

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIRETTOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



28

IIDH

Julio - Diciembre 1998

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANQ DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

Revista 341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. /Nº 1 (Enero/junio 1985)-
-San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1998, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramación y montaje electrónico de artes finales: Walter Meoño S.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Varitec, S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1.000) San José, Costa Rica. Fax (506) 234-0955, e-mail: ueditorial@iidh.ed.cr.

Se solicita atenerse a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es preferible acompañar el envío con diskettes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor, lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf. y dirección postal). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30,00 Y DE US\$20,00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUJETO ES DE US\$15,00. SUSCRIPTORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3,00 POR ENVÍO; SUR Y NORTEAMÉRICA US\$4,00, EUROPA, ÁFRICA, ASIA, US\$6,00.

TODOS LOS PAGOS DEBEN SER HECHOS EN CHEQUES DE BANCOS NORTEAMERICANOS O GIROS POSTALES, A NOMBRE DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. RESIDENTES EN COSTA RICA PUEDEN UTILIZAR CHEQUES LOCALES EN DÓLARES. SE REQUIERE EL PAGO PREVIO PARA CUALQUIER ENVÍO.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN A LA UNIDAD EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000) SAN JOSÉ, COSTA RICA. FAX: (506) 234-0955, e-mail: ueditorial@iidh.ed.cr.

LAS INSTITUCIONES ACADÉMICAS INTERESADAS EN ADQUIRIR LA REVISTA IIDH, MEDIANTE CANJE DE SUS PROPIAS PUBLICACIONES, PUEDEN ESCRIBIR A LA UNIDAD EDITORIAL, REVISTA IIDH, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, FAX: (506) 234-0955.

ÍNDICE

DOCTRINA

ANALYZING THE INTER-AMERICAN COMMISSION
ON HUMAN RIGHTS UNDER THREE THEORIES
OF COMPLIANCE 11

Francisco COX

CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y
DESPLAZAMIENTO FORZADO: ¿QUÉ PROTECCIÓN? 39

Rafael PRIETO SANJUÁN

VIOLENCIA, SEGURIDAD CIUDADANA Y
ORDEN DEMOCRÁTICO 69

León Carlos ARSLANIÁN

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1998 93

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1998 399

DECLARACIÓN DEL SECRETARIO GENERAL
DE LAS NACIONES UNIDAS KOFI ANNAN A LA
55ª SESIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHOS
HUMANOS (PALACIO DE LAS NACIONES UNIDAS,
7 DE ABRIL DE 1999) 445

**SECRETARY-GENERAL TO COMMISSION ON
HUMAN RIGHTS: I HAVE MADE HUMAN RIGHTS
A PRIORITY IN EVERY UNITED NATIONS
PROGRAMME 7 APRIL 1999.....453**

NACIONES UNIDAS

**PRÁCTICA AMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1997-II).....461**

PRESENTACIÓN

Para el período correspondiente a la segunda mitad del año 1998, el IIDH tiene el agrado de presentar una nueva entrega semestral de la Revista IIDH, que cumple así catorce años ininterumpidos de existencia. En mi carácter de Director Ejecutivo, es un alto honor para mí presentarles este número, a la vez que celebramos la presencia duradera y continua de este órgano de difusión entre los ciudadanos y ciudadanas de este hemisferio interesados en el derecho internacional de los derechos humanos.

En estos catorce años nuestro movimiento ha crecido en número de personas, en cantidad de organizaciones de la sociedad civil que hacen de la vigencia de las libertades su mandato primordial, y en diversidad de actitudes, posturas ideológicas e intereses. Además, y gracias a la época democrática que vivimos –y sin perjuicio de sus insuficiencias– nuestro movimiento se enriquece día a día con experiencias concretas de gobierno por parte de algunos de sus integrantes. El dinamismo y la riqueza en la diversidad caracteriza hoy a nuestro movimiento, y la Revista IIDH refleja en sus contenidos esos aspectos promotores.

Este número, el 28, es ejemplo claro de las nuevas dimensiones de la lucha por los derechos humanos. En primer lugar, los informes de actividades de la Comisión y de la Corte Interamericanas ponen de manifiesto el incremento en la producción de ambos órganos en cuanto a casos contenciosos, medidas provisionales y actividades de promoción. Ello es así porque nuestro sistema interamericano de protección está llamado cada vez a dar respuesta a problemas de derechos humanos cada vez más complejos. Precisamente en este número se informa sobre algunas de las decisiones de la Comisión y de la Corte que han provocado polémicas recientes (ver Caso Castillo Petruzzi y medidas provisionales sobre casos de pena de muerte en Trinidad y Tobago).

Pero las ejemplares decisiones de nuestros órganos de protección no deben dejarnos perder de vista el hecho de que han sido motivo, a la vez, de renovados ataques a la integridad del sistema y a su eficacia. Por eso es importante que el IIDH continúe promoviendo la discusión racional y sobria sobre el futuro del sistema, y aun de su presente. El artículo de Francisco Cox, referido a la eficacia de las decisiones de los órganos, se integra

precisamente en nuestro intento de mantener vivo ese debate y de promover que se lo lleve adelante con profundidad y rigor académico.

Nos comprometemos también, como lo hemos hecho en el pasado en Centroamérica, con la búsqueda de soluciones a los conflictos armados. Por eso incluimos un importante estudio sobre los problemas de protección en el contexto de la guerra interna en Colombia, con especial referencia al creciente problema del desplazamiento forzado. Aspiramos a que la contribución de Rafael Prieto Sanjuán ilumine a los actores en la búsqueda de soluciones, tanto intermedias como de largo plazo.

Los problemas de inseguridad ciudadana continúan siendo un factor de preocupación para todos los defensores de los derechos humanos, porque el reclamo legítimo de nuestros conciudadanos suele explotarse demagógicamente con medidas que no sólo no solucionan el problema de la criminalidad, sino que amenazan arrasar con conquistas adquiridas a lo largo de generaciones en la lucha por los derechos de los detenidos y de los acusados de delitos. Nuestra experiencia en el tema, cada vez más profunda, demuestra que la inseguridad ciudadana está íntimamente ligada a la necesidad de la reforma policial. Por eso invitamos a escribir en nuestras páginas al Dr. León Carlos Arslanian, entonces Ministro de Seguridad y Justicia de la Provincia de Buenos Aires, quien en el momento de escribir este artículo conducía un importante experimento de reforma policial y combate a la criminalidad. Lamentablemente, ese intento quedó trunco por los avatares de la política electoral en la Argentina, pero este artículo quedará como un fundamento preciso y claro de una política de seguridad respetuosa de los derechos, que es la única compatible con la democracia.

Nos parece importante presentar, además, a nuestros lectores, el mensaje del Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, a la 55ª. Sesión de la Comisión de Derechos Humanos, el 7 de abril de 1999. El anuncio de que todos los programas de la ONU darán en adelante prioridad a los derechos humanos merece una reflexión profunda.

Aspiramos a que los lectores encuentren en este número el estímulo al debate franco y honesto sobre nuestros problemas de derechos humanos que ya se han acostumbrado a esperar de la Revista IIDH. Si así fuera, todos los que trabajamos en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos nos daremos por satisfechos.

San José, octubre de 1999.

DOCTRINA

ANALYZING THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS UNDER THREE THEORIES OF COMPLIANCE

*Francisco COX**

I. INTRODUCTION

The focus of this paper will only be on the reports of the Inter-American Commission on Human Rights (the Commission). In principle, the record of compliance with the Inter-American Court of Human Rights (the Court or the Inter-American Court) is higher than that with the reports of the Commission. It is true that the first case that the Court received, the well know Velasquez Rodriguez Case, lasted ten years to be over. The delay owed to the tardiness of the Government of Honduras to pay the damages that the Court had determined. But states do not dispute their duty to comply with the judgment of the Court. The situation is quite the opposite with the Commission's report.

In order to understand why states act in this way it is useful to refer to general theories of compliance. Then one can propose alternatives to increase the level of compliance with the reports issued by the Commission. I believe that the reports are not given serious consideration basically because to ignore them is cost free for states. Consequently in order to make them matter one must see what it is that governments are considering valuable and explore the possibility to make them an element of that "good".

Nowadays the actor of the inter-American system that is given most weight by states is the Inter-American Development Bank (IDB). This is so because the region is trying to play a role in the "global economy". In order to achieve that, it is going through mayor reforms in their political and economic structure. By providing funds, the IDB, has become an important actor of this process.

* Chileno. Abogado (Universidad Diego Portales). LL.M. de Columbia University.

Therefore if it took into consideration the reports of the Commission when giving a loan to a country either when assessing the level of risk of the investment or when deciding what projects it is willing to fund, states would take the reports of the Commission much more seriously than what they do now. By analyzing the projects that the IDB is funding in countries of which the Commission has issued country reports it seems that the IDB does not take into consideration those reports. Professor Franck has said that international law has reached a level of complexity and maturity that has made scholar and practitioners specialize in the different areas of international law.¹ I would add that international organizations have gone beyond specialization and have become compartmentalized from each other even inside a same regional system in such a way that they do not know (I would not like to think that they do not care) what the other is doing. I am of the opinion that this undermines their effectiveness in fulfilling their mandate.

II. THEORIES OF COMPLIANCE

In the paper I will examine three different theories of compliance and their applicability to the inter-American system. The first of those theories is the one elaborated by Professor Franck, and his focus on fairness in international law and institutions. The second will be the Managing Compliance model elaborated by the Chayeses. Finally, I will use Professor Koh's Transnational Legal Process. I believe that all three models can be used to justify the uses by the IDB of the reports of the Commission and to see what is missing in the inter-American system of human rights to make it more relevant in the political agenda of states. In my view these theories focus on different stages of the compliance process so they can be used to complement each other.

A. Professor Franck's Model

The focus of this model is on the morality of international law. The basic proposition is that if international law is fair states will be more willing to comply. He considers that fairness has two aspects; a procedural and substantive one. "The fairness of international law, ...will be judged, first by the degree to which the rules satisfy the participant's expectations of justifiable distribution of costs and benefits, and secondly by the extent to which the rules are made and applied in accordance with what the

1. Franck Thomas, *Fairness in international law and institutions*, Oxford, New York, 1995, pages 4-7.

participants perceive as right process”.² Considering the purposes of this paper it is more relevant to focus on the procedural fairness or the legitimacy of international law.

Professor Franck proposes that in order for a rule, in this case a report, to satisfy this requirement of legitimacy it must have been produced and applied in accordance with a rights process. It is reasonable to ask where can one find this “right process”. In our case it is to be found in, as it will be explained in the next part of this paper, in the American Convention on Human Rights, the Statute of the Commission and its Regulations. This is where the participants (states, NGOs, victims, among other) must look to know what they can expect of the Commission. As we will see these instruments are insufficient therefore the Commission has developed a set of standards to decide when to issue a report, contributing to the procedural fairness of the process.

An important element of this paradigm is the concept of community. A community is need in order to assert a common goal and for the rules to have a meaning. It will be the community that will set up the standards to be a member of it, it will provide the process through which the common goal should be achieved. The Inter-American system is such a community. It was the OAS state members that created the Commission and that every year review the reports it issues at the General Assembly.

In the case under analysis the sense of community built before a formal setting was created. The common past, the role of the Catholic Church and the process of independence from Spain created links and a sense of community and fraternity between the future members of the OAS.³ But a community satisfying the requirements set out by Professor Franck namely “...a social system of continuing interaction and transaction”.⁴ that creates the rules that will govern their behavior and allows them to identify the members from the non members, was created when the OAS Charter was adopted in 1948.⁵ Or in 1890 if one considers the First International Conference of American States as the origin of the OAS.

According to Franck the community itself must have satisfied the legitimacy. Franck is proposing a model for international law in general. He believes that there is such a thing as an international community,

2. *Id.* Page 7.

3. In relation with the independence of Latin America see, Paz Octavio, *El laberinto de la soledad*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1972. It can be argued that since the members of the OAS are not only composed by Latin American countries but also by the Caribbean countries that this sense of community was not formally established before the creation of OAS, this is not the place to get engaged in such a debate.

4. *Op cit.* *Supra* note 1, page 10.

5. Charter of the Organization of American States, in 33 I.L.M 981 (1994).

without disputing or accepting this view, it seems that this model can perfectly be applied for a less ambitious task as the one set out in this paper. It seems easier to determine that the Inter-American system is a community. Accepting this is relevant for the paper since the IDB can be seen as part of this community therefore the principles set forth by it should guide the work of the institution. The principles that the community has chosen to live by.

In the Inter-American System from the very beginning human rights was among those principles.⁶ The OAS as part of the international community will also be governed by the principles set forth by the international community.

The four indicators of legitimacy

A fundamental and useful aspect of the model proposed by Professor Franck is the four indicators of legitimacy. He presents them as indicators for primary rules. Even though it is true that the reports of the Commission are not primary rules, the sources from where the Commission derives its power to issue such reports are primary rules. But also the four indicators of legitimacy can be applied to the reports. These factors are determinacy, symbolic validation, coherence and adherence.

a) Determinacy

It is "...the ability of a text to convey a clear message".⁷ As he explains "[r]ules which have a readily accessible message and which say what they expect of those who are addressed are more likely to have a real impact on conduct".⁸

If the addressees of the rule do not know what is expected from them, first, it is harder to figure out when the rule has been violated. Second, after it has been concluded that there has been a violation of the norm it is more difficult and even unfair to hold the violators responsible for their action (or omission). This has a negative effect not only for the particular case but for the rule in general, since it is seen as unfair, it undermines the general perception by the community of its value and convenience. Just as in criminal law the prohibition of *ex post*

6. *Id.* Preamble "Confident that the true significance of American solidarity and good neighborliness can only mean the consolidation on this continent, within the framework of democratic institutions, of a system of individual liberty and social justice based on respect for the essential rights of man";

7. *Supra* note 1, page 30.

8. *Id.* Pages 30-31.

facto laws⁹ is seen as a principle of fairness, an element of due process, a similar criterion of fairness should be incorporated when holding responsible a state for a violations of the international obligations it has assumed.¹⁰ Finally, indeterminacy gives more space to the violator to justify its non compliance.

b) Symbolic Validation

This indicator of legitimacy focuses on the fact the rules are “backed up” by the rest of the community. “A rule is symbolically validated when it has attributes..., which signal its significant part in the overall system of social order”.¹¹ In our case the fact that the reports of the Commission are presented in the General Assembly of the OAS, that it is an official document of the OAS, that in the reports it has a seal, that the Commission functions on the basis of the regular budget of the organization, etc., contributes to the legitimacy of the Commission’s report in the eyes of the rest of the community (OAS). This makes the findings of the Commission transcend it and become findings of the OAS. According to Franck “[t]he objective of symbolic validation is to emphasize those cultural-anthropological aspects of rules which, in all societies, tend to give them a *gravitas* not found in *ad hoc* or opportunistic exercises of authority”.¹² One can ask if these rituals are enough to endorse by the whole community of what has been done by one of its organs, the answer will depend on the nature of the rituals. In the case of the OAS there is not much time devoted to the reports of the OAS, the relevance of the reports in the whole of the General Assembly is rather marginal compared to other issues that are addressed. However, some of the benefits described by Professor Franck are accomplished by the mere fact that they are presented at the General Assembly, as it was said previously by that simple act the report becomes an official document of the OAS.

c) Coherence

For a rule to be coherent, under this model, it must treat similar cases in the same way and it must be consistent with other rules of the system. This will avoid internal contradiction and accusations of discriminatory creation, application or interpretation of the norms.

9. See the International Covenant on Civil and Political Rights, article 15, in Center for the study of human rights, *Twenty five human rights documents*, Columbia University, 1994, page 21.

10. This is not to say that a violation of such a principle would be a violations of human rights, it is clear that a states does not posses human rights.

11. *Supra* note 1, page 34.

12. *Id.* Page 37.

This has been a major deficit in the inter-American system. There are many important issues that are not solved by the primary rules and allow room for such a critique.¹³ Some of the criticisms are an excuse used by governments once they have been called to account for their responsibility on the violation of human rights recognized in the Convention,¹⁴ but others are well founded and should be taken seriously by the Commission.

“The legitimacy of rules is augmented when they incorporate principles of general application. General application requires not only that likes are treated alike, but also that the principles of allocation and exclusion underlying a rule are in general use, so connecting the rule to the skein of the law”.¹⁵ The Commission must develop a consistent jurisprudence when interpreting the norms of the Convention, both the substantive one and the one that govern the procedural issues, until now this has not been the case.¹⁶

d) Adherence

This is “the vertical nexus between a single primary rule of obligation ...and a pyramid of secondary rules governing the creation, interpretation, and application of such rules by the community. The legitimacy of each primary rule depends in part on its relation (adherence) to these secondary rules of process. Primary rules unconnected to secondary rules tend to be mere *ad hoc* reciprocal arrangements”.¹⁷ There will be more compliance if the rule is the product of the institutional framework and legal apparatus that the community has given to itself.

Implicit in the concept of community, is the idea of rules of recognition that give the measurement of validity to the whole system of rules. They must “preexist” the agreements in which the community has engaged.

13. For criticisms of the lack of clear rules see González Felipe, “Informe sobre Países. Protección y Promoción” also Méndez, Juan, “Una aproximación crítica a la interpretación vigente de los artículos 50 y 51” both in Méndez Juan and Cox, Francisco (ed.) *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1998.

14. This was the case of Mexico when the Commission found that it had violated certain rights protected by the Convention. See Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report 1997, Case Number 11.520, Report Number 49/97, paragraph 88, Washington D.C. 1998.

15. *Supra* note 1, page 41.

16. Recently the Commission has started to develop the practice to include admissibility reports. This is a step in the right direction since it will give uniformity to such rules. Nevertheless there is still contradictions between the reports. The Commission has addressed this issue by appointing a person to assist the Executive Secretary in this task.

17. *Id.* Page 41.

Another concept that is proposed by Professor Franck and that is relevant for the purposes of this paper is the one of "Process Determinacy" this is "the institutional method for applying rules which, when it is seen to be principled and impartial, increases public confidence in the fairness of the norms being interpreted and applied. ... To achieve fairness through process, the process itself must be seen to be fair. In effect, this means that the process is recognized as legitimate: that is, instituted and operating in accordance with agreed rules".¹⁸ This is fully applicable to the situation of the Commission. It must be seen as fair in order to "pull compliance" from states and in order to be considered seriously by other actors of the inter-American system, such as the IDB. It can not be seen to be biased against certain countries, or that it does not apply the rules in an impartial, fair and uniform way.

B. The Chayeses Model

If one compares this model with the previous one, it seems to me that it is has a more pragmatic approach. Nevertheless, it also relies on certain aspects of the fairness analysis. I would say that the fairness requirement would be in the previous stage, the Chayeses model assumes certain degree of fairness in the whole system. There is also a similarity in the concept of the new sovereignty with the idea of a community and all the implications that follow that assumption. In effect, when exposing their concept of sovereignty they say "...sovereignty no longer consists in the freedom of states to act independently, in their perceived self-interest, but in membership in reasonably good standing in the regimes that make up the substance of international life. To be a player, the state must submit to the pressures that international regulations impose. Its behavior in any single episode is likely to affect future relationships not only within the particular regime involved but in many other as well, and perhaps its position within the international system as a whole".¹⁹ While I personally believe this is a useful concept it seems like the Chayeses are not using this concept in a prescriptive way but rather in a descriptive way. This does not seem to be so true in the case of the inter-American system. Trinidad and Tobago denounced the Convention just before the last General Assembly everybody believed that it would be highly criticized for this decision but nothing happened only one Minister of Foreign Affairs made an indirect reference to the issue.²⁰ Another example is the refusal

18. *Id.* Page 173.

19. Abram Chayes and Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty. Compliance with international regulatory agreements*, Harvard, Cambridge, 1995, page 27.

20. Personal interview with Juan Méndez, Director of the Inter-American Institute of Human Rights.

of Mexico to accept the reports of the Commission when its is condemned,²¹ this clear confrontation against the Commission has had no negative effect against Mexico in the region. I would insist in the problem of compartmentalization of the inter-American system, making the fact that an action of a state in front of one international organization may affect its position in another is very unlikely.²²

Other authors have suggested that the success of the a supranational system will depend on the level of homogeneity and the level of democracy of the region where the organs performs its jurisdiction.²³ This could be one of the preconditions of the new sovereignty. A more homogenate community will have a more important impact in the behavior of its members and the deviant actor will be "shamed".

The inter-American system satisfies this precondition, specially now that most of its governments have been elected. Yet the governments have suggested that the Commission should transform its mandate to a more promotional function, since these governments do not want to be criticized and believe that they alone can take care of their problems. The citizens of these countries do not share this view, of 800 cases before the Commission 70% are concerning violations of the right to life and physical integrity.²⁴

The Chayeses propose a set of solutions to on how to deal with deviant actors and obtain that they comply with their obligations. Many of these solution to "manage compliance" are already incorporated in the inter-American system of protection of human rights and have not worked.²⁵

Nevertheless it is useful to have this model in mind when analyzing the work of the Commission and how it can become more relevant in the day

21. See Inter-American Commission of Human Rights, Annual Report 1996, Case Number 11.430, Report Number 43/96, Washington D.C., 1997.

22. For this aspect Professor Koh's model of transnational process is particularly useful. This should be a major role of such transnational actors as human rights NGOs.

23. See Helfer Laurance and Slaughter Anne-Marie, *Toward a theory of effective supranational adjudication*, 107 Yale Law Journal 273, 332 and 335, 1997.

24. See *supra* note 13, page 77.

25. It is hard to determine the level of effect of the inter-American system of human rights in the region. There is no clear indicator of success. One element that might suggest a certain level of success is the incorporation by many countries of the region of treaties of human rights with constitutional hierarchy. See Dulltzky, Ariel, "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", in Buergethal, Thomas and Antônio Cançado Trindade, (ed.), *Estudios especializados de derechos humanos*, Vol. I, IIDH, San José, 1996. Also you may see Levit Janet Koven, *The constitutionalization of human rights in Argentina: Problem or Promise?*, materials of Colloquium on constitutionalism in comparative perspective, Prof. Henkin and Dorf, Session 13. (on file with author).

to day life of many people of the region. Also the fact the it explains why states do not comply with obligations can also be helpful in applying it to the inter-American system of protection of human rights. Though I believe that a "clear cut" answer can not be given for the situation of human rights in the region under the jurisdiction of the Commission. I am of the opinion that the violations are due to social, political and cultural factors that vary from country to country. It is dangerous to oversimplify the situation by giving one answer to such a complex situation. The Chayeses model has a strong bureaucratic focus and this may be only one aspect of the problem.

