



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1994/18
30 de junio de 1994

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones
y Protección a las Minorías
46° período de sesiones
Tema 8 del programa provisional

REALIZACION DE LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Consecuencias del traslado de poblaciones, incluida
la implantación de colonos

Informe sobre la marcha de las actividades preparado por
el Sr. Awn Shawkat Al-Khasawneh, Relator Especial

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1 - 9	3
I. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL TRASLADO DE POBLACIONES: ESTRUCTURA NORMATIVA	10 - 17	5
II. NORMAS DE DERECHOS HUMANOS RELATIVAS AL TRASLADO DE POBLACIONES	18 - 56	7
III. TRASLADOS DE POBLACIONES Y SUSPENSION DE LOS DERECHOS.	57 - 62	17

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
IV. TRASLADO DE POBLACIONES Y DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	63 - 64	18
V. TRASLADO DE POBLACIONES Y DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS	65 - 86	19
VI. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS Y TRASLADO DE POBLACIONES	87 - 123	28
VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	124 - 144	37

INTRODUCCION

1. Por su resolución 1992/28 de 27 de agosto de 1992, la Subcomisión encargó al Sr. Awn Shawkat Al-Khasawneh y al Sr. Ribot Hatano, como Relatores Especiales, que preparasen un estudio preliminar sobre las consecuencias del traslado de poblaciones, incluida la implantación de colonos y asentamientos y les pidieron que examinasen en dicho estudio la política y la práctica del traslado de poblaciones, en el más amplio sentido, con objeto de determinar las cuestiones que han de analizarse en ulteriores informes, en particular las consecuencias que en la perspectiva jurídica y de los derechos humanos tiene el traslado de poblaciones y la aplicación de los principios e instrumentos existentes de derechos humanos y, por último, que presentasen el estudio preliminar a la Subcomisión en su 45º período de sesiones.
2. La Comisión de Derechos Humanos hizo suya esa decisión, en su 49º período de sesiones, en la decisión 1993/104 de 4 de marzo de 1993, y también la hizo suya el Consejo Económico y Social en la decisión 1993/288 de 28 de julio de 1993.
3. En la resolución 1993/34 de 25 de agosto de 1993, la Subcomisión, en su 49º período de sesiones, tomó nota con reconocimiento del informe preliminar sobre las consecuencias del traslado de poblaciones, incluida la implantación de colonos y asentamientos (E/CN.4/Sub.2/1993/17 y Corr.1) presentado por el Sr. Awn Shawkat Al-Khasawneh y el Sr. Ribot Hatano, que llegaron a la conclusión, entre otras cosas, de que el traslado de poblaciones es, prima facie, ilegal y constituye una violación de los diversos derechos afirmados en el derecho humanitario y las normas de derechos humanos tanto para las poblaciones trasladadas como para las poblaciones que las reciben e hizo suyas las conclusiones y recomendaciones de informe preliminar. Además, la Subcomisión lamentó que el Sr. Hatano no pudiera seguir participando en los trabajos sobre este tema como uno de los relatores especiales y pidió al Sr. Al-Khasawneh, Relator Especial, que prosiguiese sus estudios sobre las consecuencias del traslado de poblaciones, incluida la implantación de colonos y asentamientos, y que presentase un informe sobre la marcha de los trabajos a la Subcomisión en su 46º período de sesiones.
4. En la misma resolución, la Subcomisión invitó a la Comisión de Derechos Humanos a que, en su 50º período de sesiones, pidiese al Secretario General que organizase un seminario multidisciplinario de expertos antes de la preparación del informe definitivo a fin de formular conclusiones y recomendaciones finales apropiadas. Pidió asimismo al Secretario General que invitase a los gobiernos, a los órganos de las Naciones Unidas y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales interesadas a que proporcionasen al Relator Especial información pertinente para la preparación de sus informes. Por último, invitó a la Comisión de Derechos Humanos a que pidiese al Relator Especial que efectuara visitas a diversos lugares en que se están produciendo traslados de población seleccionándolos sobre la base de la información recibida para el próximo informe.

5. En su 41ª sesión, celebrada el 25 de febrero de 1994, la Comisión de Derechos Humanos, tomó nota de la resolución 1993/34 de la Subcomisión y aprobó la decisión 1994/102 por la que hizo suya la resolución de la Subcomisión.

6. El 29 de marzo de 1994 se enviaron una nota verbal y una carta a los gobiernos, a los órganos de las Naciones Unidas y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales interesadas, de conformidad con lo previsto en la decisión 1994/102 de la Comisión, con el fin de solicitar información pertinente para la preparación de los informes. Hasta la fecha se han recibido respuestas de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Chipre, Letonia, Libia y Pakistán. También se han recibido respuestas de los siguientes órganos de las Naciones Unidas: Universidad de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAC), Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESPAP), Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), Fondo de las Naciones Unidas para Actividades en Materia de Población (UNFPA), Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (para la Asistencia al Pueblo Palestino), Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW), Departamento de las Naciones Unidas de Servicios de Gestión y de Apoyo del Desarrollo; también contestaron las siguientes organizaciones especializadas y otras instituciones: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización Internacional del Trabajo, Banco Mundial; se recibieron asimismo respuestas de las siguientes organizaciones intergubernamentales: Corte Internacional de Justicia, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, así como de las siguientes organizaciones no gubernamentales y otras instituciones: Federación Mundial de Letones Libres, Universidad de Siracusa, Organización de Mujeres del Pakistán, Confederación Internacional de Parteras, Oficina del Tíbet, Organización de las Naciones y de los Pueblos no Representados, Centro Palestino de Información sobre Derechos Humanos, Grupo Pro Derechos de las Minorías, Universidad de Utrech.

7. El Relator Especial desea agradecer las invitaciones que ha recibido para visitar los países y para evaluar él mismo, con mayor conocimiento de causa, ciertas situaciones de traslado de poblaciones. Así desea hacerlo si las circunstancias lo permiten, antes de presentar el informe final. Desea además aprovechar esta oportunidad para dar las gracias a cuantos le han facilitado informaciones hasta la fecha. Proyecta examinar con mayor detalle el volumen de información que esas respuestas contiene para preparar su informe final.

8. Con el fin de dar efecto a las recomendaciones preliminares hechas por los Relatores Especiales en su informe preliminar, el presente informe tiene por objeto examinar con mayor detalle la legalidad del problema de los traslados de población para elaborar criterios que permitan prohibir o justificar dichos traslados. El modo de análisis del tema se sitúa en la perspectiva del derecho internacional, con inclusión de las normas de derechos humanos, del derecho de los conflictos armados y del derecho de la responsabilidad del Estado.

9. La parte I del presente informe examina la estructura normativa de derecho internacional y derechos humanos en lo que se refiere a los traslados de poblaciones. Explica el contexto legal en el que se plantea el tratamiento de los traslados de poblaciones. Las partes II y III examinan las cuestiones de derechos humanos relacionadas respectivamente con los traslados internos e internacionales de poblaciones e incluye, en ese contexto, un análisis de las normas concernientes a la legalidad de esos traslados de poblaciones. En la parte IV se examina brevemente la relación de los derechos económicos, sociales y culturales con los movimientos masivos de poblaciones. Los traslados de poblaciones en aplicación del derecho de ocupación se examina en la parte V; la parte VI está dedicada al tema de la responsabilidad del Estado y el movimiento de poblaciones. Las conclusiones y las recomendaciones figuran en la parte VII.

I. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL TRASLADO DE POBLACIONES:
ESTRUCTURA NORMATIVA

10. Para examinar las cuestiones de derechos humanos relacionadas con el traslado de poblaciones es indispensable, como punto de partida, exponer dos temas de importancia respecto del método de planteamiento y análisis. Requiere el primero un entendimiento de la aplicación de la esencia de los derechos humanos y de su importancia para el movimiento de las poblaciones. Implica el segundo la apreciación de la estructura normativa del derecho internacional y los derechos humanos en la que son aplicables normas específicas de derechos humanos relativas a los traslados de población.

11. Por lo que se refiere al primer tema, la esencia de los derechos humanos en derecho internacional puede describirse como se indica a continuación. En primer término, formula las normas generales que gobiernan la conducta de los Estados respecto de sus propias poblaciones y de otras personas que se encuentran en el territorio del Estado. En ese sentido, los derechos humanos definen normas internacionalmente aceptables que los métodos gubernamentales han de cumplir como una cuestión práctica. Al proporcionar normas de aplicación práctica, los derechos humanos facilitan la base para que los Estados protejan a todas las personas en el territorio del Estado, sin discriminación alguna, a no ser en los lugares y en las condiciones que se hayan especificado. Quiere ello decir que las normas de derechos humanos son útiles para definir el comportamiento de los Estados en lo que se refiere a la protección de las poblaciones contra desplazamientos arbitrarios, así como en el curso de los desplazamientos.

12. En segundo lugar, al establecer normas que gobiernan la conducta de los Estados, los derechos humanos facilitan normas generales para el tratamiento de la población y de las personas dentro de los territorios de los Estados. Ello es aplicable a la protección de las personas o de las poblaciones contra o durante los traslados de población.

13. En tercer lugar, el concepto de "normas de derechos humanos" facilita una piedra de toque para determinar el comportamiento de los Estados en sus obligaciones de respetar y de observar los derechos humanos. Varias

cuestiones derivan de ese planteamiento. Las obligaciones relativas a los derechos humanos son respetadas entre los Estados y toda conducta ilegal por parte de un Estado, como el incumplimiento de las obligaciones relativas a los derechos humanos, puede constituir un daño internacional que implique una responsabilidad internacional. La determinación de una responsabilidad de esa naturaleza supone la aplicación de normas jurídicas internacionales y la soberanía y la jurisdicción interna del Estado cuya conducta se cuestiona no lo eximen de dicha responsabilidad.

14. Como la protección de los derechos humanos es asunto de interés internacional, todos los Estados, en virtud del derecho internacional, tienen un interés individual y colectivo en asegurar esa protección. Desde el punto de vista institucional el interés colectivo de los Estados por vigilar el cumplimiento de las obligaciones relativas a los derechos humanos está representado por órganos intergubernamentales adecuados de derechos humanos que operan a nivel internacional. Pero además de la existencia de normas de derechos humanos, los intereses concretos de los Estados por cuanto se refiere a los traslados de poblaciones han de ser definidos de modo más preciso en función de criterios relativos a la legalidad de los traslados y los medios, los dispositivos y las medidas de protección contra los traslados ilegales, con inclusión de los remedios oportunos.

15. Sin embargo, la extrapolación de los derechos humanos basada en criterios jurídicos y la consiguiente aplicación a la situación de movimientos de población en escala masiva ha de ser examinada en el contexto de la estructura normativa de los derechos humanos en derecho internacional. Esa estructura normativa facilita un marco en el que la protección de los derechos humanos puede ser por lo general asegurada. Más importancia tiene a ese propósito la condición de los principios aplicables del derecho internacional y derechos humanos en la elaboración de criterios relativos a la legalidad de los traslados de población. El carácter de dichos principios está determinado por la estructura normativa de los derechos humanos en cuyo contexto la existencia de los criterios relativos a la legalidad de los traslados de población puede ser adecuadamente evaluada.

16. Por "estructura normativa" se entiende concretamente la estructura de los principios jurídicos cuya aplicación general depende de:

- a) La condición de los principios de derechos humanos relativos a los movimientos, traslados y expulsiones de personas o de grupos y la fuerza y alcance de su obligatoriedad. Las normas de derechos humanos que son parte del derecho internacional consuetudinario y que constituyen normas de ius cogens pueden aplicarse para condicionar la legalidad de los traslados de poblaciones y presentan la ventaja de obligar a todos los Estados. Por consiguiente, las normas que prohíben el genocidio, la discriminación racial, la esclavitud y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, tienen especial importancia respecto de la prohibición de los fines y de los métodos de traslado de poblaciones que corresponden a la órbita de dichas normas;

- b) La validez del alcance permisible de las restricciones al ejercicio y disfrute de ciertos derechos pertinentes al movimiento, traslado y expulsión de poblaciones. Tanto la libertad de movimientos y de residencia dentro de los Estados como el derecho a salir y a regresar implican normas importantes relativas al traslado de poblaciones. Sin embargo, están ambos sujetos a determinadas restricciones en razón del interés público; las normas que gobiernan dichas restricciones son una fuente de criterios jurídicos que puede ser utilizada para determinar la legalidad del propósito y modo de desplazamiento de poblaciones o personas;
- c) La medida en que la aplicación de las normas específicas de derechos humanos queda limitada por el principio de derogación en los estados de urgencia. El movimiento o desplazamiento forzoso de un grupo de población puede a veces efectuarse durante un estado de urgencia. En realidad, la libertad de movimientos y elección de residencia en el interior de los Estados y el derecho a salir y volver son derechos derogables. En los estados de urgencia se aplican ciertas normas, como se aplican en casos de conflicto armado. Por una parte, hay normas de carácter imperativo, como las mencionadas en el apartado a), que son no derogables y se aplican por consiguiente para determinar la legalidad del traslado de una población según se describe en lo que antecede, incluso durante un estado de urgencia. Por otra parte, hay normas que constituyen salvaguardias contra el abuso de poder en situaciones de urgencia y que se refieren a la forma de derogación y, por lo tanto, a la forma del desplazamiento o del traslado.

17. La estructura precedente apoya el análisis de la legalidad de los traslados de población en la siguiente sección.

II. NORMAS DE DERECHOS HUMANOS RELATIVAS AL TRASLADO DE POBLACIONES

18. Cabe distinguir las normas que prohíben el traslado de poblaciones y las que tienen un carácter permisivo o regulatorio. Las primeras, aunque reflejadas en tratados, son parte del derecho internacional consuetudinario, al paso que las últimas pertenecen al derecho internacional general. Como ya se ha señalado, las normas de derecho internacional consuetudinario obligan a todos los Estados e incluyen la prohibición del genocidio, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud, la discriminación racial o cualquier forma de discriminación. Esas normas constituyen asimismo principios perentorios o esenciales de jus cogens, cuyo carácter es tal que no pueden ser derogadas o desatendidas, incluso por acuerdo o por tratado 1/.

19. Como los actos enumerados constituyen tipos de conducta ilegal según las normas del derecho internacional, pueden ser empleados para determinar la legalidad del traslado de poblaciones y de la implantación de colonos y asentamientos por los Estados de los dos modos que se indica a continuación.

Uno es la prohibición de los traslados de población por referencia a finalidades o efectos relacionados con las categorías referidas. Los traslados de población son claramente ilegales y están prohibidos cuando su finalidad o sus efectos constituyen un genocidio o equivalen a él, la tortura y sus elementos afines, la esclavitud, la discriminación racial y sistemática y la interferencia con el ejercicio del legítimo derecho a la libre determinación o cuando son manifiestamente desproporcionados a la excepción de la necesidad militar en derecho humanitario.

20. Por ejemplo, en el contexto del genocidio, sería ilegal desplazar o trasladar deliberadamente a un grupo étnico con objeto de someterlo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, según explícita el apartado c) del artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948. Con igual criterio, la proscripción de la discriminación racial prohíbe los traslados de población de grupos determinados como las minorías y las poblaciones indígenas, especialmente cuando la finalidad o el efecto es una manipulación demográfica que trata de dispersar a dichos grupos de sus territorios nativos dentro del Estado.

21. De modo análogo, el traslado de poblaciones es ilegal cuando su finalidad es punitiva, es decir, cuando se trata de someter a un grupo a la tortura o a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Además, la Convención contra la Tortura prohíbe la expulsión o el rechazo de nacionales, extranjeros o refugiados y solicitantes de asilo a países donde pueden correr el riesgo de ser objeto de torturas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

22. Cabe asimismo determinar la legalidad del traslado de una población por referencia al método que se sigue para efectuar ese traslado. Los métodos que implican genocidio, esclavitud, discriminación racial, tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como la imposibilidad de ejercer válidamente el derecho de libre determinación son ilegales y están prohibidos por el derecho internacional. Sin embargo, por lo que se refiere a la prohibición de la finalidad o del efecto y del método de traslado, ha de examinarse detenidamente la aplicación de los elementos constitutivos de las normas aplicables.

23. El genocidio constituye un crimen y por consiguiente requiere una prueba de intención 2/; la tortura 3/ está también sujeta a prueba y sus elementos constitutivos incluyen la acción de funcionarios del Estado para fines precisos, mientras que el contenido de la libre determinación está lejos de ser claro, aunque cuente su núcleo con una aceptación generalizada. Además la protección de los grupos minoritarios, indígenas y otros grupos étnicos desfavorecidos, así como de las mujeres, puede exigir, ateniéndose al significado del principio de la no discriminación, formas especiales de protección que preserven su identidad y modos de vida, incluida la sexual, tomando como base la igualdad de trato, las medidas encaminadas a proteger a la mujer contra la violencia sexual y la violación sistemática en asentamientos o campamentos que puede suponer un tratamiento diferencial pero justificado 4/.

24. Además de las normas de derecho consuetudinario que prohíben los traslados de poblaciones, existen normas permisivas de derecho internacional relativas a la justificación de los movimientos de población, e inclusive de los traslados y los asentamientos. Las normas permisivas están sujetas a principios operativos de jus cogens, según se ha indicado en lo que antecede. El más evidente de ellos es el principio general de que el desplazamiento de poblaciones o grupos es legal cuando se efectúa con el consentimiento de los interesados.

25. El principio del consentimiento como base para reasentar a una población es reconocido en una resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1952 5/. Según lo dispuesto en dicha resolución, el principio aplicable es que la reubicación puede ser legal tan sólo si es voluntaria. Una resolución carece por sí misma de obligatoriedad pero, según se demuestra en lo que sigue, el principio reflejado en esa resolución ha alcanzado carácter de obligatoriedad como un principio generalmente reconocido de derecho en la jurisprudencia internacional y mediante las normas de los tratados. Siendo así que la reubicación depende del consentimiento, existe un principio general contra la reubicación y los movimientos, los traslados o la implantación forzosos. Cabe concluir que el traslado forzoso de una población es la excepción más que la regla, que está sujeto a justificación y ha de ser siempre cuidadosamente efectuado.

26. Las normas de los tratados existentes apoyan esa interpretación y reflejan los principios generales del derecho a los que se refiere el apartado c) del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por consiguiente, el principio del consentimiento se ha utilizado para conferir protección contra el reasentamiento forzoso de pueblos indígenas en tratados concluidos por la Organización Internacional del Trabajo 6/. El establecimiento de las normas contenidas en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, muestra que 7/:

- a) Hay una prohibición general de trasladar o de reubicar a los pueblos indígenas fuera de las tierras que ocupan;
- b) La reubicación es una medida excepcional que sólo se aplicará con el consentimiento libre e informado de las poblaciones indígenas;
- c) La reubicación forzosa, es decir, sin consentimiento, estará sujeta a la salvaguardia de los procedimientos adecuados establecidos por las leyes y normas nacionales, incluidas las encuestas públicas cuando así proceda, con el fin de que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados;
- d) Siendo la reubicación una medida excepcional, tiene carácter transitorio en principio, y existe un derecho de regresar a las tierras previamente ocupadas tan pronto como los motivos de la reubicación dejen de existir;

- e) Cuando el retorno no sea posible, dicha imposibilidad ha de ser determinada por acuerdo con el pueblo afectado. A falta de un acuerdo de esa naturaleza, deberá aplicarse el principio de compensación g/.

27. Aunque esos principios están incluidos en el Convenio N° 169 en el contexto de la protección de las poblaciones indígenas son efectivamente principios de aplicación general en el derecho internacional. En el caso de la reubicación forzosa de los indios miskito en Nicaragua, el año 1982, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó la doctrina preponderante de que la reubicación masiva de grupos de población podía ser jurídicamente válida en caso de hacerse con el consentimiento de la población interesada. La Comisión mantuvo que los principios de consentimiento y compensación que eran de aplicación general a los casos de reubicación y aceptó la reubicación temporal de los miskitos en términos estrictos como una medida excepcional, justificada por razones de necesidad militar ocasionadas por un estado de urgencia.

28. Los principios orientadores relativos a la compensación pueden deducirse de dicha decisión. Uno es que debe haber preferencia, y no una imposición, por parte de la población desplazada respecto de la forma de compensación. El otro es que la compensación se aplica con independencia de que la reubicación sea forzosa o esté basada en el consentimiento e independientemente de que sea temporal o permanente; es una función o consecuencia de traslado o desplazamiento, completamente distinta de la legalidad de dicho traslado.

29. El consentimiento como base de la reubicación es más importante en situaciones de asentamiento en el interior de Estados por razones de ejecución de determinado tipo de proyectos como presas hidroeléctricas. No es aplicable cuando el movimiento resulta forzoso a causa de catástrofes ambientales, motivos relacionados con el orden público, la seguridad pública y los casos de conflicto armado. Lo que importa es desarrollar mecanismos de vigilancia suficientes para tener la garantía de que el consentimiento se da libremente mediante acuerdos verificados entre un gobierno y la población interesada. El traslado forzoso tiene un componente activo como la evacuación, la deportación o el destierro, acompañado por el empleo de la fuerza, con inclusión de la muerte y la violación o el acoso, y no puede estar justificado. Puede también ser fruto de la coerción o estar inducido. En caso de una ocupación militar prolongada, un ocupante puede crear condiciones económicas y sociales cuyo efecto acumulativo es inducir u obligar a la población del territorio ocupado a abandonarlo. El "encubrimiento inteligente" de esas medidas plantea la importante cuestión de determinar el sentido de la expresión "traslado forzoso de poblaciones". Es difícil distinguir la fuerza, en este sentido general, de otros motivos de traslado, por lo que se propone que el tema sea objeto de más detenida investigación en el informe final.

30. La cuestión afín es la planteada por el hecho de que aunque un segmento de la población pueda consentir la reubicación, la validez de ese consentimiento puede estar sujeta a los deseos de los habitantes del lugar del reasentamiento. Cuando una minoría pretende tener derecho exclusivo de desplazamiento y residencia en una zona determinada, el consentimiento por parte de otras personas para reocupar la zona en cuestión ha de ser contrastado con la pretensiones de la minoría, teniendo en cuenta que la libertad de movimientos y la elección de residencia en un Estado puede ser restringida para proteger el derecho de otros. Conviene señalar la importancia de este argumento, ya que el consentimiento de una población para ser reasignada a una zona puede ser utilizada para implantar colonos en zonas habitadas por minorías. El principio del consentimiento es una salvaguardia contra el traslado y la dispersión de las minorías y de los grupos indígenas establecidos en un territorio no nativo, pero no puede ser utilizado para recubrir por patriotismo zonas nacionales estableciendo asentamientos ni para imponer una hegemonía cultural sobre la minorías.

31. Otras cuestiones que pueden plantearse a propósito de los traslados de poblaciones se refieren a los modos de adquisición de territorios en derecho internacional 9/. En ese sentido, el consentimiento a la transferencia de población puede expresarse mediante un tratado o la aceptación de la demarcación y la delimitación de fronteras. Por ejemplo, el Tratado sobre Fronteras entre Senegal y Gambia suponía la transferencia del territorio y, por consiguiente, de la población que ocupaba en ese territorio por consentimiento mutuo 10/. Sin embargo, los tratados relativos a la adquisición de territorios pueden ser circunscritos por la prohibición del genocidio. Por consiguiente, en virtud del derecho de los tratados, un tratado es inválido si entra en conflicto con las normas del jus cogens.

32. Los cambios territoriales producidos por la disolución y la constitución de los Estados pueden dar lugar asimismo a traslados forzosos de población. El ejemplo característico es la práctica de la limpieza étnica en el territorio de la ex Yugoslavia. El principio de utti possidetis en combinación con el reconocimiento de la condición de Estado deberá proporcionar la base para la solución de las disputas territoriales y la protección de las poblaciones contra los traslados forzosos en el caso de constitución de nuevos Estados.

33. Además, como resultado de los cambios en las leyes de ciudadanía, según lo sucedido en los Estados bálticos después de la disolución de la antigua Unión Soviética, se produce la consecuencia de que las generaciones actuales de etnia rusa que fueron implantadas en los Estados bálticos se encuentran ahora sujetas a nuevas, y a veces severas, normas que afectan a su condición de derechos como ciudadanos.

34. Tras el acuerdo de paz entre Israel y la Organización de Liberación de Palestina, poca duda cabe de que la existencia de asentamientos judíos en los territorios ocupados constituye un problema particularmente espinoso y puede considerarse, por lo tanto, como obstáculo para el logro de una paz justa.

35. Confirman esos hechos la ilegalidad de el acto inicial de asentar colonos y demuestra no sólo lo inadecuado de los intentos de establecer un poder hegemónico sobre un grupo de población sospechoso por razones políticas, sino también que la política de asentamiento y de asimilación de grupos de población heterogéneos es problemática.

36. La protección conferida por las normas de derechos humanos en derecho internacional contra los traslados arbitrarios de poblaciones y la implantación de asentamientos y colonos puede comprobarse también en la aplicación de las normas relativas a libertad de movimientos y elección de residencia dentro de los Estados 11/. La libertad de movimientos y de elección de residencia en los Estados está establecida como un derecho integrado respecto del cual las restricciones son la excepción y no la regla. La formulación clásica del derecho de las personas a desplazarse libremente y a escoger su lugar de residencia en los Estados está claramente formulada en los párrafos 1 y 3 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

"1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

...

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto." [El subrayado es nuestro].

37. Todo tipo de traslado forzoso de poblaciones de un lugar escogido de residencia, sea por desplazamiento, asentamiento, destierro interno o evacuación, afecta directamente el disfrute o el ejercicio del derecho de libre desplazamiento y elección de residencia en el interior de los Estados y constituye una restricción de ese derecho 12/.

38. Desde ese punto de vista, asegurar el respeto de la libertad de movimientos y de elección de residencia en el territorio de un Estado confiere, en términos generales, protección contra la reubicación forzosa, en el desplazamiento y los traslados de población. El ejercicio del derecho a la libertad de movimiento y elección de residencia es compatible con el libre consentimiento a la reubicación. La última es permisible como ejercicio de una libertad personal en el contexto de la libertad de movimientos y de elección de residencia. Por consiguiente, la libertad de movimientos y de elección del lugar de residencia contiene el principio de la reubicación de personas y grupos basada en el consentimiento.

39. En tres modos distintos afectan las normas relativas a la libertad de movimientos y elección de residencia en los Estados a los traslados de poblaciones y el establecimiento de colonos. El primero es la prohibición

general de restringir la libertad de movimientos y la elección de residencia más que por medios y formas especificadas en las normas de derechos humanos. En segundo lugar, cabe imponer restricciones legítimas para determinar la justificación de los traslados de poblaciones fundándose en el interés público precisado. En tercer lugar, las restricciones a la libertad de movimiento y elección de residencia pueden aplicarse para proteger las reclamaciones de los grupos minoritarios e indígenas a derechos exclusivos de movimientos y de elección de residencia en las zonas por ellos habitadas, lo que excluiría a los colonos y a otros miembros de la población.

40. En el caso Sandra Lovelace versus Canada 13/, el Comité de Derechos Humanos consideró que las restricciones que protegían el derecho exclusivo de movimientos y residencia de los indios maliseet y la reserva de Tobique estaban justificadas en virtud del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso australiano de Gerhardy versus Brown 14/, la legislación que confería un derecho exclusivo de movimientos de residencia al grupo aborígen se justificaba por una medida especial concorde con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1966).

