



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2002/17
12 de junio de 2002

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Promoción y Protección de
los Derechos Humanos
54º período de sesiones
Tema 4 del programa provisional

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La devolución de los bienes de los refugiados o de las personas desplazadas

Documento de trabajo presentado por el Sr. Paulo Sérgio Pinheiro
en cumplimiento de la decisión 2001/122* de la Subcomisión

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN.....	1 - 8	3
I. TERMINOLOGÍA	9 - 12	4
II. OBSERVACIONES PRELIMINARES.....	13 - 15	5
III. SOLUCIONES DURADERAS A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LOS DESPLAZAMIENTOS	16 - 21	6

* El presente documento se remitió con retraso a los servicios de conferencia, ya que, debido al carácter especializado del tema tratado, fue necesario consultar de nuevo al organismo especializado a fin de verificar las numerosas referencias que contiene.

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
IV. EL DERECHO A REGRESAR AL PROPIO HOGAR Y LA FUNCIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE LA VIVIENDA Y AL PATRIMONIO.....	22 - 41	7
V. CUESTIONES QUE REQUIEREN UN EXAMEN DETALLADO.....	42 - 59	13
VI. CONCLUSIONES.....	60 - 67	17
VII. RECOMENDACIÓN.....	68	18

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de Derechos Humanos, en sus resoluciones 1996/25, 1997/22 y 1998/28, pidió a la Subcomisión y a sus miembros que estrechasen aún más la cooperación con los mecanismos de la Comisión y, en el ámbito de sus respectivas competencias, con todos los órganos pertinentes, en particular los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. En su resolución 1999/81, la Comisión acogió complacida los esfuerzos de la Comisión para mejorar esa cooperación y, en su resolución 2002/66, reafirmó que la mejor manera en que la Subcomisión podía prestar asistencia a la Comisión era facilitándole estudios llevados a cabo por expertos o sus miembros.

2. En la séptima reunión de presidentes de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, celebrada en 1996, los presidentes de los órganos encargados de la supervisión de los tratados recomendaron que los órganos creados en virtud de éstos brindasen un apoyo más activo, propusiesen temas de estudio a la Subcomisión y cooperasen en la preparación de esos estudios¹.

3. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial examinó la cuestión en su 50º período de sesiones, celebrado en 1997², y decidió proponer a la Subcomisión nueve temas para la elaboración de estudios, entre ellos, el de "la devolución de los bienes de los refugiados o de las personas desplazadas"³. El Comité observó lo siguiente:

"La huída de centenares de miles de refugiados o de personas desplazadas que abandonan sus hogares y sus bienes a causa de un conflicto armado da lugar con frecuencia a que se apoderen de esos bienes personas sin derecho a hacerlo. Así sucede en la actualidad en al región de los Grandes Lagos, en Bosnia y Herzegovina, en Chipre y en otros lugares. A su regreso a sus lugares de origen, todos esos refugiados y todas esas personas desplazadas tienen derecho a que se les devuelvan los bienes de que fueron privados durante el conflicto y a ser indemnizados por los bienes que no pudieron serles devueltos. Además, deberán considerarse nulos de pleno derecho todos los compromisos o declaraciones que se hayan efectuado bajo compulsión acerca de esos bienes.

Este problema es de tal magnitud que será menester estudiarlo basándose en el derecho internacional y en los instrumentos internacionales vigentes en el terreno de los derechos humanos."⁴

¹ A/51/482 (11 October 1996), para. 53.

² See CERD/C/SR.1189 (8 March 1997).

³ For the complete list of topics proposed to the Sub-Commission, see E/CN.4/Sub.2/1997/31, annex.

⁴ Ibid.

4. El Sr. Michael Banton, a la sazón Presidente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, por carta de fecha 19 de marzo de 1997⁵, comunicó esas propuestas al Presidente del 48º período de sesiones de la Subcomisión, pidiéndole que las presentase a ésta en su 49º período de sesiones.

5. En su 49º período de sesiones, la Subcomisión, en su resolución 1997/5, expresó su agradecimiento al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial por haber recomendado que la Subcomisión llevase a cabo ulteriores estudios que pudiesen contribuir de manera útil a la labor del Comité. Asimismo, la Subcomisión, en su decisión 1997/112, acordó prestar especial atención a las cuestiones propuestas por los órganos creados en virtud de tratados al elegir los nuevos temas de estudio. La Subcomisión respondió también a la petición del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial con la preparación de una serie de documentos de trabajo, así como una serie posterior de estudios detallados autorizados por la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social sobre dos de los demás temas propuestos por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: la "discriminación positiva" y los "derechos de los no ciudadanos".

6. En su resolución 1999/47, la Comisión de Derechos Humanos alentó a la Subcomisión a que prosiguiese su labor sobre el tema de la restitución de viviendas y patrimonio en el contexto del regreso de los refugiados y los desplazados internos.

7. En su 53º período de sesiones, la Subcomisión, por su decisión 2001/122, encomendó al Sr. Paulo Sérgio Pinheiro la preparación de un documento de trabajo sobre la devolución de los bienes de los refugiados o de las personas desplazadas a fin de poder adoptar una decisión en su 54º período de sesiones acerca de la viabilidad de un estudio detallado sobre la cuestión.

8. El presente documento de trabajo se presenta, pues, de conformidad con la decisión 2001/122 de la Subcomisión.

I. TERMINOLOGÍA

9. A los efectos del presente documento de trabajo, por "vivienda y patrimonio" se entiende la vivienda y los bienes inmuebles, incluida la tierra. Se utiliza esta definición por dos motivos principales. En primer lugar, la comunidad internacional ha prestado muy acertadamente gran atención a la cuestión de la restitución de las viviendas y los bienes inmuebles en el contexto del derecho al retorno de los refugiados y las personas desplazadas, mucho más que a otros tipos de restitución de bienes. Esta atención obedece en gran parte al singular papel que la restitución de viviendas y bienes inmuebles desempeña para garantizar el regreso voluntario y en condiciones de seguridad y dignidad de los refugiados y las personas desplazadas a sus hogares y a sus lugares de residencia original.

⁵ Ibid.

10. En segundo lugar, los derechos a la vivienda están consagrados en el derecho internacional en un grado mucho mayor y tienen un ámbito mucho más amplio, desde un punto de vista sustantivo, que los derechos de propiedad en general⁶. Así pues, el presente documento de trabajo se centra principalmente en las cuestiones relacionadas con la restitución de viviendas y bienes inmuebles.

11. Por "restitución" se entiende toda reparación equitativa o forma de justicia restauradora, por la que las personas que han sufrido pérdidas o daños puedan volver, en la medida de lo posible, a disfrutar de la situación en que se encontraban antes de que se produjese la pérdida o el daño. La reparación puede consistir, por ejemplo, en la devolución de toda vivienda o bien incautado arbitraria o ilegalmente. Por otro lado, se considera cada vez más que la restitución de viviendas y de patrimonio es un derecho de los desplazados y los refugiados en virtud del derecho internacional de derechos humanos y uno de los principales medios de restablecer a su estado inicial una situación afectada por un desplazamiento.

12. Por "indemnización" se entiende toda reparación jurídica por la que se resarce pecuniariamente a una persona de los daños sufridos, por ejemplo, ante la imposibilidad de devolver a una persona su patrimonio o su vivienda.

II. OBSERVACIONES PRELIMINARES

13. El tema del presente documento de trabajo es de suma importancia, por cuanto se reconoce cada vez más que en el caso de muchos refugiados y otros desplazados, el verse desposeídos de sus hogares es el motivo de su desplazamiento, por lo que una de las principales preocupaciones

⁶ Housing rights are enshrined in numerous instruments. For instance, the Universal Declaration of Human Rights (art. 25) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (art. 11.1) both guarantee the right to adequate housing. Additionally, the International Covenant on Civil and Political Rights protects persons from arbitrary or unlawful interference with their home (art. 17.1); the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination prohibits discrimination on account of race, colour, or national or ethnic origin with respect to the right to housing (art. 5 (e) (iii)); the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women obliges States parties to "condemn discrimination against women in all its forms" and, specifically, to eliminate discrimination against women in rural areas in order to ensure that such women enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing (arts. 2 and 14.2 (h)); the Convention on the Rights of the Child obliges States parties to provide, in cases of need, material assistance and support programmes to families and children, particularly with regard to housing (art. 27.3); and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families provides that "[m]igrant workers shall enjoy equality of treatment with nationals of the State of employment in relation to ... (d) [a]ccess to housing, including social housing schemes, and protection against exploitation in respect to rents" (art. 43.1 (d)). Other international instruments guaranteeing housing rights include various International Labour Organization conventions, humanitarian law instruments and the Convention relating to the Status of Refugees.

de los que regresan o intentan regresar a sus países de origen es la solución de las cuestiones relacionadas con el patrimonio y la vivienda antes y después de su regreso.

14. Además, la cuestión de garantizar la restitución de la vivienda y el patrimonio perdidos temporalmente a causa del desplazamiento constituye cada vez más uno de los principales elementos de las medidas encaminadas a proteger los derechos humanos, restablecer el imperio de la ley y prevenir los futuros conflictos en países que en la actualidad se hallan en una fase de reconstrucción posterior a un conflicto.

15. Las condiciones en las que esas personas pierden sus hogares y bienes son distintas según los casos, pero suelen ser resultado de un desplazamiento arbitrario, un conflicto civil prolongado, la limpieza étnica, una expropiación sin indemnización o una incautación discriminatoria. Es fundamental velar por que se restituyan las viviendas y los bienes y hacer así efectivo el derecho de retorno en condiciones de seguridad y dignidad para que no perduren los resultados de esas condiciones, y proteger los derechos humanos de las víctimas de esas situaciones.

III. SOLUCIONES DURADERAS A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LOS DESPLAZAMIENTOS

16. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha encontrado tres soluciones duraderas a los problemas que deben afrontar los refugiados: i) integración en los países de asilo; ii) reasentamiento en terceros países; iii) repatriación voluntaria⁷. La restitución de las viviendas y el patrimonio suele ser el principal modo de facilitar una solución duradera de repatriación, solución que con frecuencia prefieren muchos de los refugiados y desplazados.

17. En cuanto a la repatriación voluntaria, esta solución se basa en la resolución de 14 de diciembre de 1950 de la Asamblea General por la que se aprobó el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y se pidió a los gobiernos que cooperasen con el Alto Comisionado en el desempeño de sus funciones, entre otras cosas, ayudándole en sus iniciativas para favorecer la repatriación voluntaria de los refugiados. Posteriormente, en varias conclusiones del Comité Ejecutivo se ha desarrollado la función y las perspectivas de política del ACNUR en relación con la repatriación voluntaria.

18. Así, por ejemplo, en la conclusión N° 18 (XXXI), de 1980, el Comité Ejecutivo "pidió a los gobiernos de los países de origen que diesen garantías formales de la seguridad de los refugiados que regresasen, y destacó la importancia de que esas garantías se respetaran plenamente y de que no se impusieran sanciones a los refugiados que regresaban por el hecho

⁷ See also UNHCR EXCOM Conclusion No. 56 (XL)-1989, "Durable solutions and refugee protection" (13 October 1989).

de haber abandonado su país de origen por razones que habían dado lugar a situaciones de refugiados"⁸.

19. De igual modo, en la conclusión N° 40 (XXXVI), de 1985, el Comité Ejecutivo reafirmó "los derechos básicos de las personas a regresar voluntariamente a sus países de origen" y se afirmó "la necesidad de que [la repatriación] se realizara en condiciones de absoluta seguridad, preferiblemente al lugar de residencia del refugiado en su país de origen"⁹.

20. El Manual de repatriación voluntaria del ACNUR aporta nuevas directrices en relación con estos temas. En el Manual se hace hincapié, por ejemplo, en que el mandato del ACNUR abarca tanto la creación de condiciones propicias al regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad, como la promoción de la repatriación voluntaria de los refugiados una vez se den las condiciones favorables para su regreso¹⁰. Además, se afirma en él que se incluirá en todo acuerdo tripartito o declaración de amnistía y de garantías la posibilidad de que a las personas que hayan regresado se les devuelva y restituya su tierra u otros bienes inmuebles o muebles que hubiesen podido perder o que no hubiesen podido llevarse consigo¹¹.

21. Recientemente, el ACNUR afirmó que la experiencia había demostrado que las operaciones de repatriación voluntaria tenían menos probabilidades de éxito si se dejaba por tratar durante mucho tiempo las cuestiones de la vivienda y el patrimonio, en particular si los refugiados no podían recuperar sus viviendas y bienes en su país de origen¹². Esta afirmación, junto con las conclusiones y directrices mencionadas viene a reconocer que, en muchos casos de repatriación voluntaria, el regreso ni tiene éxito ni es duradero si no se hace frente a las cuestiones subyacentes relacionadas con la vivienda y el patrimonio.

IV. EL DERECHO A REGRESAR AL PROPIO HOGAR Y LA FUNCIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE LA VIVIENDA Y AL PATRIMONIO

A. El derecho a regresar al propio hogar

22. En la actualidad se reconoce que el derecho de retorno abarca no solamente el regreso a su propio país, sino además a su propio hogar. En efecto, la comunidad internacional reconoce como derecho independiente y autónomo el derecho de los refugiados y los desplazados a

⁸ UNHCR EXCOM Conclusion No. 18 (XXXI)-1980, "Voluntary repatriation", para. 48 (3) (f), United Nations document A/AC.96/588 (16 October 1980).

⁹ UNHCR EXCOM Conclusion No. 40 (XXXVI)-1985, "Voluntary repatriation", paras. (a) and (b) (18 October 1985).

¹⁰ UNHCR, Handbook on Voluntary Repatriation, Geneva, UNHCR (1996).

¹¹ See, *ibid.*, annexes 5 and 6.

¹² See UNHCR Global Consultations on International Protection, "Voluntary repatriation", EC/GC/02/5 (25 April 2002), para. 23.

regresar a sus hogares¹³. En 1980, la Asamblea General, en su resolución 35/124 relativa a la cooperación internacional para evitar nuevas corrientes de refugiados reafirmó el "derecho de los refugiados a regresar a sus hogares en su patria". Este entendimiento es importante para proteger de manera eficaz el derecho de los refugiados y los desplazados al retorno y para mejorar las situaciones que propicien la inestabilidad y los desplazamientos.

23. