

# Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento: un enfoque múltiple para resolver las brechas de protección

**Vikram Kolmannskog y Lisetta Trebbi**

Vikram Kolmannskog es graduado en derecho (licenciado en leyes por la Universidad de Oslo y licenciado en leyes con especialización en derechos humanos, con honores, por la London School of Economics and Political Science) y en humanidades (licenciado y *candidatus magisterii* en historia de las ideas y en idioma español, por la Universidad de Oslo). Se desempeñó como asesor jurídico del Consejo Noruego de Refugiados en materia de cambio climático y desplazamiento; actualmente, es académico y consultor independiente. Lisetta Trebbi es licenciada en geografía humana por la Universidad de Oslo, con especialización en geografía del desarrollo, y trabajó durante diez años en el ámbito de la preparación y despliegue de operaciones de respuesta humanitaria. Es asesora del Consejo Noruego para Refugiados en materia de cambio climático.

## Resumen

*Todos los años, los desastres relacionados con los fenómenos climáticos desplazan a millones de personas, y esta tendencia puede aumentar debido a la aceleración del cambio climático. Esta situación da lugar a una importante pregunta: ¿en qué medida los instrumentos existentes protegen con eficacia a las personas desplazadas de sus hogares por el cambio climático y los desastres naturales? En este artículo, los autores examinan, en primer lugar, los actuales instrumentos de protección y señalan las brechas existentes. A continuación, analizan diversas propuestas sobre el modo de solucionar esas brechas, centrándose en los desplazamientos transfronterizos inducidos por desastres naturales. Se recomienda un enfoque múltiple, en particular la interpretación de las normas existentes dinámica y orientada al contexto y la creación de nuevas disposiciones jurídicas.*

*La adhesión al principio de no devolución y el análisis de si el regreso de los desplazados es posible, permisible o razonable podría ser una forma objetiva de empezar a formular regímenes de protección para las víctimas de los desplazamientos inducidos por desastres naturales.*

\*\*\*

En su cuarto informe de evaluación, publicado en 2007, el Panel Internacional sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) estableció que el cambio climático inducido por el hombre se está acelerando y ya está teniendo repercusiones severas, en particular el aumento de ciertos fenómenos naturales<sup>1</sup>. Asimismo, en un estudio de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas (OCHA, por sus siglas en inglés) y el Centro de Vigilancia de los Desplazamientos Internos del Consejo Noruego para Refugiados se señala que, todos los años, los desastres relacionados con los fenómenos climáticos ya desplazan a millones de personas<sup>2</sup>.

Esta situación da lugar a una importante pregunta: ¿en qué medida los instrumentos existentes y los regímenes nacionales, regionales e internacionales protegen con eficacia a las personas desplazadas de sus hogares por el cambio climático en particular y los desastres naturales en general? En este artículo, se señalan las brechas existentes en los regímenes de protección y se analiza una serie de opciones para encararlas. Se concluye que la solución más eficaz consistiría en la aplicación de un enfoque múltiple al análisis de esas opciones, en particular al concepto del regreso de las personas desplazadas a su lugar de origen.

Si bien reconocen la existencia de un continuo entre la migración voluntaria y la forzada y que gran parte de los movimientos humanos registrados en el contexto del cambio climático pueden considerarse voluntarios (o, al menos, como fenómenos situados en una zona gris entre la migración voluntaria y la forzada), los autores optan por centrarse en el desplazamiento y la migración forzada. Todos los migrantes tienen ciertas necesidades en materia de protección, pero los migrantes forzados se han incluido en una categoría especial del derecho internacional y de la labor humanitaria práctica<sup>3</sup>. Sin embargo, el continuo entre la migración voluntaria y la forzada plantea ciertos problemas, por ejemplo, cómo determinar si el abandono de su hogar por un migrante ha de considerarse un acto forzado.

El hecho de centrar el estudio en el desplazamiento relacionado con el

- 1 Panel Internacional sobre el Cambio Climático, *Cambio climático 2007: Informe de síntesis*, disponible en: [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4\\_syr\\_sp.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf) (consultado el 10 de noviembre de 2011).
- 2 Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) y Centro de Vigilancia de los Desplazamientos Internos/Consejo Noruego para Refugiados, *Monitoring Disaster Displacement in the Context of Climate Change*, Ginebra, 2009, p. 15.
- 3 V., por ejemplo, la definición de “desplazados internos” como personas “forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual”, en el *Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado de conformidad a la resolución 1997/39 de la Comisión, Addendum: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, 11 de febrero de 1998, documento de la ONU E/CN.4/1998/53/Add.2 (en adelante, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998), Introducción: Alcance y finalidad, párrafo 2.

cambio climático puede justificarse a fin de establecer el cambio climático como una de las principales causas de los desplazamientos, identificar la responsabilidad del desplazamiento en sentido amplio, mitigar sus efectos y financiar la labor necesaria para la mitigación. Sin embargo, desde el punto de vista práctico de la seguridad y de los derechos humanos, normalmente no hay razones imperiosas que obliguen a trazar distinciones entre los desastres relacionados con el clima y otros desastres naturales. Por ello, en este artículo se examinan tanto el cambio climático en particular como los desastres naturales en general.

## Relación entre cambio climático y desplazamiento

Los intentos por determinar la relación entre el cambio climático y el desplazamiento plantean importantes desafíos de orden metodológico. Las personas dejan su lugar de origen por un complejo conjunto de razones<sup>4</sup>, e incluso la migración forzada presenta un abanico de causas. No obstante, al examinar algunos de los efectos actuales y previstos del cambio climático, diversos investigadores e instituciones internacionales han concluido que, con el tiempo, el cambio climático es susceptible de contribuir a “importantes desplazamientos forzados”<sup>5</sup>.

Uno de los impactos más importantes del cambio climático es la mayor frecuencia y severidad de ciertos fenómenos, así como los cambios en su marco temporal y ubicación<sup>6</sup>. Los fenómenos pueden combinarse con la vulnerabilidad humana para producir desastres como inundaciones y sequías. En otras palabras, en los desastres “naturales” hay un elemento humano esencial. Podemos denominarlos desastres relacionados con el clima, puesto que el cambio climático puede influir en su frecuencia, severidad, oportunidad y ubicación; pertenecen a esta categoría las tormentas, las inundaciones y las sequías. Potencialmente, todos los desastres naturales pueden causar desplazamientos forzados. En las últimas dos décadas, el número de desastres naturales registrados se ha duplicado de 200 a más de 400 por año<sup>7</sup>. Son, en su mayoría, desastres relacionados con el clima. Según el Coordinador de Ayuda de Emergencia de la ONU, esta situación, en la que se presentan desastres más frecuentes y severos, puede constituir “la nueva normalidad”<sup>8</sup>.

4 Los estudiosos de la migración han criticado el concepto de “refugiados del medio ambiente” o “refugiados del clima” principalmente porque el cambio climático, la migración y el desplazamiento no son fenómenos que tienen una sola causa. Además, el concepto de “refugiado” tiene una definición restringida, centrada en la persecución como causa principal de la huida, y se limita a personas que han cruzado una frontera internacionalmente reconocida. La índole limitada del concepto de “refugiado” hace que el término “refugiados del clima” sea, en cierto modo, inadecuado.

5 David Hodgkinson, Tess Burton, Heather Anderson y Lucy Young, “Copenhagen, climate change ‘refugees’ and the need for a global agreement”, *Public Policy*, vol. 4, n.º 2, 2009, p. 159.

6 IPCC, nota 1 *supra*, p. 30.

7 V. Emergency Event Database (base de datos sobre desastres), disponible en: <http://www.emdat.be/natural-disasters-trends> (consultada el 20 de septiembre de 2010).

8 OCHA, Observaciones introductorias de John Holmes, Secretario General Adjunto de Asuntos Humanitarios y Coordinador de Ayuda de Emergencia de la ONU en la Conferencia DIHAD 2008, 8 de abril de 2008, disponible en <http://www.reliefweb.int/rw/rwb.nsf/db900sid/Y5AR-7DHL88?OpenDocument> (consultado el 20 de septiembre de 2010).

Si bien la idea de que la migración voluntaria y forzada es susceptible de aumentar a consecuencia del cambio climático goza de amplia aceptación, es difícil estimar la escala de este fenómeno. En 2009, la OCHA colaboró con el Centro de Vigilancia de los Desplazamientos Internos del Consejo Noruego para Refugiados, en un primer intento por evaluar el nivel de los desplazamientos causados por desastres naturales de aparición repentina o abrupta. Determinaron que en 2008, estos episodios causaron el desplazamiento de 36 millones de personas, de las cuales 20 millones fueron desplazadas sólo por desastres naturales de aparición repentina relacionados con el clima<sup>9</sup>. Estimar los desplazamientos debidos a los desastres de aparición gradual, como la sequía y el aumento del nivel del mar, es mucho más problemático, porque las causas son numerosas y complejas y porque existe un continuo entre la migración voluntaria y la forzada<sup>10</sup>. Sin embargo, las cifras citadas ofrecen un indicio de la escala del desplazamiento causado en la actualidad por los desastres relacionados con el clima. A la vez que ofrece su propia estimación, la publicación *Stern Review* señala que el número de personas desplazadas “dependerá del nivel de la inversión, la planificación y los recursos”<sup>11</sup>.

Al menos en el futuro cercano, es probable que el desplazamiento siga siendo de carácter mayormente interno y, en algunos casos, regional<sup>12</sup>. En última instancia, todos los países serán afectados por el cambio climático, pero algunos están expuestos a él de manera más inmediata y directa. En su informe, el IPCC señala los peligros que corren el Ártico, África, los pequeños Estados insulares y los grandes deltas asiáticos y africanos, a la vez que reconoce que “[E]n otras áreas, incluso en áreas con alto nivel de ingresos, ciertos sectores de la población (por ejemplo, los pobres, los niños pequeños o los ancianos) podrían estar particularmente expuestos, así como ciertas áreas y actividades”<sup>13</sup>. Gran parte del desplazamiento inducido por los desastres naturales de aparición repentina será transitorio si hay posibilidades efectivas de rehabilitación y recuperación, pero algunos desplazamientos cobran carácter permanente<sup>14</sup>.

En la presente investigación sobre el cambio climático, los desastres y el desplazamiento, se plantean cuestiones fundamentales acerca de la necesidad de proteger tanto a los individuos como a las poblaciones afectados por el desplazamiento. Las necesidades de protección de las personas desplazadas por desastres naturales aún no han sido analizadas ni comprendidas en toda su extensión. No

9 OCHA y Centro de Vigilancia de los Desplazamientos Internos/Consejo Noruego para Refugiados, nota 2 *supra*, p. 15.

10 ¿Qué nivel de degradación debe alcanzar la tierra para considerar que los pequeños agricultores se han visto forzados a abandonarla y no que meramente “han optado” por dejarla en pos de una vida mejor en otro lugar? ¿La degradación se debe principalmente a factores climáticos o a factores como el uso de la tierra, las malas prácticas de riego, la economía y la gobernanza?

11 Departamento del Tesoro del Reino Unido, *Stern Review on the Economics of Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 112.

12 V., por ejemplo, Comité Permanente entre Organismos (IASC), *Cambio climático, migración y desplazamiento: ¿Quién resultará afectado?* Documento de trabajo presentado por el grupo informal sobre Migración, desplazamiento y cambio climático del IASC, 31 de octubre de 2008, p. 1.

13 IPCC, nota 1 *supra*, p. 52.

14 V., por ejemplo, IASC, nota 12 *supra*, p. 1.

obstante, una de las principales ideas que subyacen a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998 es que, cualquiera sea la causa que ocasione el desplazamiento, las personas afectadas suelen tener las mismas necesidades particulares<sup>15</sup>. Si bien los autores reconocen que es mucho lo que queda por hacer con respecto a la determinación de las necesidades de protección, consideran que la situación justifica un examen general del actual régimen de protección, la identificación de brechas y el análisis de posibles soluciones para resolverlas, todo ello en el contexto del cambio climático.

## **Brechas en la protección de las personas desplazadas por el cambio climático y los desastres naturales**

### Tipología de los efectos del cambio climático, desplazamiento y protección

La descripción de los diferentes tipos de cambio climático, sus efectos principales y los desplazamientos que causan es un punto de partida útil para bosquejar un panorama general de los posibles regímenes de protección e identificar las brechas asociadas con el cambio climático y los desastres naturales<sup>16</sup>. Las situaciones descritas pueden tener más de una causa y hay circunstancias en las cuales pueden superponerse varios de estos escenarios.

#### *Escenario 1: El cambio climático provoca aumentos en la frecuencia y/o la severidad de los desastres naturales de aparición repentina y tal vez su marco temporal y localización.*

En este escenario, se presume que el desplazamiento será, en su mayor parte, interno y temporal, según la eficacia de la respuesta humanitaria y la rapidez de la recuperación. Por ende, deberían examinarse los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998, que constituyen un instrumento de derecho “blando” o indicativo, para comprobar si ofrecen protección. Habida cuenta de que los Principios Rectores reconocen el desplazamiento inducido por las catástrofes naturales, corresponde brindar protección y asistencia de conformidad con estos principios<sup>17</sup>.

La situación es distinta en el caso de los desplazados que cruzan fronteras. El artículo 1A de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, modificada por el Protocolo de 1967, no se aplica claramente a las personas que han huido de sus hogares a causa de desastres naturales, puesto que el estatuto de refugiado se relaciona con las personas que tienen temores fundados de ser perseguidas por determinadas razones concretas. No obstante, las interpretaciones contextualiza-

15 V. *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998*, nota 3 *supra*.

16 La tipología se basa en la formulada por el IASC, nota 12 *supra*; y Vikram Kolmannskog, “The point of no return: exploring law on cross-border displacement in the context of climate change”, *Refugee Watch*, vol. 34, diciembre de 2009, pp. 27–42.

17 V. *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998*, nota 3 *supra*, Principio 2.

das y dinámicas que se analizan en el presente artículo demuestran que algunas de las personas desplazadas que atraviesan fronteras podrían beneficiarse del estatuto y la protección conferidos a los refugiados.

*Escenario 2: El cambio climático provoca aumentos en la frecuencia y/o la severidad de los desastres naturales de aparición gradual y tal vez cambia su marco temporal y localización.*

En este escenario, una parte de la población decide migrar a otros lugares del mismo país. Algunos residentes migran al extranjero. Más adelante, las condiciones pueden deteriorarse a tal punto que resulta imposible para las personas permanecer en sus lugares de origen y se ven obligadas a desplazarse.

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998 podrían aplicarse en los casos en que se determine que una sequía u otro fenómeno análogo ha causado el desplazamiento de la población. Sin embargo, se ha argumentado que los Principios Rectores no fueron concebidos para responder a las necesidades particulares de las personas desplazadas por catástrofes de aparición gradual como las sequías y, de hecho, no pueden hacerlo<sup>18</sup>. Además, es difícil establecer un nexo entre la sequía y el desplazamiento, dado que el movimiento de la población en respuesta a la sequía suele realizarse con lentitud y en distintas etapas, puede ser considerado voluntario, y la decisión de dejar el lugar de origen en forma definitiva se basa en una serie de factores. En este escenario, la distinción entre la migración voluntaria y el desplazamiento forzado se difumina y resulta difícil determinar si las personas pertenecen a la categoría de los desplazados internos o de los migrantes. Sin embargo, muchos migrantes se asemejan a los desplazados internos porque son ciudadanos del Estado en que residen y, como tales, gozan de ciertos derechos y tienen derecho a determinado trato. Pero, sus necesidades y la respuesta a las mismas no están claramente establecidas en el derecho y en las políticas internacionales.

Las personas que se desplazan o migran a través de fronteras internacionalmente reconocidas afrontan la misma situación con respecto al derecho internacional de los refugiados que se ha descrito en el Escenario 1. Algunas pueden ser admitidas en un país extranjero mediante los mecanismos de la migración legal, pero muchas otras tal vez no tengan esta opción y necesiten asistencia y protección.

El caso de los pequeños Estados insulares, donde la población entera podría verse forzada a dejar el país, es claramente aplicable a este debate. El aumento

18 En un estudio de caso, se determinó que los problemas relacionados con la protección son más similares a los que afrontan los migrantes que los desplazados. Por ejemplo, la sequía suele caracterizarse por la separación de las familias, cuando el jefe varón de la familia parte en busca de trabajo, mientras que en los conflictos y en los desastres de aparición repentina, es frecuente que se desplacen familias enteras. Un funcionario superior de un organismo humanitario internacional ha sugerido que el término “migración por penuria” es más apropiado que “desplazamiento”. Tal vez la diferencia básica se da cuando toda la familia abandona su lugar de origen, es decir, cuando ya no hay más posibilidades de sobrevivir en ese lugar. En tal caso, se puede hablar de desplazamiento forzado. V. Vikram Kolmannskog, *Climate Change, Disaster, Displacement and Migration: Initial Evidence from Africa*, Nuevas cuestiones en las investigaciones sobre los refugiados, Documento de investigación n.º 180, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), diciembre de 2009, p. 11.

del nivel del mar es un proceso gradual que no permite trazar una línea clara entre la migración y el desplazamiento. Por ello, es un caso que no tiene una solución evidente en el derecho internacional actual. No queda claro si las personas que pierden su Estado debido al cambio climático se considerarían apátridas. Según el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954, el término “apátrida” designa a “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”<sup>19</sup>. Sin embargo, según McAdam y Saul, los ciudadanos de los Estados insulares no gozarían de protección porque la definición de “apátrida” se basa en la denegación de nacionalidad por aplicación del derecho de un Estado particular y no por la desaparición de un Estado<sup>20</sup>. Además, los regímenes jurídicos actuales son insuficientes para encarar las necesidades muy específicas de esos ciudadanos, en particular su reasentamiento.

### *Escenario 3: El cambio climático podría aumentar los conflictos causados por el medio ambiente.*

Se ha postulado que los efectos del cambio climático, como las catástrofes naturales abruptas y graduales, pueden disparar conflictos, por ejemplo a través de la rivalidad causada por la escasez de recursos<sup>21</sup>. En este escenario, deberían aplicarse a los desplazados internos los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998. La descriptiva definición de las personas internamente desplazadas se refiere explícitamente a los conflictos<sup>22</sup> y, cuando se aborda la protección en el derecho pertinente, la causa de los conflictos no es un factor esencial.

En este escenario, las personas que se han desplazado a través de fronteras internacionalmente reconocidas pueden, en algunos casos, obtener el estatuto de refugiado o un estatuto de protección complementario, posiblemente temporal<sup>23</sup>. En instrumentos regionales como el Convenio sobre la Organización de la Unidad Africana (OUA) y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, de 1984, se incluye como refugiados a las personas que huyen de la “violencia generalizada”<sup>24</sup>. La Directiva sobre Protección Temporal de la Unión Europea establece la concesión

19 Artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Social y Económico en su resolución 526 A (XVII), de 26 de abril de 1954.

20 Jane McAdam y Ben Saul, *An Insecure Climate for Human Security? Climate-induced Displacement and International Law*, documento de trabajo n.º 4 del Sydney Centre, Universidad de Sydney, 2008, disponible en: [http://sydney.edu.au/law/scil/documents/2009/SCILWP4\\_Final.pdf](http://sydney.edu.au/law/scil/documents/2009/SCILWP4_Final.pdf) (consultado el 28 de septiembre de 2010).

21 V., por ejemplo, Nils Petter Gleditsch, “Environmental conflict: Neomalthusians vs. Cornucopians”, Hans Günter Brauch *et al.* (eds.), *Security and the Environment in the Mediterranean: Conceptualising Security and Environmental Conflicts*, Springer Verlag, Berlín, 2003, p. 478.

22 V. *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998*, nota 3 *supra*, Introducción: Alcance y finalidad, párrafo 2.

23 V. Kolmannskog, nota 16 *supra*, p. 32.

24 Declaración de Cartagena sobre los Refugiados del 22 de noviembre de 1984, reproducida en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984–1985, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10, revisión 1, pp. 190–193, art. III(3); Convención de la OUA que regula los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, Addis Abeba, Etiopía, 10 de septiembre de 1969, art. 1(2).

de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas que huyen de un conflicto armado<sup>25</sup>, y la Directiva de Calificación de la UE concede protección subsidiaria si existen "... amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno"<sup>26</sup>. Sin embargo, aparte de los países que han adoptado la Convención de la OUA y las directivas de la UE, muchos Estados no reconocen aún a las personas que huyen de la violencia generalizada como refugiados o personas con derecho a beneficiarse de medidas de protección complementaria.

#### *Escenario 4: Las respuestas al cambio climático, como las medidas de adaptación y mitigación, causan desplazamientos.*

Las medidas de mitigación y adaptación a los efectos del cambio climático pueden causar desplazamientos. Conviene observar la conducta de las autoridades que procuran trasladar poblaciones invocando el cambio climático y los desastres naturales como razones legítimas o simplemente como pretexto para lograr ese fin<sup>27</sup>. Por ejemplo, en algunos de los países afectados por el maremoto de 2004 en Asia, se ha denunciado que las autoridades establecieron zonas de amortiguación de manera discriminatoria, permitiendo la construcción de instalaciones turísticas al tiempo que se excluía el regreso de los residentes locales y la reconstrucción de sus viviendas<sup>28</sup>.

En este escenario, las normas de protección aplicables a las personas desplazadas pueden encontrarse en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998, que contienen disposiciones destinadas a garantizar la planificación participativa basada en los derechos y la no discriminación<sup>29</sup>. Si se dispone el reasentamiento permanente de las personas, también podrían aplicarse ciertos principios relacionados con el desarrollo. En este caso, resultan particularmente aplicables las disposiciones de la Política Operacional 4.12 del Banco Mundial sobre el Reasentamiento Involuntario, de enero de 2002.

25 Directiva del Consejo 2001/55/EC del 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, art. 2(c)(i).

26 Directiva del Consejo 2004/83/EC, del 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, art. 15(c) en combinación con el art. 2(e).

27 Vikram Kolmannskog, *Dignity in Disasters and Displacement: Exploring Law, Policy and Practice on Relocation and Return in the Context of Climate Change*, documento preparado para la Conferencia Síntesis del GECHS (Cambio Ambiental Mundial y Seguridad Humana), "La Seguridad Humana en la Era del Cambio Global", Universidad de Oslo, 22-24 de junio de 2009, disponible en: <http://www.nrc.no/?aid=9411918> (consultado el 20 de septiembre de 2010).

28 Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kälin, *Protección de los desplazados internos en situaciones de desastres naturales*, A/HRC/10/13/Add.1, 5 de marzo de 2009, párrafo 58.

29 *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998*, nota 3 *supra*, Principios 6(2)(d), 7(1), 15(d), 28 y 29, y otras disposiciones.



Para aclarar las leyes y las políticas, es necesario profundizar el estudio de las medidas relativas al clima y las necesidades generadas por el desplazamiento. La situación y las necesidades de las personas que cruzan una frontera debido a medidas relacionadas con el clima son aspectos que tampoco se han abordado adecuadamente en las disposiciones jurídicas.

## Las brechas de protección: recapitulación

En síntesis, no hemos encontrado brechas de protección en dos de los escenarios descritos precedentemente: el desplazamiento interno ocasionado por catástrofes naturales de aparición repentina y el desplazamiento interno provocado por un conflicto. Ambos escenarios están claramente abarcados por los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998. A continuación, se analizan las formas de solucionar las brechas de protección con especial referencia al desplazamiento transfronterizo causado por desastres naturales; se excluye la situación particular de las personas apátridas, y se incluyen las situaciones generadas por catástrofes tanto abruptas como graduales.

## **Solucionar las brechas de protección en casos de desplazamiento transfronterizo motivado por desastres naturales**

### Modificar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

Habida cuenta de que muchos desplazados transfronterizos no parecen reunir las condiciones necesarias para ser tratados como apátridas ni como refugiados, para mejorar su protección se ha sugerido modificar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Ésta podría ser la forma más directa de solucionar las brechas de protección en el caso de los desplazamientos transfronterizos, que ofrecería la ventaja de garantizar los derechos de las personas afectadas en el marco de un instrumento jurídico reconocido y establecido. Sin embargo, los críticos de esta recomendación, entre los que se cuentan el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Consejo Noruego para Refugiados, han señalado que toda iniciativa de enmendar la definición de “refugiado” establecida en la Convención de 1951 traería consigo el riesgo de una renegociación completa de la Convención. En el actual clima político, las renegociaciones podrían terminar por socavar el régimen de protección de los refugiados internacionales<sup>30</sup>. No importa cuán puras sean las intenciones de quienes proponen esta modificación, el intento de ampliar la definición de refugiado podría resultar en la reducción de la protección de las personas que hoy están amparadas por la Convención. A fin de evitar ese debilitamiento de la protección, es preciso examinar otras opciones. Además, los conceptos y mecanismos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, como la noción de la persecución y la idea de que

30 V., por ejemplo, ACNUR, *Cambio Climático, Desastres Naturales y Desplazamiento Humano: La Perspectiva del ACNUR*, Ginebra, 2009, p. 9.

el estatuto de refugiado sustituye la protección de los Estados de origen, pueden no ser adecuados en el contexto del cambio climático y los desastres naturales.

## Inclusión en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático o en otros tratados sobre el clima

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC, por sus siglas en inglés), de 1992, proporciona un marco internacional común para encarar las causas y consecuencias del cambio climático. Los actuales compromisos adoptados en el marco del Protocolo de Kioto de 1997 expiran en 2012 y los Estados siguen negociando las medidas a adoptar después de esa fecha. En tanto que el Protocolo de Kioto se centra en la reducción de las emisiones de gases de invernadero (mitigación del cambio climático), el posible acuerdo sucesor también abordaría las consecuencias del cambio climático que ya no es posible evitar (adaptación al cambio climático)<sup>31</sup>.

Obviamente, un tratado sobre el cambio climático podría ser fundamental para prevenir desastres y desplazamientos, en particular los desplazamientos causados por las medidas relativas al clima. En términos de la protección conferida durante el desplazamiento, el proceso de la UNFCCC tiene menos que ofrecer. Históricamente, este tratado no ha abordado las medidas correctivas y los participantes se han mostrado renuentes a incorporar cuestiones relacionadas con los derechos humanos. No obstante, un tratado sobre el cambio climático también podría ser importante, en cierta medida, para proteger a las personas que migran o que han sido desplazadas<sup>32</sup>. En los últimos proyectos de texto, se estipula que deben financiarse las actividades relacionadas con la migración y el desplazamiento. Sin embargo, si bien es importante reconocer los fenómenos de la migración y el desplazamiento y garantizar la cooperación y la asignación de fondos para estas cuestiones, es improbable que se alcance una solución cabal por este medio.

## Creación de una nueva convención

Varios autores postulan que las brechas de protección podrían salvarse de manera adecuada mediante la creación de una nueva convención internacional. Hodgkinson, Burton, Young y Anderson argumentan que ni la UNFCCC ni los actuales instrumentos de derechos humanos y de protección de los refugiados son apropiados para encarar esta cuestión<sup>33</sup>. Para garantizar el funcionamiento y la aplicación de una nueva convención sobre el desplazamiento causado por el cambio climático, los autores subrayan la necesidad de demostrar que el desplazamiento en cuestión ha sido causado por el cambio climático. Destacan que, aunque el nuevo tratado debería abarcar a las personas desplazadas por un episodio climático

31 V. Plan de Acción de Bali, Decisión 1/CP.13 FCCC/CP/2007/6/Add.1, 14 de marzo de 2008, párrafo 1(c).

32 Vikram Kolmannskog, "Towards a humanitarian climate change agreement", *Forced Migration Review*, vol. 33, septiembre de 2009, p. 72.

33 D. Hodgkinson et al., nota 5 *supra*, p. 159.

abrupto, la ciencia, en su estado actual, es incapaz de atribuir un fenómeno climático abrupto directamente al cambio climático, y que la aplicación de un análisis complejo a los desastres abruptos podría obstaculizar las operaciones y programas de ayuda humanitaria. Por consiguiente, según los autores mencionados, un nuevo instrumento se aplicaría más fácilmente a los desastres de aparición gradual que a los de carácter abrupto. Sin embargo, el desplazamiento provocado por los desastres de aparición gradual suele ser más complejo que el que ocasionan los fenómenos repentinos, lo cual complica más aún la relación de causalidad. La potencial tardanza en determinar la causa del desplazamiento plantea el riesgo de que las personas desplazadas pasen períodos prolongados sin recibir respuestas a sus necesidades de protección.

Bonnie Docherty y Tyler Giannini han propuesto un instrumento amplio similar, en el cual se estipularían las garantías de asistencia, se compartirían las responsabilidades entre el Estado de origen y el Estado receptor y se establecería el derecho a la protección y a la asistencia humanitaria<sup>34</sup>. La definición de “refugiados del cambio climático” aplicada por Docherty y Giannini abarca tanto los fenómenos climáticos abruptos como los graduales. El instrumento permitiría determinar el estatuto de refugiado en forma grupal, a la vez que daría lugar a reclamaciones individuales. Esta idea se basa en el hecho de que el cambio climático afecta a comunidades enteras, y la determinación del estatuto por grupos es económica, garantiza la igualdad de aplicación y evita las repeticiones de debates acerca de la causa del fenómeno<sup>35</sup>.

Además de las dificultades para determinar el vínculo causal, la probable falta de voluntad política para establecer un marco amplio con derechos sólidos y claros para los desplazados representa, al menos en la actualidad, un obstáculo importante a esta solución. Además, teniendo en cuenta el actual funcionamiento de la arquitectura internacional, la creación de nuevas instituciones no parece ser una solución eficaz. Por otra parte, resulta difícil justificar que se garantice la protección sólo para las personas desplazadas por desastres relacionados con el clima y se excluya a las personas desplazadas por otros desastres naturales. Como se ha señalado, aunque en términos prácticos haya pocas diferencias entre una persona que huye de una inundación relacionada con el clima y otra que escapa de un terremoto no relacionado con el clima, los ámbitos de la responsabilidad, la financiación y otras cuestiones de índole general pueden variar ampliamente.

## Creación o modificación de convenios regionales

En la esfera del derecho, se observa una tendencia a la creación de convenios regionales y órganos convencionales más numerosos y sólidos. La formulación de tratados regionales podría ser una respuesta a las brechas de protección en el contexto del cambio climático y los desastres naturales. Es indudable

34 Bonnie Docherty y Tyler Giannini, “Confronting a rising tide: a proposal for a convention on climate change refugees”, *Harvard Environmental Law Review*, vol. 33, n.º 2, 2009, p. 349.

35 *Ibíd.*, pp. 374–375.

que el cambio climático ejercerá efectos distintos sobre las diferentes partes del mundo y es posible que, a nivel regional, haya más voluntad política para abordar sus efectos. Por ejemplo, la jueza Susan Glazebrook opina que, en la zona de Asia y el Pacífico, sería importante aplicar un enfoque regional a la adopción de medidas de adaptación y a la planificación de las actividades de ayuda y recuperación en caso de desastres, con particular referencia a la responsabilidad de reasentar a las personas desplazadas en la región y a la promoción y protección de sus derechos<sup>36</sup>.

La Convención de la Unión Africana para la protección y asistencia a los desplazados internos en África (Convención de Kampala) constituye un nuevo e importante instrumento en este ámbito. La Convención de Kampala fue adoptada en octubre de 2009; se basa en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998 y menciona explícitamente el cambio climático<sup>37</sup>. Hay también instrumentos regionales que contienen definiciones más amplias de los refugiados. La Convención de la OUA sobre Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, de 1969, considera refugiados a las personas forzadas a huir de “acontecimientos que perturban gravemente el orden público”<sup>38</sup>. Aunque en la práctica existen ejemplos de personas que han cruzado fronteras a causa de desastres a las que se ha permitido permanecer en el otro país de manera temporal, en la mayoría de los casos los gobiernos africanos al parecer no han considerado que ese permiso constituyese una obligación en virtud de la Convención de la OUA<sup>39</sup>. En América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, que ha inspirado la legislación de muchos Estados en la región, también cataloga como refugiados a las personas que se ven forzadas a huir “de otras circunstancias que perturban gravemente el orden público” (artículo 3). Sin embargo, la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos no considera que el término “otras circunstancias” abarque los desastres naturales<sup>40</sup>. La jurisprudencia basada en estas definiciones regionales es escasa y existe la necesidad de desarrollar la doctrina y las orientaciones a fin de ayudar a los Estados a interpretar estos criterios. Es posible que la práctica y la interpretación evolucionen a medida que el cambio climático influya en la aparición de desastres y los consecuentes desplazamientos. Otra posibilidad sería modificar las convenciones regionales. Por su parte, Kolmannskog y Myrstad proponen incluir el desplazamiento relacionado

36 Susan Glazebrook, “Human rights and the environment”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 40, 2009, p. 293.

37 Convención de Kampala, art. 5(4).

38 Convención de la OUA sobre Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, nota 24 *supra*, art. 1(2).

39 Alice Edwards, “Refugee status determination in Africa”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, 2006, pp. 204–233.

40 Hector Gros Espiell, Sonia Picado y Leo Valladares Lanza, *Principios y criterios para la protección de los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, preparado por el Grupo de Expertos para la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos de conformidad con el objetivo específico (a), párrafo 3 del Comunicado de San Salvador sobre Refugiados Centroamericanos, 9 de septiembre de 1988, p. 11, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1582> (consultado el 10 de noviembre de 2011).

con los desastres naturales en las directivas que se están elaborando como parte del Sistema Común Europeo de Asilo<sup>41</sup>.

## Interpretación dinámica y contextualizada del actual derecho de los refugiados

En otros trabajos, Kolmannskog ha propuesto la aplicación de una interpretación dinámica y contextualizada del actual derecho de los refugiados para abordar el fenómeno del desplazamiento inducido por el cambio climático<sup>42</sup>. Por ejemplo, decir que las personas desplazadas en el contexto del cambio climático y de los desastres naturales nunca están comprendidas en la definición de refugiado posiblemente sea un dictamen apresurado. Por lo general, las violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos se consideran equivalentes a la persecución<sup>43</sup>, y la experiencia ha demostrado que tanto los desastres naturales como los conflictos son situaciones que dan margen a violaciones de los derechos humanos. Por ejemplo, el reconocimiento de que, en las circunstancias posteriores a un desastre, hay margen para que se cometan violaciones de los derechos humanos, actos de discriminación y persecuciones —como se observó en la situación posterior al maremoto de 2004 en Asia— dio lugar a la formulación de las Directrices Operacionales del IASC sobre la Protección de las Personas en Situaciones de Desastres Naturales. Cuando las víctimas de desastres naturales huyen porque su gobierno ha denegado u obstaculizado la ayuda deliberadamente a fin de castigarlas o marginarlas, se aplican, como mínimo, la Convención de 1951 y el mandato del ACNUR. Esto también ha sido confirmado por el ACNUR<sup>44</sup>.

Además, suele haber otras razones que ocasionan el desplazamiento de las personas, y puede ocurrir que los refugiados amparados por la Convención de 1951 huyan en el contexto de un desastre, aparte de la existencia independiente del temor fundado de ser perseguidos. Los desastres rara vez vienen solos. Algunos somalíes alojados en campos de refugiados en Kenia informaron de que habían huido tanto de la sequía como del conflicto, y los colaboradores locales del ACNUR señalaron que, cuando coincidían la sequía y el conflicto, “no hilaban demasiado fino”<sup>45</sup>.

Sin embargo, en los desplazamientos inducidos por desastres naturales, donde el temor fundado de ser perseguido es menos obvio o inexistente, puede suceder que en muchos casos no se satisfagan las necesidades de protección. Además,

41 Vikram Kolmannskog y Finn Myrstad, “Environmental displacement in European asylum law”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, n.º 4, 2009, pp. 313–326.

42 V., por ejemplo, Vikram Kolmannskog, “Climates of displacement”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 26, n.º 4, 2008, pp. 302–320; V. Kolmannskog, nota 16 *supra*; y V. Kolmannskog y F. Myrstad, nota 41 *supra*.

43 ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado de conformidad con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 1992, párrafos 51–53.

44 ACNUR, nota 30 *supra*, p. 7.

45 V. Kolmannskog, nota 18 *supra*, p. 9.

la principal dificultad para realizar una interpretación contextualizada y dinámica del actual derecho de los refugiados deriva del clima político general que hoy reina en torno a los refugiados. No existe un tribunal mundial para los refugiados y, aunque sí se cuenta con mecanismos regionales cada vez más eficaces, los países siguen interpretando el derecho de los refugiados con amplia discrecionalidad. Hoy en día, a la hora de reconocer a los refugiados, los países aplican definiciones cada vez más excluyentes.

El principio de no devolución establecido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 prohíbe a los Estados, “por expulsión o devolución (*“refoulement”*), poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”<sup>46</sup>. Este principio fundamental se considera en forma generalizada como parte del derecho internacional consuetudinario y cuenta con principios homólogos en el derecho de los derechos humanos. Sin embargo, su aplicación tropieza con dificultades que toman la forma de intercepciones y rechazos en las fronteras.

## Interpretación contextualizada y dinámica del actual derecho de los derechos humanos

Una solución que permitiría salvar parcialmente la brecha de protección podría hallarse en el derecho de los derechos humanos en términos amplios, si se sopesan la posibilidad, la permisibilidad y la razonabilidad del regreso<sup>47</sup>. Hay casos en los cuales el regreso de una persona a su lugar de origen se torna imposible debido al cambio climático y/o a un desastre. Los Estados insulares serían un ejemplo extremo de esta situación. En otros casos, es posible que los desastres afecten la infraestructura que las personas necesitan para poder regresar a su lugar de origen. También puede suceder que el regreso forzado no sea permisible porque violaría uno de los derechos fundamentales.

En el derecho de los derechos humanos, el principio de la no devolución representa la prohibición absoluta y general de enviar a una persona, cualquiera sea

46 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951, art. 33(1).

47 V. Kolmannskog, nota 42 *supra*, pp. 312–316; V. Kolmannskog, nota 16 *supra*, pp. 32–35. Para obtener una perspectiva novedosa y estimulante acerca de la pertinencia del derecho de los derechos humanos en relación con la migración, v. Catherine Dauvergne, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. Dauvergne argumenta que la esfera del derecho de la inmigración se ha transformado en un escenario importante para la reafirmación de la soberanía de los Estados en un mundo que tiende hacia la globalización, y que no cabe esperar que las normas de derechos humanos sean de mucha utilidad para los inmigrantes ilegales, que son los destinatarios principales de esas reafirmaciones de la soberanía. Como alternativa más prometedora, sugiere que los argumentos jurídicos en favor de los inmigrantes ilegales no se planteen invocando los derechos humanos sino las normas del estado de derecho. Si bien creemos que para hallar una solución en el contexto concreto del cambio climático y los desastres naturales es posible invocar los derechos humanos, consideramos que, a fin de fortalecer la eficacia de la protección y paliar los riesgos que conllevan las interpretaciones demasiado amplias, es conveniente mencionar explícitamente los desastres naturales u otro concepto similar en el derecho que rige el regreso.

su conducta o estatuto, a lugares donde existe el riesgo de que se violen determinados derechos de esa persona. Existe un consenso generalizado en cuanto a que la prohibición de la tortura es una norma imperativa, pero hay desacuerdo acerca de hasta qué punto el derecho consuetudinario protege a las personas contra el maltrato y otras violaciones de los derechos humanos<sup>48</sup>.

Aunque un desastre haya sido total o parcialmente causado por el hombre es, como mínimo, dudoso que tal situación responda a la definición internacional de “tortura”, entendiéndolo como tal el acto por el cual se infligen a una persona dolores o sufrimientos graves cuando ese acto es cometido por un funcionario público, a los efectos detallados en las convenciones sobre la tortura en relación con el castigo o la obtención de una confesión. Asimismo, podría ser disparatado clasificar un desastre como trato cruel, inhumano o degradante. En algunos casos, en lugar de afirmar que la persona que solicita asilo y que es obligada a regresar a su país de origen es devuelta a un lugar donde se le infligirán malos tratos, podría decirse que la propia devolución constituiría un acto de maltrato y tal vez hasta de tortura<sup>49</sup>. Ilustremos esta situación con un ejemplo: ¿cómo se califica un caso en el cual un funcionario público abandona a una persona para que se las arregle sola, sin medios y en un desierto?

Por lo general, los tribunales han circunscrito cuidadosamente el significado de “trato inhumano o degradante”, pero hay casos en los cuales el concepto de “trato inhumano” se ha interpretado de manera bastante progresista. En el caso de *D. vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la devolución de una persona infectada con el VIH a St. Kitts equivaldría a un “trato inhumano”, habida cuenta, entre otras cosas, de que en ese país la persona afectada carecería de tratamiento médico adecuado y de redes sociales, de hogar y de toda posibilidad de ganarse la vida<sup>50</sup>. Durante desastres tales como el huracán Mitch (América Central, 1998) y el ciclón Nargis (Myanmar, 2008), resultaron destruidos o dañados tanto los hogares como la infraestructura básica de las poblaciones, lo cual obstaculizó la provisión de elementos esenciales como agua potable, electricidad y alimentos. Cabría considerar que las personas que experimentan vulnerabilidades particulares están protegidas contra la posibilidad de tener que regresar a tales lugares. En el contexto del cambio climático, no cabe duda de la pertinencia del derecho relacionado con la permisibilidad del regreso.

El cambio climático y los desastres naturales afectan negativamente el goce de varios derechos humanos<sup>51</sup>. En teoría, todas las infracciones de los derechos humanos

48 V., por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), *Fiscal vs. Anto Furundzija*, caso n.º IT-95-17/1-T, Sentencia (Sala de Primera Instancia), 10 de diciembre de 1998, párrafos 144, 153–157. El TPIY estableció que existe *jus cogens* en relación con la prohibición de la tortura, que no se permite a los Estados formular reservas al respecto y que la prohibición es vinculante para todos los Estados.

49 V. Kolmannskog, nota 16 *supra*, p. 33.

50 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D. v. the United Kingdom*, Sentencia, 2 de mayo de 1997, Soli-citud n.º 30240/96, párrafos 46–54.

51 Naciones Unidas, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, documento de las Naciones Unidas A/HRC/10/61, Nueva York, 2009, párrafos 16–41.

en el marco de sistemas tales como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950 puede dar lugar a una obligación de no devolución<sup>52</sup>. Es importante señalar que, con escasas excepciones, el derecho a la vida no es derogable<sup>53</sup>. Por consiguiente, no debe devolverse a su país de origen a una persona si ese acto conlleva un peligro para su vida. Además, podría aplicarse por analogía la norma jurídica que establece la no devolución de los refugiados (norma que, entre otras cosas, estipula la obligación de proteger la vida). El cambio climático y los desastres también afectan otros derechos humanos, como el derecho a los alimentos, al agua, a la salud y a la vivienda adecuada. A excepción de los derechos absolutos, como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura y ciertos malos tratos, la mayoría de las disposiciones sobre derechos humanos permiten evaluar el equilibrio entre los intereses del individuo y los del Estado. En este contexto, la “nueva normalidad” representada por el cambio climático y sus desastres cada vez más frecuentes y severos tendrá un peso importante en la balanza.

Por otra parte, cabe considerar que, en algunos casos, el hecho de obligar a una persona a regresar a su lugar de origen no es razonable. En el contexto del cambio climático, los Estados no deben atenerse sólo al criterio estricto de la permisibilidad, sino evaluar de manera flexible el criterio de razonabilidad (¿cuán razonable es esperar que las personas deseen regresar?). Invocando los “criterios de supervivencia” a causa de la sequía que afecta a Afganistán, Dinamarca permite, desde hace un tiempo y por motivos humanitarios, que grupos de ciudadanos afganos particularmente vulnerables permanezcan en el país<sup>54</sup>.

Al determinar las necesidades de protección, el elemento central que se ha de tener en cuenta es el riesgo de que los derechos se violen en el presente y en el futuro, más que el hecho de se hayan violado en el pasado. Cuando se reconoce esta necesidad, es preciso otorgar un claro estatuto de protección. El derecho de los derechos humanos en vigor, incluido el principio de la no devolución, no prevé el derecho a permanecer ni dicta el contenido de la protección pero, para ser eficaz, debe incluir la prohibición de rechazar a los desplazados en la frontera y puede brindar la base para establecer algún tipo de protección complementaria, posiblemente de índole temporal.

Este enfoque basado en los derechos humanos, centrado en el regreso, ofrece una suerte de solución a los problemas que plantean los desastres de aparición gradual y el desplazamiento. El factor principal no es la razón por la cual las personas dejaron su lugar de origen, sino el hecho de que el deterioro gradual haya alcanzado un punto crítico en el que ya no cabe esperar que esas personas regresen.

El hecho de recurrir a los derechos humanos más amplios, como la prohibición de la tortura y del trato inhumano y degradante y el derecho a la vida, en

52 Reino Unido, Cámara de los Lores, *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah*, 17 de junio de 2004, [2004] UKHL 26, párrafos 24–25.

53 V. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, modificado por los Protocolos N.º 11 y N.º 14, Roma, 4 de noviembre de 1950, arts. 2(2) y 15(2).

54 V. Kolmannskog y F. Myrstad, nota 41 *supra*.



relación con el regreso de las personas desplazadas ofrece la ventaja de que el nexo queda abierto a la interpretación dinámica, a la vez que permite a las autoridades ejercer cierto nivel de discrecionalidad. La referencia explícita en el derecho a los desastres naturales o algo similar podría crear una categoría nueva que potencialmente excluya a otros, pero que, al menos, limite el margen de discrecionalidad. En el debate sobre la protección complementaria y temporal a nivel regional y nacional, encontramos terminología relacionada con la protección tanto vaga como más precisa.

El foco en el regreso tiene la desventaja de que la persona afectada debe, en primer lugar, ser capaz de llegar a otro país, pero la práctica de la intercepción hace que esto sea cada vez más difícil. Hay otras soluciones, como los programas de migración de mano de obra, que podrían aplicarse a las personas que de otro modo no tendrían posibilidades de desplazarse, pero este tema escapa al alcance del presente artículo.

### Protección complementaria y temporal a nivel regional y nacional

La elaboración de regímenes de protección complementarios y posiblemente temporales puede constituir una solución al problema. Ya existen algunos regímenes nacionales y regionales de protección temporal que podrían ser de aplicación. Según la Ley de Inmigración y Nacionalidad de Estados Unidos, es posible conferir a los nacionales de un estado extranjero el estatuto de protección temporal siempre que se cumplan tres condiciones: (1) que el Estado extranjero haya experimentado un desastre ambiental que haya perturbado las condiciones de vida de modo significativo, pero temporal; (2) que el Estado extranjero esté temporalmente incapacitado para manejar adecuadamente el regreso de sus propios nacionales; y (3) que el Estado extranjero haya solicitado en forma oficial el otorgamiento de ese estatuto<sup>55</sup>. Sin embargo, el estatuto de protección temporal no constituye una obligación jurídica firme de proteger al individuo en cuestión<sup>56</sup>, sino que es opcional; los nacionales de determinado Estado *pueden* recibir ese estatuto. Además, se trata de un acuerdo entre Estados Unidos y otro *Estado*; no representa principalmente una obligación hacia el individuo.

Otro modelo consiste en la protección temporal conferida por la Unión Europea con arreglo a la Directiva sobre Protección Temporal durante la afluencia masiva de determinadas personas desplazadas<sup>57</sup>. Podría argumentarse que la protección temporal es aplicable a algunos casos de desplazamientos causados por desastres naturales<sup>58</sup>. En el artículo 2(c) de la Directiva sobre Protección Temporal se especifican las personas que “en particular” pueden beneficiarse de la protección temporal, aunque la lista no es exhaustiva. Cabe señalar también que las “violaciones

55 V. Estados Unidos, Ley n.º 244 de Inmigración y de Nacionalidad – Estatuto de protección temporal, sección 244.1/[8U.S.C. 1254], apartado (b).

56 V. V. Kolmannskog, nota 16 *supra*, pp. 36–37.

57 V. Directiva del Consejo 2001/55/EC, nota 25 *supra*.

58 V. V. Kolmannskog y F. Myrstad, nota 41 *supra*.

generalizadas” de los derechos humanos a menudo ocurren en, durante o después de una catástrofe natural y, en tales casos, los desplazados entran en una categoría explícitamente reconocida. Es importante destacar que, si una mayoría calificada decide que un desastre natural justifica el recurso a los mecanismos de la Directiva sobre Protección Temporal, es libre de hacerlo. Sin embargo, resultaría problemático movilizar el consentimiento y la voluntad política necesarios para alcanzar ese objetivo. Lo que es más, el hecho de vincular la protección temporal con la “afluencia masiva” podría representar un punto débil, si el objetivo consiste en proteger a *individuos* desplazados. Un individuo puede necesitar protección aunque no llegue como parte de una “afluencia masiva”. Además, la protección temporal puede, en general, ofrecer algún grado de protección para ciertos grupos, pero no responde a las necesidades de las personas que requieran permanecer por más tiempo o por plazo indefinido.

Hasta ahora, Finlandia es el único país de la Unión Europea que otorga protección temporal en forma explícita, en virtud de la sección 109(1) de la Ley de Extranjería, a personas que no pueden regresar a su país de origen o país de residencia permanente en condiciones de seguridad debido a un desastre ambiental. En la sección 88a, también se prevé la posibilidad de otorgar el estatuto de protección permanente. La legislación finlandesa podría utilizarse como modelo para solucionar la brecha de protección a niveles nacionales.

## Enfoque basado en el derecho indicativo

En otros artículos, Kolmannskog ha promovido la aplicación de un enfoque basado en el derecho indicativo similar al que se ha adoptado en el caso de las personas desplazadas internamente, esto es, investigar las brechas de protección más detenidamente y, si es posible, crear una síntesis (y una analogía) del derecho internacional existente en forma de principios<sup>59</sup>. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998 se crearon con miras a encarar un fenómeno que exigía la aplicación de medidas de protección complementarias en momentos en que la voluntad política de elaborar un nuevo convenio era escasa y se cuestionaba la necesidad de formular nuevas normas jurídicas. Como resultado de esta situación, los redactores se basaron en el derecho de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados. La base jurídica para la formulación de principios rectores análogos para el caso del desplazamiento debido al cambio climático y los desastres naturales podría incorporar todas las ramas del derecho mencionadas —el derecho de los refugiados, el derecho ambiental y el derecho de los derechos humanos— e ir aún más lejos, incorporando una reseña de las prácticas idóneas aplicadas en diferentes países y regiones.

Por otro lado, la índole no vinculante de esos principios establecidos también puede representar una importante debilidad. Algunos Estados no se han mostrado dispuestos a brindar protección a los desplazados internos de conformidad con lo establecido en los Principios Rectores. No obstante, el profesor Walter Kälin,

59 V. V. Kolmannskog, nota 42 *supra*, p. 320.

representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos y promotor del enfoque basado en el derecho indicativo, ha afirmado lo siguiente:

Sin embargo, no hay que sobreestimar esta debilidad, puesto que, cuando resulta necesario, siempre existe la posibilidad de invocar el derecho imperativo (o “derecho duro”) que subyace a los Principios Rectores. En general, el carácter no vinculante del documento ha representado una ventaja y, cuando los Principios Rectores han tropezado con resistencias, no ha sido debido a su contenido sino a la sospecha de que podrían ser vinculantes pese a todas las afirmaciones en contrario. La experiencia del Representante ha demostrado que es mucho más fácil negociar con los gobiernos si, en lugar de que las cuestiones relacionadas con las infracciones queden sin resolver, se analizan los problemas a la luz de las orientaciones previstas en las normas internacionales<sup>60</sup>.

## Un enfoque múltiple

La forma más eficaz de solucionar las brechas de protección sería combinar las soluciones analizadas en las secciones precedentes. Esta compleja cuestión debería abordarse en diferentes foros y niveles. El cambio climático es un proceso mundial que influye en la aparición de desastres naturales. La responsabilidad internacional que deriva de esta situación debe reflejarse en el financiamiento de medidas de protección para las personas afectadas por ese cambio. La forma más apropiada de encarar esta situación es formular un nuevo acuerdo mundial sobre el cambio climático basado en el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y en otros principios del derecho ambiental. El financiamiento permitiría a los países responder mejor al fenómeno del desplazamiento, que probablemente siga ocurriendo mayormente en los países en desarrollo, a nivel interno y regional. Es asimismo importante alentar el fortalecimiento de la cooperación internacional y regional, particularmente con respecto al desplazamiento transfronterizo. Por ende, es fundamental mantener la referencia a la migración y al desplazamiento en el texto de adaptación que se negocia en el marco del UNFCCC. Sin embargo, desde el punto de vista de la seguridad humana y de la protección, no existe una razón básica e imperiosa para distinguir entre los desastres naturales relacionados con el clima y las demás catástrofes naturales. Deberían aplicarse a todas las personas desplazadas por desastres naturales unas disposiciones jurídicas y una protección específicas.

Al interpretar el derecho, es importante tener en cuenta el cambiante entorno en el cual se ha de aplicar. Este enfoque exige una interpretación contextualizada

60 Walter Kälin, *How Hard is Soft Law? The Guiding Principles on Internal Displacement and the Need for a Normative Framework*, ponencia presentada en la Mesa Redonda celebrada por el Instituto de Estudios Internacionales Ralph Bunche, Centro de Graduados CUNY, 19 de diciembre de 2001, p. 7, disponible en: <http://www.brookings.edu/fp/projects/idp/articles/Kaelin12-19-01.pdf> (consultado el 20 de septiembre de 2010) [traducción del CICR].

y dinámica. Por ejemplo, se puede considerar que algunas de las personas desplazadas en el contexto del cambio climático y los desastres naturales son refugiados en el sentido de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Pero, existe un riesgo relacionado con la falta de claridad de las normas y con el margen de discrecionalidad de que gozan las autoridades: el de encontrarse excesivamente a merced de aquellos pocos cuya función es interpretar y aplicar esas normas. Esto representa un problema particular en el ámbito del derecho de la inmigración, debido a la inestable situación política y a los cambiantes sentimientos que suscitan los refugiados y los inmigrantes. Por estas razones, es necesario aclarar las normas existentes o incluso crear nuevos instrumentos.

El régimen de los derechos humanos, el principio de no devolución y los mecanismos de protección complementarios pueden constituir los elementos básicos para crear nuevas formas de protección, particularmente en relación con el concepto del regreso: si el regreso no es posible, permisible ni razonable debido a las circunstancias que reinan en el lugar de origen y a la situación personal, se ha de conferir a la persona tanto protección como un estatuto claro. La vinculación del regreso con los derechos humanos globales ofrece la ventaja de permitir una interpretación dinámica, pero también ofrece un margen para la discrecionalidad. Puede ser necesario incorporar una referencia explícita a los desastres naturales o a fenómenos similares, como la contenida en el derecho finlandés, sobre todo teniendo en cuenta los cambiantes sentimientos que suscitan los migrantes y las personas que solicitan asilo. El hecho de centrarnos en el regreso y no en la causa y los efectos del movimiento inicial tal vez nos ayude a resolver algunos de los desafíos que plantean los desastres de aparición gradual, con inclusión del continuo “desplazamiento voluntario-desplazamiento forzado”. En algunos casos, además de la protección temporal, sería necesario conferir un estatuto de protección de carácter más permanente.

El proceso de creación de nuevas disposiciones jurídicas se puede iniciar en diferentes niveles y foros. Los Estados tendrían que empezar a adaptar sus leyes nacionales a fin de mejorar su respuesta al desplazamiento inducido por los desastres naturales. Un modelo posible es la legislación finlandesa. Dado que muchos de los enfoques nacionales son discrecionales y exhiben amplias diferencias, también sería necesario encarar esta cuestión a nivel regional y mundial. La cuestión puede plantearse en relación con los procesos regionales existentes, como la creación del Sistema Común Europeo de Asilo, así como en los marcos ya establecidos para los refugiados y sus respectivas instituciones judiciales y legislativas, por ejemplo los instrumentos vigentes en África y América Latina. Por último, la cuestión también podría encararse a nivel mundial, pero habría que determinar exactamente dónde y cómo hacerlo. El anfitrión natural de este proceso internacional podría ser el ACNUR.

Con el fin de impulsar las iniciativas mencionadas, sería útil redactar un documento de derecho indicativo, en el cual se reseñarían las normas existentes (interpretadas de manera contextualizada y dinámica) y se expondrían ejemplos de las prácticas idóneas y de legislaciones nacionales.

Cualquiera sea la modalidad elegida, existe un desafío mayor, señalado en las secciones precedentes: la implementación de las normas y el acceso a la protección, en el actual clima político. Por ejemplo, Europa ya cuenta con un elaborado marco legislativo sobre la institución del asilo pero, a causa de los estrictos regímenes de visado, la intercepción por fuerzas de seguridad en el mar o en tierra, y los acuerdos con países de Europa y África del Norte situados sobre el Mediterráneo, muchos potenciales solicitantes de asilo ni siquiera llegan a presentar su solicitud. El acceso puede dificultarse aún más si aumenta el número de posibles solicitantes de asilo legítimos. Éste es un problema que va más allá del derecho. Es un tema político candente, sobre todo en épocas de crisis económica. Además, tiene que ver con el modo en que las personas perciben su deber moral. Es imprescindible fortalecer la comunicación pública y multiplicar las actividades de sensibilización acerca del cambio climático y el desplazamiento. Cabe esperar que el cambio climático nos recuerde que todos los seres humanos estamos relacionados, dando lugar así al surgimiento de una actitud más solidaria.