41. La prohibición general de la restricción de la libertad de movimientos y elección de residencia en los Estados queda de manifiesto en la explicación de las restricciones a la libertad de movimientos y elección de residencia en los Estados como medidas excepcionales por las que las personas pueden ser reubicadas sin consentimiento tan sólo por razones que encuentren su justificación y fundamento en el interés público. Si las restricciones son excepciones, la tesis de que la reubicación, el desplazamiento y los traslados de población han de estar justificados queda reforzada. En consecuencia, las restricciones han de estar estrictamente formuladas y justificadas objetivamente por referencia a las razones de interés público en las que se funda su permisibilidad.

42. Las normas que gobiernan las restricciones de la libertad de movimientos y la elección de residencia de las personas en los Estados mantienen, en términos generales, un equilibrio entre la protección de los derechos de los individuos o de los grupos (es decir, la protección de los derechos de otros, como las minorías y los grupos indígenas) y la protección de los intereses públicos. La protección aplicable está garantizada por las normas que estipulan los requisitos legales de las restricciones válidas o permisibles. Esos requisitos facilitan salvaguardias respecto de la forma de los desplazamientos y de sus motivos.

43. Salvaguardia primaria es el hecho de que la restricción de la libertad de movimientos y de la elección de residencia ha de efectuarse conforme al derecho. Quiere ello decir que las restricciones que imponen la reubicación no han de ser arbitrarias ni estar arbitrariamente impuestas. Esta norma es de aplicación general y el modo de aplicarla en casos de reubicación forzosa resulta evidente según el principio de que la reubicación forzosa de grupos indígenas ha de ser compatible con las salvaguardias y procedimientos establecidos por el derecho nacional 15/. Este último no contiene una norma autónoma o exclusiva.

44. En realidad, las normas internacionales sirven para determinar la aceptabilidad de las leyes nacionales. Por consiguiente, la referencia al "derecho" nacional denota la existencia de una legislación de cierta calidad, es decir, de naturaleza estatutaria. Una premisa básica es la de una ley debatida en un proceso legislativo democrático que prescribe parámetros ampliamente acordados para restringir la libertad de movimientos o de residencia dentro de los Estados. Es cuestionable sobre esa base si los decretos constituyen restricciones permisibles para que las personas puedan ser reubicadas legalmente 16/.

45. El requisito de que las restricciones de la libertad de desplazamientos internos y de residencia hayan de ser impuestas de conformidad con la ley es una forma preliminar de protección. En sustancia, la validez de tales restricciones depende también de si guardan relación con motivos de interés público especificados por las normas internacionales de derechos humanos. Así, las restricciones que imponen la reubicación de personas son permisibles en caso de ser necesarias para proteger sectores concretos de interés público. También pueden considerarse justificables por razones de necesidad relacionadas proporcionalmente con cuestiones de interés público. Pero la necesidad de la reubicación, así como las medidas que han de aplicarse para efectuarla, ha de guardar una relación razonable y proporcionada con la protección de un interés público determinado. Por ejemplo, la libertad de movimientos y de residencia puede ser restringida para garantizar la protección de movimientos exclusivos a minorías y grupos indígenas 17/.

46. Una garantía de seguridad es el hecho de que las restricciones han de ser compatibles con el disfrute de otros derechos civiles y políticos 18/. Las restricciones de la libertad de movimientos y residencia no deberán utilizarse como una negativa del disfrute de otros derechos. Dicho sencillamente, los derechos humanos protegen la noción de sostenibilidad por parte de las personas cuya libertad de movimientos y de residencia queda restringida por la reubicación forzosa.

47. Cabe hacer, a modo de resumen, algunas observaciones. La esencia en que se fundamenta el interés público en derechos humanos consiste en facilitar una base regulada para limitar el alcance del disfrute de derechos particulares, sea en función del interés público o en función de la protección de personas cuya libertad ha sido restringida. Un Estado que impone ese tipo de restricciones tiene un margen para determinar las circunstancias de aplicación, pero su acción a ese respecto está sujeta al escrutinio internacional con objeto de asegurar la protección de los derechos humanos 19/.

48. Otras restricciones a la libertad de movimientos y de residencia dentro de los Estados por razones de interés público están destinadas a ser aplicadas en circunstancias ordinarias y no en situaciones de urgencia. Son aplicables esas medidas a personas desplazadas por causas ambientales, violencia comunitaria de poca intensidad y desórdenes o perturbaciones

públicas. La protección conferida a ese propósito consiste en restringir la libertad de movimientos y residencia, sea a las zonas de peligro para la vida y la seguridad o en el exterior de dichas zonas mediante la reubicación forzosa en zonas de seguridad.

49. El derecho a salir y regresar implica normas importantes por lo que respecta a los movimientos internacionales, a las expulsiones al exterior y a la protección de los refugiados. Por lo que se refiere al contenido, el derecho a salir y regresar está sujeto a idénticas restricciones por iguales razones que el derecho a la libertad de movimientos y de residencia dentro de los Estados. Aunque la razón de las restricciones pueda ser diferente, las normas que justifican dichas restricciones son las mismas que en el caso de los movimientos y de la residencia de personas dentro de los Estados.

50. El derecho a salir y a regresar es claramente voluntario según dispone el párrafo 2) del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las normas en que se funda esa disposición presuponen un derecho de entrada y de estancia en otro Estado, así como el regreso al Estado de origen. Las cuestiones que inciden en el derecho a salir y a regresar incluyen la expulsión masiva de nacionales o extranjeros, la admisión de refugiados y solicitantes de asilo y la readmisión de los refugiados que regresan. En términos generales, cabe entender que las normas de derechos humanos establecen una presunción en contra de las expulsiones masivas, sea de nacionales o de extranjeros, especialmente cuando se trata de personas que residen en el país desde hace mucho tiempo. Según las normas del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es posible la expulsión de un extranjero en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y siguiendo el debido procedimiento, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello.

51. Entre las razones que justifican la expulsión de extranjeros sobre una base individual en la práctica de los Estados figuran las siguientes: conflicto con la ley; incumplimiento de las condiciones de admisión; participación en actividades criminales; consideraciones de orden político y de seguridad 20/. Sin embargo, hay sustantivas limitaciones de procedimiento al poder de los Estados para expulsar a los extranjeros, y la existencia de esas limitaciones indica que la expulsión masiva de personas excede o desatiende tales procedimientos. Cabe decir, en consecuencia, que las expulsiones masivas pueden ser, prima facie, ilegales. Por ejemplo, el apartado 5) del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos prohíbe la expulsión masiva de no nacionales y enumera las expulsiones masivas, como son las que afectan a los grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos.

52. El derecho a salir y a regresar se relaciona con el derecho de las personas a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país para evitar la persecución 21/, aunque este último derecho difiere al menos en dos formas. En primer término, no tiene carácter voluntario y se ejercita sobre la base de un temor debidamente fundado a la persecución, al igual que en el caso de los que huyen de la agresión externa, de la ocupación, de la

dominación extranjera o de otros acontecimientos que perturban gravemente el orden público y de flagrantes violaciones de los derechos humanos 22/. Además, el primer derecho está sujeto a la discreción de los Estados, mientras que en el caso del segundo la discreción de los Estados está condicionada por las obligaciones internacionales hacia los refugiados. Una de las más importantes es la inherente al principio de no devolución (non-refoulement), que prohíbe la expulsión de los solicitantes de asilo y de los refugiados a países donde su vida y su libertad peligran, según se estipula en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951. El principio de no devolución es una norma de derecho internacional consuetudinario, según pone de manifiesto su inclusión en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, 1984. Esa disposición amplía dicho principio extendiendo su alcance a los Estados donde las personas, inclusive los refugiados, corren el riesgo de ser sometidos a tortura y en los que hay un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

53. Según queda formulado, el derecho a buscar y disfrutar el asilo de otros países incorpora claramente el requisito de tener acceso a los territorios de dichos países y a sus procedimientos de determinación de la condición de refugiado. Sin embargo, hay problemas concomitantes que debilitan el derecho a buscar asilo 23/. Cabe señalar los siguientes: la necesidad de visados de entrada y salida, las restricciones a la entrada mediante sanciones al transportista, la práctica de los terceros países de asilo, las interpretaciones restrictivas de la definición de refugiado, los procedimientos sumarios y el recurso a la ficción de las llamadas "zonas internacionales" en los puertos de entrada, incluida la simple prohibición con objeto de evitar obligaciones internacionales.

54. Un aspecto muy importante de los traslados de poblaciones es el relativo al derecho al regreso. La práctica internacional demuestra que el derecho al regreso es la base de las reclamaciones de una población desplazada para volver a los lugares de origen voluntariamente. Ya en 1948, la Asamblea General resolvió, en la resolución 194 (III), que debería permitirse a los refugiados palestinos que desearan regresar a sus hogares y vivir en paz con sus vecinos que así lo hiciesen lo antes posible, y que deberían pagarse indemnizaciones a título de compensación por los bienes de los que decidiesen no regresar a sus hogares y por todo bien perdido o dañado cuando, en virtud de los principios de derecho internacional o por razones de equidad, esta pérdida o este daño deba ser reparado por los gobiernos o autoridades responsables.

55. En la práctica, el regreso de una población desplazada es un complejo proceso que implica la intervención de los organismos internacionales. Porque el ejercicio del derecho al regreso obliga a facilitar la repatriación, el reasentamiento y la rehabilitación económica y social de los que retornan mediante dispositivos o acuerdos internacionales. En el caso de los que no desean regresar, el derecho a salir y regresar implica el derecho a permanecer, que está siendo evidentemente reconocido en alguna medida. En la recomendación 1154 (1991) sobre migrantes norteafricanos en Europa, el Consejo de Europa manifestó lo siguiente 24/:

"El hecho de que más de 2 millones de migrantes norteafricanos estén establecidos en Europa ha dejado de ser una situación temporal para convertirse en una situación permanente. El Consejo de Europa debe suscitar un amplio diálogo entre los dirigentes políticos de los países de acogida, los países de origen y los representantes de los migrantes norteafricanos, con objeto de definir las líneas generales de una política de integración."

56. El tema del derecho a salir, permanecer y regresar se examina más detalladamente en la sección correspondiente a los conflictos armados. Por el momento, se señala a la atención el problema de los traslados forzosos de población y la derogación de derechos.

III. TRASLADOS DE POBLACIONES Y SUSPENSION DE LOS DERECHOS

57. En ciertos casos, los movimientos de población los imponen las autoridades en situaciones excepcionales, como conflictos armados, violencias colectivas o étnicas, desastres naturales y catástrofes provocadas por el hombre. Estos hechos provocan huidas, expulsiones y evacuaciones forzosas que pasan a ser legales al abolirse o suspenderse los derechos derogables, incluida la libertad interna de movimientos y de residencia y el derecho a abandonar un lugar y a regresar a él.

58. La suspensión de derechos guarda relación con la cuestión de las normas que rigen los traslados de poblaciones en situaciones de emergencia. Un esquema de las normas pertinentes podría ser el siguiente. En primer lugar, hay protección porque existen derechos inderogables que constituyen jus cogens del derecho internacional consuetudinario y que ya han sido examinados 25/.

59. En segundo término, hay normas sobre suspensión que permiten determinar la legalidad de los traslados de poblaciones en función de tal suspensión. Esta última está sometida a normas internacionales en lo que se refiere a: causas en que está justificada; forma de la suspensión; aplicación de medidas de suspensión sin discriminación; y necesidad de cumplir las obligaciones internacionales en situaciones excepcionales 26/.

60. Sin embargo, la suspensión es una medida de protección temporal ante circunstancias excepcionales y la aplicación de esas normas guardará relación con la finalidad de tal suspensión, como la evacuación de personas a lugares seguros y la movilización de los recursos y medios necesarios para combatir terremotos, inundaciones, corrimientos de tierras y erupciones volcánicas.

61. En cuanto a las situaciones de conflicto interno, la Comisión Interamericana, por ejemplo, justificó el traslado de los miskitos por la situación de emergencia y las medidas militares que eran esenciales para evitar los ataques de bandas armadas en Nicaragua. Dado que los miskitos

vivían en una zona en que eran necesarias operaciones militares, su traslado constituyó también una medida de protección. Los principios pertinentes de protección en materia de reubicación forzosa en los casos de suspensión tal como han sido aplicados por la Comisión, podrían ser los siguientes:

- a) La proclamación oficial de una situación de emergencia ha de comunicarse de forma adecuada para evitar el terror y la confusión que supone todo traslado 27/;
- b) El traslado deberá estar en consonancia con el peligro, el grado y la duración del estado de emergencia;
- c) El traslado deberá durar lo que la situación de emergencia. Por consiguiente, la población desplazada tendrá derecho a regresar a su lugar de origen, si así lo desea, una vez superada tal situación:

"a juicio de la Comisión,... los miskitos que escojan no permanecer en Tasba Pri luego de terminada la emergencia podrán regresar al río Coco, por lo cual la medida estaría limitada sólo a la duración de la emergencia cumpliéndose con el otro requisito establecido por las normas pertinentes..." 28/;

- d) El traslado y el regreso no deberá efectuarse de forma discriminatoria, en particular cuando se trate de desplazar grupos étnicos, minoritarios e indígenas.

62. La cuestión fundamental es que con frecuencia se invocan situaciones de emergencia que duran más de lo necesario, aun cuando éste es un problema general del cumplimiento efectivo de las normas en materia de derechos humanos y debe distinguirse de la falta total de normas de protección.

IV. TRASLADO DE POBLACIONES Y DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

63. El incumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales desempeña un papel fundamental en los traslados de poblaciones. El hecho de que no se disponga de lo básico para vivir, incluidos niveles de vida adecuados, empleo, alojamiento decente, educación y salud pública, todo ello en conjunto induce a las personas a abandonar sus países de origen para conseguir una vida mejor y mayores oportunidades, muchas veces en detrimento de los países en desarrollo. Además, unas malas condiciones económicas son fuente de inestabilidad social y política que lleva a tensiones y conflictos que provocan movimientos masivos de población. Los programas de ajuste estructural tienden a exacerbar la pobreza en grandes grupos de población, originan sufrimientos en vez de aliviarlos 29/ y deben someterse a las normas en materia de derechos humanos. Aquellas que figuran en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales guardan relación con las obligaciones respecto de la igualdad del bienestar de los pueblos, de conformidad con los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas.

Comprenden también obligaciones concretas algunas de las cuales son de efecto inmediato 30/ y establecen normas que permiten medir su cumplimiento por los Estados. Tales obligaciones se imponen a éstos y a los programas y políticas llevados a cabo en nombre del desarrollo y deben ser compatibles con el respeto de los derechos económicos y sociales de todos.

64. El traslado de poblaciones como parte de proyectos de desarrollo 31/ deberá contar siempre con el consentimiento de la población. Tal como se indica en la sección sobre responsabilidad de los Estados, ese traslado puede entrañar la responsabilidad del Estado y los organismos involucrados y deberá obtenerse el consentimiento en razón de las ventajas económicas que reportará el proyecto de que se trate para la propia población desplazada, y el traslado habrá de vigilarse habida cuenta de las normas en materia de derechos humanos.

V. TRASLADO DE POBLACIONES Y DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

65. El derecho de los conflictos armados en su integridad constituye una rama compleja del derecho internacional que contiene las normas de conducta en caso de tales conflictos 32/. La presente sección se propone explorar las normas que rigen los traslados internos y externos de poblaciones en esas circunstancias. Las normas aplicables, claro está, derivan en su mayor parte de la protección de la población civil de conformidad con el derecho de los conflictos armados 33/.

66. Las normas generales aplicables a los conflictos internos prohíben el traslado forzoso de personas civiles 34/. Especialmente importantes son las disposiciones del artículo 17 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 que dicen lo siguiente:

"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 la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto."

El desplazamiento en el sentido que se utiliza en esta disposición abarca el traslado de poblaciones. El artículo 17 muestra la importancia de proteger a las poblaciones ante un traslado en caso de conflicto armado. Sin perjuicio de las excepciones, la prohibición general de traslado de poblaciones existirá siempre, en situaciones de paz y en caso de conflicto. Incluso la suspensión de derechos humanos se limita como motivo para trasladar

poblaciones en momentos de conflicto. Cabe criticar a la Comisión Interamericana en el asunto de los miskitos por no haber estudiado la suspensión de la libertad de movimientos y residencia de los indios miskitos dentro del marco de las normas de los conflictos armados.

67. En el artículo 17 figura una excepción a la prohibición de traslado de poblaciones, cuando lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Sin embargo, las consecuencias jurídicas de tal excepción son las siguientes: el desplazamiento no es legal prima facie y la parte en conflicto que desplace a civiles por tales razones correrá con la carga de la prueba; una parte que evacua o desplaza a una población por los motivos mencionados habrá de tomar todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

68. El que no se pueda obligar a las personas civiles a abandonar su territorio por razones que no sean su protección o por motivos militares viene a confirmar la ilegalidad de la expulsión y traslado de nacionales al extranjero durante un conflicto interno. Cuando se efectúan tales expulsiones, como en el caso de conflictos internos en Rwanda, Somalia y la ex Yugoslavia, está justificado que las personas pidan que se les trate como refugiados en los otros Estados. En este sentido, el derecho a permanecer es un corolario de la prohibición de expulsar personas y poblaciones en caso de conflictos internos.

69. Las normas sobre conflictos armados internos prevén también una protección contra desplazamientos indirectos de poblaciones habida cuenta de los medios, métodos y efectos del conflicto. El principio general se enuncia en el artículo 13 del Protocolo II Adicional en virtud del cual la población civil gozará de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. En particular, la población civil como tal no será objeto de ataque y quedan prohibidos los actos de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a tal población.

70. En el artículo 14 del mismo Protocolo se prevé la protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. A este respecto, la protección adopta la forma de que se prohíba, como instrumento bélico que la población civil padezca hambre. Se incluye asimismo la prohibición de atacar, destruir, sustraer o inutilizar bienes tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego. Una prohibición similar se refiere a las obras e instalaciones potencialmente peligrosas, a saber, las presas y las centrales nucleares de energía eléctrica (art. 15).

71. En cuanto a los conflictos armados de carácter internacional, conviene señalar que la cuestión del traslado de poblaciones se trata en el contexto de la ocupación y del derecho de los extranjeros a salir del territorio de una parte en conflicto. El artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 se ocupa directamente de los traslados, deportaciones y evacuaciones

en territorios ocupados, mientras que el artículo 35 del mismo Convenio y otras disposiciones conexas se refieren a la repatriación y al derecho de los extranjeros a salir del territorio de una parte en conflicto.

72. La población civil del territorio de una parte en conflicto está incluida en el ámbito de protección del derecho de los conflictos armados. Existe una prohibición categórica que figura en el artículo 49 de traslados en masa o individuales, de índole forzosa. Tal prohibición viene a recoger el derecho internacional consuetudinario 35/ y su texto abarca traslados, deportaciones o evacuaciones en masa, de carácter forzoso, de personas de un territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no.

73. A la inversa, la Potencia ocupante tiene prohibido deportar o trasladar una parte de su propia población civil al territorio por ella ocupado. Como consecuencia, el derecho internacional prohíbe la implantación por la Potencia ocupante de colonos y asentamientos en el territorio ocupado. El alcance de la prohibición es suficientemente amplio y rige con independencia del motivo de tal traslado, evacuación o deportación.

74. La excepción a la prohibición antes mencionada es estricta y sus límites se circunscriben cuidadosamente. Se podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada si así lo requiere la seguridad de la población o imperiosas razones militares. Se circunscribe la excepción de suerte que tal evacuación no podrá implicar el desplazamiento de la población de que se trate fuera del territorio ocupado excepto cuando sea imposible evitar el traslado o el desplazamiento por razones físicas. Esto último debe interpretarse que se refiere a necesidades materiales y de bienestar. En tal caso, el traslado al exterior de una población evacuada de una parte determinada del territorio ocupado podrá evitarse atendiendo a esas necesidades por medio de la asistencia internacional.

75. Además, existe un derecho de regreso que exige que las personas que han sido evacuadas al exterior por razones de seguridad y por motivos militares imperiosos sean devueltas a sus hogares tan pronto hayan cesado las hostilidades en ese sector. Además, la Potencia ocupante que recurra al traslado de poblaciones de forma excepcional tiene algunas obligaciones.

76. Así, los traslados o evacuaciones deberán llevarse a cabo en condiciones satisfactorias de salubridad, higiene, seguridad y alimentación y respetando el principio de la unión familiar. Se deberán proporcionar instalaciones adecuadas a la población evacuada. Existe el deber, presumiblemente por parte de una Potencia ocupante, de informar a la Potencia protectora acerca de los traslados y de las evacuaciones tan pronto tengan lugar. Hay un matiz especial respecto de la primera de las dos obligaciones y es que deberá garantizarse su cumplimiento en la medida de lo posible.

77. Existen varias razones para prohibir los traslados de poblaciones y la implantación de colonos y asentamientos en los territorios ocupados. Para empezar, es evidente que la prohibición tiene como objeto evitar que se altere la composición de una población de un territorio ocupado para

conservar su identidad étnica. Otro motivo es que los traslados de población no se pueden utilizar como medio para conseguir un título o la soberanía sobre un territorio ocupado. Incluso cuando un Estado utilice legalmente la fuerza, como ocurre cuando actúa en legítima defensa, no podrá válidamente adquirir el territorio que ocupa durante las hostilidades 36/. Permitir que se pueda adquirir un título respecto de un territorio por medio de la ocupación sería lo mismo que sancionar el dominio sobre tal territorio y autorizar que se eludieran las obligaciones que establece el derecho de ocupación.

78. En 1963, Jennings 37/ descartó taxativamente la noción de adquisición de título por ocupación de la manera siguiente:

"... hay que acoger con cierto recelo, pese a que no sea infrecuente, la idea de que el Estado que no recurre ilegalmente a la fuerza, por ejemplo, recurre a la guerra en legítima defensa, pueda adquirir un título por la conquista. Parece basarse en la curiosa presunción de que, siempre que la guerra tenga un origen legítimo, sigue siendo legal, sea cual fuere su duración posterior. Los graves peligros de abuso inherentes a tal noción son obvios... La fuerza que se utiliza en legítima defensa debe ser proporcional a la amenaza de peligro inmediato, y cuando ha desaparecido tal amenaza no puede ya alegarse defensa propia... Sería curioso un derecho de legítima defensa que permitiese al que se defiende apropiarse y conservar los recursos del atacante."

79. En realidad, cabe afirmar que el derecho internacional considera la ocupación militar un fenómeno anormal y temporal. La protección que ofrece a la población civil bajo la ocupación puede evaluarse mejor contemplando la relación entre poder y protección que considerando aquélla entre derechos y deberes. Es importante recordar que la capacidad de la población civil como parte más débil para hacer valer sus derechos dentro de un marco rígido de derechos y obligaciones es ilusoria porque la posibilidad de conocer sus derechos es inexistente ex hypothesi por el hecho mismo de la ocupación.

80. La inadecuada protección que brinda el derecho humanitario a la población civil sometida a ocupación militar se pone especialmente de manifiesto cuando esa situación se prolongue y cuando, además, el ocupante beligerante tenga intereses ocultos de asentamiento y colonización en el territorio ocupado.

81. En tales circunstancias, las autoridades del ocupante militar y quienes las apoyan pueden recurrir a un razonamiento jurídico exótico para justificar los traslados de población forzosos o la implantación de asentamientos o ambas cosas a la vez. Por ejemplo, en lo que se refiere a la ocupación por Israel, este país adujo que no era de aplicación el Cuarto Convenio de Ginebra porque el territorio de que se trataba era terra nullius, la soberanía expulsada no había disfrutado de título en primer lugar y el

ocupante beligerante que poseía un mejor derecho lo había adquirido en legítima defensa 38/. El peligro inherente de abuso al reclamar un título sobre el territorio alegando con carácter unilateral razones de legítima defensa ha quedado gráficamente expuesto en el pasaje antes citado del juez Jennings 39/.

82. Lo importante que hay que subrayar es que muchos casos de ocupación tienen su origen en reclamaciones relacionadas con el territorio; todo el concepto de protección humanitaria se vendría abajo si un Estado pudiese argüir con éxito que no es aplicable el derecho humanitario porque tiene un título mejor sobre el territorio ocupado que la soberanía expulsada. La posición mantenida insistentemente por la comunidad internacional descarta cualquier título de este tipo de la Potencia ocupante 40/. Es muy dudoso que a finales del siglo XX sea de aplicación el concepto desacreditado de res nullius. Este cambio se deja sentir en una decisión reciente de la Corte Suprema de Australia en el asunto Mabo 41/ en la que se afirmaba que el territorio ocupado por aborígenes nativos de Australia no era terra nullius.

83. Otro argumento para justificar la implantación de colonos y asentamientos es que tal implantación en el sentido del artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra sólo se prohíbe si causa directamente la expulsión o traslado de los habitantes del territorio ocupado 42/. Tal tesis no se sustenta ni en el sentido recto de las palabras del artículo 49 ni en la intención de los redactores del Cuarto Convenio de Ginebra y ha sido también rechazada por la comunidad internacional. Así, por ejemplo, en la resolución 484, de 19 de diciembre de 1980, del Consejo de Seguridad, se reafirmaba la aplicabilidad del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, a todos los territorios árabes ocupados por Israel en 1967, y se exhortaba a Israel, la Potencia ocupante, a que observase las disposiciones del Convenio.

84. Una opinión jurídica autorizada sobre este particular figuraba en la carta del asesor jurídico del Departamento de Estado, Sr. Herbert J. Hansell, sobre la legalidad de los asentamientos israelíes en los territorios ocupados, de 21 de abril de 1978 43/. En esa carta el asesor jurídico decía lo siguiente:

"Queridos presidentes Fraser y Hamilton:

El secretario Vance me ha pedido que conteste a su petición de que se expongan las consideraciones jurídicas en que se basa la opinión de los Estados Unidos de que el establecimiento de asentamientos civiles israelíes en los territorios ocupados por Israel es incompatible con el derecho internacional. Por consiguiente, en respuesta a esa petición afirmo lo siguiente.

Territorios involucrados

La península del Sinaí, Gaza, la Ribera Occidental y los Altos del Golán dependían del Imperio Otomano antes de la primera guerra mundial. Después de ésta, Sinaí formó parte de Egipto, la faja de Gaza y la Ribera

Occidental (así como la zona al este del Jordán), se integraron en el Mandato Británico para Palestina; y los Altos del Golán formaron parte del Mandato Francés para Siria.

Siria y Jordania se volvieron más tarde independientes. La Ribera Occidental y Gaza continuaron bajo Mandato Británico hasta mayo de 1948.

En 1947, las Naciones Unidas recomendaron un plan de reparto, que nunca se llevó a cabo, que asignaba algunos territorios a un Estado judío y otros (incluida la Ribera Occidental y Gaza) a un Estado árabe. El 14 de mayo de 1948, justo antes de terminar el Mandato Británico, un Gobierno provisional de Israel proclamó el establecimiento de un Estado judío en las zonas asignadas a él en el plan judío. La Liga de los Estados Arabes rechazó dicho reparto y empezaron las hostilidades. Cuando cesaron, Egipto ocupó Gaza y Jordania la Ribera Occidental. Esas líneas territoriales de demarcación se incorporaron, con pequeños cambios, en los acuerdos de armisticio que se celebraron en 1949. Tales acuerdos descartaban expresamente toda significación política a las nuevas líneas, que de facto fueron fronteras hasta junio de 1967.

Durante la guerra de junio de 1967, las fuerzas israelíes ocuparon Gaza, la península del Sinaí, la Ribera Occidental y los Altos del Golán. Egipto volvió a ganar algún territorio en Sinaí durante la guerra de octubre de 1973 y en los posteriores acuerdos de retirada, pero el control de Israel sobre los demás territorios ocupados no se vio afectado, excepto en pequeños cambios en los Altos del Golán por un acuerdo de retirada con Siria.

Los asentamientos

Sobre los territorios antes mencionados se han establecido unos 75 asentamientos israelíes (excluyendo los campamentos militares en la Ribera Occidental a los que han llegado recientemente pequeños grupos de personas civiles). Israel estableció sus primeros asentamientos en los territorios ocupados en 1967 como nahals paramilitares. Varios de esos nahals se transformaron en asentamientos civiles a medida que se volvían económicamente viables.

Israel empezó los asentamientos civiles en 1968. Tales asentamientos reciben el apoyo del Gobierno y también de movimientos no gubernamentales afiliados en su mayoría a los partidos políticos. Parece que muchos se construyeron en terrenos públicos fuera de los límites de todo municipio, si bien algunos se erigieron en tierras privadas o municipales expropiadas al efecto.

Consideraciones jurídicas

1. Como se ha dicho antes, las fuerzas armadas israelíes entraron en Gaza, la Ribera Occidental, el Sinaí y los Altos del Golán en junio de 1967, en el curso de un conflicto armado. Tales zonas no habían formado parte antes del territorio soberano de Israel ni quedaban de

alguna otra forma sometidos a su administración. En virtud de esa entrada de sus fuerzas armadas, Israel estableció un control y empezó a ejercer su autoridad sobre tales territorios; de conformidad con el derecho internacional, se convirtió en ocupante beligerante de tales territorios.

El territorio que pasa a ser controlado por un ocupante beligerante no se convierte, por ello, en su territorio soberano. El derecho internacional autoriza a las autoridades del Estado ocupante a llevar a cabo una administración militar provisional en el territorio y sobre sus habitantes; tal autorización no es ilimitada. Las normas correspondientes tienen como objeto permitir atender a las necesidades militares de la Potencia ocupante, proteger la seguridad de las fuerzas ocupantes, proporcionar una administración ordenada, proteger los derechos e intereses de los habitantes y reservar las cuestiones de cambio territorial y soberanía para una etapa posterior a cuando finalice la guerra. Véase L. Oppenheim, 2 International Law 432 a 438 (7ª ed., H. Lauterpacht ed., 1952); y E. Feilchenfield, The International Economic Law of Belligerent Occupation 4 y 5, 11 y 12, 15 a 17, 87 (1942); M. McDougal & F. Feliciano, Law and Minimum World Public Order 734 a 746, 751 a 757 (1961); Reglamentos anexos a la Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, artículos 42 a 56, 1 Bevans 643; Department of the Army, The Law of Land Warfare, capítulo 6 (1956) (FM-27-10).

Desde un punto de vista positivo, y en términos generales, el ocupante puede 1) seguir con una administración ordenada, 2) ejercer el control y utilizar los recursos del país en la medida necesaria para ello y para satisfacer sus propias necesidades militares. Podrá, por tanto, de conformidad con el último epígrafe, aplicar sus recursos a sus propios objetivos militares, exigir servicios de los habitantes, utilizar, requisar, apropiarse o destruir sus bienes, dentro de los límites de las necesidades del ejército de ocupación y de la población local.

Pero más allá de los límites de calidad, cantidad y duración que esto supone, los actos del ocupante no tendrán efectos jurídicos, aun cuando de hecho no puedan discutirse hasta que el territorio sea liberado. No tiene derecho a tratar al país como si fuera su propio territorio o a sus habitantes como si fueran sus súbditos..., y sobre una amplia gama de bienes públicos, puede conferir derechos únicamente frente a sí mismo y dentro de su propio período de normas de facto. J. Stone, Legal Controls of International Conflict, 697 (1959).

Según la información de que se dispone, los asentamientos civiles en los territorios ocupados por Israel no parece que se hayan ajustado a esos límites que tenía Israel como ocupante beligerante, ya que no parece que sean de duración limitada o se hayan establecido para proporcionar una administración ordenada en los territorios y, aunque algunos puedan responder incidentalmente a razones de seguridad, no parece que sean indispensables para satisfacer necesidades militares durante la ocupación.

2. El artículo 49 del Quinto Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 6 UST 3516, establece en el párrafo 6 que:

"La Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado."

El párrafo 6 parece referirse a cualquier traslado por una Potencia ocupante de una parte de su propia población civil, sea cual fuere el objetivo y ya sea involuntaria o voluntaria 44/. Parece claro que abarca tales actos de la Potencia ocupante como determinar el lugar de los asentamientos, preparar la tierra y financiar tales asentamientos, así como cualquier otro tipo de ayuda y participación en su creación. Y parece que el párrafo se aplica se produzca o no daño por un traslado concreto. El texto mismo y la historia de la disposición lleva a concluir que los traslados de una población civil de un ocupante beligerante al territorio ocupado quedan totalmente prohibidos más allá del alcance de la administración militar provisional.

Se ha dicho que el párrafo 6 sólo prohíbe un traslado si ello supone el desplazamiento de la población local. Aun cuando un autor prestigioso, Lauterpacht, mantuvo evidentemente esta tesis, no se halla respaldada por la literatura, las normas de derecho internacional o el texto y la historia de las negociaciones del Convenio y parece claramente incorrecta. El desplazamiento de personas protegidas se trata por separado en el Convenio y el párrafo 6 sería redundante si se limitase a tales casos de desplazamiento. Otra opinión sobre el párrafo 6 es que se refiere a traslados masivos de poblaciones, tal como ocurrieron en la segunda guerra mundial con fines políticos, raciales o de colonización; pero no parece que haya ninguna razón para limitar su aplicación a tales casos.

Al parecer, pues, los asentamientos civiles de Israel constituyen un traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado dentro del ámbito del párrafo 6.

3. De conformidad con el artículo 6 del Quinto Convenio de Ginebra, el párrafo 6 del artículo 49 dejará de ser aplicable a Israel en los territorios ocupados por este país cuando deje de ejercer las funciones de gobierno en tales territorios. Las leyes de la ocupación beligerante continuarían por lo general aplicándose a un determinado territorio ocupado hasta que Israel lo abandone o termine la guerra entre este país y sus vecinos respecto de ese territorio concreto. La guerra puede terminar de diferentes maneras, por acuerdo expreso o por aceptación tácita del status quo por los beligerantes.

4. Se ha dicho que los principios de la ocupación beligerante, incluido el párrafo 6 del artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra, pueden no aplicarse a la Ribera Occidental y a Gaza porque Jordania y Egipto no eran los soberanos legítimos respectivos de esos territorios.

Sin embargo, parece que tales principios se aplican gozasen o no Jordania y Egipto de derechos soberanos legítimos en tales territorios. Proteger el interés de devolución de una soberanía expulsada no es la finalidad única ni esencial; el objeto fundamental es proteger a la población civil de un territorio ocupado y reservar, en su caso, los cambios territoriales permanentes para el momento en que se solucione el conflicto. El Cuarto Convenio de Ginebra, del que son Partes Israel, Egipto y Jordania, obliga a los signatarios respecto de sus territorios y los territorios de otros países contratantes, y "en todas las circunstancias" (art. 1), y en "todos los casos" de conflicto armado entre ellos (art. 2) y respecto de todas las personas que "de la manera que sea" estén en poder de una Parte de la cual no sea súbditas (art. 4).

Conclusión

Si bien Israel puede adoptar, en los territorios ocupados, las medidas imprescindibles para satisfacer sus necesidades militares y proporcionar una administración ordenada durante la ocupación, por las razones antes indicadas, el establecimiento de asentamientos civiles en tales territorios es incompatible con el derecho internacional."

85. Otra faceta del traslado de poblaciones es la inclusión del derecho de los extranjeros a abandonar el territorio de una parte en conflicto. Aunque tal derecho existe en el título del artículo 35 del Cuarto Convenio de Ginebra, su ejercicio tiene carácter voluntario, ya sea al principio del conflicto o durante el mismo. Pero cuando la salida de extranjeros redunde en perjuicio de los intereses nacionales del Estado de que se trate, se podrá denegar el derecho a salir del territorio. La negativa deberá justificarse y podrá ser objeto de apelación. Sin embargo, el derecho de los extranjeros a abandonar el territorio en caso de conflicto armado debe ejercerse previa solicitud siguiendo el procedimiento establecido instándose a que las decisiones se adopten lo más rápidamente posible.

86. La existencia de un derecho a salir del territorio durante un conflicto armado y el hecho de que tal derecho se ejercite de conformidad con determinados procedimientos, puede muy bien significar una salvaguardia frente a expulsiones masivas y arbitrarias de extranjeros enemigos por Estados enemigos durante el conflicto armado. Es dudoso que los refugiados en el territorio de una parte en conflicto tengan el derecho de que se trata, ya que gozan de una protección distinta a no ser tratados como extranjeros enemigos teniendo en cuenta su nacionalidad y también porque carecen de la protección del Estado de origen. Según el derecho humanitario internacional, los refugiados tienen una mayor protección que la que se otorga a los civiles y se benefician además de la disposición contra la expulsión del Convenio de 1951.

VI. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS Y TRASLADO DE POBLACIONES

87. En el informe preliminar se hizo referencia a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados 45/. Ahora se propone que esos trabajos se examinen con mayor detalle para averiguar, siquiera sea en un primer estudio, sus consecuencias sobre el hecho del traslado de poblaciones y la implantación de colonos y de los consiguientes asentamientos.

88. A juicio del Relator Especial, un debate de esa índole está relacionado con la cuestión de los remedios y reviste utilidad habida cuenta de que, a pesar de lo mucho que se ha escrito en general sobre la posición del individuo en el derecho internacional, hasta la fecha no se ha esclarecido lo suficiente cómo las personas pueden acogerse a tales remedios en derecho internacional.

89. El meollo de la teoría de la responsabilidad de los Estados es que esa responsabilidad surge -en el sistema interestatal- cuando un Estado incumple una obligación internacional mediante una acción u omisión imputable a ese Estado en virtud del derecho internacional. La responsabilidad, claro está, no es un fin en sí misma. Pecar supone condenarse, no incurrir en la responsabilidad. Su importancia es que entraña consecuencias para el Estado infractor que varían con arreglo a la importancia de la obligación incumplida, es decir, puede acarrear consecuencias asociadas de ordinario a una responsabilidad por faltas o bien a una responsabilidad penal por violaciones especialmente graves.

90. El primer deber que el derecho internacional demanda a un Estado autor de un acto ilícito es la cesación 46/ de ese acto cuando revista carácter continuo. Con todo, el cumplir ese deber no exime por sí solo al Estado infractor de su responsabilidad. Además, podrá también exigirse una reparación. La reparación es un término genérico que consiste en los diversos métodos de que dispone el Estado para saldar su responsabilidad o exonerarse de ella. La Corte Permanente de Justicia Internacional formuló la norma básica sobre ese particular, como sigue:

"Es principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso impone la obligación de reparar en forma adecuada 47/.

El principio esencial contenido en el concepto mismo de acto ilícito -principio que parece bien establecido por la práctica internacional y, en particular, por los laudos de los tribunales arbitrales- es que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido." 48/

91. La reparación íntegra podrá obtenerse mediante las modalidades siguientes: restitución en especie, indemnización, satisfacción, y seguridades y garantías de no repetición. El Estado lesionado podrá obtener reparación con arreglo a esas formas, indistintamente o por varias de ellas.

El Estado infractor no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar íntegramente el daño causado 49/.

92. La primera de esas formas es la restitución en especie. En el párrafo citado del fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el concepto se definió ampliamente para abarcar no sólo el restablecimiento del status quo ante, sino también una retrocesión a la situación teórica que se habría dado (pero que no se dio) de no ser por la intervención del acto ilícito. Tal definición comprendería, además, una indemnización. La Comisión, sin embargo, eligió un planteamiento más restrictivo. Su definición de la restitución en especie se limita a restablecer el status quo ante sin prejuzgar la posible indemnización por daños y perjuicios 50/. Si bien tal solución no cumple tan cabalmente el requisito de que las consecuencias de un acto ilícito sean "borradas", se ve apoyada por muchas decisiones 51/ y su verificación resulta más fácil que evaluar una situación que nunca existió.

93. Por lo general, se reconoce la primacía de la restitución en especie respecto de la indemnización. Por razones de lógica y moralidad, sería indefendible que un sistema legal -incluido el derecho internacional- permitiera que sus vulneraciones se zanjaran mediante indemnización (reparación por equivalencia). Por definición, restablecer la situación anterior a que se produjera la infracción es la preocupación primordial del derecho. Con todo, está admitido que la restitución en especie es casi siempre más difícil de obtener que una indemnización, lo que explicaría, estadísticamente, que en la práctica judicial y arbitral sea fácil advertir una preponderancia de la reparación por equivalencia 52/. Lo que hay que tener presente es que aun en tales casos, las partes interesadas suelen insistir en la restitución en especie pero "zanjan" el asunto mediante una indemnización en vista de las dificultades para obtener la restitución en especie. La Comisión eligió un planteamiento flexible. Si bien las observaciones al proyecto de artículo 7 no dejan dudas sobre la primacía de la restitución en especie definida acertadamente como "naturalis restituo", las palabras con que se inicia el artículo 7 se redactaron para expresar un derecho del Estado lesionado y para hacer que el cumplimiento de la obligación de la restitución en especie esté condicionado a la correspondiente reclamación por parte del Estado lesionado 53/.

94. Sin echar en saco roto los motivos que condujeron a la Comisión a adoptar un planteamiento flexible en esta cuestión, relacionados con el hacer aceptable el proyecto a los Estados, este Relator Especial considera poco afortunado que se deje mayormente a la discreción del Estado lesionado decidir que la restitución en especie sea sustituida por su equivalente (una indemnización). Por lo que atañe a los traslados forzosos de población y a la implantación de colonos -y, a decir verdad, en toda la esfera relacionada con las violaciones de derechos humanos- la actuación discrecional del Estado lesionado significará, en la práctica, que esas disposiciones jugarán en favor de los ricos y fuertes en detrimento de los pobres y débiles.

95. Las víctimas de los traslados forzosos de población pueden encontrarse con que el Estado que respalda sus demandas se ve obligado o tentado a sustituir su derecho a la reparación (restitución en especie) por una indemnización (pecuniaria o en especie). Sin embargo, cabe preguntarse cómo compensará la indemnización el hecho de que el exilio sea "una privación fundamental del hogar, una privación que atenta al corazón mismo de aquellas características inmutables que constituyen nuestra entidad personal y colectiva" 54/. En realidad, si tal cosa se suma a la definición restrictiva de la reparación (art. 6), esas víctimas pueden encontrarse -una vez que se liquide la indemnización- con que las pérdidas registradas en sus bienes, proyectos, etc., podrían muy bien quedar excluidas de los daños que se indemnizan 55/.

96. La operación de restitución en especie se ve limitada por cuatro excepciones: en primer lugar, la imposibilidad material. Por ejemplo, cuando los componentes de la población que haya sido trasladada a la fuerza perezcan, su repatriación sería materialmente imposible. Del mismo modo, si sus hogares hubieran sido incendiados, sería imposible proceder a la restitución en especie. En la primera hipótesis, los parientes podrían reclamar la restitución en especie, es decir, una repatriación. Lo que no está claro es por cuánto tiempo ese derecho se mantendría. La imposibilidad material también puede derivarse de un cambio fundamental en el equilibrio demográfico del Estado al que afectó el traslado de población. Así, si bien los tártaros de Crimea que regresaron a sus hogares ancestrales se encontraron con que muchas de sus viviendas y tierras habían sido ocupadas por otros inmigrantes, tal cosa no constituiría prima facie una imposibilidad material. Pero la situación puede ser diferente cuando hayan transcurrido muchos decenios desde la expulsión de una población de sus hogares. Se sugiere que, en esta esfera, la alegación de la imposibilidad material se establezca con carácter muy limitado para excluir los resultados de actuaciones del propio Estado que causó el traslado de población, por ejemplo, al traer a nuevos pobladores. Al mismo tiempo, convendrá proceder con cautela y no hacer juicios rotundos, ya que el ejercicio del derecho a la restitución en especie puede ocasionar, con el paso del tiempo, el desplazamiento de otras personas que no tuvieron culpa alguna en el traslado original de población.

97. En segundo término, la restitución en especie no debería hacer que se incumpliera una obligación derivada de una norma imperativa del derecho internacional general. Así, no cabría desencadenar una guerra de agresión, por ejemplo, para repatriar refugiados al Estado del que hayan huido. No está tan claro, sin embargo, si cabría oponerse a un traslado de población que equivaliera a un genocidio o entrañara violaciones en masa de derechos humanos, y pudiera, por tanto, calificarse de crimen internacional, con contramedidas aplicadas por la fuerza y si tal reacción sería sólo legítima cuando hubiese habido una decisión previa del Consejo de Seguridad 56/.

98. En tercer lugar, la restitución en especie no debería entrañar una carga totalmente desproporcionada en relación con el beneficio que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización. Esta llamada "excepción de la carga excesiva" se basa

en razones de equidad. En cuanto tal, en el caso de las violaciones más graves, por ejemplo, de traslados de población que equivalgan a un genocidio, sería poco equitativo considerar excesivo el esfuerzo de reparación y aceptar una indemnización. Tal como ya se dijo (párr. 89), aquellas infracciones, habida cuenta de su gravedad, pueden considerarse crímenes a efectos de sus consecuencias legales. En esta etapa de la preparación del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, no está todavía claro qué ocurrirá finalmente con su concepto de la responsabilidad criminal internacional de los Estados (descrita en el artículo 19, parte I). No obstante tal incertidumbre, es probable y lógico que la limitación de la carga excesiva se elimine o recorte con respecto a la restitución de violaciones de carácter muy grave (crímenes).

99. La cuarta excepción -tal como el comentario pone de manifiesto- "se refiere a situaciones muy excepcionales y que puede tener un interés retrospectivo más que actual" 57/. Su contenido consiste en que si el Estado lesionado no se viera afectado de igual manera, no habría que procurar la restitución en especie cuando ello comprometiera gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

100. El campo de aplicación de la limitación concierne sobre todo a la esfera de las inversiones extranjeras y como tal no interesa aquí.

101. La indemnización es en la práctica la solución que se alcanza más comúnmente. Tal como se indicó antes (párr. 91), podría buscarse indistintamente o en combinación con otras formas, principalmente mediante la restitución en especie para obtener una reparación total, esto es, para borrar las consecuencias del acto ilícito. En contraste con la relativa penuria de fallos judiciales y laudos arbitrales relacionados con traslados de población en masa, los órganos políticos de las Naciones Unidas, en más de una ocasión, han tenido la oportunidad de abordar esta cuestión y de demandar la restitución en especie o una indemnización o ambas cosas a la vez. Así, recogiendo una sugerencia del Mediador de las Naciones Unidas en Palestina, Conde Bernadotte, la Asamblea General aprobó la resolución 194 de 11 de diciembre de 1948 que en su párrafo 11 resolvía

"que debe permitirse a los refugiados que deseen regresar a sus hogares y vivir en paz con sus vecinos, que lo hagan así lo antes posible, y que deberán pagarse indemnizaciones a título de compensación por los bienes de los que decidan no regresar a sus hogares y por todo bien perdido o dañado cuando, en virtud de los principios del derecho internacional o por razones de equidad, esta pérdida o este daño deba ser reparado por los gobiernos o autoridades responsables." 58/

En 1950, la Asamblea General aprobó la resolución 393 (V) sobre ayuda a los refugiados de Palestina en la que la Asamblea consideraba que "la reincorporación de los refugiados a la vida económica del Cercano Oriente, sea por medio de su repatriación o de su reasentamiento" -en los Estados árabes preexistentes así como dentro de Israel- era esencial para la paz y estabilidad de la región. Desde 1948, la Asamblea General ha aprobado

muchas resoluciones en la que suele advertir con hondo pesar que no ha habido ni repatriación ni indemnización. La resolución 242 (1967), aprobada por el Consejo de Seguridad, está redactada en términos más generales, ya que únicamente afirma "la necesidad de lograr una solución justa del problema de los refugiados". En el actual proceso de paz del Oriente Medio, basado en la resolución 242, en las conversaciones tanto bilaterales como multilaterales se plantea el problema de encontrar una solución justa al problema de los refugiados. Las dos cuestiones de la indemnización (integración de los refugiados) y de la repatriación siguen sin resolverse.

102. En las resoluciones pertinentes sobre el Afganistán y Camboya se encontrará un lenguaje similar a la resolución 194 (III) de la Asamblea General. Esta, al referirse recientemente a la situación de los derechos humanos en el territorio de la ex Yugoslavia, reafirmó el derecho de todas las personas a regresar a sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad. Asimismo, la Comisión de Derechos Humanos insistió hace pocos meses en el derecho de todas las víctimas [de la limpieza étnica] a regresar a sus hogares. En contraste con aquélla sobre Palestina, estas resoluciones guardan mayormente silencio sobre el asunto de la indemnización excepto en tanto en cuanto la noción se halla implícita en la exhortación que figura en esas resoluciones a que los refugiados que regresan deberían recuperar sus bienes.

103. Así, en varias resoluciones aprobadas por la Asamblea General respecto del traslado de poblaciones y la implantación de colonos en Chipre 59/, se pide el regreso de todos los refugiados a sus hogares en condiciones de seguridad y para resolver todos los demás aspectos del problema de los refugiados. Estos deberían poder recuperar sus antiguos bienes, en particular sus hogares y demás propiedades que les perteneciesen en el momento en que tuvieron que marcharse 60/. Al evaluar una indemnización, es importante tener siempre presente que las situaciones que provocan traslados de población varían muchísimo y no es inconcebible que esa indemnización pueda redundar en detrimento del resto de la población que haya permanecido en el país pero que sea inocente de las actividades del "régimen criminal" que causaron los traslados de población. Así, por ejemplo, una solicitud de indemnización en nombre de aquéllos que fueron trasladados desde Sudáfrica por el anterior régimen del apartheid supondría hoy en día una carga para toda la población sudafricana.

104. El último punto sobre indemnizaciones es que después de un amplio examen de la práctica y la doctrina, la Comisión llegó a la conclusión de que los "daños económicamente valorables" abarcan, entre otras cosas, el daño causado al Estado por medio de las personas físicas o jurídicas de sus nacionales o representantes (el llamado daño "indirecto" al Estado). Según el comentario, esa clase de daño abarca tanto la pérdida "patrimonial" sufrida por particulares, sean personas físicas o jurídicas, como el daño "moral" sufrido por esas personas 61/.

105. Hay que señalar, sin embargo, que aunque el daño se causa a particulares, el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional considera la relación de responsabilidad dentro de un modelo exclusivamente interestatal. El derecho del individuo a obtener una reparación efectiva frente a otros Estados, incluido el suyo, queda fundamentalmente al margen del alcance de la responsabilidad de los Estados, tal como ésta ha sido codificada por la Comisión. Como ya se dijo (en el párr. 88), el derecho del particular a obtener reparación (incluida una indemnización) no está todavía claro.

106. Esto sucede sobre todo porque los tratados de derechos humanos se aplican por conducto de la legislación nacional. Además, solamente cuando tales tratados contienen disposiciones que permiten a los individuos solicitar una reparación a un órgano internacional la relación va más allá de los límites del derecho interno. Resulta, claro está, alentador que de los 126 Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 76 hayan aceptado el Protocolo Facultativo. El Comité de Derechos Humanos, que ha interpretado de manera amplia las disposiciones del Pacto que guardan relación con las indemnizaciones (arts. 9 (5) y 14 (6)), y que basándose en el artículo 2 (3), donde se establece que toda persona cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido violados recibirá la oportuna reparación, no ha vacilado, por ejemplo, en el asunto contra el Paraguay, en indicar que el Estado quedaba obligado "a proporcionar a la víctima recursos efectivos" 62/.

107. Aquí también, cabe discernir una nebulosa protección a tenor del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (art. 50) que estipula que el Tribunal "concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada" a condición de que el derecho interno del Estado demandado permita sólo de manera imperfecta reparar las consecuencias del comportamiento ilícito aducido y demostrado.

108. Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que la Corte Interamericana dispondrá, "si ello fuera procedente", que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

109. De todas maneras, si bien las disposiciones sobre derechos humanos adoptadas por esos órganos se hallan en constante evolución, no escapará al lector que, ya sea en el Pacto o en los tratados regionales, se deja demasiado a la discreción del órgano pertinente el que los individuos puedan defender su derecho con la necesaria certeza.

110. Volviendo a las formas de reparación, se advertirá que además de la cesación, restitución en especie e indemnización, el Estado lesionado tiene derecho en determinadas circunstancias 63/ a obtener satisfacción, que es la tercera forma de reparación. La satisfacción puede revestir diversos modos: disculpas, daños y perjuicios simbólicos, indemnización de daños y

perjuicios correspondiente a la gravedad de la vulneración, y medidas disciplinarias o castigo de funcionarios públicos o de particulares cuando el hecho ilícito sea consecuencia de falta grave de particulares o de comportamiento delictivo de funcionarios públicos.

111. La satisfacción es una solución excepcional y afecta considerablemente a la jurisdicción interna del Estado autor del hecho ilícito, si bien cabe aducir que la relación de responsabilidad sigue refiriéndose a una infracción y no a un acto criminal, incluso cuando se ofrece como solución una satisfacción. Esta reviste "carácter punitivo" y roza las consecuencias normalmente asociadas con los delitos graves. Habida cuenta de que tal cosa puede prestarse a abusos, y de hecho así ha ocurrido, por parte de Estados fuertes 64/, la Comisión intentó ofrecer una protección contra esos abusos al señalar, en el párrafo 3 del artículo 10, que el derecho a obtener satisfacción "no justifica demandas que menoscaben la dignidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito". Sin ignorar el posible abuso del remedio de la satisfacción, el hecho de que se contemplen medidas disciplinarias contra los funcionarios públicos que hayan incurrido en un comportamiento delictivo ha de acogerse con satisfacción ya que brinda mayor protección a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Por último, si las consecuencias de los delitos graves se desarrollasen plenamente por la Comisión, es probable que la excepción que figura en el párrafo 3 del artículo 10 pudiera limitarse o eliminarse.

112. El cuarto y último remedio de un acto internacionalmente ilícito es el de las seguridades y garantías de no repetición 65/. Con arreglo a ello, podrá requerirse al Estado infractor ciertas actuaciones, como por ejemplo, el que adopte o derogue disposiciones legislativas específicas. Así, por ejemplo, en el caso contra el Uruguay, el Comité de Derechos Humanos, además de demandar una indemnización para la víctima, consideró que el Uruguay estaba "obligado... a tomar medidas para evitar que vuelvan a producirse violaciones similares" 66/.

113. Hasta ahora nos hemos ocupado de las consecuencias llamadas "sustantivas" de un acto internacionalmente ilícito. Habida cuenta de que falta un mecanismo internacional efectivo para obtener los remedios de que se ha hablado antes, un Estado lesionado podrá tener que recurrir a contramedidas unilaterales para que se satisfaga la obligación incumplida. Tales contramedidas, también denominadas represalias, figuran en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional bajo el epígrafe de "consecuencias instrumentales".

114. Las contramedidas constituyen un concepto controvertido. Por su propia naturaleza, son formas de valerse por sí mismo que van en detrimento de los avances de la sociedad internacional hacia la institucionalización del derecho en el plano internacional. Por otra parte, en muchos casos constituyen la única sanción disponible para asegurar el cumplimiento de obligaciones del derecho internacional. Aunque en el proyecto el desarrollo del concepto se halla todavía en una primera etapa, cabe discernir que si bien la Comisión incluirá el concepto en el proyecto -reconociendo así la legitimidad en las relaciones internacionales de una medida poco grata pero

a la que se recurre demasiado a menudo- lo hará en condiciones encaminadas a regular su funcionamiento con miras a reducir las posibilidades de abuso, al vincular esas condiciones a que se llegue a un acuerdo sobre el procedimiento para liquidar las controversias; al imponer una limitación de proporcionalidad en su funcionamiento; y al prohibir ciertas contramedidas 67/. Lo que nos interesa particularmente en lo que se refiere a las contramedidas prohibidas es la protección (que figura en el proyecto de artículo 14 propuesto por el Relator Especial) consistente en que

"El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:

...

c) a cualquier comportamiento:

- i) que no esté en conformidad con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales." 68/

115. Así, está prohibida la expulsión en masa de poblaciones como una contramedida a un traslado anterior de la población, o ciertamente como una contramedida frente a una vulneración en una esfera diferente de obligaciones.

116. Puede plantearse la cuestión de si los casos bien conocidos de tratados sobre traslados forzosos de población no podrían considerarse como una legitimización de las contramedidas ex post facto, o durante el proceso de traslado de poblaciones. En vista de la prohibición absoluta de tales traslados en el proyecto de artículo, que refleja el hecho -según el cuarto informe del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional- de que las limitaciones al derecho de adoptar unilateralmente medidas como reacción contra un hecho internacionalmente ilícito han adquirido en esta época, gracias al desarrollo sin precedentes del régimen jurídico de los derechos humanos, un grado de coerción que sólo le cede en importancia a la proscripción del uso de la fuerza, ahora resulta más dudoso que tales tratados sean válidos en los tiempos que corren.

117. Hasta ahora, la relación de responsabilidad se ha abordado desde una perspectiva bilateral. Sin embargo, sucede muchas veces que se infringen los derechos de más de un Estado, ya sea por igual o de modo diferente (indirectamente). Aparte de la víctima principal, otros Estados podrán considerarse lesionados de manera diferente en vista del hecho de que la vulneración es de una obligación erga omnes y habría que recordar que las violaciones de los derechos humanos son por definición violaciones de obligaciones erga omnes. En tales casos, parece que está justificado pedir la cesación y garantías de no repetición con miras a defender el interés común afectado por la infracción. Es dudoso que Estados que no sean la víctima principal soliciten una indemnización pecuniaria. Según algunos autores, podrán pedir la restitución en especie. La situación se vuelve problemática cuando la víctima principal acepte una indemnización en lugar de

una restitución en especie. ¿Deberían los otros Estados insistir en la restitución en especie? Igualmente problemática es la "facultad" de recurrir a contramedidas cuando la víctima principal haya aceptado la restitución en especie o una indemnización. Permitirlo significaría interminables controversias y el que el Estado infractor quedara sometido a consecuencias sumamente severas, pero rechazarlo equivaldría a reducir la relación de responsabilidad a una disputa bilateral, cuando hay una violación clara de intereses comunes.

118. El problema se complica aún más cuando de una infracción que entraña una responsabilidad por faltas se pasa a una responsabilidad criminal. Sería prematuro decir qué solución adoptará finalmente la Comisión, pero cabe aducir que, conforme aumente la gravedad de la violación, es razonable que se reduzca el bilateralismo de la relación de responsabilidad. Así, en una situación de traslado de poblaciones que equivalga a un crimen, el hecho de que la víctima principal acepte una indemnización no debería, en principio, impedir que otros Estados insistieran en la restitución en especie y en una satisfacción, incluido el castigo de los funcionarios públicos que hayan incurrido en conductas criminales.

119. En el caso de crímenes, habrá siempre una pluralidad de Estados pues, por definición (a tenor del artículo 19 de la Parte I), un crimen es un acto internacionalmente ilícito que se produce por el quebranto por parte de un Estado de una obligación internacional tan esencial para la protección de derechos fundamentales de la comunidad internacional que su incumplimiento se reconoce como un crimen por esa comunidad en su conjunto.

120. Entre la lista de crímenes que figuran en el artículo 19, los apartados b) y c) del párrafo 2 hablan de una infracción grave del derecho de autodeterminación, tales como el establecimiento o mantenimiento por la fuerza del dominio colonial, y una violación grave de los derechos del ser humano, tales como esclavitud, genocidio y apartheid.

121. Saber quién debe decidir si existe crimen es un problema igualmente difícil. Inicialmente al menos, la víctima principal tendría que hacerlo. En cualquier caso, tendría que calificar el comportamiento de acto ilícito. En teoría, claro está, la Corte Internacional de Justicia debería hacerlo, pero su capacidad para ello se ve obstada por el carácter fundamentalmente voluntario de su jurisdicción. El Consejo de Seguridad debería estar facultado para ello siempre que su decisión esté sujeta al escrutinio y la revisión judiciales de la Corte Internacional. La solución escogida se basará más en la realidad de la evolución progresiva que en la codificación del derecho existente.

122. La existencia de esas posibilidades pone de manifiesto la complejidad de los problemas que suscita determinar las consecuencias de los crímenes internacionales. En esta etapa de los trabajos de la Comisión, es difícil llegar a ninguna conclusión definitiva.

123. No obstante ello, es posible, basándose en este debate sobre la responsabilidad de los Estados, llegar a las siguientes conclusiones provisionales:

1. El derecho individual a buscar remedios efectivos directamente se halla todavía en una etapa de desarrollo incipiente. Incluso cuando esos remedios puedan obtenerse, por ejemplo, mediante el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no existe la certeza de esos remedios.

2. Las normas sobre responsabilidad de los Estados pueden servir para llenar ese vacío en la protección de derechos humanos. Su inconveniente principal, sin embargo, es que operan en el plano interestatal y han sido diseñadas para incluir todos los actos ilícitos, no sólo las violaciones de derechos humanos que puedan requerir un régimen diferenciado para tener en cuenta la complejidad de las situaciones creadas por esas violaciones, esto es, una flexibilidad en el sentido de que el remedio (indemnización más bien que restitución en especie) puede tener que restringirse en el caso de las violaciones de derechos humanos.

3. Los traslados forzosos en masa de poblaciones revisten en ciertos casos el carácter de crímenes internacionales con todas las consecuencias pertinentes. Estas consecuencias tendrán que elaborarse con mayor claridad por la Comisión de Derecho Internacional.

4. En otras circunstancias, tales traslados, aunque no sean crímenes, constituirán sin embargo actos ilícitos ordinarios. Esta parte, que ha sido más desarrollada por la Comisión, se ha descrito en mayor detalle en el presente capítulo.

5. En situaciones sin embargo diferentes, podrá haber traslados de población en circunstancias en que la responsabilidad queda excluida, por ejemplo, por intereses nacionales o necesidades militares de fuerza mayor. Tales traslados, sin embargo, entrañan consecuencias lesivas para la población o grupo de que se trate. Por razones de equidad, no debería dejarse que víctimas inocentes soportasen solas esa carga. Cabría contemplar una responsabilidad por daños, más bien que por infracción, pero tal cosa supondría admitir una evolución progresiva que va más allá de lo que casi todos los Estados están dispuestos a aceptar. Este punto se elaborará en el informe final.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A. Resumen

124. Si bien en el informe preliminar (E/CN.4/Sub.2/1993/17 y Corr.1) se intentaba pasar revista general y completa del fenómeno del traslado forzoso de poblaciones, el presente informe se concentra en áreas concretas a fin de determinar la estructura normativa aplicable al traslado de poblaciones desde

la doble perspectiva del derecho internacional y de los derechos humanos. Se describe primero la estructura normativa del derecho internacional y de los derechos humanos y se argumenta que las normas de derechos humanos son útiles para definir la conducta de los Estados en la protección de las poblaciones contra todo desplazamiento arbitrario, así como en el curso del desplazamiento.

125. En segundo lugar, se aborda en el informe la cuestión de la legalidad del traslado de poblaciones y se indica que, como norma general, el derecho internacional prohíbe el traslado de personas y la implantación de colonos. El principio rector es que el traslado de poblaciones debe realizarse con el consentimiento de las poblaciones afectadas.

126. Además, en la parte II se trata de la ilegalidad del traslado de poblaciones cuando su finalidad o sus efectos pueden equipararse a los del genocidio, la tortura y prácticas afines, la esclavitud, la discriminación racial y sistemática y el menoscabo del ejercicio legítimo del derecho de libre determinación. En cambio, se aclara en el informe que hay normas permisivas de derecho internacional que parecerían justificar el traslado de poblaciones, y se describen los límites de esas derogaciones. Asimismo, se trata en la parte II el tema del traslado de poblaciones en sus aspectos internos e internacionales. En cuanto a los primeros, es evidente que la norma suprema es la del párrafo 3 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el principio de la libertad de circulación). En cuanto a los segundos, el párrafo 2 del artículo 12 (el derecho a salir del propio país y a regresar al mismo) es el principio rector, junto con su corolario del derecho a permanecer en el propio país.

127. Aunque ambas disposiciones del artículo 12 enuncian derechos que, en realidad, pueden derogarse, se argumenta en la parte III que el problema básico estriba en que el estado de excepción, en virtud del cual se produce a menudo el traslado de poblaciones, se invoca con gran frecuencia y dura más de lo necesario, y también que durante el estado de excepción se requiere del Estado la observancia de cierta conducta.

128. Respecto del traslado de poblaciones y los derechos económicos, sociales y culturales, tema que se aborda en la parte IV, se defiende la tesis de que la imposibilidad de ejercer esos derechos puede provocar movimientos masivos de poblaciones.

129. La parte V trata del traslado de poblaciones y de los conflictos armados y en ella se manifiesta que las normas generales aplicables a los conflictos tanto de carácter interno como de carácter internacional prohíben el reasentamiento forzoso de civiles. También se analizan algunos argumentos que se han aducido para justificar el traslado de poblaciones y la implantación de colonos.

130. Por último, en la parte VI se examina el tema de la responsabilidad de los Estados y el traslado de poblaciones y se hace referencia a la importante labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados. Partiendo de la premisa de que el traslado de poblaciones es un

acto internacionalmente ilícito, se describen las consecuencias de ese acto y se define la responsabilidad de los Estados que lo cometen. Se hace referencia a las lagunas de que adolece la protección de las víctimas y se menciona el efecto de esas lagunas sobre los medios de reparación. También se evalúa con carácter preliminar los efectos de la elaboración de la noción de responsabilidad penal por las consecuencias del traslado de poblaciones en cuanto acto internacionalmente ilícito.

B. Conclusiones

131. Como norma general, el derecho internacional prohíbe el traslado de personas, incluida la implantación de colonos. El principio rector es que el traslado de poblaciones debe realizarse con el consentimiento de las poblaciones afectadas. Al supeditar dicho traslado al consentimiento, este principio fortalece la prohibición. El traslado de una población y la implantación de colonos y asentamientos es forzoso cuando se realiza sin el consentimiento de la población. Así, los criterios que determinan el traslado forzoso descansan en la ausencia de consentimiento y pueden también incluir el uso de la fuerza, medidas de coacción e incitación a la huida.

132. El traslado forzoso de poblaciones, salvo en los casos en que existen derogaciones o lo permiten las necesidades militares, constituye un indicio racional de acto internacionalmente ilícito. En circunstancias en que, por su finalidad y sus métodos se equipara al genocidio, la esclavitud, la discriminación racial o sistemática o la tortura, el traslado puede incluso tipificarse como crimen a tenor del artículo 19 (parte I) del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados y entrañar todas las consecuencias del acto internacionalmente ilícito, además de las que normalmente llevan consigo los crímenes. Dentro de este alcance están comprendidos actos como la "limpieza étnica", la expulsión de minorías o de poblaciones de distinto origen étnico fuera del territorio que ocupan en el Estado y la implantación de colonos, que equivale a una denegación de la libre determinación.

133. Casos menos graves de traslado de poblaciones, si bien no constituyen crímenes, pueden llegar a ser actos internacionalmente ilícitos; por tanto, el Estado implicado en tales actos tiene la obligación de ponerles fin y de reparar. Su responsabilidad es delictiva. Otros Estados pueden reaccionar mediante la aplicación de contramedidas para obligar al primer Estado a cumplir sus obligaciones. Esas reacciones (contramedidas) están cuidadosamente delimitadas para evitar los abusos y la escalada y velar por que la reacción no viole los derechos humanos fundamentales.

134. Puede permitirse el traslado de poblaciones en virtud de ciertas excepciones que requieren justificación y que llevan consigo obligaciones correspondientes en cuanto a la conducta que ha de observarse durante el proceso de traslado y, después, durante la repatriación. Las excepciones, aunque pueden invocarse para justificar el traslado de poblaciones en casos determinados, no alteran el hecho de que el traslado de poblaciones, aún efectuado al amparo de esas excepciones, sigue siendo un traslado forzoso.

Dada la formulación precisa de las restricciones referentes a la libertad de circulación y al derecho a salir del propio país y a regresar al mismo (párrafo 3 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y si en verdad esas restricciones constituyen excepciones, queda reforzado el precepto según el cual el reasentamiento, el desplazamiento y el traslado de poblaciones están sujetos a justificación. En consecuencia, las restricciones deben interpretarse muy estrictamente y justificarse objetivamente por referencia a los argumentos del interés público que las autoriza.

135. Suponiendo que el traslado de poblaciones sin consentimiento pueda considerarse un acto internacionalmente ilícito con arreglo al derecho internacional, se pueden entonces echar las bases de una definición práctica de la expresión "traslado forzoso" de poblaciones. A este respecto, la base de la ilicitud puede determinarse por referencia al consentimiento o falta de consentimiento, por tratarse del principio rector general que goza de reconocimiento en el derecho internacional consuetudinario.

136. La falta de consentimiento como elemento determinante de un acto internacionalmente ilícito debe relacionarse con el derecho internacional porque no es absoluta y hay excepciones que permiten el traslado de poblaciones, siempre que el recurso a tal excepción se justifique en derecho internacional. Por consiguiente, se propone que la expresión "traslado forzoso" de poblaciones se refiera al asentamiento, reasentamiento o desplazamiento de una población sin su consentimiento, sea cual fuere su finalidad, por medios contrarios al derecho internacional.

137. En situaciones en que el traslado de población no es ilícito, es inevitable que el grupo trasladado sufra pérdidas y daños y la equidad exige que sea indemnizado. No puede dejarse que una víctima inocente haga frente a sus pérdidas por sí sola. Este criterio se desarrollará en el informe definitivo, con especial referencia a las normas del Banco Mundial 69/.

138. Entre los remedios que figuran en los artículos 6 a 10 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, se insiste especialmente en la cesación y la reparación. La relación entre las dos formas de reparación (restitución en especie e indemnización) no deja ninguna duda en cuanto a la primacía de la restitución en especie. La práctica de los órganos internacionales en lo que respecta a los conflictos, por ejemplo en los del Oriente Medio, Camboya, Chipre y el Afganistán, confirma que la restitución en especie se exige normalmente en forma de repatriación. La indemnización se menciona explícitamente, como en el caso de los refugiados de Palestina, o está implícita en los términos de las resoluciones referentes a otros conflictos.

139. Para decidirse por la restitución o la indemnización, el Estado lesionado -en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional- dispone de un amplio margen de discreción (art. 6). Los efectos perjudiciales que esa discreción pueda tener sobre la protección de las víctimas de violaciones

de los derechos humanos, especialmente en los traslados masivos de poblaciones, son evidentes cuando se considera que los Estados pobres o débiles pueden caer en la tentación de sustituir la repatriación por una indemnización.

140. El traslado de poblaciones a nivel internacional crea una relación trilateral: el Estado delincuente, el Estado víctima y las víctimas individuales. Si bien la responsabilidad internacional es esencialmente una relación interestatal y los daños causados a las personas son "recuperables" por el Estado en cuanto daño indirecto, los derechos de los particulares a pedir reparación siguen menoscabados por el hecho de que los tratados sobre derechos humanos son concertados entre Estados, por el hecho de que muchos de ellos no contienen normas procesales sobre los recursos, y por el hecho de que, aun cuando existen esos recursos (ante foros internacionales), el derecho de los particulares a obtener reparación todavía se halla en un estado incipiente de desarrollo.

C. Recomendaciones

141. Aunque en el presente estudio se da una definición provisional de lo que constituye un traslado forzoso, habrá que ahondar más en su elaboración, así como en la de los criterios que la acompañen. Por ejemplo, además de una definición general, existe la posibilidad de describir con precisión los actos que constituyen traslado forzoso.

142. Más importante es que la labor futura se oriente hacia la elaboración de un régimen que clarifique y mejore las normas existentes y la responsabilidad de los Estados en materia de traslado de poblaciones e implantación de colonos. En la actualidad, las normas están dispersas y de esa dispersión pueden valerse los Estados recalcitrantes que tratan de eludir su aplicación. Es más, hay que aprovechar el impulso generado por la Comisión de Derecho Internacional en su labor sobre la responsabilidad de los Estados a fin de determinar un régimen diferenciado que refleje mejor las exigencias de la sanción de los actos ilícitos calificados como violaciones de los derechos humanos y la complejidad de las situaciones que crean y que pueden a veces no responder a las simples recetas del derecho internacional. Como punto de partida, se recomienda que la Subcomisión comience los trabajos de preparación de un proyecto de declaración sobre el tema del traslado forzoso de poblaciones y la implantación de colonos y asentamientos. A este respecto, sería útil analizar más a fondo las orientaciones del Banco Mundial sobre reasentamiento involuntario 70/.

143. El Relator Especial recomienda que el seminario multidisciplinario de expertos sobre las consecuencias del traslado de poblaciones, incluida la implantación de colonos y asentamientos en el disfrute de los derechos humanos, ya recomendado por la Subcomisión en su resolución 1993/34 y refrendado por la Comisión de Derechos Humanos en su decisión 1994/102, se celebre en noviembre de 1994, a fin de dar tiempo a la preparación del informe definitivo que constituirá la conclusión del presente estudio.

144. En su informe definitivo (E/CN.4/Sub.2/1993/8) el Relator Especial para el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y las libertades fundamentales propuso unos principios y directrices básicos que permitirían consolidar el derecho a reparación de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos. En su resolución 1993/29 la Subcomisión decidió seguir examinando esos principios y directrices y, con ese fin, establecer, si fuere necesario, un grupo de trabajo durante su 46º período de sesiones. El autor del presente estudio encarece a la Subcomisión que proceda en ese sentido, ya que ello no sólo contribuiría a colmar una laguna en la normativa internacional de derechos humanos, sino que también coadyuvaría a perfeccionar las soluciones a la trágica situación de las poblaciones desplazadas.

1/ Véase Restatement of the Law: Third Statement of US Foreign Relations Law, vol. 2 (1987), pág. 165; David Harris, Cases and Materials in International Law, 4ª edición (Londres, 1991), pág. 695; asunto de la Barcelona Traction, Informe de la CIJ 1970, pág. 32.

2/ Véase el artículo 11 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

3/ Véase Gita Welch, The Prohibition of torture, cruel, inhuman and degrading treatment of punishment in international law, tesis del doctorado en Filosofía, Oxford, 1993.

4/ ACNUR, Nota sobre ciertos aspectos de la violencia sexual contra las mujeres refugiadas (A/AC.96/822), 12 de octubre de 1993; Guía para la protección de las mujeres refugiadas (Ginebra, 1991).

5/ Res. 44/2, Anuario 138 (1952).

6/ Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 1989. Se trata del Convenio N° 169 que revisa las disposiciones previas del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1957 (N° 107).

7/ Artículo 16, Convenio N° 169.

8/ Aunque el término compensación significa por lo general indemnización en especie o en efectivo, cuando la restauración del status quo ante es materialmente imposible, se ha utilizado erróneamente esa expresión para significar restitution in integrum. (El tema se trata con mayor detalle en la parte V.)

9/ Jennings, Acquisition of Territory in International Law (1963).

10/ Brownlie, Encyclopedia on African Boundaries (Londres, 1979), págs. 20, 215.

11/ Beyani, Restrictions on Internal Freedom of Movement and Residence in International Law, Tesis de doctorado en filosofía, Oxford, 1992.

12/ La Comisión Interamericana mantuvo en el caso de los miskitos, anteriormente citado, que la negativa de Nicaragua a permitir el regreso de los miskitos a sus territorios anteriores una vez que expiró el plazo del estado de urgencia equivalía a una restricción del derecho de desplazamiento y de elección de residencia.

13/ Decisión N° 24/1977, selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo (CCPR/C/OP/1), 1985.

14/ Australian Law Report 472 (1985).

15/ Convenio N° 167 de la OIT.

16/ Opinión consultiva sobre el significado de la palabra "Laws" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986.

17/ C. Beyani, "Restrictions on Internal Freedom of Movement and Residence in International Law", Tesis de doctorado en filosofía, Oxford, capítulos 5 y 6.

18/ Sandra Lovelace c. Canadá, véase la nota 13 supra.

19/ Opinión del juez Lauterpacht en el caso Guardianship, CIS, Reports 1958, págs. 25 y 26.

20/ Guy Goodwin-Gill, International Law and the Movement of Persons Between States (Oxford, 1978), pág. 262.

21/ Artículo 14, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, y su Protocolo, 1967; Convención que rige los aspectos inherentes a los problemas de los refugiados de Africa, 1969; y Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984.

22/ Ibid.

23/ ACNUR, The State of the World's Refugees: The Challenge of Protection (Penguin Books, 1993), págs. 31 a 49.

24/ Consejo de Europa, Activities of the Council of Europe in the Field of Migration (Estrasburgo, 1993), pág. 45.

25/ Véanse párrs. 16 a 24.

26/ Según el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tales normas son las siguientes: el principio de existencia de un peligro excepcional para la vida de la nación; el principio de proclamación oficial del estado de emergencia; el principio de información a otros Estados de la situación de emergencia; el principio de

proporcionalidad entre el grado de suspensión y el carácter del peligro; el principio de no discriminación en el caso de suspensión de derechos; y el principio de compatibilidad de las medidas de suspensión con las obligaciones internacionales de la nación.

27/ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, Doc. 10, Rev.3, 29 de noviembre de 1983.

28/ Ibid., pág. 126

29/ Véase el informe definitivo del Relator Especial de la Subcomisión sobre realización de los derechos económicos, sociales y culturales (E/CN.4/Sub.2/1992/16).

30/ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3 (1990), párr. 1.

31/ Véase, entre otros, la Directriz Operacional del Banco Mundial 4.30 sobre reasentamiento involuntario (29 de junio de 1990). Para un estudio más completo del tema, véanse los párrs. 337 a 346 del informe preliminar (E/CN.4/Sub.2/1993/17).

32/ Véase también Greg, "The underlying principles of international humanitarian law", Australian Yearbook of International Law, págs. 46 a 112 y Cassese (ed.), The New Humanitarian Law of Armed Conflict, (Nápoles, 1979).

33/ Para aclaraciones, véase Umozurike, "Protection of the victims of armed conflicts" en: Cassese, ibid., págs. 188 a 199.

34/ Plattner, "The Protection of Displaced Persons in Non-International Armed Conflicts", 291 International Review of the Red Cross, 567 a 580 (1992).

35/ Theodor Meron, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law (Oxford, 1991), pág. 45.

36/ David Harris, Cases and Materials on International Law, pág. 201.

37/ Jennings, Acquisition to Title in International Law, pág. 55. Akehurst, en su libro, A Modern Introduction to International Law, 6ª ed. (1987), en la pág. 149 llega a la conclusión de que toda amenaza o utilización de la fuerza, en contravención o no de la Carta, impide la adquisición del territorio.

38/ Yehuda Z. Slum, Secure Boundaries and the Middle East Peace in the Light of International Law and Practice (Jerusalén, 1971), págs. 63 a 109.

39/ Jennings, op. cit., pág. 55.

40/ Véase, por ejemplo, la resolución 242 (XXII) de 22 de noviembre de 1967, del Consejo de Seguridad, en la que el Consejo insistía en la inadmisibilidad de la adquisición de territorio por medio de la guerra.

41/ Véase 1 Common Law Report 175 (1992).

42/ Sobre estos temas, véase Emma Playfair, Administration of Occupied Territories in International Law (Oxford, 1991).

43/ International Law Materials (1978) 777 a 779.

44/ El párrafo 1 del artículo 49 prohíbe los traslados "de índole forzosa" de personas protegidas del territorio ocupado; el párrafo 6 no limita tanto.

45/ E/CN.4/Sub.2/1993/17, párr. 324.

46/ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45º período de sesiones (A/48/10), págs. 143 a 154.

47/ C. P. J. I., Serie A, N° 9, pág. 21.

48/ Ibid., N° 17, pág. 47.

49/ Artículo 6 bis, A/48/10, págs. 154 a 163.

50/ Artículo 7, A/48/10, pág. 163.

51/ Asunto del Tratado Bryan-Chamorro, Anales de la Corte de Justicia Centro Americana, vol. VI, Nos. 16 a 18.

52/ Véase C. D. Grey, Judicial Remedies in International Law, Oxford, 1987.

53/ A/48/10, pág. 163. Esas primeras palabras del artículo 7 dicen así: "El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la reparación en especie...".

54/ Frelick, "The Right of Return", International Journal of Refugee Law, 442, 443 (1990). Citado en Donna E. Arzt y Karen Zugaib, The New York University Journal of International Law and Politics, vol. 24 (399), pág. 1440.

55/ A/48/10, pág. 175 a 180.

56/ A/48/10, págs. 125 a 127.

57/ A/48/10, pág. 179.

58/ Para un análisis más completo, véase Donna Arzt y Karen Zugaib citados supra en la nota 54.

59/ Por ejemplo, las resoluciones 3395 (XXX) de 25 de noviembre de 1975, 34/30 de 20 de noviembre de 1979 y 37/253 de 13 de mayo de 1983, así como la resolución 4 (XXXII) de 13 de febrero de 1975 de la Comisión de Derechos Humanos.

60/ El Relator Especial agradece al profesor Christian Tomuschat el que le haya proporcionado el texto de su trabajo, "State responsibility and the country of origin", presentado en el coloquio organizado por el Instituto de Graduados en Estudios Internacionales y el ACNUR sobre el problema de los refugiados a la luz de las cuestiones del derecho internacional contemporáneo (Ginebra, 26 y 27 de mayo de 1994), donde se aborda ese asunto con mayor detalle.

61/ A/48/10, págs. 193 y 194.

62/ La forma de razonar del Comité ha sido criticada, sin embargo, en razón de que la reparación (remedy) en inglés no se corresponde con los términos usados en los textos español y francés, a saber, recurso y "recours". Véase supra, nota 60.

63/ Artículo 10 A/48/10, pág. 206.

64/ A/48/10, pág. 223.

65/ Artículo 10 bis, ibid., pág. 223.

66/ Decisión de 23 de julio de 1980, párr. 19, Documentos Oficiales de la Asamblea General: trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/35/40).

67/ Cuarto Informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/444 y Add.1 a 3).

68/ A/CN.4/444/Add.1, pág. 38.

69/ Directriz operacional 4.30: Reasentamiento involuntario, de 29 de junio de 1990. En un comunicado de prensa de 8 de abril de 1994, el Banco Mundial manifiesta que los grandes donantes multilaterales y bilaterales han adoptado recientemente directrices sobre reasentamiento similares a las del Banco.

70/ Véase la nota 69.