The Chayeses assume that states have a tendency to comply. They reject the answer provided by the realists that states will comply only when it is in their benefit. They give three basic reason why states comply with their international obligations.

a) Efficiency

They say that the process of taking decisions is costly. So when a state has taken a decision regarding a specific issue they do not want to revisit the issue again and again assessing the costs and benefit of that decision so it is more efficient to comply with the rule. "...[B]ureaucratic organizations operate according to routines and standard operating procedures, often specified by authoritative rules and regulations".²⁶ A treaty would provide this rules system, so there will be a tendency to comply with it.

This is different in human rights treaties, such as the Convention. It is hard to say that a state has decided the issue of human rights when it ratifies the Convention. At best it undertakes the obligation not to violate the rights respect and ensure the enjoyment of those rights and it creates an organ to overview the how states are complying. It is not an instrument that provides a "solution" on how to protect and respect those rights. It is in this aspect that the reports of the Commission may be a useful instrument for states.

b) Interest

It is assumed that the parties interest were satisfied in the treaty process, based on its consensual nature. They recognize that not all of the aspirations of a state will be reflected in the final product of the process of negotiation. "From the point of view of the particular interest of any state, the outcome may fall short of the ideal. But if the agreement is well designed –sensible, comprehensible, and with a

²⁶. *Supra* note 19, page 4.

practical eye to probable patterns of conduct and interaction—compliance problems and enforcement issues are likely to be manageable. If issues of noncompliance and enforcement are endemic, the real problem is likely to be that the negotiating process did not succeed in incorporating a broad enough range of the parties' interests, rather than willful disobedience".²⁷ But they also believe that negotiating a treaty "...is at its best a learning process in which not only national positions but also conception of national interest evolve and change".²⁸ Hence the treaty making process would have an effect on the formation of the national interest as well it would reflect the states interest.²⁹

c) Norms

"The norm is itself a reason for action and thus becomes an independent basis for conforming behavior".³⁰ It is one more element to consider when making the decision whether to comply or not with the treaty.

Even with all these reasons to comply, breaches of international law occur. And it may be said that in the field of human rights more commonly than in other areas. So why is that? According to the Chayeses it is not because the state assesses the cost and benefits of complying or not, or at least not most of the time.³¹ For them there are three sources of non compliance.

a) Ambiguity and indeterminacy of treaty language

"The broader and more general the language, the wider the ambit of permissible interpretations to which it gives rise".³² This might be the case of the Convention but only in relation with certain rights. This problem has been tried to be solved through interpretation and also relying on the history of constitutional interpretation of different countries. The problem of indeterminacy is inherent to the language of rights therefore some honest mistakes may occur but when the

27. *Id.* Page 7.

28. *Id.* Page 5.

29. Some have criticized theories that explain compliance with law on the basis that "members of the group accept in belief and embody in conduct the values the law express". The objection would be that it explains too much and to little. These theories believe that deviant conduct occurs because there is something missing but it can be argued that conflict or deviant behavior is part of social conduct. See Unger Mangabeira, Roberto, *Law in modern society*, Free Press, New York, 1977, page 31.

30. *Id.* Page 8.

31. See *Id.* Page 9.

32. *Id.* Page 11.

competent organ gives its view of the right interpretation this should be followed by the states. This becomes the proper understanding of the obligations of the states.³³

b) Limitations on the capacity of parties to carry out their undertakings

The lack of the adequate resources to comply with the obligation is another source of non compliance. Many countries may be willing to live up to there international obligations but their reality main not be adequate for it. Here "soft law"³⁴ will play a critical role in the form of technical assistance. To comply "...requires scientific and technical judgment, bureaucratic capacity, and fiscal resources".³⁵ The Commission has not provided technical assistance to governments.³⁶ Nevertheless this can be no excuse since many organizations give training and technical assistance to governments on how to comply with the Convention.³⁷

c) The temporal dimension of the social, economic, and political changes contemplated by regulatory treaties

To implement the changes that are wanted by the treaty regime requires time. This time factor is not recognized by the Convention.³⁸ In critical issues as human rights violations the international community must not allow that the need for time becomes a justification for the violation of human rights. If it did than many countries would be eager to raise that as an excuse and the individuals

33. This was the position of the Supreme Court of Argentina in the Giroldi case. Cited in Koven *supra* note 23, page 58.

34. On the importance of soft law see Szasz, Paul, "The general law making processes" in Joyner Christopher (ed.), *The United Nations and international law*, ASIL and Cambridge University Press, Great Britain, 1997, page 32.

35. *Supra* note 19, page 14.

36. Some steps are being taken to explore the possibilities to get involved in this area. See op. Cit. *Supra* note 13, page 110.

37. In the context of debates on the reform of the inter-American system of protection of human rights some have suggested that the Commission should start providing such a service. This is the position of Edmundo Vargas a former Executive Secretary of the Commission. See *Op. Cit. Supra* note 13, "Intervención del representante permanente de Chile durante la sesión ordinaria del Consejo Permanente de la OEA, page 45. For a different perspective see Farer, Thomas, "The future of the Inter-American Commission on Human Rights: promotion versus exposure, in *supra* note 13, pages 515 - 536. However the Commission has started to engage in such a practice. See Inter-American Commission, Annual Report 1997, Chapter IV, Washington D.C., 1998.

38. See American Convention on Human Rights, article 2 : "Where the excise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms."

would never get to see the benefits of the international law of human rights.

Together with the previous problem addressed by the Chayeses is that circumstances change over time, so the treaty must adapt to the changes in time. Interestingly enough the Chayeses put human rights as an example of the difficulties to comply with treaty obligations because of this factor. "The effort to protect human rights by international agreement may be seen as an extreme case of the time lag between undertaking and performance. Human rights norms, despite their almost universal acceptance, are slow to establish themselves in places where they may clash with local customs, culture, and systems of government. Although the major human rights conventions have been widely ratified, compliance leaves much to be desired. It is apparent that some states have adhered to the conventions without any serious intention of abiding by them".³⁹ The Chayeses may be right in their comment but those countries that "take their time" to comply with human rights treaties will be violating international law and therefore will be responsible internationally.

The Convention recognizes that some rights, namely social, economic and cultural rights may take time to implement. In its 1997 annual report the Commission when reviewing the situation in Guatemala, recognized that some progress was made in relation with some civil and political rights but improvement was still need. This takes in account that Guatemala has recently end a internal conflict and that it might take time to before it can comply in an acceptable level to its obligations under the Convention.

The Chayeses believe that the answer for deviated behavior should not be sanctions. According to them they cost too much, countries are reluctant to use them, not many treaties incorporate them and it creates and adversarial atmosphere. Instead they propose managing compliance, persuading states to comply with their obligations.⁴⁰

To the question of how to manage compliance they answer. First you must gather reliable information on how nations are behaving. We must always remember that behind the whole idea of managing compliance is the concept of the new sovereignty so, as in the perfect market, the system needs transparency So a reporting system is vital, or the capacity to receive information from different sources. This requirement is met by the Commission, it gathers its own information, it receives information from NGOs and states. The attitude of states has

39. *Supra* note 19, page 17.

40. *See Id.* Page 109.

changed at first states did not answer the requirements of the Commission now most of them do. As a matter of fact states have the chance to review and comment the reports of the Commission before they are published.

Another important element of the model is that a dispute settlement mechanisms be provided. This is also the case of the Convention. The other element is capacity building as it was previously stated, the Commission does not provide technical assistance to government in satisfying its obligations under the Convention. This could be an interesting field for the Commission to explore, however the lack of resources summed up with the capacity of other institutions that are providing this service suggests that the Commission should not extent its work to this area. Related to that argument one must consider that the Commission is not a permanent body, and that even though the Secretariat is it is consumed by processing individual claims and country reports.

Finally they call for the use of persuasion. Constant dialogue and contact with deviant parties is an instrument that should be exhausted. This has been the case in the inter-American system of protection of human rights. The Convention provides in the individual claims for a stage of friendly settlement.⁴¹ The level of success of this procedures has varied from state to state. Some states react better for such a procedure but states that will not respect the final reports of the Commission have little incentive to take seriously this stage of the procedure. It will be used as a way to delay a final outcome. The Commission engages in a through dialogue with government officials when it is preparing a country report and it gives suggestions on how to solve some of the problems that the Commission sees in the country.

This is not to say that persuasion is useless in the inter-American system but if it is not backed up by some possibility of loosing something that is seen as valuable it will have little impact with the states that have a tendency to disregard international obligations of human rights.

When explaining why the process works the Chayeses say "...because modern states are bound in a tightly woven fabric of international agreements, organizations, and institutions that shape their relations with each other and penetrate deeply into their internal economics and politics. The integrity and reliability of this system are of overriding importance for most states, most of the time".⁴² Unfortunately the examples of Mexico and Trinidad and Tobago show that the inter-

41. See *supra* note 33, article 48, 1,(f).

42. *Supra* note 19, page 26.

American system is not so integral as it is necessary. It also seems that in many states the inter-American system of human rights has not reached that level of importance required for the model to work.

Why is this so? I believe that a possible answer may be given by Professor Koh's model of Transnational Process and the incapacity of the different actors of the system to incorporate the norms into the value systems of the different countries under the jurisdiction of the Commission, thus making the Convention a significant element of the "decision machinery".

C. The Transnational Legal Process Model

Professor Koh defines this process as "...the complex process of institutional interaction whereby global norms are not just debated and interpreted, but ultimately internalized by domestic legal systems".⁴³ He criticizes the two previous theories because according to him neither try to explain the process by which those norms are incorporated to the value system of a state. While this may be true of Francks theory it seems less true in relation with the Chayeses approach since many of the "solutions" proposed do focus on this aspect even if they do not mention it with that name. Just to name one example the whole process of technical assistance would be one of the ways of internalizing the norms of the treaty.

Regardless of the accuracy or not of the criticism of Professor Koh to the other models his is particularly useful for assessing the inter-American system of human rights. Since he recognizes the multiplicity of actors involved in the international process. By emphasizing the transnational aspect he reminds international lawyers that one of the main purposes of international law, specially human rights international law, is to change domestic realities. The most successful international human rights system would be the one that is no longer needed because the problems of human rights violations are solved internally in a satisfactory manner and in accordance with international standards.

The transnational legal process has three phases. First the transnational actors produce the international norm, at a second phase because of a series of interaction between different actors (national and/or transnational an/or international)⁴⁴ an interpretation is needed. So the actors

43. Koh Harold Hongju, Review essay: Why do nations obey international law?, 106 Yale L.J. 2599, 2602.

44. In my view some actors are national because they do not get involved with issues outside the boundaries of their country and are affected by international law only when it is incorporated. Some are transnational since they are involved in both "worlds" (the domestic and the international) and some international because they only get involved in domestic issues in as much as it is related with an international problem.

move to convince the other actors (national and/or transnational and/or international) to accept as their own, the interpretation that they promote. The purpose is to make the other actors incorporate to its set of values (legal, moral, political, etc.,) such interpretation. Third a norm has been generated and it will guide their future relations. By this rather complex process these norms are being constantly internalized.

It is my perception that this is a rather helpful model for the human rights regime since it focuses in the different layers that one must have in mind to be effective in achieving compliance with human rights standards. As I said previously it reminds us that there are different actors involved and that each has her part to perform. Professor Koh is very aware of this use as he says “[i]n such an area (human rights) where enforcement mechanisms are weak, but core customary norms are clearly defined and often peremptory (*jus cogenes*), the best compliance strategies may not be “horizontal” regime management strategies, but rather, vertical strategies of interaction, interpretation, and internalization”.⁴⁵

If one has this model in mind to analyze the issue of compliance of the Commissions reports one sees that there is much to develop. First the actors that are involved are not all the needed. The number of NGOs using the system is rather small. Even though there are international NGOs and transnational NGOs that are starting to use it more, it is still not enough.

A critical aspect of the transnational legal process is the internalization of the norms. Koh proposes a distinction between social, political and legal internalization.⁴⁶ Social internalization is non-existent or rather scarce in the inter-American system. This may vary if some special event occurs such as an important case for the country is being reviewed or there is a on site visit occurring. But it never reaches the level of widespread public awareness. Political internalization is also minor, I consider that the proposal put forward in this paper would largely focus in this section of internalization. It would make the political elite aware of the existence and importance of the Commission and of the inter-American system of human rights in general. Today the system is the concern of an epistemic community. Legally one must make some distinctions. As it was stated before many constitutions have incorporated the human rights treaties to their legal systems and have constitutionalized human rights. Concerning the reports of the Commission two countries have laws that give a right of action to victims of human rights violation to go before the national

45. *Supra* note 40, pages 2655 and 2656.

46. *Id.* page 2656.

courts to claim damages when it so ordered by the Commission.⁴⁷ If one sees the cases in which national tribunals refer to reports of the Commission it is rather rare, being Costa Rica and Argentina the positive exception.⁴⁸ From this quick review one sees that there is a need for more internalization of the reports of the Commission and the principles of the Convention. Transnational actors must become involved in the process and start referring to the reports of the Commission in order to internalize in all three aspects of it the norms of the Convention as interpreted by the Commission.

I have been making references to the Commission but I have not exposed the structure of the Commission, its history and its present. In the next part I intend to this.

III. THE COMMISSION

A. Evolution

On April 30, 1948 in Bogota, Colombia, the states present in the ninth International Conference of American States adopted the Charter of the Organization of American States (the Charter).⁴⁹ Among the principles of the Organization they proclaim "...the fundamental rights of the individual without distinction as to race, nationality, creed, or sex".⁵⁰ However, just like the Charter of the United Nations, there was no specification of the rights of individuals. This was done in the same Conference by adopting the American Declaration of Rights and Duties of Man⁵¹ (the Declaration).

Neither document created an organ that would be in charge of the promotion and protection of human rights in the region. This was delegated, by the Conference, to the Inter-American Juridical Committee. This organ was to draft a statute for an international tribunal in charge of protecting human rights in the region.⁵² Different internal tensions and conflicts made that this statute was not drafted.

47. The two countries are Colombia and Peru. See Law number 288 in Diario Oficial de la República de Colombia of July 9, 1996 and Law number 23506, Habeas Corpus y Amparo, December 7, 1982.

48. See *supra* note 23.

49. See *supra* note 5.

50. *Id.* article 3 (k).

51. Resolution XXX, *Final Act of the Ninth International Conference of American States*, Bogotá, Colombia, March 30 - May 2, 1948. Reprinted in *Twenty five human rights documents*, Columbia University Press, New York, 1994, page 194.

52. Resolution XXXI, *Final Act of the Ninth International Conference of American States*, Bogotá, Colombia, March 30 - May 2, 1948.

The region had to wait till 1959 to see an organ of human rights be created for the "promotion" of human rights in the region. That year in Santiago Chile due the political tension in the Caribbean region, specially in the Dominican Republic, a fifth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs was convoked. The purpose was to analyze two situations. First the aforementioned tension and second to analyze the linkage between human rights and representative democracy.⁵³

Out of it came the creation of the Commission by a resolution of the Fifth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs.⁵⁴ In it also decided that the Inter-American Juridical Committee should draft a convention on human rights and until this was done they decided to create the Inter-American Commission on Human Rights with the duty to promote human rights. As many commentators have noted⁵⁵ this function was rapidly expanded by the work of the Commission. The Council of the OAS was in charge of adopting a Statute for this new created body. This time it was done the 25 of may of 1960, after postponing its adoption in two instances (April 19, May 11).⁵⁶ The Commission was finally installed and ready to start its job on October 3 1960. The determination of the people in the Commission made it possible that it did not become another body just producing flyers or manuals about the Declaration. They were constantly pushing for an expansion of their functions, they finally achieved it in 1965 when in Río de Janeiro at the Second Special Inter-American Conference they obtain Resolution XII which granted much of what they wanted.⁵⁷ With this resolution the Commission was now officially a body for the protection of human rights and not only for promotion. Through it, it had the capacity to review individual claims, do country reports, do thematic reports, plan on site visits with the consent of the states,⁵⁸ etc.

53. For the OAS representative democracy was a core principle see *supra* note 5 article 3 (d).

54. Resolution VII, part II., *Fifth meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs*, (Doc. C-i-468), OAS, Santiago, Chile, 1959.

55. See Faúndez, Héctor, *El sistema inter-americano de protección de los derechos humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1996, page 39.

56. See Consejo de la Organización de los Estados Americanos, *Decisiones tomadas en las sesiones*. Vol. XIII, January - December 1960, OEA/Ser.G./III/C-sa-371(3), Washington D.C., page 38.

57. Resolution XII resolves "To authorize the Commission to examine communications submitted to it and any other available information, so that it may address to the government of any American State a request for information deemed pertinent by the Commission, and so that it may make recommendations, when it deems appropriate, with the objective to bringing about more effective observance of fundamental human rights." As cited in Farer Tom, "The rise of the inter-American human rights regime", *Human Rights Quarterly*, August, Vol. 19, Number 3, page 511.

58. The Commission first used this power in the Dominican Republic it had interpreted that since it could hold its sessions in any member state it could do an on site visit.

In 1967 the Charter was amended by the Buenos Aires protocol, among other changes it made the Commission one of the organs of the OAS.⁵⁹ Now there was no doubt concerning the legal status of the Commission. It was at least dubious that such an important body could be created by a Resolution. There was a clear risk for the existence of the Commission. The fact that its basis of creation was a Resolution made it possible to eliminate the Commission through the same procedure, this of course changed with the amendment just cited. The Commission was now a treaty body; an organ of the OAS just like any other body in the Charter. It will be in 1978 when the Convention comes into force. Until this time the Commission reviewed cases, issued reports, did on site visits, all upon the basis of the documents previously cited. Using the Declaration as its subject matter.

With the Convention a new organ comes in the scene, the Inter-American Court of Human Rights (the Court). As I said before I will not deal with the Court in this paper. However, the importance of the Convention for the work of the Commission is relevant. 24 countries of the 35 members of the OAS have ratified the Convention. For those that have not ratified the Convention, their relation with the Commission is governed by the Charter, the Statute and the Rules of Procedure of the Commission and, on the substantive aspect, by the Declaration. Some countries have disputed the powers of the Commission to review their situation.⁶⁰

The functions of the Commission are set out in article 41 of the Convention⁶¹ they are:

- a) Make recommendations to state members on the measures that are necessary to live up to the obligations set out. It is sort of an advisory opinion function. But it could be used also as a technical assistance devise.
- b) Elaborate studies and reports. There is no limitation on the kind of reports the Commission may prepare. Until now it has done thematic reports, country reports in the annual report and country reports after an on site visit.
- c) Request information from the governments on the measures that they are adopting to conform with their international human rights obligations. This could fit in the category of collecting data proposed

59. See *supra* note 5, article 53.

60. See Inter-American Commission of Human Rights, Annual Report 1996, Report Number 51/96, Case Number 10.675, paragraph 67. Washington D.C., 1997.

61. For a general view of the inter-American system see Buergenthal, Thomas, Et. Al., *Protecting human rights in the Americas*, Kehl, Germany, 1982.

by the Chayeses model. Under Article 43 States have a duty to provide the Commission with all the necessary information that the Commission deems relevant.

- d) It must also prepare a annual report to the General Assembly. The idea behind this report was to see what the Commission had done during the year. Once again the creativity of the Commission transformed this report in an instrument of protection of human rights. By including in it detailed information of the situation of human rights in different countries and the outcome of the individual claims. The General Assembly became a forum of human rights when the Commission presented its reports and a way of shaming the state that had not complied.
- e) Finally, the Commission has a two claims procedure. A state to state procedure, which has never been used and an individual claim procedure that has become one of the core functions of the Commission achieving in some cases outstanding results.⁶² This is a dispute settlement mechanism.

Those are the functions of the Commission one can see that many of them are part of the model of managing compliance but nevertheless the impact of these reports and of the Commission in the reality of the state members is marginal except on rare occasions. The individual complaint mechanism and the function of preparing studies and reports could be used by transnational actors to internalize these reports and decisions by the Commission.

B. The individual complaint system

The individual complaint system has the peculiarity that any one that has knowledge of a violation can submit a complaint.⁶³ There is no need to be a victim or be a representative of a victim. This is due to the reality of the human rights violations in the continent in where it was very difficult for the victim to present a claim. This opens the doors for NGOs and other transnational actors in a way that is unique. There are however certain requirements that must be met. First one must exhaust local remedies, the petition must be presented within the six months after the petitioner has been notified of the final judgment and that the same case must not be pending in another international dispute settlement system.⁶⁴

62. See Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report 1994, Report Number 22/94, Washington D.C., 1995.

63. See article 44 of the American Convention on Human Rights, in *Twenty five human rights documents*, University Press, New York, 1994, page 139.

64. *Id.* article 46.

After a procedure has been initiated there are several communications between the petitioner and the accused state. As it was said previously the Commission has started to issue and publish express admissibility reports. This would send a message that the claim is serious and it avoids that all the discussion focuses on the exhaustion of local remedies. It also contributes to elaborate clear standards for all participants to know what the rules are enhancing the level of fairness or “procedural determinacy”.

After this the Commission offers to intervene between the parties to see if a friendly settlement can be reached. In the last period the Commission has been using this mechanism to try to solve the claims before it.⁶⁵ The level of success depends on the country, the Commission tries to persuade countries to comply with its findings by avoiding them the embarrassment of being signaled out in the General Assembly.⁶⁶ If these attempts fail the Commission issues a confidential report. If it finds that there has been a violation of a right protected by the Convention, it sets the measures that the state must adopt to avoid a report that would determine that it has breach its obligations under the Convention. The state has 3 months to either comply or send the case to the Court. The Commission can also, before the expiration of these 3 months, send the case to the Court. If neither the state nor the Commission send the case to the Court⁶⁷ and the state does not adopt the measures recommended the Commission issues a final report.

There has been much debate on whether this final report is binding or not on the state. This is in part because the Court in a case said that since they are recommendations they cannot be binding.⁶⁸ The Court after took a slightly different stand on the issue and it said that states had to perform their obligation in good faith so they had to consider seriously the recommendations of the Commission.⁶⁹ But despite these rulings, due to the structure of the procedure, the Court can never review a final report of the Commission, so its comments are only referring to the confidential report and not the final report. Furthermore, if one reads the text of article 51 Number 2 it is written in a mandatory fashion “...shall prescribe

65. See Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report 1996 and 1997, Washington D.C.

66. See Palabras del Presidente de las Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Claudio Grossman, in *supra* note 13, page 158.

67. One of the mayor criticisms to the Commission is that it has never set clear criteria for making the decision to send or not a case to the Court. See Méndez in *supra* note 13.

68. Inter-American Court of Human Rights, *Caballero Delgado v Colombia*, Judgment December 8 1995, San José, Costa Rica, paragraph 67.

69. Inter-American Court of Human Rights, *Loayza Tamayo v Peru*, Judgment September 17 1997, San José, Costa Rica, paragraph 81 and 80.

a period within which the state is to take the measures..." in Spanish it says "debe", this is clearly mandatory language.

Even when one can say that the use that the IDB could give to such a report is not important this should not lead to the conclusion that they are useless for it. The cases brought before the Commission usually represent a pattern of systematic or endemic violations in the region. An individual case may show the IDB the way abstract problems of governance are in reality. It also provides it with the opportunity to think of solutions that are viable in reality.

C. The country reports

The instrument of country reports has been one of the fundamental functions of the Commission since its creation⁷⁰ for the protection of human rights in the region. There are two ways how the Commission issues a country report. First in its annual report it includes in a chapter a review on the situation of the respect of human rights in a country and the other through a report after it has done a on site to that country.

The Commission derives the power to issue reports on human rights situation in a country from the Convention in article 41, from the Statute in article 18 and from article 63 of its Regulations.

This practice was interrupted in the 1995 report because the Commission considered that it was necessary to review it and consider clear criteria for deciding which member states it would examine.⁷¹ Acknowledging that there could be undermining of its legitimacy if it seemed that in deciding to do a country report it was been biased.

The Commission explained, in retrospective, the reasoning behind the past decisions to include country reports in its annual report. It said that it was in order to follow up on the situation of human rights on countries it had effectuated an on site visit. Being of the view that the Organization needed to be constantly updated on the situation of human rights of those countries.

The Commission finally decided on four criteria for selecting the states that would be reviewed. Namely,

1. States which are ruled by governments which have not been chosen by secret ballot in honest, periodic and free popular elections in accordance with accepted international standards.

70. See Cançado Trindade, Antônio, "El sistema de protección de los derechos humanos (1948 - 1995) in Bardonnet, Daniel and Cançado Trindade, Antônio, *Derecho internacional de los derechos humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1996. Also Medina Quiroga, Cecilia, *The battle of human rights*, 1988.

71. See *supra* note 63, Chapter V, Human rights development in the region. Introduction.

2. States where the free exercise of rights contained in the American Convention or Declaration have been effectively suspended, in whole or part, by virtue of the imposition of exceptional measures, such as a state of emergency, state of siege, prompt security measures, and the like.
3. Where there are serious accusations that a state is engaging in mass and gross violations of human rights.
4. States that are in a process of transition from any of the above three situations".⁷²

The decision of the Commission to expose the criteria has to be welcomed. It enhances the level of fairness of the system and strengthens the level of legitimacy of the Commission. It also allows other actors, such as IDB, to rely on them since it will know why the Commission has decided to issue a report on that country and not on another and therefore avoiding suspicions of discriminatory treatment. It is clear that a product of a discriminatory practice would be less reliable than one of a fair and impartial one. It will also clarify for the IDB or whoever uses the report, what it can find in it and what it will not.

In the year 1996 there was a report on Colombia, Peru, Guatemala and Cuba. According to a user and commentator of the system the reactions of Colombia and Guatemala were reasonable. Cuba reacted in private because of its suspension from the Organization and Peru said that they felt discriminated.⁷³ In its latest Annual report the Commission has decided to issue a report on Cuba, Guatemala, Haiti and Peru. It probably left out Colombia since it is preparing a specific country report after an on site visit.

The second way the Commission issues a report on a country is after it has done an on site visit to a country. The first of those visits was done to the Dominican Republic, the Commission interpreting that it had the power to do so because it could hold meetings in any of the state members. After that visit concluded it issued a report. The decision to have a on site visit can be either because the state invites the Commission out of its own initiative or because the Commission has an important reason to do it. For example it is receiving to many claims of mass violations of human rights or it has never visit that country.

The traditional procedure of the on site visit is that the Commission first will get assurance from the Government that it will enjoy freedom of

⁷². See <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/96ench5.htm>

⁷³. See González, Felipe, "Informe sobre países, protección y promoción." In *supra* note 13, page 503.

movement and to meet with any individual or group that it desires. It usually meets with members of Congress from the different political parties, with union leaders, with human rights NGOs, with judicial branch, with ombudsperson if such institution exists, with victims, if it has cases of that country it will try to hold a meeting with the parties, etc.

The most recent report of this kind is the one on Mexico.⁷⁴ In its analysis of the situation of human rights in Mexico, it reviews the situation of each of the rights protected by the Convention and examines how they are protected in Mexico. The report on Mexico is particularly interesting since it incorporates a reference on economic, social and cultural rights given specific recommendations to the State on how to deal with these rights.⁷⁵ The reports after an on site visit could be particularly useful for the IDB since the level of detail that these reports contain is much higher than a chapter V report in an Annual report. A general problem of the Commission is that the quality of the reports will vary considerably depending on the capacity of the Commission's Legal Counsel.

D. Thematic Reports

From 1994 the Commission began to include thematic reports. In that occasion the report was one of the agreements included in a friendly settlement of an individual case.⁷⁶ That report was on the compatibility of the *desacato* laws, that grant a special level of protection from criticism to public officials punishing that offense with a higher penalty than a common defamation crime. Since then all annual reports have included thematic reports on different subjects. They will focus on a specific area that is of special concern for the Commission in 1995 it was on women's rights. In 1996 it was conditions of detention in the Americas, women's rights and the situation of migrant workers and their families and in 1997 it was on women's rights and the situation on the rights of migrant workers and their families. These reports could also be useful for the IDB.

IV. A POSSIBLE PARTNERSHIP BETWEEN THE COMMISSION AND THE IDB

The IDB like any international financial institution has become very influential in the determination of the policies of governments, they have become "policy makers".⁷⁷ The IDB has a power that the Commission will

74. See <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mexico98en>.

75. *Id.* Chapter XI.

76. See *supra* note 60.

77. See Bradlow, Daniel and Grossman, Claudio, "Limited Mandates and Intertwined Problems," in *Human rights quarterly*, Vol. 17, Number 3, 1995.

never posses. Namely, it can deny financial resources to a country. It decides to whom it will provide with this good. Unlike the other international financial institution, in its articles of agreements there is no prohibition that could impede the IDB to take into consideration the human rights situation when providing a loan.⁷⁸

The IDB was created in December of 1959 with the purpose of contributing "to the acceleration of the process economic development of the member countries..."⁷⁹ even when at first sight it is clearly economically oriented the decision to consider the situation of human rights can fit in that purpose. Authors like Amartya Sen have tried to make economists understand that the situation of human rights does have an impact in the economic situation of countries.⁸⁰ This is being recognized by the international financial institutions, especially by the World Bank.⁸¹ But the IDB, trough the concept of governance, has also started to get involved on issues that it would usually not even consider such as the situation of women in the Americas.⁸² The President of the IDB has recognized the importance of the concept of human rights.⁸³ As the IDB gets involved in more projects of modernization of the state and on issues of development it will have to consider the situation of human rights in those countries even if it tries to avoid the name of human rights it cannot avoid them. The complex reality of the region and the intertwined problems⁸⁴ will make that the IDB will regularly be facing human rights problems.

This is were I see a possible partnership between the Commission and the Bank it must be remembered that when the Council of the OAS created the IDB it determined that it would be an independent body but it would try to collaborate with other institutions of the OAS.⁸⁵ The mutual benefits that both institutions would gain is obvious, the IDB would obtain reliable information on the situation of human rights in countries that is considering financially. The Commission on the other hand would gain probably a higher level of compliance. By the dialogue in which the IDB

78. The IMF for example has to respect the political and social policies of its member states. See *supra* note *Id.* page 417.

79. Agreement Establishing the Inter-American Development Bank, article I section 1.

80. See Sen, Amartya, *On economic inequality*, Oxford, New York, 1997.

81. See World Bank, *Development and human rights: the role of the World Bank*, Washington D.C., 1998.

82. See *supra* note 13, Exposición de la Profesora Rebeca Cook, page 114.

83. See the speech the President gave to the VII Summit of the Americas in <http://www.iadb.org/EXR/Speeches/Demoet.htm>

84. See *supra* note 77.

85. See OEA, Consejo de la Organización de los Estados Americanos, Vol. XI, Enero-Diciembre de 1958, page 133.

would engage with government officials it would influence the level of compliance with the Convention. This would contribute to internalize the norm at the political level. But also at the grass root level, the IDB is financing many social projects where local communities are the beneficiaries.

Both institutions have started to create links between them,⁸⁶ the IDB is willing to finance certain promotional projects of the Commission. Even though this is important and another contribution to the internalization process, it seems that it would have a higher impact in the policies of government toward human rights if the IDB took into consideration the different reports that the Commission issues.

To see if this partnership is possible and if it occurring now I consider the 1997 Annual report of the Commission and see the projects that are being fund by the IDB in those countries on which the Commission has examined the human rights situation.⁸⁷

In relation with Guatemala the Commission affirms that the situation of due process and fair trial is of concern. The IDB is financing a project on the Reform of the Administration of Justice. Unfortunately that information cannot be reviewed so it is not possible to assess if there is a similar judgment of the situation and therefore the resources are being allocated properly to solve the problem that the Commission has seen as important for the enjoyment of the rights protected in the Convention.

Another right that is of concern for the Commission in Guatemala is freedom of expression. Even when the Commission recognizes improvements they take into consideration the fact that newspaper are threaten and there are cases of murder of journalist. The IDB is not financing any project on freedom of expression.

The Commission manifests its concern on the fact that women are underrepresented in the political sphere. A similar concern exist in the IDB, it is financing a project on the role of rural women in the consolidation of democracy. I faced the same problem than with the Administration of justice project. After this rather superficial survey of how both institutions are dealing with Guatemala it seems that there is much room for a partnership between these two institutions.

The next country in the Commissions annual report is Haiti. The IDB is also financing projects in this country. However the focus of both institutions seems rather different. IDB seems to focus on its traditional

86. See *supra* note 13, Exposición del Embajador Donaldson, page 110.

87. All the information regarding this section on Annual Reports of the Commission and the Projects financed are taken from the Web page of both institutions.

mandate. Most of the projects that it is financing are of an infrastructure character. However there is an interesting project that focuses on decentralization. The report of the Commission focuses on administration of justice and the situation of the prison. This situation is a rather extreme one, so it does not help to see the possible ways in which such a partnership could work. Having said that there are areas in which some collaboration could be seen, for example the decentralization project of IDB is trying to strengthen local institutions among them should be included courts and tribunals.

The last country on the Annual Report of the Commission is Peru. The concerns of the Commission in this country are conditions of detention, torture, impunity, the attacks against freedom of expression and on general problems of the rule of law. The IDB is financing at least 47 projects in Peru, of them only one is concerned with one of the concerns of the Commission, namely, administration of justice.

V. CONCLUSION

After reviewing the Commission in light of the three theories of compliance it seems that the Commission has much to do in order to have a higher impact in the reality of the states of the region. Many of the factors that could produce such a change are beyond its capacity. The different actors must play their role in order to have a significant change in the region.

The NGOs should engage in a serious effort to invoke nationally in their daily jobs the reports of the Commission. They should call to the attention of judges and the media the reports that the Commission has issued on the situation of human rights in their countries. The different agencies that are involved in technical assistance in relation with the Convention should also consider disseminating in those sessions the reports of the Commission, making the participants discuss and understand them.

The IDB can play a significant role in making states take seriously the reports of the Commission, it can also benefit from the expertise of the Commission. The Commission in order to be considered seriously by the IDB and the states must be professional when preparing a report and should rise the level of its staff.

The Commission has taken serious measures to become a more fair body however there are still areas in which it could provide more transparency enhancing this way its legitimacy in the eyes of states and the victims.

I believe that the Commission has come a long way since it was created by a resolution, it has enhanced its legitimacy by becoming a treaty body, also its policy of more transparency contribute to this. It has become a professional organ, resisting political pressures and being committed to its mandate of defending human rights in the region. The Commission should explore possible partnerships with all organs that may allow it to expand its field of influence, this will be in the interest of the people for which this body was created.

INDICE

CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y DESPLAZAMIENTO FORZADO: ¿QUÉ PROTECCIÓN?

Rafael A. PRIETO SANJUÁN*

RESUMEN:

Como producto de los conflictos armados, en particular de los conflictos no internacionales, se han observado considerables masas de población que han tenido que abandonar su residencia y sus bienes. Solamente aquellas que logran refugiarse en otro país pueden aspirar a una protección especializada, por la vía del derecho internacional de refugiados. Sin embargo un gran porcentaje de las personas afectadas por una guerra interna, por razones geográficas o económicas, no tienen otra opción que desplazarse al interior del mismo teatro de hostilidades.

El problema del desplazamiento forzoso al interior de su propio país avvicina los treinta millones de personas en el mundo, y la cifra no presenta tendencia alguna a su disminución. La situación actual de Colombia es patética al respecto, de hecho cerca de millón y medio de personas se han visto obligadas a huir de la violencia armada entre las partes en el conflicto que desangra al país.

Las respuestas institucionales y normativas, en los planos interno e internacional, no parecen hasta ahora suficientes para contrarrestar este fenómeno. Debemos rescatar sin embargo, la preocupación que sobre este tema se ha despertado en este último quinquenio en los dos planos enunciados. De una parte, el legislativo colombiano aprobó el proyecto de ley que instaura el *Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*, y de otra parte, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU internalizó los *Principios Rectores relativos al Desplazamiento de personas al interior*

* Abogado. Doctorante en Derecho, Universidad Panthéon-Assas (París II), D.E.A. en Derecho internacional público, *id.*, y en Estudios latinoamericanos (ciencia política), IHEAL – U. Sorbonne-Nouvelle (París III).

de su propio país. La principal diferencia entre la norma nacional y los principios internacionales reside en su exigibilidad. Si la ley colombiana es oficialmente obligatoria, los principios internacionales son ante todo una guía, lo que no impide que un buen número de ellos, sean jurídicamente obligatorios por tener como origen el derecho internacional convencional o consuetudinario.

Por el interés de la actualidad del desplazamiento forzado, y de las respuestas ofrecidas –de las cuales Colombia constituye, desafortunadamente, un laboratorio ideal– este artículo se interesa en la protección normativa de las víctimas del conflicto armado, y analiza la interacción entre la ley colombiana y los principios internacionales. Después de una aprehensión rápida del conflicto armado en Colombia, en una primera parte se estudia el estado actual de protección nacional e internacional relativa a las personas desplazadas; en una segunda parte, se procede al análisis comparado de la normatividad específica, a los principios generales, a la prohibición del desplazamiento y al tratamiento de que deben gozar las personas afectadas por ésta. Podremos observar que, en tratándose de la dignidad humana, la universalidad de ciertos derechos no puede tener fronteras.

INTRODUCCIÓN

“Muchos colombianos han perdido su centro: el centro de sus afectos, el centro de sus querencias, el centro de su hogar y su tierra. No tienen norte. Andan, desplazados y errantes, perseguidos por la violencia, incitados por los diversos actores del conflicto, perplejos ante un horizonte que se aleja con cada paso”.¹ Efectivamente, y pese a que el desplazamiento interno en Colombia –y en el mundo–² por razones ligadas al conflicto armado no es cosa nueva, este fenómeno ha alcanzado en la actualidad cifras críticas. Se estima así, que cerca de millón y medio de personas se encuentran desplazadas en Colombia³ a raíz de una guerra que llega a su paroxismo al alba del nuevo milenio.

1. Strouss de S., Jacquin, en PRESIDENCIA de la República, *Los Desplazados. Esa Colombia que no podemos ignorar*, Imprenta Nacional, Santafé de Bogotá, 1997, p. 7.

2. No obstante los problemas de definición y metodología de cuantificación de la población desplazada al interior de su país, se presume que existen unos treinta millones de personas afectadas por este problema. Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR, UNCHR o HCR) la población desplazada en África es de unos 16 millones, de unos 7 en Asia, 5 en Europa y otros 3 en el continente americano. HCR, *Les Réfugiés dans le monde 1997-98*, La Découverte, París, 1997, p. 105.

3. En julio de 1998, el Gobierno afirmaba ocuparse de 340.000 personas desplazadas, mientras que año y medio atrás (principios del '97), según cifras del CINEP y de Justicia & Paz, la población desplazada ya pasaba del medio millón (v. *El Espectador*, 23 y 27 de

Remontando en el pasado tenemos que los antecedentes más cercanos al fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia se encuentran en el período conocido como *La Violencia*. A mediados de este siglo que termina, la lucha entre los dos partidos tradicionales era el reflejo patético de lo que Clausewitz llamó la guerra como continuación de la política por otros medios.⁴ En efecto, se estima que cerca de trescientas mil personas murieron a causa del enfrentamiento exacerbado entre conservadores y liberales, y que otros dos millones de individuos fueron despojados de sus tierras.⁵ Con la institución del *Frente Nacional* la alternancia del poder, si bien es cierto atenuó radicalmente la violencia bipartidista, igualmente significó la exclusión de otros sectores –que por cierto nunca habían tenido un verdadero protagonismo. El hecho es que, de entre ellos surgió un movimiento insurreccional que, con sus diferentes vertientes y manifestaciones, dura hasta nuestros días.

Ahora bien, si a partir de los años setenta, hasta principios de los noventa, el Estado colombiano adoptó medidas cada vez más represivas dentro del marco de estados de excepción para contrarrestar el avance de la guerrilla, ésta se multiplicó en movimientos, frentes, unidades y hombres, sin tener verdaderamente la capacidad para tomarse el poder. Ante la situación de empate militar, surge un tercer actor: los paramilitares, que en el caso colombiano pretenden suplir la carencia de fuerza (policia-militar) cuyo único titular debe ser el Estado. No obstante, tanto guerrilleros como paramilitares –unos y otros, aliados ocasionales o circunstanciales del narcotráfico– son considerados como movimientos al margen de la ley, por lo que deben ser combatidos por el Estado, pero ante la magnitud del conflicto, sólo parece viable una salida negociada entre los actores del conflicto.⁶

julio de 1998); la CODHES (v. Boletín N° 5) y el ACNUR de su parte, la estimaba en más de 900.000 a mediados de 1997 (*op. cit.*, p. 109). Según la Conferencia Episcopal y la COHDES, uno de cada 50 colombianos se encuentra desplazado, de los cuales el 55% son menores de edad (más de 600.000 niños!) y el 53%, mujeres (v. *Revista Semana*, N° 841, jun. 15 de 1998). Las últimas estadísticas indican que para 1998, otras 308.000 personas habrían sido obligadas a abandonar sus hogares. *Cfr.* COHDES y SISDES, citados por *El Espectador*, 17 de febrero de 1999. En suma, con más de un millón de personas desplazadas, Colombia ocupa el cuarto lugar, después de Sudán, Afganistán y Angola.

4. “La guerra es una simple continuación, por otros medios, de la política” –Clausewitz, Carl von, *Arte y ciencia de la guerra* (trad. R. Ormazábal), México, Grijalbo, 1972, p. 31.
5. *Cfr.* HCR, *op. cit.*, N° 2, p. 110.
6. Con el traspaso constitucional del poder ejecutivo el 7 de agosto de 1998, se asiste con renovada esperanza al intento de negociaciones de paz; situación característica de un ciclo bien conocido al inicio de cada uno de los últimos períodos presidenciales, pero que en esta ocasión parece contar con nuevos elementos (participación de la sociedad civil y de la comunidad internacional, por ejemplo).

Siendo lo anterior apenas un bosquejo bastante esquematizado de la problemática general de la violencia armada en Colombia,⁷ su incidencia sobre el desplazamiento ha aumentado exponencial y dramáticamente en los últimos años.⁸ En su mayoría se trata de campesinos de los cuales muchos pertenecen a las poblaciones negras e indígenas que se encuentran en el fuego cruzado entre las partes en conflicto. Como estrategia o como táctica, aquellas personas resultan ser sus víctimas directas, obligándolas a huir a otras partes del país, o dándoles casualmente de baja en una acción armada, o directamente, al considerarlas colaboradoras del enemigo. En la fuga se observa un carácter particularmente “discreto”, silencioso y en radios concéntricos hacia el exterior. Primero hacia lugares próximos, del campo o de la selva a los caseríos, de éstos a los pueblos, y de los pueblos a las ciudades. Si la iniciativa continúa a ser en su mayor parte individual o por pequeños grupos, últimamente se asiste a la llegada masiva de personas que engruesan los tugurios ciudadanos.⁹

Señalemos que hasta el momento el desplazamiento forzado guarda un carácter interno por razones esencialmente geográficas y económicas. Sin embargo, en las zonas de frontera con Panamá,¹⁰ Venezuela y Ecuador el problema podría complicarse y adquirir dimensiones verdaderamente internacionales en el caso de provocar un fenómeno de refugiados” –tema que no abocaremos por sobrepasar el campo de este estudio. Examinemos más bien, primero, las normas de protección general y especializada a nivel nacional e internacional (I) antes de analizar su interacción (II).

7. Cfr. Obregón, Liliana, y Stavropoulou, Maria, “In Search of Hope: The Plight of Displaced Colombians”, R. Cohen y F.M. Deng (Eds.) *The Forsaken People*, Brookings, Washington, 1998, pp. 399-453.

8. En 1992 se estimaba el número de la población desplazada entre 90.000 y 150.000 personas. Cfr. Rojas, Jorge E. (comp.), *Desplazamiento, derechos humanos y conflicto armado*, Codhes, Bogotá, 1993, p. 117. Pese a la inexistencia de un método fiable de cuantificación y evolución del problema, dichas cifras, comparadas con las actuales, significarían que en 6 años la población desplazada habría aumentado diez veces (v. *supra*, N° 3).

9. Según el SISDES (Sistema de Información sobre Desplazamiento Forzado y Derechos Humanos) el 21% de la población desplazada en 1998 –aproximadamente 65.117 personas–, huyeron en forma de “éxodo en masa”, ante situaciones de violencia tales como masacres, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas, amenazas y ataques aéreos (por cada persona asesinada en una masacre o en una cadena de asesinatos selectivos, se habrían desplazado colectivamente unas 78 personas). El éxodo más grave fue el de cerca de 10.000 pobladores del Sur del Departamento de Bolívar hacia centros urbanos de la región, especialmente hacia Barrancabermeja, como consecuencia de la acción de grupos paramilitares que anunciaron la “recuperación” de esa zona del país (v. *El Espectador* del 17 de febrero de 1999).

I. PROTECCIÓN NORMATIVA GENERAL Y ESPECIALIZADA

A. Medidas nacionales de protección de los derechos humanos

Cabe destacar que la misma crisis política y de legitimidad, así como una cierta presión internacional han conducido a la Colombia de este decenio a adoptar una serie de mecanismos relativos a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Así entonces, con la nueva Constitución de 1991 se consagraron al más alto nivel los derechos humanos –hasta los denominados de “tercera generación”–¹² y se estableció la superioridad de las normas internacionales en la materia (Art. 93, C.N). Paralelamente al desarrollo institucional de mecanismos de protección de derechos fundamentales¹³ se ha aceptado la mediación de organizaciones no gubernamentales (ONG) e intergubernamentales, como la del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACDH), y se han creado organismos especializados para atender las personas perjudicadas por el conflicto armado.

-
10. El ACNUR nota con preocupación cómo en dos oportunidades (nov. 1996 y abril 1997) las autoridades panameñas expulsaron centenas de refugiados hacia Urabá (*op. cit.*, N° 2, p. 111), lo que iría en contra del principio de *non refoulement*.
11. Situaciones de migración o desplazamiento masivos han influido en la evolución misma del concepto de seguridad internacional. *Cfr.* Consejo de Seguridad, doc. S/PV.3046, 31 de enero de 1992, o PNUD. *Reporte Mundial sobre el Desarrollo Humano*, 1994. Según algunos autores, un flujo de refugiados podría incluso provocar la responsabilidad del Estado. *Cfr.* Gowland-Debbas, Vera, “La responsabilité internationale de l’État d’origine pour les flux de réfugiés”, SFDI, *Droit d’asile et des réfugiés*. Ed. Pédone, Paris, 1997, pp. 93-131, o Czaplinski Wladyslaw y Sturma, Pavel, “La responsabilité des États pour les flux de réfugiés provoqués par eux”. *AFDI* 1994, pp. 156-169.
12. Se encuentran constitucionalmente consagrados, y son de aplicación inmediata (Art. 85 C.N.) los derechos a la vida (Art. 11), a la no desaparición forzada y torturas (Art. 12), a la igualdad (Art. 13), al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14), a la intimidad y al buen nombre (Art. 15), al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16), a no ser objeto de esclavitud ni de toda forma de servidumbre (Art. 17), a la honra (Art. 21), de petición (Art. 23), a un debido proceso (Arts. 29, 30, 31, 33), de reunión (Art. 37), y a elegir y ser elegido (Art. 40); las libertades: individual e inviolabilidad del domicilio (Art. 28), de conciencia (Art. 18), de cultos (Art. 19), de expresión (Art. 20), de tránsito (Art. 24), de profesión u oficio (Art. 26), y de enseñanza (Art. 27); y en fin, la prohibición de penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (Art. 34). Otros derechos como el derecho a la familia, el trabajo, la salud, la educación, y el disfrute de un ambiente sano, bien que de carácter constitucional, necesitan de una ley que los desarrolle.
13. Se trata en particular del art. 86 que consagra la *acción de tutela*, por medio de la cual toda persona puede “reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”. Regl. en los decretos 2591/91 y 306/92.

Ante el incremento del fenómeno del desplazamiento forzoso por causas relacionadas con la situación de violencia que vive Colombia, el Gobierno decidió incluirlo dentro del Plan Nacional de Desarrollo, mediante la elaboración de un documento que estableció un esquema institucional embrionario y un marco jurídico para el desarrollo de unos objetivos fundamentales.¹⁴ Entre tanto, la confrontación armada se recrudecía, y los problemas de orden presupuestal y financiero, no facilitaban su aplicabilidad. Se conformó sin embargo una Comisión de Trabajo (subdividida en Comisiones, integradas por diversas entidades nacionales y descentralizadas, por la Iglesia, varias ONG, y algunos organismos internacionales como la Organización Internacional para las Migraciones y la Cruz Roja)¹⁵ para hacer una primera evaluación del Programa de Atención a la Población Desplazada por la Violencia (en adelante, APDV) y desarrollar el sistema de información y seguimiento en él previsto.¹⁶

En cuanto al apoyo material, la única iniciativa gubernamental que hasta el momento podía cubrir algunas necesidades de las personas desplazadas, sin tratarlas como categoría específica, era la *Red de Solidaridad Social* de la Presidencia.¹⁷ Esta dependencia, en su atención a las víctimas de la violencia provee una ayuda a quienes han sido víctimas de atentados terroristas, ataques guerrilleros, combates y masacres. De otra parte, se equipara el desplazamiento forzado por la violencia a los desastres y calamidades naturales, incluyéndolo en las necesidades que debe atender el *Fondo Nacional de Calamidades*.¹⁸ En fin, a través del *Fondo de Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado* (Ley 333 de 1996 sobre la Extinción del Dominio), se destina la mitad de los recursos y rendimientos financieros de la administración o extinción de los bienes objeto de ésta, a la atención de la población desplazada.¹⁹

Desafortunadamente, como lo señala el ACNUR, estas iniciativas padecen todavía de falta de recursos, de personal, de autonomía y de autoridad

14. Departamento de Planeación Nacional, doc. CONPES 2804, aprobado el 13 de septiembre de 1995.

15. Es importante notar el rol que han jugado las ONG en el problema de los desplazados en Colombia. Así por ejemplo, el de la Iglesia que en 1995, por intermedio de la Conferencia Episcopal Colombiana, hizo una primera evaluación detallada del problema: *Derechos Humanos, desplazados por violencia en Colombia. Investigación sobre Derechos Humanos y desplazamiento interno en Colombia*, Bogotá 1995. V. también los trabajos del CINEP o del COHDES (*supra* N° 3) – abstracción hecha de la ayuda que sobre el terreno ofrecen otros organismos (p. ej.: el Programa de Desarrollo y Paz del Magdalena Medio).

16. Directiva Presidencial N° 02 del 18 de marzo de 1997.

17. Decreto 444 de 1993, Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995.

18. Decreto 976 del 7 de abril de 1997.

19. Decreto 1458 del 30 de mayo de 1997.

necesaria para poner en práctica políticas eficaces para responder al fenómeno del desplazamiento forzoso.²⁰ Consideramos que sería necesario un examen más detallado sobre la evolución de dichas medidas para concluir sobre su eficacia. Sobre todo, si se tiene en cuenta el cambio de Administración, el impacto que regularmente han causado éstas en el subcontinente latinoamericano, y la situación extremadamente sensible que desbordó al anterior Gobierno, pero que paradójicamente encadena con un renovado intento de diálogos de paz (v. *supra*, n. 6). Nuestro objetivo en las páginas que siguen se limitará al análisis de ciertos principios de derecho internacional que vendrían a influir u operar una cierta simbiosis con el derecho interno, para el caso específico, el colombiano, y en particular, con la Ley 387 de 1997 “[p]or la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”.²¹

La Ley 387 de 1997 (en adelante la ley colombiana, o simplemente la ley) instauro el *Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* (Título II, en adelante, SNAIPDV), que comprende dos ejes principales, uno relativo a los recursos, y otro a las entidades encargadas de hacer frente al problema, o mejor, de desarrollar las estrategias de prevención, atención inmediata, y de consolidación y estabilización socioeconómica.

El recurso informativo será asegurado por la *Red Nacional de Información sobre Población Desplazada por la Violencia*;²² el estratégico, por la elaboración del *Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* (Cap. II, secc. 1), y en la coordinación de los recursos financieros, el encargado será el *Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* (Cap. III).²³

20. *Op. cit.* N° 2, p. 111.

21. En seguimiento de las instrucciones de la Directiva Presidencial N° 02 (v. *supra*, N° 16), se presentaron los *protocolos* de atención en las fases de emergencia, de atención humanitaria, y de consolidación y estabilización al primer CONPES. Así, de su actualización y adecuación, conocido como segundo CONPES (28/N/97) nace el proyecto de ley, aprobado el 18 de julio de 1997 (v. *Diario Oficial* N° 43091, y *Gaceta del Congreso* N° 292/97), y que daría el salto cualitativo del “Programa” a “Sistema”.

22. Sección 2 del capítulo II. La Red absorbe en ese sentido las labores que sobre la materia venía realizando la Dirección Nacional para la Atención de Desastres en colaboración con la Consejería Presidencial para los DD.HH, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz y la asesoría técnica de la OIM.

23. El objeto de dicho fondo es el de financiar y cofinanciar los programas de prevención, atención, humanitaria de emergencia, retorno, estabilización y consolidación socioeconómica, así que la instalación y operación de la Red Nacional de Información (Art. 22).

A nivel nacional las entidades competentes son, el *Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*, que constituye el “órgano consultivo y asesor, encargado de formular la política y garantizar la asignación presupuestal de los programas que las entidades responsables del funcionamiento del SNAPDV, tienen a su cargo”.²⁴ La coordinación, desarrollo y operación del Sistema Nacional de Información y AIPDV corresponde a la *Consejería Presidencial para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*.²⁵ A nivel regional el Gobierno Nacional deberá promover la creación de los *Comités departamentales, distritales o municipales de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* (Art. 7).

B. La protección internacional de los derechos de la persona humana

Lo que se conoce como personas desplazadas internas no dispone en términos internacionales de una protección unificada y menos aún, definida de manera inequívoca. La razón principal se debe al voluntarismo estatal, desconfiado de toda tentativa exterior de intromisión en sus “asuntos internos”.²⁶ Lo anterior no significa por tanto que, las personas cuyo desplazamiento ha sido forzado al interior de las fronteras de su país, se encuentren desprotegidas de toda protección a nivel internacional.

Se sabe que organismos privados como el Comité internacional de la Cruz Roja, o intergubernamentales, como los de la familia de la ONU (ACDH, ACNUR,²⁷ PNUD, UNICEF, PAM) o de la Unión Europea, cooperan según su competencia, y en coordinación con el Estado afectado y diversas ONG, con asistencia técnica, material y financiera, a las personas desplazadas forzosamente. ¿Cuáles son sin embargo las respuestas jurídicas al fenómeno del desplazamiento interno? Si bien es cierto, que las personas desplazadas constituyen una categoría especial, ellas no están excluidas del sistema de protección general y regional de derechos humanos, y en particular del derecho humanitario, en caso de conflicto

24. Tít. II, Cap. I, Art. 6, 1^o inc.

25. Decreto 1165 del 28 de abril de 1997.

26. Término que debe ser relativizado según el Gobierno del que se trate, así que de la concepción y evolución del llamado *dominio reservado* de los Estados. Cfr. Carrillos, Juan A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

27. El Gobierno colombiano ha hecho la petición oficial para que en términos de su mandato —que debe otorgar la Asamblea General— el ACNUR abra una oficina de carácter permanente en el país. A la espera de una respuesta positiva éste lleva a cabo algunas actividades puntuales de difusión y capacitación.

armado. Tanto los tratados vigentes, como las obligaciones de carácter general (consuetudinario) exigen de los Estados un determinado comportamiento, para el caso en particular y como primera medida, el tratamiento humano de su población. Veamos brevemente los principales instrumentos aplicables, antes de tratar la tentativa de instaurar un régimen internacional especializado de personas desplazadas internas.

Por medio de tratados internacionales a vocación universal se ha venido desarrollando y afirmando un régimen internacional de derechos humanos, de donde ciertas normas pueden revestir un carácter general e imperativo que ligaría incluso a los Estados no contratantes. Nos concentraremos sin embargo, en la única fuente formal en sentido estricto, es decir en los tratados como instrumento jurídicamente exigible a los Estados que los habrán ratificado. Los tratados de *derechos humanos* son instrumentos jurídicos de protección de la dignidad del ser humano, que desde 1945 la sociedad internacional se ha comprometido a promover, respetar y defender. Citaremos en orden cronológico y progresivo aquellos que por su importancia y contenido serían aplicables al desplazamiento forzoso: el Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966); así como las Convenciones sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), contra la Tortura y otros tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes (1985), y sobre los Derechos del Niño (1989).

Junto a los tratados a vocación universal, de los cuales algunos han recogido un número bastante importante de adhesiones, los instrumentos regionales vienen a reforzar los primeros tomando en consideración ciertas especificidades regionales para hacer frente a particularismos a veces bien marcados. En lo que toca al continente americano, el principal instrumento es la Convención Interamericana de Derechos Humanos o "Pacto de San José" (Costa Rica) de 1969, y su Protocolo adicional o de "San Salvador" (El Salvador) sobre Derechos económicos, sociales y culturales de 1988. Siguiendo la lógica temática de ciertos aspectos particulares de protección de los derechos humanos,²⁸ debemos resaltar

28. Aparte de las visitas realizadas *in situ* por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta encargó a uno de sus miembros, el profesor Robert K. Goldman, para presentar la ponencia sobre este fenómeno en el hemisferio americano. Desafortunadamente su tarea se ha visto limitada por falta de atención y recursos de la misma OEA. Más interesante resulta el trabajo que viene realizando la Consultoría Permanente sobre Desplazamientos Internos en las Américas (CPDIA), creada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y que integra representantes del ACNUR, del PNUD, de la UNICEF, del PAM, de la OMI, de la Comisión IADH y del Instituto; así que algunas ONG. Esta composición mixta ha permitido la implantación de un sistema híbrido de investigación, coordinación y asistencia. *Cfr.* Cohen, Roberta, y Deng, Francis M., *Masses in Flight. The Global Crisis of Internal Displacement*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 1998, pp. 229-232.

que en el sistema interamericano se ha logrado la firma de instrumentos especializados como la Convención para prevenir y sancionar la tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985), contra la Desaparición forzada, o para Prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, estas dos últimas adoptadas por la Asamblea de la OEA en Belem do Pará (Brasil) en 1994.

En cuanto a las normas de *derecho internacional humanitario* si bien es cierto que tratan igualmente de la dignidad del hombre, éstas tienen la particularidad de aplicarse en situaciones de conflicto armado. Abstracción hecha de los métodos y medios de combate, o denominado derecho de La Haya, lo esencial del derecho humanitario se encuentra reunido en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos adicionales de 1977. Lo que interesa para nuestro estudio son aquellas normas aplicables a un conflicto armado interno, es decir, el artículo tercero común de las primeras y el Segundo Protocolo adicional.

El artículo 3° en mención constituye a el solo “una convención dentro de otra”, o la síntesis misma del derecho humanitario, como usualmente se dice. En efecto, se trata de la obligación de tratamiento humano a aquellas personas que no participan o que no participan más en las hostilidades. Evidentemente, sin nombrarlas, dicho tratamiento debe beneficiar a las personas desplazadas en la medida que son víctimas, y no partes, del conflicto. En esa misma lógica, el Protocolo II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales constituye el desarrollo normativo del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra. El único límite de aplicación del Protocolo II consiste en la exigencia hecha a la organización armada opositora y a la intensidad del conflicto,²⁹ pero nada obsta para que ciertas normas contenidas en él sean obligatorias por su solo carácter consuetudinario, o imperativo.

En fin, notemos que existe un régimen, aunque imperfecto, especializado en *derecho de refugiados*, el cual nos interesa particularmente en razón de ciertas analogías que pueden aplicarse a los desplazados al interior de su país. Sin embargo, el rasgo del desplazamiento forzado que les es común, encuentra su principal diferencia en el límite geográfico. En el caso de los desplazados internamente se trata de personas que no han salido de las fronteras de su país, quienes por razones esencialmente económicas y de voluntarismo estatal, no tienen en principio, otro derecho a reivindicar que aquel que el Estado quiera reconocerles. Toda

29. Efectivamente, debe tratarse de conflictos que han alcanzado un nivel de intensidad importante, y donde el movimiento insurreccional posee una organización capaz de adelantar operaciones concertadas sobre una parte del territorio y de aplicar el Protocolo -Art. 1, párr. 1 (*in fine*) y 2.

tentativa de transposición automática del derecho de refugiados a la situación de desplazados debe entonces ser examinada cuidadosamente.

Asumiendo que los Estados por vía convencional o consuetudinaria, se ven obligados a respetar y garantizar los derechos de las personas bajo su jurisdicción, ante el número creciente de población desplazada, cuál sería la pertinencia de un *régimen especializado*. Las posiciones sobre la conveniencia de un tal régimen son dos. De una parte, quienes consideran que los instrumentos actuales de protección son insuficientes, y por ende hacen necesaria la instauración de un régimen análogo al derecho de refugiados, pero especializado en la población desplazada al interior de su país, y de otra parte, por el contrario, aquellos que piensan que las normas existentes (en DD.HH y DIH) son suficientes y que sólo basta su aplicación efectiva.³⁰ Consideramos que si bien, la última tesis es más tentadora jurídicamente,³¹ además porque difícilmente los Estados aceptan ceder en sus prerrogativas de poder público, las normas existentes están dispersas y no son fácilmente identificables.³²

Ante esta situación, el Secretario General de las Naciones Unidas nombró su Representante para los asuntos relativos al problema de las personas desplazadas al interior de su país. En el cargo que ocupa hasta ahora el Sr. Francas Deng, en colaboración con un equipo de especialistas en derecho internacional, se inició la tarea de compilar y analizar las normas jurídicas que tocan el problema, llegando a la conclusión de que éstas no cubrían todas las situación de desplazamiento interno, ni proveían una protección adecuada a las poblaciones víctimas de éste.³³

De la *Compilación y Análisis* presentado, la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General solicitaron al Representante del Secretario General la elaboración de un marco de protección,³⁴ lo que lo llevó a proponer una serie de principios con base en su trabajo de investigación sobre la normatividad existente, la práctica contemporánea,

30. Podríamos incluir una tercera posición que pregona la necesidad de un cuadro jurídico global que cubra todas las formas de desplazamiento. *Cfr.* Petrasek, D., "Internally displaced persons: the need for new standards" (sin publicar) citado por HCR, *op. cit.*, N° 2, p. 127.

31. Partidario de la última tesis (prioridad al desarrollo y difusión del derecho humanitario), el CICR nota que "las personas civiles que son, en principio, los desplazados internos, están protegidos, antes, durante y después de su desplazamiento, por todas las reglas que protegen los civiles en una situación de conflicto armado". En "El CICR y las personas desplazadas en el propio país", *RICR*, N° 128, marzo-junio 1995, p. 209).

32. La adopción de una declaración de principio o de un código de conducta, que reagruparía las "nuevas normas" y aquellas ya existentes en un solo documento, tendría ciertamente la posibilidad de referirse a un solo instrumento, pero la desventaja, acaso no, de debilitar el contenido de las normas humanitarias, sí, de caer posiblemente en debates estériles sobre su obligatoriedad.

33. *Compilación y Análisis de las normas jurídicas*, Doc. E/CN.4/1996/Add. 2, párr. 5-14.

34. Véanse las Resoluciones 50/195 de dic. 22 de 1995, y la 1996/52 de abr. 19 de 1996.

en especial de las crisis más recientes, y como lo veremos, a proponer un verdadero desarrollo del derecho internacional en la materia,³⁵ lo que puede ser al tiempo una virtud y un defecto si se piensa en la aceptación general de los mismos por parte de los Estados. De todos modos lo que resulta interesante de analizar es la interacción entre los principios propuestos y la legislación en Colombia, que infortunada paradoja, ofrece un verdadero laboratorio jurídico en materia de desplazados a causa de las hostilidades de las cuales su territorio es el teatro.

II. IMBRICACIÓN DE LA PROTECCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

Si bien es cierto que las normas de protección de las personas desplazadas se encuentran dispersas en diversos regímenes especializados, como los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, el trabajo de F. Deng recoge incontestablemente varios principios que pueden inferirse del análisis de los regímenes en mención, y el deseo de llenar las lagunas existentes. Paralelamente, sobre el plano interno, el Gobierno colombiano ha adoptado medidas especializadas de protección a la población desplazada. Una de las diferencias entre los principios propuestos y la normatividad nacional es que aquéllos sólo constituyen, hasta el momento, una guía, un instrumento que sólo podría ser obligatorio mediando así su transformación en norma convencional (tratados) o por el ejercicio de uno de los subsistemas antes señalados; mientras que las normas con fuerza de ley son directamente exigibles al Estado, hablamos en suma de una exigencia jurídica inmediatamente operable, que concierne tanto a las personas encargadas de velar por su respeto, como a sus beneficiarios.

A pesar de la diferencia señalada, veremos que las disposiciones colombianas en materia de protección a los desplazados no difieren sensiblemente de los principios directores internacionales. En este trabajo no se trata de descifrar cuáles dieron origen a los otros,³⁶ sino de observar los puntos comunes, y de demostrar que al menos normativa-

35. CDH, 54ª ses., punto *d*) del orden provisional, aditivo: *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays* (Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 del 11 de feb. de 1998).

36. Cabe notar que en cumplimiento de la misión del Representante del Secretario General en Colombia, éste daba especial importancia a la experiencia –desafortunada– del país en el manejo del problema. V. “Derechos Humanos, éxodos masivos y personas desplazadas: los desplazados internos: estudio de casos de desplazamiento: Colombia” (Doc. E/CN.4/1995/50/Add.1, p. 3, párr. 8).

mente, existen principios internacionales (principios o principio “x” en adelante para referirnos a los Principios rectores) que han sido adoptados en la legislación colombiana, en particular por la Ley 387/97, que se sobrentenderá cuando nos refiramos a los artículos o al artículo “y”.

A. Principios generales de protección

Los principios de *igualdad y de no discriminación* están estrechamente unidos y constituyen el punto de partida a la puesta en escena de los demás. Así, tenemos que tanto el Principio (Ppio.) 1 (num. 1.) como el artículo 2, numeral 3, reconocen el derecho a no ser discriminado por el hecho de encontrarse en una situación o “condición social de desplazados, por motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física” (num. colombiano).³⁷ A estos motivos se agregan razones fundadas en “el color, el sexo, la lengua, (...) la creencia, la opinión política u otra, el origen nacional, étnico o social, el estatus jurídico o social, la edad, (III) la propiedad” (Ppio. 4.1). De hecho, tanto los principios directores (Ppio. 1.1) como la normatividad colombiana (Art. 2.2) giran en torno al respeto de los derechos y libertades civiles fundamentales en pie de igualdad en relación con el resto de la población del país, conforme a las obligaciones internas³⁸ e internacionales³⁹ del Estado.

Tanto el efectivo cumplimiento de igualdad y no discriminación, como el manejo global del fenómeno del desplazamiento forzado, recaen en primera medida, en cabeza del Gobierno nacional, como se puede apreciar al estudiar el conjunto de los principios y normas especializadas (por ejemplo el Parágrafo del Art. 1, y de manera concreta, el art. 3, bajo la vigilancia del Ministerio Público –v. *infra*. n. 40– y en concordancia con el Principio 3). La *responsabilidad del Estado* será mejor comprendida con la lectura de las páginas siguientes. Ahora bien, notemos por otra parte, que el respeto de los Principios directores, no incide jurídicamente

37. Sin embargo, el numeral 2 tiene el cuidado de aclarar que los principios directores no prejuzgan en nada la responsabilidad penal de las personas en virtud del derecho internacional, especialmente en caso de genocidio, de crimen contra la humanidad y de crimen de guerra”. Lo anterior en la eventualidad de que autores de crímenes horrendos pretendiesen la impunidad cubriéndose con un estatus de desplazado.

38. Comenzando por el art. 13 (derecho a la igualdad) de la C.N.

39. *Cfr.* Carta de las Naciones Unidas (Arts. 1.3, 13.1, 55.c y 76.c). Se trata de derechos reconocidos por la Declaración Universal de DD.HH (Art. 7) y consagrados por los dos Pactos (Arts. 2.1 y 2.2 respectivamente) que concuerdan entre otros, con las Convenciones sobre la Eliminación de discriminación racial, y la discriminación contra la mujer, o a nivel regional con los arts. 1 y 24 de la Convención interamericana de DD.HH. Lo mismo se desprende en DIH del tratamiento humano requerido en el art. 3.1 común de las cuatro Convenciones de Ginebra y de los arts. 2.1 y 4.1 del Segundo Protocolo adicional.

sobre el estatus de sus destinatarios (Ppio. 2, párr. 1), ni se debe entender como restricción alguna de los instrumentos de protección de derechos humanos o de DIH (Ppio, 2, párr. 2 y por interpretación extensiva del Art. 2, num. 2).

B. Contra el desplazamiento...

Se trata en general de las obligaciones sobre respeto de la persona humana, y en particular de la interdicción de desplazamientos forzados. Si bien es cierto que el problema de las personas desplazadas internas tiene su origen en la violación de los derechos humanos, la idea de que las obligaciones internacionales en esta materia poseen un carácter general o *erga omnes*, no es objeto de un consenso ni teórico ni práctico. De hecho, el voluntarismo estatal es muchas veces un obstáculo a la penetración de valores tradicionalmente impulsados por Occidente no solamente por cuestión de ideología o creencia, sino por el interés de salvaguardar de toda injerencia cuestiones que los Estados consideran como de su dominio reservado. Pese a ello, F. Deng reconoce en el Principio 5 que “[t]odas las autoridades y todos los miembros concernidos de la comunidad internacional [deben] respetar las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, particularmente los derechos humanos y el derecho humanitario, y asegura[r] su respeto en todas las circunstancias de forma que se pueda prevenir y evitar las situaciones de naturaleza que conlleve a desplazamientos de personas” (nuestra traducción).

Aunque la violación de dicho principio puede generar procesos de responsabilidad en virtud de las obligaciones previamente adquiridas por cada Estado, lo anterior desafortunadamente nos parece, que es menos la constatación de una práctica de la comunidad internacional, que un trabajo de política jurídica institucional. Sin embargo, hay que recordar que se trata de *principios* que buscan un lugar en el derecho internacional. Y es satisfactorio observar que al menos normativamente, el estado colombiano haya adherido al principio en cuestión –no sólo por la ratificación de los respectivos tratados– al reconocer por ejemplo, el rol preventivo del DIH (Art. 14.4) que deberá ser garantizado, coetáneamente al de los derechos humanos (Art. 20),⁴⁰ y a la atención humanitaria de emergencia (Art. 15, 2° inciso).

En cuanto a la interdicción particular de los desplazamientos forzados, el artículo 2, numeral 7, de la ley colombiana consagra el principio de que

40. “Corresponde al Ministerio Público (...) la guarda y promoción de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario de la población víctima del desplazamiento forzado, así como el control del estricto cumplimiento de las obligaciones asignadas a cada institución en el Plan”.

“[l]os colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente”.⁴¹ De su parte el Principio 6.1 estipula que “[c]ada ser humano tiene el derecho a ser protegido contra un desplazamiento arbitrario de su hogar o de su lugar de residencia habitual”.⁴² Ahora bien, si efectivamente es el Gobierno el primer responsable en la adopción de las medidas de prevención y protección de las personas desplazadas, o susceptibles de ser desplazadas, lo cierto es que el fenómeno del desplazamiento en Colombia, como lo decíamos al principio, es más bien discreto o indirecto. Es decir, generalmente viene de la propia iniciativa de quienes se sienten amenazados en su vida y bienestar. Pero también puede ser el resultado directo de la instrumentalización del desplazamiento como arma de guerra, como arma política,⁴³ o de intereses privados, que no vacilan en emplear métodos de violencia extrema con el fin de forzar la partida de los habitantes de un sector o una zona de asentamiento.

Habida cuenta de lo anterior, los Principios, a pesar de algunas limitaciones prácticas, gozan de una ventaja con respecto a la Ley, al hacer referencia al rol de “todos los otros grupos, individuos y autoridades concernidas en sus relaciones con las personas desplazadas al interior de su propio país”,⁴⁴ y no sólo al Estado como agente protector –o provocador– de desplazamiento. Pareciera que la ley colombiana no tuviera en cuenta el desplazamiento, muchas veces espontáneo y generalmente desorganizado, también provocado por agentes privados; en otras palabras, que sólo el Estado tiene obligaciones, y que a los particulares se les eximiera de sus deberes. A nuestra manera de ver, en más de una ocasión, entidades no estatales, con funciones militares o no, por la esencia misma del conflicto interno, se ven implicadas de manera directa o indirecta en los desplazamientos forzados. De dos cosas, una: o el Estado asume la responsabilidad total por el desplazamiento, o dos: continúa con el temor infundado de reconocer un status político a

41. Concordancia con el Art. 24 C.N (libertad de tránsito).

42. Se trata por una parte, de la libertad de residencia reconocida en la Declaración Universal (Art. 13.1) y garantizada por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Art. 12.1), por la Declaración y la Convención Americanas (Arts. 22.1 y 2.1 respectivamente), pero sobre todo de la obligación de DIH contenida en el Protocolo II, que prohíbe el desplazamiento forzado de civiles (Art. 17):

“1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”.

Cfr. Plattner, Denise, “La protección de las personas desplazadas en un conflicto armado no internacional”, *RICR*, N° 114, nov.-dic. 1992, pp. 600-614.

43. Sobre la instrumentalización política de los desplazados, v. *Revista Semana*, N° 854, sept. 14 de 1998.

44. Introducción, parágrafo 3, literal c).

actores privados. Sin reconocerles un status, ni despojar al Estado de su responsabilidad primera, examinando las normas de derecho humanitario, consideramos que dichos entes también están obligados, si no, a tomar las medidas con respecto al territorio que controlan, al menos a limitar las graves consecuencias de la guerra sobre la población civil,⁴⁵ sin que ello tenga como consecuencia un cambio de su condición jurídica.

Si bien es cierto que en la ley colombiana, la sección 3 (Art. 14), que trata de la prevención en general, y el artículo 8, de las acciones jurídicas y asistenciales de prevención de los Comités municipales, se esfuerzan en dar un concepto amplio a la prevención, los límites intrínsecos de operación en medio del conflicto, dificultan una protección eficaz contra el desplazamiento en Colombia. Es por ello que la tendencia generalizada se reporta básicamente a la situación de las personas una vez desplazadas, y no antes y durante su desplazamiento. Es lo que podríamos llamar medidas de reacción tardía. Frente a ello no queda más que asumir el rompimiento del equilibrio, o lo que es lo mismo, el desplazamiento por la fuerza, para conocer cuáles son los individuos que pueden aspirar a la condición jurídica de desplazado. El numeral 2 del Principio 6 circunscribe el *desplazamiento* a aquellos:

- a) que son la consecuencia de políticas de apartheid, de políticas de “limpieza étnica”, o de prácticas similares en que el objetivo o la resultante es la modificación de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada;
- b) que intervienen en las situaciones de conflicto armado, a menos que la seguridad de las personas civiles concernidas o razones militares imperativas no las hayan hecho necesarias;
- c) que se produzcan en el contexto de proyectos de desarrollo de vasta envergadura que no estén justificados por razones imperativas ligadas al interés público;
- d) que se operen, en caso de catástrofe, a menos que la seguridad y la salud de las personas concernidas no exijan su evacuación; y
- e) que son utilizados como un medio de castigo colectivo.

(traducción nuestra)

Al prohibir los desplazamientos forzados, la introducción a los principios directores define al *desplazado* así:

2. A los fines de los principios directores, las personas desplazadas al interior de su propio país son las personas o grupos de personas que han sido forzadas a huir o a dejar su hogar o su lugar de residencia habitual, principalmente en razón de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el hombre o para evitar

45. Interpretando los elementos objetivos de aplicabilidad material del DIH convencional en caso de conflictos armados internos (art. 3.1 común de las C.G., y art. 1° del Pro. II), se infiere la exigibilidad directa de sus obligaciones, también a entes no estatales.

los efectos, y que no han atravesado las fronteras internacionalmente reconocidas de un Estado (*nuestra traducción*).

A su turno, la Ley colombiana considera que un *desplazado* es:

toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público (Art. 1°).

Abstracción hecha de la condición de base, cual es la de no haber traspasado las fronteras nacionales, observamos que existen puntos comunes en la definición, como el hecho de que el desplazamiento puede producirse a nivel individual o colectivo, por motivos relacionados con una situación de conflicto armado, de violencia generalizada y de violaciones –“masivas”, insiste la ley colombiana⁴⁶ de los derechos humanos, incluidas (en la ley) aquellas de DIH. Lo que la norma colombiana excluye de su campo de protección, a diferencia de los Principios, es el concepto de desplazado por “catástrofes naturales o provocadas por el hombre o por evitar sus efectos”, por lo que podemos inferir que en este aspecto, el legislador colombiano adhiere a la reserva del ACNUR en cuanto a la noción de persona desplazada al interior de su país.⁴⁷

Cualquiera que sea el contenido del derecho a no ser desplazado forzosamente, la triste realidad es su constante violación, la cual debe ser, si no eliminada por la restitución en especie o el restablecimiento del derecho, al menos disminuida al máximo en sus consecuencias, mediante la adopción de medidas de protección *a posteriori*.

C. En caso de desplazamiento...

Se parte del principio general que las autoridades pertinentes hayan estudiado todas las posibilidades diferentes a una medida de desplazamiento, pero si éste es inevitable, debe hacerse lo posible por

46. Podríamos pensar que la ley colombiana demanda la existencia de violaciones “masivas” de DD.HH para cubrir con su protección a las personas forzadas de abandonar su hogar, pero esta alta exigibilidad es equilibrada al incluir dentro de la categoría de desplazado, también a aquellas personas forzadas a huir por “disturbios y tensiones interiores” así que “otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que pueden alterar o alteren drásticamente el orden público” (Art. 1, *in fine*).

47. Siguiendo en este aspecto la lógica del derecho de refugiados, pues se presume que las víctimas de desastres naturales gozan de la protección del Gobierno nacional, Cfr. UNCHR, *International Legal Standards Applicable to the Protection of Internally Displaced Persons* Ginebra, 1996, p. 2.

restringir al máximo el número de personas a desplazar y a limitar los efectos nefastos de la operación (Ppio. 7.1 –Concordancia con el DIH, v. *supra*, n. 42).

– Derechos y garantías fundamentales

De acuerdo con el derecho inherente a la vida, nadie puede ser arbitrariamente privado de ésta. Así, el Principio 10 (párr. 1) tiene el cuidado de recordar la prohibición de cometer –la amenaza o la incitación– uno de estos actos en particular:

- a) el genocidio;
- b) el asesinato;
- c) las ejecuciones sumarias o arbitrarias; y
- d) las desapariciones forzadas, incluido el secuestro o la detención no reconocida, cuando hay amenaza de muerte o muerte del hombre.⁴⁸

Frente a la tendencia creciente de utilizar el desplazamiento como táctica de guerra, el Principio 10 retoma en su parágrafo 2, especificando la condición de desplazados, la prohibición bien conocida en derecho humanitario de ataques u otros actos de violencia a la población civil,⁴⁹ en particular de:

- atacarla en tan que tal o indiscriminadamente (literal *a*);
- utilizar el hambre como método de combate (lit. *b*);
- utilizarla como escudos para proteger objetivos militares (lit. *c*);
- atacar los campos o zonas de instalación de desplazados (lit. *d*); y
- utilizar minas terrestres antipersonal (lit. *e*).

48. Tanto el régimen internacional de DD.HH. (p. ej. los art. 6.1 del Pacto, o 4.1 de la Convención americana) y de DIH (p. ej. los arts. 3.1.a común de las C.G., ó 4.2.a del Pro. II.) rechazan dichos actos. Podemos afirmar de otra parte, la existencia incluso de ciertos subregímenes especializados para hacer frente a tan lamentables comportamientos, *i.e.*, las Convenciones sobre la Prevención y la Represión del Genocidio de 1948, o la Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994.

49. Elemento central sobre la conducción de las hostilidades o denominado “derecho de La Haya”, cuya aplicación a los conflictos internos no sería reconocida por la sociedad internacional, y apenas de forma tácita, con la inclusión del artículo 3 común en las Convenciones de Ginebra. De manera expresa y formal, sólo el protocolo II estipula algunos límites a la conducción de las hostilidades en relación con la población civil (Tít. IV). Esto no significa que otras normas de DIH no sean aplicables a los conflictos internos, pues aunque no necesariamente escritas, existen obligaciones de carácter consuetudinario oponibles a las partes en conflicto. *Cfr.* la XIV. Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *Normas del DIH relativas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales*, San Remo, ITL., sep. 13-14 de 1989 y su Declaración anexa, aprobada por el Consejo del Instituto en Taormina, el 7/IV/90 (v. tx. en *RICR*, sept.-oct. 1990, p. 434-438).

La legislación colombiana por su parte, abstracción hecha de sus obligaciones internacionales e internas sobre el derecho a la vida,⁵⁰ presta especial atención a la protección y a la seguridad física de las personas desplazadas “con respecto de las cuales existan razones fundadas para temer por su seguridad”, a través de la Dirección General Unidad Administrativa Especial para los DD.HH del Ministerio del Interior, cuya evaluación se hará en estrecha colaboración con el Ministerio Público, la Iglesia y las ONG (Art. 29).

Considerar la protección física como salvaguardia esencial de las funciones vitales no basta, la vida debe entenderse de manera más amplia, como el derecho a cierta calidad de vida, o al respeto de sus derechos conexos y de las libertades fundamentales. Así, el Principio 11 mencionada el *derecho a la dignidad y a la integridad física, mental y moral* (párr. 1) y en concordancia con los regímenes de DD.HH y de DIH, busca proteger en particular a la persona desplazada contra la realización o la amenaza de cometer (párr. 2):

- a) La violación, la mutilación, la tortura, los tratamientos o penas crueles, inhumanos o degradantes y otros atentados a su dignidad tales que los actos de violencia específicamente hacia las mujeres, la prostitución forzada y toda forma de atentado al pudor;
- b) la esclavitud o toda forma contemporánea de esclavitud (venta con fines de matrimonio, explotación sexual, trabajo forzado de los niños, etc.); y
- c) los actos de violencia con la finalidad de sembrar el terror entre la población desplazada al interior de su propio país.⁵¹

Siguiendo una escala piramidal invertida, cuyo vértice partiría de una especie de mínimo esencial a la existencia humana: la vida en sentido

50. El régimen colombiano no sólo penaliza, de manera directa o indirecta la comisión de cualquiera de los actos en mención, sino que consagra constitucionalmente los derechos a la vida (Art. 11 C.N.), o contra la tortura y las desapariciones forzadas (Art. 12 C.N.) e incluso, otros derechos humanos (internacionales) que hubiesen pasado por alto los constituyentes de la Carta del '91 (Art. 94 C.N.). Aun más, la Corte Constitucional, en la sentencia (C-574/92, de oct. 28 de 1992) sobre la exequibilidad del Protocolo I de 1977, hizo una interpretación bastante progresista de los arts. 93 C.N. (sobre la primacía del derecho internacional convencional de los DD.HH.). 94 C.N. (la aplicabilidad de derechos no expresamente consagrados en la Constitución, pero contenidos en tratados, ratificados por Colombia, inherentes a la persona humana) y 214.2 (el respeto en todo caso del DIH y su incorporación automática). Ver en el mismo sentido la sentencia (C-225/95) que efectuó la revisión constitucional del Protocolo II. Al declarar la exequibilidad de la ley 171 de dic. 16 de 1994 que lo aprueba, el alto tribunal constata así, que al formar parte de aquellos tratados de que habla el art. 93 C.N. sus disposiciones hacen parte del llamado “bloque de constitucionalidad”.

51. Nuestra traducción. Recordemos que todos estos actos también están prohibidos en el derecho colombiano, y que al consagrar constitucionalmente el derecho a la igualdad (Art. 13 C.N.), los derechos humanos y el derecho humanitario incluye en su protección a todos sus beneficiarios sin lugar a ningún tipo de discriminación.

estricto como ángulo poliedro, los Principios buscan la extensión gradual (en orden ascendente) y progresiva del área triangular, es decir la protección relativa a la condición humana. Efectivamente, se trata de proteger no sólo la simple subsistencia de la persona, sino su integridad física y mental (Ppio. 11). Esta última, íntimamente interrelacionada con un tercer nivel o área triangular de nuestro poliedro, que sería el derecho a la libertad y a la seguridad personales (Ppios. 12 y 13 [a no ser recrutado por la fuerza]), antes de llegar a un cuarto nivel de protección o de mayor dignidad: derecho de libre circulación y tránsito (Ppios. 14 y 15 [relativo al asilo o refugio]), derecho a la vida familiar (Ppios. 16 y 17) y en fin, a un nivel de vida suficiente (Ppios. 18 y 19 [atención psicológica y social]) que sería el techo poligonal de nuestra pirámide, o el reconocimiento de derechos humanos llamados de segunda generación. Entiéndase esta lógica de protección progresiva, no como divisibilidad de los DD.HH, sino al contrario, como método protector integral.

Como lo hemos venido remarcando en los últimos puntos, el Estado colombiano está obligado por sus leyes y tratados a asegurar el respeto de todos estos derechos, sin embargo, no está desprovisto de interés notar que la Ley 387/97 se pronuncia expresamente a favor de sus beneficiarios directos o personas desplazadas por la violencia. Así por ejemplo, éstas tienen el derecho a gozar de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente (Art. 2, num. 2), el derecho a la reunificación familiar (*ibid.*, num. 8) y al logro de la consolidación y estabilización socioeconómica (Art. 17), pasando por el aseguramiento de la posesión de sus bienes (Art. 27).

- La Ayuda humanitaria

Sobre el plano internacional, la conveniencia de la ayuda humanitaria no ha sido puesta en duda cuando ésta efectivamente llega a sus destinatarios, pero otras veces ha sido instrumentalizada como especie de presa política, o desviada hacia el aprovisionamiento militar, utilizada como arma de guerra, y en detrimento de la población necesitada. Por otra parte, cuando dicha ayuda es acompañada de escolta militar o su obtención es objeto de condicionalidad o efectuada incluso contra la voluntad del Estado asistido, todo el debate entre injerencia y soberanía encuentran su más ardiente plaza.

No obstante lo anterior, nuestro objetivo es menos el de revivir el mencionado debate,⁵² que el de examinar la imbricación, o la

52. Cfr. Domestici-met, Marie-José (Ed.), *Aide humanitaire internationale: un consensus conflictuel?* CERIC, Université d'Aix-Marseille III / Ed. Económica, París, 1996.

disyunción, de los principios relativos a la ayuda humanitaria con la legislación del Estado colombiano en la materia que nos ocupa. Así, el *continuum* de los principios de humanidad, de imparcialidad y de no discriminación puede verse en el Principio 24 que señala el respeto de dichos principios en el suministro de ayuda humanitaria (párr. 1) y que a renglón seguido estipula la no desviación de la misma, principalmente por razones políticas o militares (párr. 2). La legislación colombiana no hace ninguna mención al particular, pero sus obligaciones en materia de DD.HH y DIH, así que la globalidad de la ley estudiada, impedirían una interpretación en sentido contrario.

Sobre la *interacción entre las organizaciones humanitarias internacionales y las partes beneficiadas*,⁵³ haciendo abstracción del reconocimiento unívoco sobre la responsabilidad que en la materia incumbe en primer lugar a las autoridades estatales,⁵⁴ señalemos que el Principio 25 menciona el “derecho” de las organizaciones humanitarias internacionales “de proponer sus servicios”, sin que haya lugar a considerar dicha proposición “como inamistosa o como un acto de injerencia en los asuntos interiores del Estado que la recibe y [que] será recibida de buena fe” (párr. 2). Bien entendido, dichas entidades –“y otras partes”– pueden ser, de orden privado o intergubernamental. Muy ilustrativo es el ejemplo del ACNUR⁵⁵ (intergubernamental) y del CICR (no gubernamental) en la ayuda encomiable a las personas desplazadas. Notemos además, que a pesar de su carácter privado, este último ha recibido mandato expreso de las partes contratantes de las Convenciones de Ginebra de 1949 para asistir a las víctimas de los conflictos armados.⁵⁶

Lo que resulta menos claro es la última frase del párrafo en mención, sobre el hecho de no rechazar “arbitrariamente” dichos servicios,

53. Véase, además de la obra recién citada, COMISIÓN EUROPEA (Ed.), *Law in Humanitarian Crisis*, Vol. II: *Access to victims: Right to intervene or right to receive humanitarian assistance?*, Bruselas / Luxemburgo, 1995.

54. “De la Atención Humanitaria de Emergencia. Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas” (Sec. 4, Art. 15, 1- párr.).

55. Según las estadísticas, en enero de 1997, el ACNUR se ocupaba de cerca de cinco millones de personas desplazadas internas en el mundo. Es decir, del 21% del total de personas tomadas a su cargo: unas 22,7 millones, entre refugiados (el 58%), repatriados (el 15%) y otras (el 6%). Ver HCR, *op. cit.*, N° 2, p. 2.

56. Sobre el rol de estas dos organizaciones, y otras como la UNICEF o el PNUD, en relación con las personas desplazadas, v. HCR, *op. cit.*, N° 2, p. 116-118, y el caso muy ilustrativo de la *Operation Lifeline* llevado a cabo en Sudán (*id.*, p. 132-133).

“sobre todo si las autoridades concernidas no están en medida de suministrar la ayuda humanitaria requerida o no están dispuestas a hacerlo”. Si bien la finalidad del principio es plausible, un derecho de injerencia, o subsidiario, no deja de ser algo que un buen número de Estados todavía no acepta. La cuestión de autorizar y facilitar el libre y rápido pasaje de la ayuda humanitaria (párr. 3), por lo general no es otra cosa que el resultado de negociaciones políticas o de circunstancias especialmente coyunturales.

A pesar del contenido de esta observación liminar muy general sobre el celo con que los países, particularmente aquellos denominados en desarrollo, o que afrontan graves problemas de orden público, observan esta dinámica, la legislación colombiana puede dejar a algunos perplejos, cuando va más allá de las simples declaraciones del ejecutivo.⁵⁷ El artículo 2, que habla de los principios de la Ley 837, establece sin ambages que “1. Los desplazados forzados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un *derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria*” (itálicas nuestras).

El principio (de la Ley) en mención es todavía más explícito al tratar la cuestión de la atención humanitaria de emergencia (Sección 4, Art. 15). En su segundo inciso, señala que “[e]n todos los casos de desplazamiento, *las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada* y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derechos Internacional Humanitario” (énfasis adicionado).⁵⁸

57. Ante la magnitud del problema el Gobierno colombiano declaraba abrir “un enorme espacio para la cooperación internacional, en especial para los organismos multilaterales como los de Naciones Unidas y los programas de asistencia de la Unión Europea para las poblaciones desplazadas en países con conflictos bélicos o afectados por desastres naturales”. PRESIDENCIA de la República, *op. cit.* N° 1, p. 27.

58. ¿Por qué este inciso sólo se refiere a las “zonas receptoras”, mientras que las personas que aún no se han desplazado pueden requerir de la misma ayuda que aquellas que ya lo han hecho? La explicación acaso se encuentre en el hecho de que las zonas expulsoras, por tratarse de regiones particularmente sensibles de orden público, desestiman la cesión del control estatal. Pero podríamos imaginar también una manera de evitar comprometer la responsabilidad internacional del Estado, limitándola a aquellas zonas que realmente controla. En fin, nótese cómo el *parágrafo final* limita el derecho a la atención humanitaria de emergencia a 3 meses. Si bien es cierto, que la adopción de una medida de emergencia debe limitarse al tiempo necesario para conjurarla, esta disposición puede entenderse como una forma del Estado para recuperar unilateralmente el control de la situación.

Notemos en fin sobre este punto, lo relativo a los *derechos y obligaciones de las organizaciones humanitarias*. Las personas y los bienes sobre el territorio sometido a la jurisdicción de un Estado poseen un status derivado de la legislación nacional de dicho Estado y de las obligaciones que éste haya adquirido a nivel internacional. Éstas son hasta ahora las únicas fuentes de protección general de las personas (privadas o públicas) que se encuentran bajo la jurisdicción de un determinado Estado. Ahora bien, principalmente por vía convencional, una gran mayoría de Estados se han comprometido al respeto de los DD.HH y del DIH, y algunos en particular, a la protección del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado en las operaciones de mantenimiento de paz.⁵⁹ En razón del riesgo y de los ataques que ha sufrido dicho personal, el Principio 26 hace hincapié en la protección de las “personas encargadas de la ayuda humanitaria, de sus medios de transporte y de sus stocks”.

Así, el personal y los bienes humanitarios estén jurídicamente protegidos internacionalmente, nada impide, en principio, a un Estado aplicar sus leyes y regular el status de las personas bajo su jurisdicción. Sin embargo, al contrario de mostrarse reticente, el Estado colombiano profesa la obtención de “garantías a las organizaciones de los desplazados y a las entidades no gubernamentales que desarrollen acciones en pro de los derechos humanos y de los desplazados internos” (Art. 30). ahora, si se evoca la posibilidad de suplantar al Estar o actuar incluso contra su voluntad, dicho principio entraría en contradicción con el derecho interno a quien corresponde la reglamentación del acceso a su territorio y la permanencia sobre éste. Si la ley colombiana no hace mención expresa sobre el punto, creemos que es precisamente porque se sobrentiende la salvaguardia de un principio inherente a la existencia misma del Estado.

Ahora bien, soberanía y responsabilidad se conjugan en todos los tiempos, la entrada legal o ilegal de personal humanitario, goza y soporta derechos y obligaciones (nacionales e internacionales) que el Estado debe hacer respetar. Las organizaciones humanitarias deben tomar todas las medidas necesarias de protección a las personas desplazadas y de derechos humanos en el cuadro de su ayuda (Principio 27, párr. 1), lo que las convertiría en sujetos directamente responsables, además del orden interno, por la violación de normas y códigos de conducta internacionales.⁶⁰ Igualmente consideramos que

59. Cfr. “Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado” anexa en el doc. A/49/742 de dic. 2 de 1994.

60. El párr. 2 del Principio 27 tiene el cuidado de señalar que “[e]l párrafo precedente no prejuzga en nada las responsabilidades en materia de protección de las organizaciones

no es necesario ahondar en el tema, ya que el derecho internacional y el derecho interno están generalmente de acuerdo en las responsabilidades que conciernen a cada cual. Lo que puede ser más difícil de demostrar, mas no imposible, sería una responsabilidad internacional y directamente atribuible a una persona no estatal por la violación del régimen de DD.HH. Sin embargo, una extensión de la teoría de la *Drittwirkung* o de efectos horizontales a los particulares rebasan el cuadro de este estudio.

– El Retorno, la Reinstalación y la Reintegración

Para terminar lo referente a los Principios directores relativos al desplazamiento de personas al interior de su propio país, el Título V, comienza en el primer párrafo del 28 y antepenúltimo Principio, por recordar una vez más, “el deber y la responsabilidad” que incumbe a las autoridades competentes “de crear las condiciones propicias al *retorno libremente consentido* en la seguridad y la dignidad, de las personas desplazadas (...) a su hogar o lugar de residencia habitual o a su *reinstalación voluntaria* en otra parte del país, o de suministrarle los medios necesarios para ese efecto. Dichas autoridades se esforzarán en facilitar la *reintegración* de las personas desplazadas” (el destacado es nuestro).

La *Restitución, Participación y Asistencia humanitaria* son tres componentes del mismo fenómeno por así decirlo, o el objetivo primordial normativo e institucional de una cierta especificidad del derecho a no ser desplazado y de las personas desplazadas. El derecho a acceder a soluciones definitivas (Art. 2, num. 5) no tiene sentido si no se concibe con el objetivo de restituir a las víctimas del desplazamiento, en la medida de lo posible, una situación lo más parecida a aquella de que gozaba antes de las causas que la forzaron a desplazarse, incluido el derecho fundamental de reunificación familiar (*id.*, num. 6). A semejanza del derecho de refugiados, las opciones son, un retorno libremente consentido en condiciones de seguridad y de dignidad al lugar de origen, o bien, la reinstalación voluntaria, es decir, en otra parte diferente del lugar de origen. En cualquiera de los dos casos, se trata de reintegrar la persona a la comunidad que dejó o a aquella que lo recibe. Vemos el sentido que toman estos principios en derecho colombiano.

El desarrollo del derecho a regresar al lugar de origen, se manifiesta en la sección 5 (Art. 16) en términos de que la “población desplazada que

internacionales mandatarias cuyos servicios pueden ser ofrecidos o solicitados por los Estados” (nuestra traducción). Sobre los códigos de conducta humanitaria, v. HCR. *op. cit.*, N° 2, pp. 46-47.

quiera retornar a sus lugares de origen, [lo será] de acuerdo con las previsiones contenidas en esta ley, en materia de *protección y consolidación y estabilización económica*" (itálicas nuestras). No cabe pues duda del carácter voluntario que debe poseer dicha decisión de retorno, así como el sentido dado a las cuestiones de seguridad y de dignidad que nosotros entendemos como "consolidación y estabilización socioeconómica" apoyada por el Estado; términos acaso más concretos que "dignidad", que la sección 6 (Art. 17) se encarga de aclarar al tratar de las "acciones y medidas de mediano y largo plazo con el propósito de generar condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada en el marco del *retorno voluntario* o el *reasentamiento* en otras zonas rurales urbanas". Según el artículo en cuestión (segundo inciso), dichas medidas "deberán permitir el acceso directo de la población desplazada (...) a los programas relacionados con:

1. Proyectos productivos.
2. Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino.
3. Fomento de la Microempresa.
4. Capacitación social en salud, educación y vivienda urbana y rural, la niñez, la mujer y las personas de la tercera edad, y
5. Planes de empleo urbano y rural de la Red de Solidaridad Social.

Del contenido del artículo 18 de la ley colombiana, se infiere que sólo cuando se logren niveles socioeconómicamente dignos cesará la condición de desplazado. Si bien esto constituye un noble ideal y el objetivo final frente al desplazamiento, este tipo de candor normativo puede resultar peligroso. De hecho, la pregunta es: quién califica y cuáles son los parámetros para decidir la cesación de la condición de desplazado forzado. Presiones políticas o presupuestales pueden conducir a las autoridades estatales a "cesar por decreto" la condición de desplazado y a suspender o acabar la protección en el sentido extenso de la palabra.

Para contrarrestar el peligro del enunciado del artículo 18, éste, a título de párrafo, establece que, "[e]l desplazado cooperará en el mejoramiento, restablecimiento, consolidación y estabilización de la situación". Lo que va en línea directa con la participación de (2) representantes de la población desplazada (Art. 7.9) en los Comités de Atención Integral a la PDV. Pese a que es difícil saber cuál será el peso de los desplazados en la calificación, y posible cesación, de su condición, vale la pena notar un desarrollo interesante que parece perfilarse entre democracia y derechos humanos, cuyo teatro de origen podría buscarse en la "participación de las personas desplazadas al

interior de su propio país a la planificación y a la gestión de su retorno o reinstalación y de su reintegración” (Ppio. 28.2). De hecho, las personas desplazadas lo han sido necesariamente contra su voluntad, con la aplicación de este principio se les estaría restituyendo y convirtiéndolos en parte activa de su derecho a la libre circulación y autodeterminación.

En fin, recordemos que las normas generales y particulares contra el desplazamiento forzado, y en caso de producirse éste, se basan en un principio general, que es el de la igualdad de derechos y la no discriminación (por su condición de desplazado). No es de poco interés entonces, que el Principio 29 se refiera en los mismos términos protectores a aquellas personas que han dejado de ser desplazadas, habida cuenta de la necesidad de restituir un cierto equilibrio, que no significa ya alcanzado por el solo hecho de retornar o de reinstalarse. Se trata en particular que dichas personas dispongan del “derecho a participar plenamente y en pie de igualdad en los asuntos públicos a todos los niveles y a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos” (Ppio. 29, párr. 1, *in fine*). En la misma medida, en el regreso, reinstalación y reintegración, el Principio 30, y último, busca extender los principios ya señalados de asistencia humanitaria.

Si bien es cierto que el retorno, la reinstalación o reasentamiento, y la reintegración en general, no son tarea fácil, subsiste un elemento particularmente delicado que es la restitución material del derecho, o la recuperación de “la propiedad y las posesiones dejadas o de las que fueron desposeídas [las personas desplazadas] al momento de la partida”. El Principio 29, parágrafo 2, afirma “el deber y la responsabilidad” que recae en las “autoridades competentes”, de ayudarlas en la obtención de dicho objetivo, y de no ser posible, a acordarles, o ayudarles a obtener, una indemnización equitativa u otra forma de resarcimiento.

Obviamente, éste es un principio que depende en gran medida de los instrumentos jurídicos y de su aplicación por parte del Estado que adelanta una operación de retorno o de reinstalación, aunque él puede verse también potencialmente obligado en razón de obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos. Consideramos que este tema es particularmente delicado, no sólo por el hecho del simbolismo ligado a una porción de tierra, que por muy limitada o precaria que pueda ser, va más allá de un simple interés económico. De hecho, graves problemas suelen presentarse en relación con la posesión.

Si al regreso, la vivienda y/o los bienes conexos de los que fue despojada la persona desplazada no han sido objeto de venta o

traspaso, el problema puede ser menos complejos en la medida en que se trata de asegurar una posesión tranquila y eficaz. Pero si ésta ha pasado a manos de otras personas, o peor aún, si la propiedad reivindicada fue objeto de venta, la situación es más difícil. Efectivamente, muchas personas no sólo son obligadas a dejar sus propiedades, sino incluso obligadas a ceder o vender "legalmente" a un precio irrisorio. La ley colombiana en su artículo 27, al tratar de la "perturbación de la posesión o abandono del bien mueble o inmueble, con motivo de una situación de violencia que obliga al desplazamiento forzado del poseedor" estipula que "no interrumpirá el término de prescripción a su favor". Podríamos hablar de una medida que no es desconocida en derecho civil, pero la restitución *in natura* puede resultar más complicada.

Pese a que el segundo párrafo recuerda el deber que corresponde a las autoridades estatales de restituir al poseedor interrumpido, el acompañamiento jurídico en la anulación de un contrato de venta y la recuperación de la posesión, pueden significar tan alto riesgo a la integridad física, que muchos prefieran renunciar a tal empresa. En este caso, sólo una presencia y una asistencia estatal fuertes en términos de seguridad y de derecho —que no siempre es el caso— podrían contribuir a una restitución eficaz y justa. Notemos para terminar, que el artículo 28 establece que, en los procesos judiciales y administrativos en los que el desplazado sea parte, sin perjuicio de los derechos de terceros, la ley es particularmente exigente en cuanto a las garantías de celeridad y eficacia que corresponde a las autoridades competentes.



OBSERVACIONES FINALES

En el estudio sobre las respuestas jurídicas al fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia, observamos una cierta simbiosis entre los sistemas nacional e internacional, que algunos pretenden separar rígidamente. La explicación de fondo quizás radique en el hecho de que tratándose de una persona no combatiente, pero obligada a huir por razones ligadas a un conflicto armado, el respeto de su integridad y sus derechos fundamentales aparezcan ante todo como algo inherente a su misma condición humana y no como un derecho del Estado, más bien como su obligación. Ahora bien, el respeto a la dignidad humana no puede tener fronteras ni responsabilidades exclusivas ni excluyentes; la necesidad de soluciones durables accesibles a las personas desplazadas, encuentra su fundamento en las obligaciones que el Estado y otros

actores, incluso de carácter privado, tienen sobre los planos interno e internacional.⁶¹

Sin embargo, el caso colombiano es complejo, y a pesar de la instauración de todas las herramientas jurídicas, en una casi perfecta adecuación con los derechos humanos y el derecho humanitario consagrado universalmente, los límites a su respeto y aplicación son de un orden totalmente diferente. La injusticia y la marginalización sociales, la debilidad del Estado para hacer frente a la violencia política, la burocratización⁶² y corrupción de funcionarios, la impunidad y la repartición eminentemente desigual de las riquezas y del poder, son factores bien arraigados, que sumados a una cierta apatía internacional, juegan un papel importante en la ineficacia de las normas y principios de protección de toda persona a no ser desplazada internamente.

Siendo poco útil lamentar los defectos estructurales y coyunturales que limitan el pleno ejercicio de los derechos humanos, y en particular de los desplazados, anotaremos para terminar que, a partir de los instrumentos disponibles es posible defender su causa. De otra parte, que, cuando al momento de terminar estas líneas, se busca una salida negociada al conflicto armado en Colombia, el irrespeto de los derechos de las personas desplazadas no puede ser parte del precio a pagar por una paz tantos años esquiva. Si bien es cierto que su construcción requiere sacrificios importantes, una paz fundada en el desconocimiento de los derechos de la persona humana no será sino su espejismo y frágil asidero. No olvidemos que todos somos responsables de todo y ante todos, de otra manera, estaríamos traicionando nuestra misma esencia humana.

Marzo de 1999

61. Internacionalmente, se trata de la obligación general de respetar y de hacer respetar los derechos humanos, e internamente, de la responsabilidad de las autoridades, exigible mediante la "acción de tutela", o por la más reciente "acción de cumplimiento", especie de *actio popularis*, también exigible judicialmente para la plena efectividad de los derechos consagrados en una ley (Art. 87, C.N., desarrollado por la Ley 393 de jul. 29 de 1997).

62. Dentro del marco de una "Estrategia de Enlace Gubernativo para la Atención a los Desplazados", el nuevo Gobierno conformó un *Comité interinstitucional* a instancias del Ministerio de Salud, con fundamento en la "falta de coordinación y control del sistema actual" (v. *noticias* en el sitio internet de la Presidencia, 02/X/98).

BIBLIOGRAFÍA SELECTIVA*

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR) (HCR) (UNCHR), *Refugiados*, N° 91, 1-1996. Tema central: Los desplazados internos, 30 p.
- International Legal Standards Applicable to the Protection of Internally Displaced Persons: A Reference Manual for UNHCR Staff*, Ginebra, 1996, 99 p.
- Les Réfugiés dans le monde 1997-98. Les personnes déplacées: l'urgence humanitaire*, La Découverte, París, 1997, 297 p. (principalmente el capítulo 3: "Conflit interne et déplacement", pp. 98-140).
- COHEN, Roberta y DENG, Francis M., *Masses in Flight. The Global Crisis of Internal Displacement*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 1998, 414 p.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, "El CICR y las personas desplazadas en el propio país", *Rev. Int'nal de la Cruz Roja (RICR)*, N° 128, marzo-junio, 1995, pp. 203-213.
- CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA, *Derechos Humanos, desplazados por violencia en Colombia: investigación sobre Derechos Humanos y desplazamiento interno en Colombia*, Santafé de Bogotá, 1995, 160 p.
- CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES), *Cobdes Informa*, Boletín periódico, Bogotá, Col.
- DENG, Francis M., "Personnes déplacées dans leur propre pays: rapport du Représentant du Secrétaire général", 1995 (Doc. ONU-ECOSOC: E/CN.4/1995/50).
- "Derechos Humanos, éxodos masivos y personas desplazadas: los desplazados internos: estudio de casos de desplazamiento: Colombia" (Doc. E/CN.4/1995/50/Add.1)
- "Compilation and Legal Analysis of Legal Norms" (Doc. E/CN.4/1996/Add.2).
- "Compilation and Analysis of Legal Norms, Part II: Legal Aspects Relating to the Protection against Arbitrary Displacement" (Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1).
- "Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays" (Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2).
- GLOBAL IDP SURVEY Y NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL, *Internally Displaced People. A Global Survey*, Londres, 1998, 256 p.
- LAVOYER, Jean-Philippe, "Refugiados y personas desplazadas – Derecho internacional humanitario y cometido del CICR", *RICR*, N° 128, marzo-junio, 1995, pp. 182-202.
- OBREGÓN, Liliana y STAVROPOULOU, Maria, "In search of Hope: The Plight of Displaced Colombians", in R. Cohen y F.M. Deng (Eds.) *The Forsaken People. Case Studies of the Internally Displaced*, Brookings Inst. Press, Washington, D.C., 1998, pp. 399-453.
- PLATTNER, Denise, "La protección de las personas desplazadas en un conflicto armado no internacional", *RICR*, N° 114, nov.-dic. 1992, pp. 600-614.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (Consejería Presidencial para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia), *Los Desplazados: Esa Colombia que no podemos ignorar*. Imprenta Nacional, Santafé de Bogotá, 1997, 54 p.
- Rojas, Jorge E. (compilador), *Desplazamiento, derechos humanos y conflicto armado*, Codhes, Santafé de Bogotá, 1993.

* Para una bibliografía complementaria sobre el tema, v. *Refugee Survey Quarterly*, vol. 14, N° 1-2, 1995, y el sitio internet del *Global IDP Survey* (<http://www.nrc.no/idp.htm>). Los documentos de Naciones Unidas y en particular, los reportes del Representante del Secretario General son disponibles en el sitio de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (<http://www.unhcr.ch>). Para una actualidad del caso colombiano, v. en el sitio de la Presidencia (<http://www.presidencia.gov.co>) las secciones *paz, derechos humanos y noticias*.

VIOLENCIA, SEGURIDAD CIUDADANA Y ORDEN DEMOCRÁTICO

*León Carlos ARSLANIÁN**

Mi reconocimiento a Juan Méndez por haberme permitido tomar parte en esta reunión. El tema que se me ha asignado es Violencia, Seguridad Ciudadana y Orden Democrático. He previsto una exposición que trataré de que nos tome no más de cuarenta y cinco minutos para luego, con mucho gusto acceder a las preguntas que ustedes tienen si corresponden. He preparado esta exposición por razones de economía de tiempo y para darle la sistemática indispensable por escrito.

- I. Más allá del carácter universal que es dable conceder a los derechos humanos, parecería ser que cualquier análisis referido a temas como la violencia y las condiciones bajo las cuales todo Estado debe proveer a la seguridad de los ciudadanos, debe partir de una adecuada delimitación del horizonte de comprensión y de un diagnóstico de la realidad socio económica, socio cultural y criminológica. En tal sentido por ser ella la realidad más próxima a nosotros habré de referirme al contexto de los países latinoamericanos habida cuenta de la identidad de los problemas que padecen, sin perjuicio de la utilidad y consiguiente aprovechamiento de las experiencias de países centrales ante fenómenos comunes (vg. programas para grupos vulnerables o en riesgo).

Como señala Robert L. Ayles (Crimen y Violencia como cuestiones de desarrollo en América Latina, publ. Banco Mundial), la máxima prioridad para la agenda emergente en el tratamiento del delito y la violencia en la región es la necesidad de aumentar el conocimiento base acerca de la naturaleza, extensión y desarrollo de tales conflictos. En tal sentido es notable la falta de informes estadísticos sobre delitos, investigaciones de campo, encuestas, como así también los errores metodológicos cuando se intenta avanzar en alguna de estas comprobaciones.

* Argentino. Abogado. Ex Ministro de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

De ahí que las cifras informadas siempre sean menores a las reales. Tal fenómeno obedece a dos circunstancias: la existencia de un elevado índice de cifra negra y la falta absoluta de procedimientos transparentes y confiables para el acopio de información. Sin embargo con las que se cuenta es posible afirmar que los índices delictuales en Latinoamérica y el Caribe son los más altos del mundo (20 por cada 100.000 habitantes) y algo así como el doble que en los EE.UU. Los delitos en contra de la propiedad mediante el empleo de armas de fuego, las agresiones físicas, los homicidios, la violencia doméstica en contra de mujeres y niños crecen año a año.

Según constataciones del Banco Mundial, en la región viven en estado de pobreza hasta las tres cuartas partes de la población urbana, mientras que un aumento de los índices de la violencia criminalizada vinculadas a la pobreza y a la falta de igualdad de oportunidades se encuentra fuera de discusión (ver Richard Freeman, en "Journal of Economics perspectives", 1996).

A partir de la década del 80 los países latinoamericanos, al par que comenzaron los procesos de transición política pos-autoritaria, vieron incrementarse su endeudamiento externo acompañado de severas políticas de ajuste. Tales políticas de ajuste implicaron un abandono de las funciones esenciales del Estado, un verdadero repliegue quedando libradas las relaciones sociales y económicas a las leyes del mercado que, en homenaje a criterios de racionalización y competitividad, se exteriorizaron en la precarización del trabajo, en recortes en los salarios reales y falta de oportunidades de trabajo para grandes sectores de la fuerza laboral urbana. Tales circunstancias se vieron potenciadas por fenómenos de desguace del Estado y por las consecuentes privatizaciones que permitirían la formación de oligopolios o monopolios en la prestación de servicios esenciales (agua, gas, electricidad, telefonía, etc.) signados por procesos masivos de despidos o prescindibilidades que achicaron el mercado laboral.

Dado que las políticas de ajuste y consecuente estabilidad monetaria crearon condiciones atractivas para la inversión financiera internacional, muchas empresas locales de capital nacional fueron vendidas, dando lugar a una notable concentración económica mediante la formación de grupos dominantes. Como una consecuencia directa de estas políticas surgió una nueva clase: la de los nuevos pobres, personas que habiendo perdido sus puestos de trabajo no encuentran reinsertión en el mercado laboral. Obviamente ello implicó un notable aumento de los índices de desempleo, subempleo y deterioro de la calidad de vida. También un aumento de la violencia.

Paradójicamente los procesos de democratización tuvieron que coexistir con el deterioro de las condiciones económico sociales, lo que ha dificultado seriamente la transición, obligando a los países a moverse secuencialmente. Como señala el sociólogo Juan Carlos Portantiero, estas transiciones que debían serlo tanto del modelo político como del modelo económico social, se fueron enfrentando a la imposibilidad de resolver de raíz todas las cuestiones que se planteaban en la agenda pública, lo que determinó que se vieran obligadas a concebir la transición en momentos sucesivos.

El primer momento se caracterizó por la refundación de las instituciones políticas para recuperar el estado de derecho, los mecanismos parlamentarios, las elecciones plurales, etc.

El segundo momento, por un cambio en la institucionalización económica a través de las políticas de ajuste ante procesos de hiperinflación y crisis fiscal. Políticas agresivas de neoconservadurismo y neoliberalismo aumentaron la conflictividad social y la pobreza extrema, dando lugar al fenómeno de pobreza con estabilidad económica y monetaria que, al decir de Susana Torrado, tiene un carácter muy crítico porque significa una suerte de imagen estática.

Por fin, el tercer momento o secuencia sería el de la demanda ético social mediante el que se verificaría el fin de la transición democrática. Es aquí donde debería operarse la reconstrucción de las relaciones que el Estado debe mantener con el mercado y con la sociedad civil.

Cada uno de estos estadios connota el rol particular que el Estado ha desempeñado y deberá desempeñar: el paternalista, prevendario, subsidiador, burocratizado, corporativista; el Estado privatizado, colonizado, ausente, con pérdida de su poder político y de su capacidad mediadora; y por fin, el Estado activo, rector, el Estado Social y Democrático de Derecho capaz de incidir en la economía y en el área de las políticas sociales posibilitando una distribución razonablemente igualitaria de la libertad.

El proceso de deterioro y empobrecimiento progresivo tuvo como consecuencia inmediata, un aumento de la conflictividad social criminalizada y de la violencia. Cualquier análisis que se formule respecto de la realidad criminológica de nuestros países permite efectuar los siguientes señalamientos: aumento de los delitos en contra de la propiedad con violencia y mediante la utilización de medios de gran poder ofensivo, aumento de la cantidad de delitos en contra de las personas, en particular homicidios, incremento de la delincuencia organizada (piratería del asfalto, robos a bancos, tráfico de estupefa-

cientes), incremento del consumo de drogas, mayor precocidad en la delincuencia.

De otra parte es dable advertir una notable ineficacia del sistema penal en sus tres segmentos: la agencia policial, la judicial y la penitenciaria. En tal sentido tanto la primera como la última sufren procesos de pérdida de los niveles de legalidad, fruto —entre otras cosas— del rol que le asignaran las dictaduras militares y las minorías dominantes. Respecto de la Justicia, su extraordinaria falta de eficacia, la existencia de mecanismos de selectividad de casos ingresados al sistema, la vetustez de sus procedimientos que se refleja en una notable morosidad, y la corrupción, hacen de aquella una función meramente simbólica.

En dicho contexto la respuesta penal estatal suele manifestarse a través de un notable refuerzo de la instancia del control social secundario, lo que conduce a una verdadera inflación penal mediante una intensificación de la protección de ciertos bienes jurídicos y modificaciones legislativas en mengua de los derechos humanos y de las garantías fundamentales. Tal el caso de la tendencia a restringir las posibilidades de la excarcelación durante el proceso, la imposición de penas irracionales, el rechazo de instituciones modernas como la “probation”, el principio de oportunidad en la persecución, etc.

A todo ello debe sumarse la violencia denominada estructural, que es la que ejerce el Estado desde su agencia policial y que se expresa en ejecuciones sin proceso, gatillo fácil, ejercicio arbitrario de facultades, etc.

La circunstancia de que el Estado reaccione con esos medios y en esa forma frente al incremento de la violencia y de la conflictividad social criminalizada es el resultado no sólo de concepciones autoritarias sino también de la demanda que sobre sus gobiernos ejercen grupos de poder, minorías dominantes que a su vez operan sobre medios de comunicación que, aptos para generar una gran alarma social a partir de una difusión escandalizadora de los hechos delictuales, emprenden campañas de ley y orden. Dichas campañas generan la ilusión de que un endurecimiento del sistema penal, el aumento de facultades policiales, jueces y legisladores menos garantistas, mejor y mayor equipamiento policial son los recursos a los que se debe echar mano para contener el fenómeno.

El incremento de la violencia y la referida alarma social impulsada por los medios empujan los índices de la sensación de inseguridad que de ordinario están muy por encima de los índices reales. De ahí en más están dadas todas las condiciones para la aparición de nuevos liderazgos que preconicen la aplicación de “mano dura” y una opinión pública crispada que lo acompañe.

Es evidente que en un contexto de las características expuestas, la discusión racional de los problemas de la seguridad se hace poco menos que imposible y el debate acerca de la conflictividad social como causa del incremento de la violencia, resulta impracticable. A decir verdad un debate como el que se pretende daría lugar a una discusión del modelo económico, para posibilitar la formulación de uno nuevo de inclusión social. Ello hace explicable la resistencia a tal tipo de debate.

Este es a grandes rasgos, el contexto en el cual debemos plantear la problemática de la seguridad en el área.

- II. La caracterización que se viene de hacer está llamada a tener una franca consecuencia en la forma y en los procedimientos con que el Estado de Derecho Democrático y Social opera sobre el control social secundario, toda vez que de la concepción que se tenga de los fines del Estado dependerán los límites de la coerción penal e incluso las posibles acciones para el fortalecimiento de los controles primarios.

Dicho de otro modo, de lo que se trata es de establecer cómo un Estado Democrático provee seguridad a sus ciudadanos y contiene la violencia. Despejar un interrogante de estas características remite a un examen sobre el concepto de seguridad ciudadana.

III. Seguridad Ciudadana

Uno de los problemas más críticos que nuestros países latinoamericanos enfrentan es que tanto la estructura orgánico funcional existente en materia de seguridad interior, como las misiones y funciones correspondientes a la misma, se han caracterizado por una cierta confusión conceptual entre defensa nacional y seguridad interior, situación que contrasta con lo que ocurre en los países centrales en los que tales ámbitos

aparecen claramente diferenciados. Tal identificación ha sido cuestionada en Argentina desde el advenimiento de la democracia y la sanción de la ley de Defensa Nacional mediante la que excluyó de su ámbito las hipótesis de conflicto interno, prohibiendo consecuentemente la intervención de las fuerzas armadas en temas de seguridad interior. En tal sentido vale la pena la transcripción del art. 4 de la ley 23.554, de Defensa Nacional:

“Para dilucidar las cuestiones atinentes a la defensa nacional, se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la defensa nacional de la seguridad interior. La seguridad interior será regida por una ley especial”.

Como puede apreciarse, es la propia ley la que destaca la diferencia fundamental, que no es tan sólo normativa sino de carácter ontológico. En efecto, la seguridad interior tiene por finalidad asegurar la plena vigencia de la ley en el interior del propio Estado, objetivo que habrá de cumplirse con el uso limitado de la fuerza; en cambio, el propósito de la defensa nacional es asegurar la supervivencia del Estado, la integridad del territorio y la vida de la población, lo que determina el uso de una violencia mucho más intensa ya sea para la disuasión o bien para la acción y el desarrollo de los conflictos en escenarios variables y con la lógica amigo/enemigo.

De ello se sigue que para garantizar la seguridad interior bastarán fuerzas policiales y de seguridad, en tanto que para la defensa nacional se requerirán fuerzas armadas. En tal sentido, vale la pena mencionar los casos de Canadá y ahora de Argentina en cuanto caracterizan la institución policial como fuerza de paz.

Por lo demás, la ley de Seguridad Interior deja fuera de discusión dicha cuestión. En efecto, mientras que el art. 2° de dicha normativa define como Seguridad Interior a la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías, y la plena vigencia de las instituciones republicanas, el art. 3° asigna tal función a las fuerzas policiales y de seguridad.

Pese a la aparente claridad de estos conceptos, Latinoamérica ofrece ejemplos generalizados de una verdadera confusión como resultado de la cual frecuentemente las fuerzas armadas son utilizadas con fines de seguridad interior.

Un ejemplo de ello lo constituyen la ley orgánica de seguridad y defensa de la República de Venezuela, de 1976, en la que ambas funciones y misiones del Estado no aparecen diferenciadas, lo que pareciera estar en consonancia con el art. 132 de la Constitución de 1961 en cuanto asigna a las Fuerzas Armadas asegurar la defensa nacional pero también la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto por la Constitución y por las leyes. Otro ejemplo paradigmático lo suministra la antigua Constitución de Brasil (1946) según la cual las Fuerzas Armadas tienen también, como misión garantizar "la ley y el orden", mandato que mantiene la Constitución de 1967 (art. 91) y también la de 1988, aunque en forma atenuada.

Un caso patético de la utilización de los recursos militares en cuestiones de seguridad interna proviene de la llamada doctrina de la Seguridad Nacional en cuanto transforma conflictos internos en "casus belli". Dicha doctrina ha sido adoptada y aplicada por las dic-

taduras militares latinoamericanas, so pretexto de la defensa de los valores occidentales y cristianos.

Causa preocupación que cuando estos extravíos se suponían superados, haya aparecido en la última reunión de la OEA mantenida en Guatemala, un intento de actualización de una eventual intervención militar ante “los verdaderos desafíos: la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y el crimen organizado”. Con arreglo a este criterio, las bandas dedicadas a la piratería del asfalto o a robo de bancos –por poner tan sólo dos casos– deberían ser combatidas por bombarderos, submarinos y divisiones de artillería del Ejército.

De todo ello debemos concluir que cuando se habla de proveer de seguridad al ciudadano, en un Estado Democrático de Derecho, mediante la utilización de la fuerza, el recurso es organizar instituciones policiales de naturaleza civil y claramente diferenciadas de las Fuerzas Armadas.

Cabe ahora preguntarse cuáles son las mejores estrategias en la lucha contra el crimen, o dicho de otra manera cuáles son las grandes líneas que en materia de Política Criminal debe seguir un país en el contexto socio-económico-cultural de Latinoamérica. La decisión acerca de qué conductas deben ser consideradas delito y en consecuencia amenazadas con una pena, es una decisión de naturaleza política de la que se encarga la Política Criminal, con los límites que imponen las Constituciones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (necesidad de afectación de un bien jurídico, proporcionalidad, legalidad, etc.). También lo es cómo vamos a organizar las agencias del sistema penal.

Empero, la realidad penal es parte de la realidad social y la política criminológica es parte de la política social, por lo cual no puede trazarse ninguna política criminológica fuera del marco de una general política social. La extraordinaria conflictividad social que exhiben nuestros países hace que ella deba ser incluida en cualquier modelo de análisis en materia de seguridad y atendida desde fuera del sistema penal. La extrema pobreza en que viven millones de personas, la indigencia, las condiciones de vida indigna que ofrecen nuestras villas miseria generan violencia. La exclusión del consumo de enormes contingentes humanos fomenta el desarrollo de una cultura contestataria de los valores en que se asientan las normas de cultura que se pretenden generalmente aceptadas.

La insuficiencia del sistema penal para ocuparse de tal tipo de violencia es manifiesta. Su fracaso se expresa en la necesidad de endurecer progresivamente la respuesta penal estatal, circunstancia que genera

mayor violencia social. Dado la insuficiencia de los presupuestos oficiales, el reforzamiento se produce a expensas de otras áreas del Estado como la educación, la salud pública y la acción social, lo que hace que la conflictividad aumente, lo que podría llevarnos al infinito o, antes de ello, a la disolución de la sociedad. Resulta por demás preocupante el incremento progresivo en los presupuestos nacionales que compiten y en muchos casos superan los recursos programados para la educación, la salud y la acción social.

Es por ello que la primera tarea debe encaminarse a la corrección de tales situaciones generadoras de conflictividad social aguda, a partir de un replanteo de las políticas sociales, económicas, del endeudamiento externo y del rol del Estado y también a un replanteo del concepto mismo de seguridad ciudadana o seguridad interior. En ese sentido asiste razón a quienes opinan la inutilidad de construir un concepto abstracto y la necesidad de reconocer (e incorporar) las situaciones dinámicas de los grupos sociales. Ello implica redefinir el rol mediador del Estado a los fines de satisfacer la mayor demanda de seguridad (ver el enfoque dado a la cuestión por Binder-Martínez en la obra *Control Democrático en el Mantenimiento de la Seguridad Interior*, Ed. Hugo Frühling E., Chile, 1998, en la que se plantea que la demanda de seguridad es contra el abuso del poder del Estado).

IV. La institución policial y su finalidad primaria

Todos los países organizan sus sistemas de control social acordando a fuerzas policiales la misión primaria de garantizar el orden público y la seguridad interior. De esta manera el Estado cumple con uno de sus fines esenciales y se legitima. Empero, el Estado democrático no puede cumplir con estos fines de cualquier modo sino observando el catálogo de derechos y garantías que imponen a esos fines, no sólo las constituciones demo-liberales sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de suerte tal que dicho plexo normativo prefigurara el modelo de organización y los límites con que las facultades policiales pueden ser ejercidas. La mayor o menor adhesión a estos principios determinará un sistema democrático o un sistema autoritario.

El desafío de las transiciones que viven nuestras jóvenes repúblicas es, precisamente, construir agencias policiales democráticas y eficientes que atiendan a la necesidad de construcción de un nuevo paradigma en materia de seguridad. Es bien entendido que esto demanda un esfuerzo extraordinario si se aprecia la progresiva defección de las instancias de control social primario.

Es por ello que la reforma policial requiere voluntad política, dado que es una condición de ella una efectiva protección a los Derechos Humanos, castigar los abusos (ver el comentario de Rachel M. Neild acerca del informe WOLA, 1994, publicado en "Control Democrático en el Mantenimiento de la Seguridad Interior, Ed. Hugo Frühling E., Chile, 1998), suprimir situaciones de inseguridad, al par que reconstruir las redes sociales.

En tal sentido, y por constituir un serio intento en línea con esos objetivos, creo que resulta por demás interesante analizar el proceso abierto en la Provincia de Buenos Aires, República Argentina, no sin antes brindar una referencia mínima a sus antecedentes.

Como es de público conocimiento, nuestro país padeció entre 1972 y 1982 una dictadura militar cuyas consecuencias en el plano que nos ocupa fueron dramáticas. Como ocurrió con tantos otros países del área durante ese período, las distintas policías fueron puestas bajo el control operacional de las Fuerzas Armadas a los fines de la denominada lucha en contra de la subversión, imponiéndoseles para la ejecución de un plan criminal una metodología violatoria de las más elementales garantías. Ello implicó que vastos sectores de sus cuadros se vieran involucrados en acciones clandestinas, tormentos a detenidos, participación en ejecuciones forzadas y utilización de comisarías como cárceles clandestinas. Dichas circunstancias envilecieron a sus miembros, los sumieron en la ilegalidad, e incluso quienes condujeron el proceso mencionado, fueron juzgados y condenados por la crasa violación a los derechos humanos, por la Cámara Federal de la Capital.

Si bien el advenimiento de la democracia implicó un cambio en el marco de actuación, las prácticas ilegales, profundamente arraigadas, continuaron al punto de verse involucrados policías en crímenes de extrema gravedad (crimen de José Luis Cabezas, voladura de la AMIA). Contribuyeron a ello: la falta de controles políticos e institucionales, nichos de corrupción favorecidos por el modelo de concentración, indiferenciación de funciones, delegación judicial, auto gobierno, etc. Las referidas circunstancias determinaron que se dictara una ley de emergencia policial tendiente a disponer prescindibilidades sin otra causal que la propia emergencia policial (ley 11.880). Además, se adoptó una decisión drástica cual fue la intervención de la Policía Bonaerense, su disolución y su profunda reestructuración a través de la sanción de la Ley Orgánica de las Policías de la Provincia de Buenos Aires (N° 12.155) y de la Ley de Seguridad Pública (N° 12.154).

Tales instrumentos definen las características fundamentales de una institución democrática, con arreglo a los siguientes principios y criterios:

- a) Recuperación del control policial por parte de la civilidad.
- b) Descentralización orgánica y funcional.
- c) Clara diferenciación entre la función de prevención y la de investigaciones.
- d) Redefinición del tipo de academia y de la capacitación.
- e) Redefinición de las labores de inteligencia.
- f) Existencia de controles suficientes sobre la agencia policial.

Conviene que me detenga en el examen de cada uno de los criterios expuestos:

a) Recuperación del control policial por parte de la civilidad.

La experiencia general en la región ha sido la conducción de fuerzas policiales por militares pertenecientes a las fuerzas armadas, en particular al ejército, o bien por miembros de la propia institución policial. En el primer caso las consecuencias fueron pésimas dado que contribuyeron a procesos de indiferenciación entre la institución policial y la institución militar y a una progresiva militarización. En cuanto a Jefaturas Policiales, el resultado fue, y es, el debilitamiento de los mecanismos de control interno, la formación de grupos de poder y camarillas y una corporativización extrema de la Institución.

En el año 1994, The Washington Office on Latin America (WOLA) organizó una conferencia bajo el título "desmilitarizar el orden público: la comunidad internacional, la reforma policial y los derechos humanos en Centro América y Haití". Entre sus múltiples conclusiones se remarcó que la falta de una doctrina clara sobre el control civil de la policía puede impedir el debate público y retrasar el progreso de las reformas, destacándose que la capacidad civil de formulación y aplicación de políticas de seguridad debe ser fortalecida.

Cohherentemente con tales ideas, la reforma encarada en la Provincia de Buenos Aires incluyó una modificación en la Ley de Ministerios mediante la que se creó el de Justicia y Seguridad, confiriéndosele a su titular la organización y dirección de la policía provincial, el sistema de defensa civil y la actividad de las agencias de seguridad privada, a la vez que la coordinación de las relaciones entre la policía y la comunidad (ley 12.090, art. 3° incisos 8 y 9). En consonancia con ello, la Ley de Organización de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, otorgo la conducción orgánica de estas últimas al Ministro Secretario de Justicia y Seguridad (ley 12155, art. 4°).

También, y como derivación de lo expuesto, importa destacar que la creación de un Ministerio específico implicó la conformación de una estructura de funcionarios civiles de los que depende la coordinación de cada una de las policías autónomas y su esquema de actuación. A su vez, el área de investigaciones quedó igualmente bajo la dependencia de un funcionario civil con jerarquía de secretario, que la conduce.

Como puede apreciarse, el cambio operado en dicho aspecto implicó una transferencia a manos civiles de la formulación y aplicación de políticas en materia de seguridad.

b) Descentralización orgánica y funcional

El tema de la descentralización ha aparecido asociado a procesos de participación ciudadana, cosa que surge del informe WOLA ya mencionado. Como se pone de manifiesto en el documento de discusión "Síntesis de una agenda para un desarrollo social sostenible de América Latina en el Siglo XXI (Foro América Latina-Europa para un desarrollo social sostenible en el Siglo XXI, Santiago de Chile, mayo de 1999)", es necesario una profunda reforma a la institucionalidad vigente a través de la descentralización, de la regionalización, de la iniciativa local, organizaciones de base, asociaciones, juntas de vecinos, red de instituciones sociales, entre otros. La descentralización implica descentralizar decisiones y desconcentrar funciones, aumentar y mejorar los servicios y hacer más ágil su gestión y desarrollar la participación y la cooperación de las entidades y de los ciudadanos.

Las ventajas de la descentralización policial se hacen manifiestas tan pronto se aprecie que ello importa una aproximación del hombre policía al ámbito geográfico en que le toca actuar y un acercamiento con la comunidad.

El modelo de organización policial seguido por la reforma capta estas ideas al señalar que la descentralización operativa de las policías de la Provincia se realiza conforme a la extensión territorial y denominación de cada uno de los departamentos judiciales existentes, creándose así dieciocho Policías de Seguridad en sendos departamentos judiciales. Cada Policía de Seguridad Departamental tendrá progresivamente autonomía funcional, administrativa y financiera, sin perjuicio de la coordinación y control que confiere a funcionarios civiles la propia ley (ley 12.155 art. 12 y 14).

c) *Clara diferenciación entre la función de prevención y la de investigaciones*

La clara diferenciación entre la función de prevención y la de investigaciones se inscribe igualmente en la idea de la descentralización. De ordinario, los cuerpos policiales trabajan con recursos no diferenciados tanto en la prevención y represión del delito cuanto en la investigación. Ello responde a un esquema de concentración de poder y a una superposición de dependencias que le restan toda eficacia. Las funciones de prevenir e investigar son totalmente distintas. En el primer caso, ésta es una clara responsabilidad del Poder Ejecutivo mientras que la segunda, lo es del órgano judicial competente para llevar adelante la instrucción penal preparatoria. Por ser sustancialmente distintas, demandan capacidades diferentes (por ejemplo, trabajo en el escenario del hecho, policía científica, etc.).

Al respecto, la ley 12.155 señala tres policías distintas como integrantes del sistema provincial de seguridad pública:

- la Policía de Seguridad Departamental, compuesta por dieciocho policías autónomas y descentralizadas;
- la Policía de Investigaciones en Función Judicial, órgano centralizado aunque con delegaciones en cada uno de los asientos de las primeras, y
- la Policía de Seguridad Vial.

La ley discrimina cuidadosamente las distintas funciones esenciales de cada una de ellas, determinando los principios y procedimientos básicos de actuación. La distinción resulta tajante dado que la Policía de Investigaciones o Policía en Función Judicial depende funcionalmente del Ministerio Público Fiscal, a quien compete la instrucción penal preparatoria. Cuando concebimos la reforma policial tuvimos en consideración que debía ser funcional al nuevo Código de Procedimiento Penal. Dicho Código adoptó el sistema acusatorio, esto es, puso la I.P.P. en manos de los titulares de la acción penal pública, estos son los Fiscales, a quienes la nueva ley de Ministerio Público les confirió un cuerpo de instructores técnicos o sea una Policía Judicial "estricto sensu"; la importancia de la reforma fue que la policía administrativa, policía de investigaciones en función judicial, pasó a articularse con la policía judicial. Este es el paso previo a la coaptación por parte el Ministerio Público Fiscal de la policía en función judicial para dar paso a una judicialización plena.

d) Redefinición del tipo de academia y de la capacitación

Los cambios operados en la dinámica social actual requieren la redefinición de la política de seguridad, la justicia y las relaciones con la comunidad. Ello obliga a modificar una estructura y cultura institucional teñida de un tipo de interacción sesgada por la militarización o jerarquización extrema, aislamiento, lógica amigo-enemigo, sumisión, etc.

La herramienta apropiada para operar tales cambios es la selección y la capacitación, ámbitos en los que habrá de definirse con la participación preferentemente de organizaciones de derechos humanos. Pareciera útil señalar que tanto la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos cuanto el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), mediante convenios con el Instituto de Política Criminal y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, participan de la formación policial.

Acorde con estos propósitos, la reforma ha implementado un diseño curricular de estructura modular, integrada por tres módulos con una carga horaria total de 1852 horas cátedra y una duración de dos años. Esta estructura modular posibilita un trayecto formativo flexible, continuo e integrador que se sustenta en la permanente articulación entre la teoría y la práctica profesional. La currícula está compuesta por dos grandes áreas: teórico-instrumental y práctico-profesional. Cada una de ellas está compuesta por asignaturas, seminarios y talleres en función de las temáticas de formación en seguridad.

Para que se tenga una idea acabada del cambio sustancial operado de un sistema a otro, vale la pena poner de manifiesto al menos las asignaturas del área teórico-instrumental de cada módulo:

MODULO I

Derecho Constitucional y Derechos Humanos
Derecho Penal
Ciencias del Hombre
Criminología
Primeros Auxilios

MODULO II

Lengua y Comunicación
Legislación
Derecho Procesal Penal
Seguridad Pública
Ciencias del Hombre

MODULO III

Historia Social Argentina

Computación

Seminario Interdisciplinario sobre Minoridad

Taller de Planeamiento en Seguridad

Taller de Organización y Manejo de Grupos

A ello debe agregarse el espacio conferido a las universidades nacionales, las que mediante convenio están capacitando al personal policial, ya sea mediante la impartición de ciertos contenidos de la currícula o bien, organizando carreras o licenciaturas que sirvan para acreditar. Además, una modificación en el estatuto del personal policial determinó que la antigüedad no sea más el criterio para la promoción sino el mérito. Tal es la importancia que la reforma otorgó al tema de la reconversión de los recursos humanos, que en el marco de un plan trienal, concibió un nuevo escalafón, permitiéndose el ingreso a distintos grados del escalafón de civiles que aprueben un examen de suficiencia y se sometan luego a una capacitación especial.

Dado la importancia que se le concede a la Academia, también se emprendió un proceso de descentralización, generando en cada uno de los ámbitos territoriales de las dieciocho policías de seguridad, Centros de Reentrenamiento y Académicos, como un modo de posibilitar la capacitación de la totalidad del personal, lo que mal podía ocurrir teniendo la Academia centralizada a una distancia de más de 600 Km. de donde muchos policías prestaban funciones.

e) Redefinición de las labores de Inteligencia

Los países latinoamericanos suelen ofrecer un verdadero enjambre de agencias de inteligencia; ello obedece a la circunstancia de que cada policía y a su vez cada fuerza de seguridad, cuenta con sus propias direcciones de inteligencia, sin perjuicio de los órganos de carácter nacional, denominados frecuentemente Centrales de Inteligencia o Centros de Reunión de Información. La particularidad de tal tipo de órganos en punto a su funcionamiento, es que históricamente reportaron a las fuerzas armadas y desarrollaron una actividad encaminada a la obtención de información referida a distintos sectores sociales, en punto a conocer sus actividades políticas e ideología. Durante la etapa de la "guerra fría", los organismos vinieron a reforzar los postulados de la doctrina de la seguridad nacional. Cualquiera de los legajos que se consulten en los archivos de cada uno de esos ámbitos, dará una acabada prueba de ello. Así aparece la historia personal de un dirigente gremial, los

paros en que intervino, las manifestaciones de las que tomó parte, los actos políticos a los que asistió y el resultado de las escuchas telefónicas, durante años. Otro tanto puede decirse de los docentes y en particular de cualquier persona vinculada a organizaciones barriales, organizaciones gubernamentales y demás.

Esa era, por ejemplo, la función que cumplía la Dirección de Inteligencia de la ex Policía Bonaerense.

Dicho organismo fue disuelto por resolución ministerial N° 9/98 constituyéndose en su lugar la Comisión de Planificación y Estudios Estratégicos, la que luego se convirtió en Dirección General de Evaluación de Información para la Prevención del Delito, mediante decreto 3880/98 del Poder Ejecutivo Provincial; su finalidad es totalmente compatible con un Gobierno Democrático. Esta se encarga de evaluar la información procedente de fuente delictual, que proveen las distintas áreas policiales, lo que permite la detección de fenómenos y la elaboración de estrategias para la prevención del delito. Es de hacer notar que las 700 personas que integraban la ex Dirección de Inteligencia fueron repartidas en distintas áreas policiales y parte de ellos declarados prescindibles. Se abrió un reclutamiento, se presentaron 300 aspirantes de los cuales se seleccionaron 122, todos ellos policías a quienes se impartió una nueva Academia específica.

Pero para que este nuevo rol fuese posible debió, en primer término, reconstruirse la información, constituirse un banco de datos geo referenciado (mapa) lo que a su vez permitió la elaboración de programas de prevención en cuya confección, como se verá, intervienen organizaciones comunitarias.

f) Existencia de controles suficientes sobre la agencia policial

La necesidad de implantar un sistema estricto de controles del funcionamiento del aparato policial se presenta como una necesidad propia de las facultades y del poder que nuestras leyes conceden a los miembros de la institución policial. Dichos controles deben ser ejercidos a través de una diversidad de mecanismos, de distinta naturaleza, pero que conducen a un mismo resultado: contener el abuso funcional y la corrupción. Tales controles involucran a distintos actores y oficinas gubernamentales y pueden ser clasificados en:

- 1) control administrativo por parte del Poder Ejecutivo,
- 2) control judicial,
- 3) control legislativo, y
- 4) control popular.

De seguido, examinaremos brevemente cada uno de estos mecanismos.

1) Control administrativo por parte del Poder Ejecutivo

Se trata de un control directo que se ejerce, por lo general, por parte de organismos policiales especializados a través de oficinas de asuntos internos. Suele objetárseles, en orden a su eficiencia, que la naturaleza policial de sus componentes genera un espíritu de cuerpo, y una complacencia con los abusos de poder que por lo general, se lo interpreta como un exceso de celo.

Es una discusión de todos los tiempos cuáles son los límites en cuanto a ejercicio de poderes que debe imponérsele a la acción policial y es clásica ya la relación de tensión que existe entre garantías por un lado y eficacia en la acción por el otro. El hombre policía, fruto de una academia inadecuada aprecia las garantías como verdaderos obstáculos que terminan implicando privilegiar los derechos del delincuente por sobre el de las víctimas y el de la sociedad misma. Desde esta perspectiva la experiencia nos indica que casos claros de gatillo fácil son apreciados como actos de legítima defensa y cierto tipo de apremio, como el modo de defensa, en contra del delito y el delincuente.

De acuerdo a ello, de lo que se trata es de estructurar un modelo de control interno que garantice no sólo su eficacia sino también su objetividad.

En la reforma policial mencionada, el control administrativo fue concebido a través del control civil del aparato, por un lado, y por el otro, a través de una oficina especializada.

En efecto, la ley 12.155, sancionada el 15 de julio de 1998 y promulgada el 5 de agosto del mismo año, creó la Oficina de Control y Abuso Funcional, dependiente directamente del Ministro Secretario de Justicia y Seguridad, la cual está integrada por la Auditoría de Asuntos Internos y el Tribunal de Ética Policial.

El primero de estos organismos tiene esencialmente como función la de identificar e investigar todas las denuncias de faltas graves o abusos funcionales graves, cometidos por un miembro de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, en el desempeño de su función, así como formular en su caso, la correspondiente acusación del o los imputados ante el Tribunal de Ética, a cuyo fin debe instruir el sumario administrativo correspondiente y coleccionar las pruebas que den sustento a dicha acusación, con pleno respeto de la garantía constitucional de la debida defensa

en juicio y otras garantías aplicables. Al frente de dicha oficina se halla un Auditor, asistido por tres Sub-Auditores y un cuerpo de Inspectores, todos ellos civiles y dependientes directamente del Ministro de Justicia y Seguridad.

Por su parte, el Tribunal de Ética Policial tiene como función esencial la de juzgar administrativamente a los responsables de faltas de ética graves o abusos funcionales graves, aplicando las sanciones establecidas en la Ley correspondiente.

El Tribunal está integrado por Salas de tres miembros, dos de los cuales son Oficiales Superiores con más de diez años de retiro del servicio activo, y un miembro con título universitario, de reconocida trayectoria judicial o profesional en el ámbito de la Provincia. El juicio ante el Tribunal es oral y público y el imputado puede ser asistido por un Defensor de su confianza.

Todo ello se desprende de las normas que integran el Libro III de la ya citada Ley 12.155, concretamente artículos 41° a 51° de la misma.

2) Control Judicial

Cabe a los jueces y fiscales la responsabilidad de verificar el grado de adhesión a la ley y a la constitución, por parte del personal policial.

La cantidad de poderes que se conceden a los policías, tanto en la faz preventiva cuanto en la investigación, suelen poner en crisis garantías. Tal el caso de los allanamientos, detenciones por identificar, requisas y demás. La labor judicial consiste en invalidar, restar toda eficacia a aquellos actos realizados con abuso de poder e incluso, a los cumplidos como consecuencia o derivación de los primeros (efecto difusivo de la nulidad). También en perseguir penalmente los delitos funcionales y denunciar ante la Auditoría las faltas administrativas.

Por lo general, una de las fuentes de mayor corrupción la constituye la delegación de la labor instructoria por parte de los jueces, lo que ocurría en la Provincia de Buenos Aires antes del proceso de reforma. Tras la sanción de la ley N° 12.061 de Ministerio Público Fiscal y del Código de Procedimiento Penal, la instrucción penal preparatoria quedó en manos del Ministerio Público Fiscal (principio acusatorio) a la vez que la reforma policial adecuó y especializó órganos policiales de investigación en función policial complementarios de la Policía Judicial, órgano técnico civil integrante del Ministerio Público Fiscal.

3) Control Legislativo

Tal tipo de control es de naturaleza claramente política, dado que su ejercicio compete a miembros del Poder Legislativo, en el que están representados los partidos políticos de oposición.

En el marco de la reforma, en la Provincia de Buenos Aires, se creó la Comisión Bicameral de Seguimiento y Fiscalización de las Políticas de Prevención del Delito, Seguridad, Criminalística, Criminología e Inteligencia y de los órganos y actividades que desarrollan las mismas en el ámbito de la Pcia. de Buenos Aires, cuyo objetivo es llevar a cabo un control directo y permanente de las tareas, medidas y normas que se implementaren con motivo de la reorganización del sistema de seguridad (ley 12.068).

4) Control Popular

La intervención de la comunidad en el control de las actividades y del funcionamiento policial es la expresión más intensa de los procesos de participación comunitaria, dado que se concede en un área en la que ni siquiera el Poder Ejecutivo ha marcado su presencia. En lo que aquí interesa y más allá de explicitaciones ulteriores acerca de tal tipo de participación, en la Provincia de Buenos Aires, a propósito de la reforma, la ley 12.154 otorga a la comunidad la facultad de **evaluar el funcionamiento y las actividades de las Policías** e incluso de los prestadores del servicio de seguridad privada (art. 16 inciso b).

Además, habilita al Defensor Municipal de la Seguridad en el control del desempeño policial.

El carácter institucional de tal intervención proviene de la circunstancia de que la propia ley decide que los Foros integren el sistema de seguridad pública, al igual que los Defensores Municipales de la Seguridad (art. 5° incisos k y f).

Dada la importancia acordada a la participación comunitaria en la reforma, y habida cuenta de su carácter novedoso, vale la pena detenerse en su explicación.

Señalamos más arriba que el actual desafío para nuestros gobiernos era construir y consolidar una democracia participativa como clara expresión de una activación social y política, al par que redefinir el rol del Estado en la creación de espacios para la participación.

Dichas ideas encontraron amplia cabida en la tan mentada reforma, mediante decisiones legislativas apropiadas.

Así cabe apuntar que la estructura orgánica del Ministerio de Justicia y Seguridad contiene una Secretaría de Relaciones con la Comunidad y Formación de la cual dependen dos Subsecretarías, una de las cuales tiene como función precisamente aquella.

V. La Participación Comunitaria

La Secretaría de Relaciones con la Comunidad y Formación tiene como objetivos y metas contribuir a la elaboración de una política integral de la seguridad que propicie la participación de todos los estamentos de la comunidad, promoviendo una reforma estructural del modelo de interacción policía-ciudadano.

A su vez, y en consonancia con ello, la ley 12.154 de Seguridad Pública, ha receptado de un modo concluyente el fenómeno y la importancia de tal tipo de participación en su Título 3ro.

Así, se consigna que es un derecho de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires y un deber de su Gobierno promover la efectiva participación comunitaria en la elaboración, implementación y control de las políticas de Seguridad Pública (art. 11), la que se efectiviza a través de 4 institutos:

a) Foros Vecinales

Existen en cada una de las trescientas cuarenta y dos comisarías y tienen competencia en el ámbito territorial de cada una de ellas. Lo integran las organizaciones comunitarias no gubernamentales que actúen en cada una de dichas jurisdicciones.

b) Foros Municipales

Los integran el titular del departamento ejecutivo del Municipio, miembros del departamento deliberativo del Municipio, de acuerdo a criterios de proporcionalidad, representantes de organizaciones o entidades comunitarias y sectoriales de carácter municipal y un representante de instituciones religiosas. Su ámbito de actuación es el territorio del Municipio.

c) Foros Departamentales de Seguridad

Los integran Defensores Municipales de la Seguridad con actuación en ese Departamento, miembros del Ministerio Público Fiscal, titulares de los Departamentos Ejecutivos de los Municipios, representantes de Colegios Profesionales, cámaras empresarias y organizaciones gremiales.

d) Defensores Municipales de la Seguridad

Son elegidos por mayoría simple de votos de los miembros del Foro Municipal de Seguridad.

Facultades de Dichos Organismos

Hay coincidencia en la asignación de funciones a los Foros; entre las más importantes caben destacarse:

- Entender e intervenir en las cuestiones atinentes a la Seguridad Pública.
- Evaluar el funcionamiento y las actividades de las policías de la provincia y de los prestadores de seguridad privada en su ámbito de actuación.
- Intervenir en la formulación de planes de prevención de hechos delictivos y en la implementación de políticas y/o programas referidos a la seguridad pública, solicitando informes y proponiendo medidas institucionales acerca de las diferentes áreas de la seguridad pública provincial.
- Coordinar actividades y acciones con los Defensores de la Seguridad. En lo concerniente a estos últimos, se les acuerda la facultad de convocar a los miembros del Foro Municipal y al responsable local de las policías de la provincia a reuniones para la discusión de temas de seguridad.
- Facilitar la comunicación entre los sectores sociales y el personal policial.
- Verificar el accionar de las policías de su jurisdicción a los fines de detectar hechos irregulares u omisiones o conductas que pudieran implicar un ejercicio abusivo, ilegítimo, irregular, defectuoso, arbitrario o discriminatorio.
- Por último, informar al Ministro de Justicia y Seguridad de las novedades pertinentes.

La extraordinaria importancia de estos organismos que representan a la comunidad, es que la ley les concede facultades co-gestionarias que se ejercen como derechos ciudadanos. Es mucho más que ser oído, es tomar parte en la planificación y formulación de programas de prevención apropiados para cada lugar, sobre la base de la información que el propio Foro da a la Policía. Es también el derecho a cuestionar el modo en que el personal policial cumple con su función.

Para mejor ilustración, basta con decir que en el último verano, el programa de prevención del delito en la Costa Balnearia fue totalmente diseñado por los Foros, los que a su vez controlaron su ejecución por parte de las policías departamentales.

Como puede apreciarse, trátase de un régimen que hace cierto y serio el objetivo tan deseado de la participación popular, en un tema sobremanera delicado cual es el de la Seguridad Pública.

La experiencia recogida hasta ahora acerca del funcionamiento de tales institutos resulta invaluable. La interacción entre estos últimos y el personal policial ha producido rápidos resultados en punto a una recuperación de la confianza en la institución policial, en la recuperación de prestigio por parte de aquella, y en un alto grado de madurez en el trabajo conjunto.

Los Foros son un ámbito de discusión en el que se identifican problemas críticos vinculados con la conflictividad social. Los Foros procesan y sistematizan la información y sobre la base de ella formulan sus propias propuestas que debaten con la autoridad policial. Tal grado de involucramiento permite una gran racionalidad en la demanda de seguridad, circunstancia que se ve favorecida por la información que permanentemente recaban de la Policía.

Una mejor comprensión de la problemática de la seguridad por parte de la comunidad ha implicado también una atenuación de los niveles de alarma social que producen hechos de violencia graves, magnificados por su difusión.

Un aumento de los índices del delito y una tematización por parte de los medios de comunicación, sirven para generar desconcierto, alarma social y descreimiento en la respuesta institucional, fenómenos que pueden ser contenidos por la discusión franca, abierta y participativa.

Como lo planteara desde un comienzo, el problema de la seguridad remite a cuestiones que exceden lo puramente policial. La conflictividad social es una de las variables más importantes en la construcción de un modelo de análisis en materia de seguridad. Dicho reconocimiento supone la necesidad de darse estrategias y políticas que operen sobre dicha variable. Las más de las veces quedan al descubierto problemas estructurales complejos, en muchas otras, conflictos de naturaleza local de tipo coyuntural. Nuestra experiencia es que gracias a la actividad de los Foros hemos podido captar dichos fenómenos y atenderlos mediante un recurso que paso a explicar.

En todas partes, y también en Buenos Aires, existen numerosos organismos gubernamentales que tienen incumbencia en cuestiones de tipo social de naturaleza varia. Los caracteriza el gran nivel de desarticulación con que operan, lo que resta potencia a la acción solidaria del Estado. Para cubrir tales deficiencias, y dar virtualidad plena a la participación comunitaria, organizamos en la provincia de Buenos Aires lo que denominamos un "grupo de respuesta múltiple" integrado por la totalidad de tales organismos (Ministerio de la Producción y del Empleo, Dirección Provincial de la Minoridad, Consejo Provincial de la Familia, Dirección Provincial de Escuelas, Ministerio de Salud Pública, Dirección Provincial de Tierras, entre otros). Es misión de este grupo articular con cada Foro, recoger las alertas tempranas que provienen de ellos, elaborar un programa común de acción para la atención de la problemática, convirtiéndose cada uno de sus integrantes en operadores de dicho programa.

Un par de ejemplos servirán para poner de manifiesto la importancia de este mecanismo. En un pequeño pueblo una fábrica importante produjo suspensiones por falta de trabajo, cosa que afectó a buena parte de la población; evaluada esa situación pudo atenderse la emergencia y atenuarse el conflicto mediante la inclusión de dichas personas en un plan social denominado "Trabajar" consistente en la afectación de esos recursos humanos disponibles en trabajos comunitarios mediante el pago -vía contrato- de una suma de dinero que posibilitara el sustento.

En otra circunstancia, un Foro correspondiente a la localidad de Quilmes, en donde tiene su sede una villa de emergencia, detectó la inquietud que planteaban los villeros acerca de la necesidad de contar con alumbrado y trazado de calles. Discutida la demanda, en el seno del programa de respuesta múltiple se advirtió que la Dirección Provincial de Tierras podía facilitar la erradicación de parte de la villa como modo de dar curso favorable a la demanda.

Pues bien, estos son las grandes líneas que configuran un modelo democrático de seguridad, que procura desplazar la visión autoritaria y ponernos a reparo de sus acechanzas.

En suma, y a modo de colofón:

Nuestros países padecen fenómenos de violencia fruto de una conflictividad social criminalizada, que por su naturaleza no puede ser atendida tan sólo por el sistema penal ni por la agencia policial.

A la hora de definir un modelo de análisis de seguridad, debe ser computado como variable central el conflicto social.

La atenuación de ese conflicto demanda una redefinición del rol del Estado, a partir de la formulación de políticas de inclusión social.

Existe también violencia estructural proveniente de los abusos que se cometen desde el poder, a través de procesos de selectividad y etiquetamiento que reducen la seguridad al disfrute de bienes, derechos y garantías, sólo para una parte de la sociedad.

La violencia criminalizada debe ser atendida por órganos policiales y judiciales dotados de límites claros y de controles democráticos suficientes.

La participación comunitaria en la cuestión de la seguridad, garantiza la eficacia y democratización del sistema penal y acuerda certeza a los procesos de consolidación democrática.

En tales procesos, cabe a los organismos de derechos humanos una labor esencial, tanto desde el trabajo en la participación comunitaria cuanto en esa labor cotidiana de difusión de los derechos, o desde la denuncia de los abusos. Pero también, y en especial, permeando la institución policial desde sus academias de enseñanza, espacio de excelencia en el que en la República Argentina tienen su lugar legítimo.

Muchos son los hombres y mujeres que desde los organismos luchan día a día –en forma silenciosa– para hacer cierto el sueño de “que el hombre no sea lobo del hombre”.

A ellos nuestro profundo reconocimiento y a Emilio, nuestro homenaje permanente.

INDICE

DOCTRINA

**ANALYZING THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON
HUMAN RIGHTS UNDER THREE THEORIES OF COMPLIANCE**

Francisco COX

CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y DESPLAZAMIENTO FORZADO:

¿QUÉ PROTECCIÓN?

Rafael PRETO SANJUAN

VIOLENCIA, SEGURIDAD CIUDADANA Y ORDEN DEMOCRÁTICO

Leon Carlos ARSLANIAN

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1998

**COMISIÓN INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1998

**DECLARACIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DE LAS
NACIONES UNIDAS KOFI ANNAN A LA 55ª SESIÓN
DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

(PALACIO DE LAS NACIONES UNIDAS, 7 DE ABRIL DE 1999)

**SECRETARY-GENERAL TO COMMISSION ON HUMAN
RIGHTS: I HAVE MADE HUMAN RIGHTS A PRIORITY
IN EVERY UNITED NATIONS**

APRIL 1999

NACIONES UNIDAS

**PRÁCTICA AMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA
DE DERECHOS HUMANOS (1997-II)**