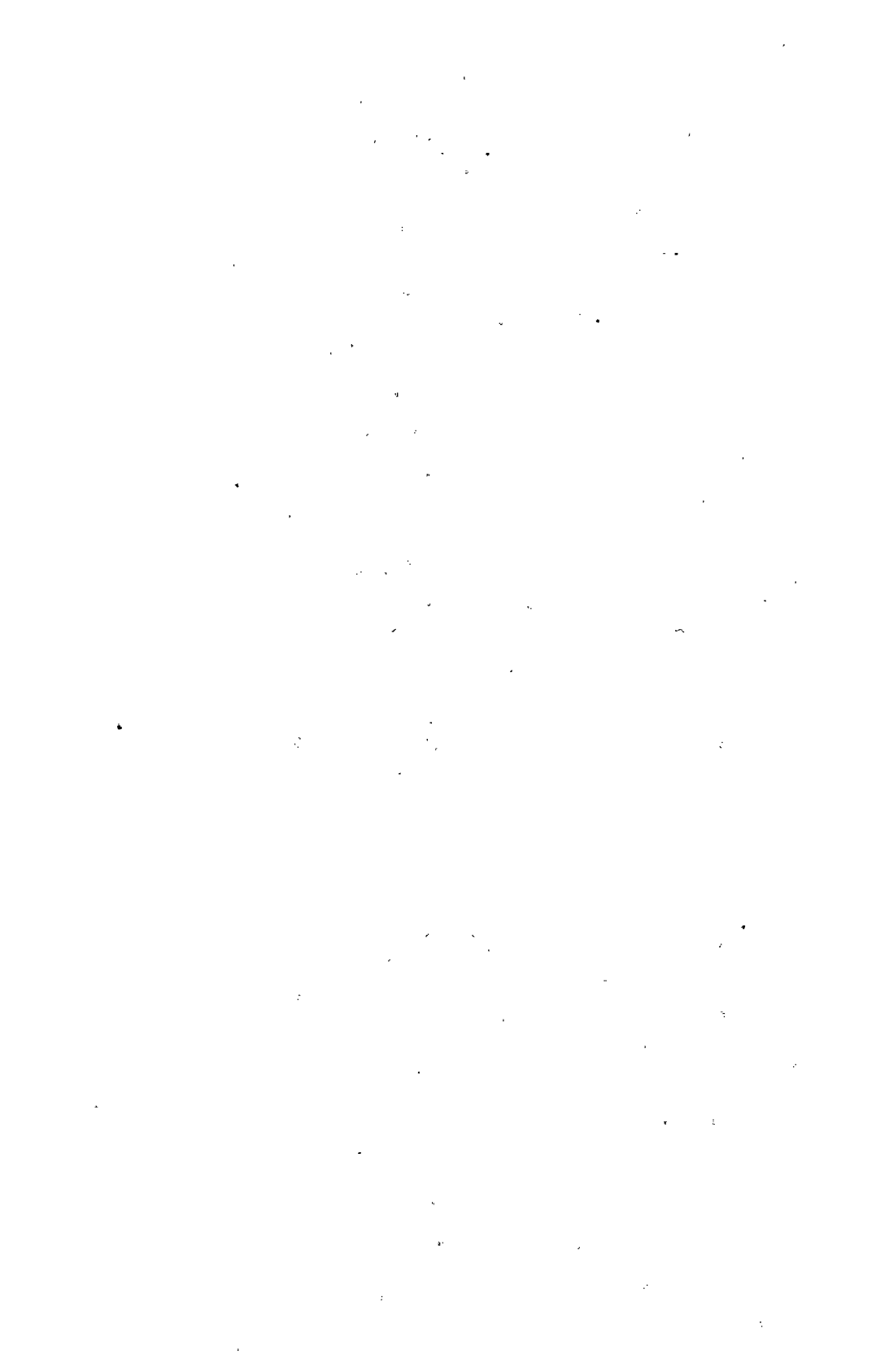
Pues bien, la Corte Suprema chilena, a diferencia de la jurisprudencia que había mantenido durante largos años, hoy estima que sólo tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley dictada con posterioridad a la Constitución; o sea sólo pueden ser materia de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad las leyes publicadas con posterioridad al 11 de marzo de 1981.

Las leyes vigentes anteriores a la Constitución de 1980 se encontrarían tácitamente derogadas por la Constitución de 1980. Por lo tanto, si están tácitamente derogadas, le corresponde al Tribunal de Fondo, cualquiera que sea su jerarquía, pronunciarse sobre este punto. Este mismo criterio se puede trasladar a la interpretación del Art. 5° y estimar que toda legislación interna contraria a los tratados internacionales sobre derechos de las personas, estaría derogada por la reforma constitucional al incorporar esos tratados. Esto, significa que los tribunales de fondo tendrían que aplicar preferentemente el tratado sobre la ley interna, tanto respecto de la Constitución, como de la ley, lo cual abre la posibilidad de que este Art. 5°, en relación con la incorporación de los tratados, puede ser de inmediato aplicado por los tribunales sin necesidad de modificar la legislación interna.

Por la premura de asegurar la transición, lo más adecuado desde el punto de vista de la técnica legislativa, habría sido que nosotros, aprobada la reforma a la Constitución, enviáramos proyectos de ley destinados a adecuar la legislación interna a los tratados internacionales. No es necesario sobre la base de esta interpretación que la Corte Suprema chilena ha venido sosteniendo en los últimos años. La adecuación del derecho interno es, obviamente, una tarea muy difícil, y extraordinariamente extensa. Nosotros teníamos que buscar todos los caminos que nos permitieran lograr, aunque no fuera con una certidumbre absoluta, la posibilidad de la aplicación, lo más rápida posible, de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Esa fue nuestra perspectiva y reconocemos todas las deficiencias. Nosotros sabíamos que el futuro parlamento chileno iba a tener

una tarea ardua en reformar la legislación dictada durante el gobierno de las Fuerzas Armadas, que era contraria al proyecto de gobierno de la Concertación. Evidentemente que todo tiene urgencia y requiere graduación, prioridades. Esto lo vimos con bastante preocupación en el momento de la negociación. Los caminos escogidos daban la posibilidad de aplicación inmediata de esta normativa incorporada en el programa de gobierno.



## LA REFORMA AL ARTICULO 5º DE LA CONSTITUCION POLITICA

*Rodrigo Díaz Albónico\**

El 16 de agosto de 1989, el general Augusto Pinochet promulgó la Ley Nº18.825, mediante la cual se modificó la Constitución Política de la República de Chile de 1980. El 15 de junio del mismo año el Poder Ejecutivo había aprobado un proyecto de ley de reforma constitucional, que había sido negociado por el ministro del Interior y miembros de la Concertación de Partidos Políticos por la Democracia, sometido posteriormente a un plebiscito que se realizó el 30 de julio de 1989, y que fuera verificado por el Tribunal Calificador de Elecciones el 11 de agosto del mismo año.

En este proyecto de reforma constitucional se introdujo una serie de modificaciones a la Constitución Política del año 1980, y en materia de Derecho Internacional, se incorporó al artículo 5º de ese cuerpo constitucional una frase que reafirmaba como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales de la persona humana, derechos que estaban garantizados por la misma Constitución, pero agregándole que esos mismos derechos estaban también garantizados por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraran vigentes.

Esta frase adicional que estableció el proyecto de reforma constitucional fue aprobada por una inmensa mayoría de chilenos y es quizás la única disposición que se refiere directamente a materias tan trascendentales como los derechos fundamentales de la persona humana.

Esta referencia dice relación también con normas internacionales, particularmente con los tratados internacionales, siendo una referencia indirecta que efectúa nuestra Constitución al Derecho Internacional. Todo ello en un contexto de una gran parquedad con respecto a normas internacionales.

A continuación efectuaremos un análisis de esta reforma precisando el contexto de la misma. Posteriormente trataremos de

---

\*Profesor de Derecho Internacional, Universidad de Chile, Presidente de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Director Nacional del Colegio de Abogados de Chile.

profundizar el contenido de ella, para terminar con una conclusión que hemos denominado: "Las Proyecciones de la Reforma".

## **El contexto de la reforma constitucional**

La legitimidad de origen y contenido de la Constitución de 1980 fue discutida desde un comienzo. Se consideró que la génesis y aprobación de ésta eran antidemocráticas y que guiaban a la congelación del autoritarismo, es decir, de un sistema dictatorial de gobierno.<sup>1</sup>

El entonces profesor Patricio Aylwin puso fin a la fuerte polémica, que duró más de cuatro años, proponiendo, en un seminario académico, excluir del debate la legitimidad, dedicando los esfuerzos a conseguir, entre las fuerzas sociales, la aprobación de normas constitucionales que nos condujeran a una democracia. Los resultados del plebiscito de octubre de 1988 clarificaron el proceso político de Chile. El tránsito a la democracia contaba con un amplio respaldo del país: se había rechazado expresamente la opción del continuismo institucional y el país se había expresado mayoritariamente por la propuesta de cinco puntos, uno de los cuales era el "pleno respeto de los derechos humanos".

Existía también consenso sobre la forma específica que asumiría la transición, la cual debía realizarse dentro de la legalidad vigente. Ante esa circunstancia, la Concertación de Partidos Por la Democracia propuso un conjunto de reformas constitucionales urgentes, tendientes a facilitar el cambio político, negociándolo con las Fuerzas Armadas. Los partidos de centro-derecha, particularmente Renovación Nacional, manifestaron su interés por participar en el proceso de transición, designando comisiones técnicas para explorar posibles coincidencias en materia constitucional. Posteriormente, el Gobierno designó, a través del ministerio del Interior, una comisión para convenir acuerdos constitucionales. Las negociaciones adoptaron así el carácter de triangulares.

El ministro Cáceres entregó dos propuestas de modificación. La segunda encontró apoyo en las comisiones técnicas, lo que condujo a enviarla como proyecto a la Junta de Gobierno.

---

<sup>1</sup>Cf. Cumplido C., F., en: Geisse, F. y Ramírez, J.A., *La Reforma Constitucional*, (Santiago: CESOC, Ediciones Chile-América, 1989), p. 9.



La reforma del artículo 5º, agregando una oración importante al segundo inciso de esa disposición, subsana un vacío que contenía la Constitución de 1980. El texto constitucional, en su articulado permanente, desconocía toda relación con el proceso jurídico desplegado en el plano internacional que afirma la necesidad de protección internacional de los derechos del hombre, sobre todo cuando el orden interno es deficitario. La Constitución de 1980 sólo se refiere a normas internacionales en el capítulo cuarto, cuando habla del gobierno y especialmente del Presidente de la República, y en el capítulo quinto, refiriéndose a las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional. Estas referencias se insertan en los esquemas constitucionales tradicionales de Chile que han sufrido el peso de las costumbres constitucionales, el ascendiente de interpretaciones administrativas y la influencia de la doctrina nacional y extranjera en la materia.<sup>2</sup>

El constituyente de 1980 no consideró conveniente establecer normas generales sobre remisión o normas sobre incorporación. Más aún, en el seno de la comisión de estudio de la nueva Constitución, sesión N°409 del 10 de agosto de 1978, la proposición siguiente: "Chile adhiere a los principios y normas universalmente aceptadas del Derecho Internacional", fue objeto de una prevención concebida en los siguientes términos: "Es de la mayor peligrosidad para nuestro país una declaración de esa naturaleza. Chile adhiere y cumple los tratados que suscribe pero no puede adherir en blanco a acuerdos de organismos internacionales que si bien en muchas oportunidades tienden a resguardar la comunidad internacional, en otras no constituyen más que acuerdos de carácter políticos".<sup>3</sup>

Es importante que Chile, por su tradición, –y dadas estas lagunas– dé a conocer, en su texto básico, cuál es su posición y concepción frente a problemas internacionales. Esa actitud debería fundarse sobre tres normas esenciales. En primer lugar, sumisión del Estado a las normas de Derecho Internacional Público; en segundo lugar, la aceptación, bajo reserva de reciprocidad, de limitaciones a la soberanía nacional, limitaciones necesarias para la cooperación, organización, y defensa de la paz; finalmente, el compromiso por parte de

---

<sup>2</sup>Cf. Irigoín B. (J), *La incidencia del órgano legislativo chileno en la conclusión de acuerdos internacionales*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1976.

<sup>3</sup>Luz Bulnes Aldunate, "Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República", Sesión N°409, celebrada el día 10 de agosto de 1978, p. 3408.

Chile de no iniciar ninguna guerra de conquista o de agresión contra la libertad de otro pueblo o Estado.

## II. El contenido de la reforma

La reforma constitucional sometida a plebiscito agregó la siguiente oración final al inciso segundo del artículo 5º: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Esto nos lleva a reflexionar sobre tres aspectos. En primer lugar, sobre el problema de los derechos esenciales que emanan de la persona humana; en segundo lugar, sobre el término "garantizados" a que se refiere esa oración modificatoria; y en tercer lugar, sobre los tratados internacionales como instrumento de reconocimiento y de seguridad.

### 1) *Los derechos esenciales de la persona humana*

La oración que se agrega al artículo 5 está inserta en la idea de que el ejercicio de la soberanía, realizado por el pueblo o por las autoridades establecidas constitucionalmente, tiene un **límite** que es el **respeto** a los **derechos esenciales** que emanan de la naturaleza humana. La comisión pontificia "Justicia y Paz" publicó en diciembre de 1974 un documento denominado "La Iglesia y los derechos del hombre", a fin de orientar a sus comisiones nacionales. El texto dice: "Los derechos humanos proceden de lo que es fuente y norma de toda moralidad: la naturaleza humana y el derecho natural". Más adelante agrega: "La doctrina del Magisterio sobre los derechos fundamentales del hombre brota en primer lugar o es sugerida por las exigencias íncitas en la naturaleza humana, en el plano racional o entra en la esfera del derecho natural".

Sin embargo, las exigencias de la vida social han conducido, después de una evolución jurídica e histórica, a catalogarlos bajo dos grupos: civiles y políticos, sociales, económicos y culturales. Esta división ha sido desde un principio fuente de discordia entre los Estados industriales y los Estados socialistas. Tradicionalmente se ha hecho hincapié en los derechos civiles o políticos que éstos han sido concebidos como una defensa y una protección contra los abusos del

poder del Estado. En cambio, los derechos sociales pretenden una mayor participación de los sectores desfavorecidos en las decisiones políticas, en la distribución del producto nacional y en la cultura.

El artículo habla de "respeto" y aquí existe un aspecto donde es importante detenerse. El concepto de respeto, atribuido a los derechos humanos, significa que la preocupación dominante debe ser la de asegurar a los derechos garantizados una **verdadera efectividad**, pues el fin consiste en proteger esos derechos, no teóricos o ilusorios, sino **concretos y efectivos**. Los derechos enunciados, que deben ser objeto de respeto y promoción, engendran no solamente simples obligaciones, sino que exigen medidas positivas por parte del Estado en cuestión.<sup>4</sup>

## 2) *El término "Garantizados"*

La segunda reflexión a que nos incita el segundo inciso del artículo 5º se refiere a la expresión "garantizados". Dar garantía significa afianzar lo estipulado. El redactor de la modificación constitucional otorga a la Constitución y a los tratados internacionales, que cumplan determinadas condiciones, la calidad de instrumento que asegura o protege los derechos esenciales.

Es posible distinguir tres etapas en el proceso de garantías señaladas.

En primer lugar, un proceso de establecimiento de los derechos esenciales; si bien éstos proceden de la naturaleza humana y del derecho natural, el que los establece formalmente es el Estado como promotor y conductor del bien común. Viene en seguida un proceso de protección y promoción. Protección y promoción se distinguen por el campo de aplicación; la protección o el respeto, como lo llama el texto constitucional, corresponde al Estado dentro de un territorio. La promoción puede corresponder tanto a una acción externa, a una política, es decir a la acción que otorga un impulso al respeto de los derechos humanos, ya sea a nivel nacional, ya sea a nivel internacional, como puede referirse a determinados derechos sociales, económicos y culturales, con respecto a los cuales el Estado posee una obligación de comportamiento característica pero no de resultado.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup>Cf. nuestro artículo publicado en el diario *El Mercurio* el día 12 de diciembre de 1988, titulado "Declaración de los derechos del hombre".

<sup>5</sup>El respeto es para los derechos civiles y políticos; la promoción es para los derechos económicos, sociales y culturales.

La protección interna, que es la primaria, pues la internacional será siempre subsidiaria<sup>6</sup>, supone para el Estado una obligación de resultado ya que deberá derogar las normas legales que sean contrarias a los derechos esenciales, otorgándoles una dimensión general (interpretación extensiva) y una efectividad cierta. Por otra parte, existe también una obligación de comportamiento ya que el Estado deberá comportarse en lo sucesivo de tal manera que no exista incompatibilidad entre su legislación o actividad administrativa y el ejercicio real y pleno de los derechos esenciales por sus súbditos, nacionales o extranjeros.

El tercer proceso dice relación con la garantía. Se garantizan, se afianzan, se aseguran los derechos esenciales de la persona humana por medio de la Constitución o de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. La expresión del artículo 5º que fue sometida a plebiscito es más limitada que la proposición de la comisión técnica, en donde se hablaba de "normas internacionales que comprometen a Chile". El concepto de norma internacional comprende normas de carácter consuetudinarios o principios generales de derecho que han sido recibidos por el Derecho Internacional que no incluye la actual expresión.

### 3) *El papel de los tratados como instrumentos de garantía*

La tercera reflexión se refiere a la idea de que los tratados internacionales serán los instrumentos de reconocimiento y al mismo tiempo de seguridad, dándole una interpretación distinta al sentido natural de la palabra "garantizados". De hecho, para el redactor de la modificación, ese término es sinónimo de "reconocidos" o de "declarados"; reconocidos o declarados por la Constitución y por los tratados internacionales es la única manera de que estos derechos esenciales obtengan seguridad y protección. El constituyente utiliza la expresión tradicional de "tratados internacionales" tal cual lo hizo el constituyente de 1980 en el artículo 50-1. Sabemos además por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que el término "tratado" es genérico y engloba todo acuerdo internacional. Sin embargo, no es sobre un aspecto semántico que es conveniente

<sup>6</sup>Cf. nuestro estudio "Protección internacional de los derechos humanos (los órganos de la comunidad internacional y el estado nacional en la tutela de los derechos humanos)", en la revista *Estudios*, Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, Noviembre de 1978, pp. 194 y siguientes.

insistir, sino más bien sobre un aspecto de fondo: las particularidades de los tratados sobre los derechos humanos.

Tienen en primer lugar características especiales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultativa del 24 de diciembre de 1982, expresó: "La Corte debe enfatizar sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"<sup>7</sup>. Con bastante razón Sir Gerald Fitzmaurice llama a este tipo de tratados multilaterales, y particularmente a aquéllos que se refieren a derechos humanos, "tratados integrales" pues existen de por sí, tienen fuerza intrínseca, con respecto a las otras partes del instrumento, sin hallarse subordinados al cumplimiento correlativo por los demás Estados<sup>8</sup>. El segundo aspecto particular de este tipo de tratados dice relación con la interpretación de los mismos. La Convención de Viena en los artículos 31 y 32, posee normas generales de interpretación. Sin embargo, debe dejarse en claro que este tipo particular de tratados debe además ser interpretado según un método finalista y progresista. Ello obliga a desprender un sentido autónomo de los términos, no ligados por el sentido ordinario o semántico.

Ello ocurrirá, por ejemplo, con términos tales como tribunal imparcial, detención excesiva, plazo razonable. Son términos que deberán ser interpretados bajo un método finalista y progresista y no bajo los métodos tradicionales del sentido ordinario. Pero el mayor cuidado frente a tratados internacionales sobre derechos humanos es que su interpretación conduzca a asegurar efectivamente los derechos garantizados, interpretando en forma restrictiva las limita-

---

<sup>7</sup>Cf. Gross E., H., "Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno", en temas de Derecho Internacional, en homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea, Buenos Aires, 1989, p. 65.

<sup>8</sup>Cf. Fitzmaurice (6), transcrito en: De la Guardia, E. y Delpech, M., *El derecho de los tratados y la convención de Viena*, (Buenos Aires: La Ley, 1970), pp. 256 y 296.

ciones al ejercicio de los derechos y libertades, pero teniendo siempre en cuenta los derechos generales (del otro) que el Estado también debe proteger. Es cierto que cada Estado, cada orden jurídico interno tiene un margen de apreciación en estas materias, pero éste debe mantener un estado de cosas compatible con el concepto de sociedad democrática.

La tercera particularidad de este tipo de tratados es que debe cumplir, según el texto constitucional, condiciones específicas: que sean ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La ratificación es la operación, reglamentada tanto por el derecho interno como por el derecho internacional, en virtud de la cual consta la voluntad del Estado de obligarse por el tratado. En Chile, le corresponde al Presidente de la República ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país (artículo 32 N°17) y que deberán ser sometidos, conforme a lo prescrito en el artículo 50, a la aprobación previa del Congreso Nacional. ¿Cómo interpretar esta primera condición? Los tratados internacionales que reconozcan derechos esenciales deberán previamente conocer el proceso de ratificación para poder enseguida producir efectos en el plano interno. Dicho de otra manera, no se podrá, mediante acuerdos en forma simplificada, reconocer derechos esenciales y otorgarles efectos en Chile.

Posteriormente, el texto reformado exige que el tratado se encuentre vigente. La vigencia, igual que la ratificación, es un proceso reglamentado tanto por el derecho internacional como por el derecho interno, dos planos que no coinciden obligatoriamente. Un tratado puede incorporarse al orden interno obteniendo sólo la vigencia en Chile y no la vigencia internacional; porque si lo que se persigue es otorgarle un derecho al nacional o al habitante del territorio nacional, es perfectamente posible hacerle beneficiar de la norma interna aun cuando ésta no esté vigente en el plano internacional. En otras palabras, para los efectos de generar derechos en favor de los habitantes de Chile, se requiere que el tratado haya entrado en vigencia en el orden interno únicamente, atendida la naturaleza particular de estos acuerdos sobre derechos humanos.

## **Las proyecciones de la Reforma**

La redacción y ubicación de la oración modificatoria nos obliga a analizar, por último, su proyección.

El constituyente ha creído del caso incorporar esta referencia a los tratados internacionales en un texto constitucional, agregando que tanto este último como los anteriores cumplirán una función de garantes. Luego, ha efectuado una elección con consecuencias. El orden interno, en materia de derechos esenciales, posee dos tipos de instrumentos: la Constitución y los tratados internacionales. El autor de la reforma se ha puesto en la hipótesis de que no todos los derechos que están reconocidos y declarados en el plano internacional, lo están igualmente en el plano interno; y buscando beneficiar con la mayor extensión al habitante de Chile, dispone que no sólo los derechos reconocidos y declarados en el orden interno, sino que aun aquellos que lo estuviesen en tratados internacionales ratificados y actualmente vigentes en Chile, serán garantizados. Esta disposición puede luego, a juicio de este autor, considerarse como un reenvío constitucional complementario por expresa disposición constitucional, ya que normas especiales, convencionales internacionales, encontrarán aplicación en el orden interno.

Esta aplicación o interpretación no se podrá hacer a nivel de la ley, se hará más bien a nivel constitucional por la naturaleza de la norma que reenvía, constitucional, y por la materia de que se trata, derechos esenciales. Aplicada una norma convencional internacional en materia de derechos esenciales, ésta tendrá el mismo nivel que una norma constitucional y ésto desde la fecha en que comenzó a regir la reforma constitucional. Es decir, las normas de derecho constitucional regirán en el futuro pero con relación a instrumentos que, si bien se incorporaron con anterioridad a la entrada en vigencia, cumplen con los requisitos del inciso modificado: tratados internacionales ratificados y vigentes.

¿Qué efectos producirán en el orden interno estos tratados? El gran efecto es un efecto de comportamiento. Es la adaptación del orden interno a estos nuevos instrumentos, modificando las normas que le sean contrarias, asumiendo la obligación de no legislar en contrario y derogando si es necesario para darle claridad a la aplicación de normas sobre derechos humanos.

Es por último necesario referirse a aspectos convencionales como las reservas o renunciaciones. Estas normas internacionales que reconocen y declaran derechos esenciales, conservan cierta fuerza propia ya que generalmente no podrán ser objeto de reserva o de manera muy limitada.

La reserva, en el plano internacional, es una modificación de la obligación jurídica con respecto al Estado que las formula.

El artículo 75 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite la formulación de reservas pero éstas deberán ser conforme con el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que trae una serie de influencias de la jurisprudencia de la Corte Internacional sobre Prevención y Represión del Genocidio. Después de esta jurisprudencia, reservas en blanco, generales, como la que tiene Chile en el tratado de Montevideo, que especifica que Chile dará curso al tratado Interamericano de Derecho Internacional Privado en todo lo que no sea contrario a la legislación nacional, no serían hoy aceptadas. La Corte Europea sobre Derechos Humanos, que tiene una jurisprudencia sistematizada, define las reservas de carácter general como siendo aquéllas que no se relacionan con una disposición específica de la convención o que han sido formuladas de tal manera que no permitan definir su extensión. En otras palabras, los tratados internacionales sobre derechos humanos no podrán ser objeto de reservas y si lo son, las reservas tendrán que ser muy limitadas.



El Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile es un centro de enseñanza superior, extensión e investigaciones en el ámbito de las relaciones internacionales, en sus aspectos políticos, jurídicos, económicos e históricos. Imparte docencia de post-grado en la Universidad de Chile y coopera con otras instituciones académicas. Edita, trimestralmente, la Revista Estudios Internacionales, que reúne ensayos y artículos sobre los principales problemas de las relaciones internacionales contemporáneas, con particular referencia a América Latina; edita además, una serie de obras producidas o patrocinadas por el Instituto. A continuación entregamos las publicadas en esta colección hasta la fecha.

*Furtado, Celso* (ed.), **La economía latinoamericana. Una síntesis de la conquista ibérica hasta la revolución cubana.** Editorial Universitaria, 1969.

*Gittings, John* (ed.), **El conflicto chino-soviético.** Ediciones de la Universidad de Chile, 1969.

*Kaplán, Marcos* (ed.), **Formación del Estado Nacional en América Latina.** Editorial Universitaria, 1969.

*Sunkel, Osvaldo* (ed.), **Integración política y económica: el proceso europeo y el problema latinoamericano.** Editorial Universitaria, 1970.

*Véliz, Claudio* (ed.), **El conformismo en América Latina.** Editorial Universitaria, 1970.

*Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Chile: The Balanced View. A compilation of articles about the Allende's years and after.** Editorial Gabriela Mistral, 1975.

*Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Los fondos marinos y oceánicos,** Editorial Andrés Bello, 1976.

*Díaz Albónico, Rodrigo* (ed.), **El mar en seis dimensiones: científica, técnica, política, jurídica, histórica, estratégica.** Editorial Universitaria, 1976.

*Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Preservación del medio ambiente marino,** Editorial Universidad Técnica del Estado, 1976.

*García Amador, F.V.* (ed.), **América Latina y el Derecho del Mar,** Editorial Universitaria, 1976.

- Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Ciencia y tecnología en la Cuenca del Pacífico**, Instituto de Estudios Internacionales, 1976.
- Sánchez González, Walter* (ed.), **Panorama de la política mundial**, Editorial Universitaria, 1977.
- Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Política oceánica**, Editorial Universitaria, 1977.
- Díaz Albónico, Rodrigo* (ed.), **Nuevas perspectivas de la integración latinoamericana**. Volumen I: "Estabilidad y flexibilidad en el ordenamiento jurídico de ALALC y Pacto Andino". Editorial Universitaria, 1977.
- Garrido R., José* (ed.), **Nuevas perspectivas de la integración latinoamericana**. Volumen II: "La agricultura en la integración latinoamericana". Editorial Universitaria, 1977.
- Barros Charlín, Raymundo* (ed.), **Nuevas perspectivas de la integración latinoamericana**. Volumen III: "La industria en la integración latinoamericana". Editorial Universitaria, 1977.
- Barros Charlín, Raymundo* (ed.), **Nuevas perspectivas de la integración latinoamericana**. Volumen IV: "El momento actual de cooperación e integración latinoamericana", Editorial Universitaria, 1977.
- Orrego Vicuña, Francisco y Salinas Araya, Augusto* (eds.), **El desarrollo de la Antártica**, Editorial Universitaria, 1977.
- Díaz Albónico, Rodrigo* (ed.), **Antecedentes, balance y perspectivas del Sistema Interamericano**, Editorial Universitaria, 1977.
- Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Escasez mundial de alimentos y materias primas**, Editorial Universitaria, 1977.
- Infante C., María Teresa e Irigoien B., Jeannette* (eds.) **Problemas contemporáneos de la actividad aeronáutica y del espacio**. Editorial Universitaria, 1977.
- Sánchez González, Walter y Pereira Larraín, Teresa* (eds.), **Ciento cincuenta años de política exterior chilena**, Editorial Universitaria, 1977.
- CEPAL - Instituto de Estudios Internacionales*, **Economía de los océanos**. 2 volúmenes, 1978.
- Arana Espina, Patricio y Echeverría Ducó, Gloria* (eds.), **Las islas oceánicas de Chile**, Instituto de Estudios Internacionales,

1979; tres volúmenes.

*Barros Charlín, Raimundo* (ed.), **Prácticas restrictivas y discriminatorias en el comercio internacional**, Editorial Universitaria, 1979.

*Sánchez González, Walter* (ed.), **La revolución norteamericana, auge y perspectivas**, Editorial Universitaria, 1979.

*Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **América Latina: ¿clase media de las naciones?**, Talleres Gráficos Corporación, 1979.

*Sánchez González, Walter* (ed.), **Derechos humanos y relaciones internacionales**, Talleres Gráficos Corporación, 1979.

*Orrego Vicuña, Francisco y Armanet A., Pilar* (eds.), **Política Nuclear**, Editorial Universitaria, 1979.

*Armanet A., Pilar* (ed.), **La estrategia y práctica de las negociaciones internacionales**, Editorial Universitaria, 1979.

*Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **La Comunidad del Pacífico en perspectiva**; con la asistencia de Gloria Echeverría. Volumen I. Editorial Universitaria, 1979.

*Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **La Comunidad del Pacífico en perspectiva**; con la asistencia de Gloria Echeverría. Volumen II. Editorial Universitaria, 1979.

*Lagos Matus, Gustavo* (ed.), **Las relaciones entre América Latina, Estados Unidos y Europa Occidental**, Editorial Universitaria, 1979.

*Sánchez González, Walter* (ed.), **Las relaciones entre los países de América Latina**, Editorial Universitaria, 1980.

*Muñoz Valenzuela, Heraldo* (ed.), **Desarrollo energético en América Latina y la economía mundial**, Editorial Universitaria, 1980.

*Bordeu, Rebeca* (ed.), **Los acuerdos sobre Productos Básicos: evolución histórica, naturaleza jurídica y resultados**, Editorial Universitaria, 1980.

*Barros Charlín, Raimundo y Armanet A., Pilar* (eds.), **Estudios sobre la reestructuración de ALALC**, Editorial Universitaria, 1980.

*Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Los estudios internacionales en América Latina: realizaciones y desafíos**, Editorial Universitaria, 1980.

*Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Ensayos sobre el Pacífico**, Editorial

- Universitaria, 1981.
- Orrego Vicuña, Francisco e Irigoín B., Jeannette* (eds.), **Perspectivas del Derecho Internacional contemporáneo. Experiencias y visión de América Latina**. Volumen I: "Los complejos de obras públicas binacionales y multinacionales". Instituto de Estudios Internacionales, 1981.
- Orrego Vicuña, Francisco e Irigoín B., Jeannette* (eds.), **Perspectivas del Derecho Internacional contemporáneo. Experiencias y visión de América Latina**. Volumen II: "La solución pacífica de controversias". Instituto de Estudios Internacionales, 1981.
- Orrego Vicuña, Francisco e Irigoín B., Jeannette* (eds.), **Perspectivas del Derecho Internacional contemporáneo. Experiencias y visión de América Latina**. Volumen III: "Nuevas instituciones de integración en América Latina". Instituto de Estudios Internacionales, 1981.
- Armanet A., Pilar y Barros Charlín, Raimundo* (eds.), **Nuevas dimensiones del comercio internacional**, Instituto de Estudios Internacionales, 1982.
- Orrego Vicuña, Francisco e Irigoín B., Jeannette* (eds.), **La aplicación de la Zona Económica Exclusiva y el régimen de la pesca: una visión científica y técnica**. Volumen I. Instituto de Estudios Internacionales, 1982.
- Orrego Vicuña, Francisco e Irigoín B., Jeannette* (eds.), **La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana**. Volumen II. Instituto de Estudios Internacionales, 1982.
- Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **La Antártica y sus recursos**, Editorial Universitaria, 1983.
- Infante C., María Teresa e Irigoín B., Jeannette* (eds.), **La utilización del espacio exterior y las comunicaciones: nuevas perspectivas y problemas**. Instituto de Estudios Internacionales, 1984.
- Orrego Vicuña, Francisco; Infante C., María Teresa y Armanet A., Pilar* (eds.), **Política Antártica de Chile**, Editorial Universitaria, 1984.
- Barros Charlín, Raimundo* (ed.), **Estudios sobre integración económica y cooperación regional en el Cono Sur**, Sociedad Lino-gráfica Ltda., 1985.

- Salazar Sparks, Juan* (ed.), **Chile y la Comunidad del Pacífico**, Editorial Universitaria, 1985.
- Barros Charlín, Raimundo y Garrido R., José* (eds.), **Cooperación regional para la seguridad alimentaria**, Sociedad Linográfica Ltda., 1986.
- Sánchez González, Walter* (ed.), **Política mundial hacia el siglo XXI**, Editorial Universitaria, 1987.
- Muñoz Valenzuela, Heraldo y Orrego Vicuña, Francisco* (eds.), **La cooperación regional en América Latina. Diagnóstico y proyecciones futuras**, El Colegio de México-Universidad de Chile, 1987.
- Díaz Albónico, Rodrigo* (ed.), **El Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina**, Sociedad Chilena de Derecho Internacional. Editorial Universitaria, 1987.
- Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Antarctic Bibliography**, Instituto de Estudios Internacionales, 1987.
- Garrido R., José* (ed.), **Historia de la Reforma Agraria en Chile**. Con la colaboración de Cristián Guerrero Y. y María Soledad Valdés. Colección Imagen de Chile, Editorial Universitaria, 1988.
- Orrego Vicuña, Francisco* (ed.), **Chile y Argentina: Nuevos enfoques para una relación constructiva**. Pehuén Editores, 1989.
- Irigoin Barrenne, Jeannette* (ed.), **Nuevas dimensiones en la protección del individuo**. Instituto de Estudios Internacionales, 1991.
- Infante Caffi, María Teresa; Santa Ana, Soledad y Díaz Albónico, Rodrigo* (eds.), **Propiedad Industrial e Intelectual y desarrollo tecnológico**. Instituto de Estudios Internacionales, 1991. (en prensa).





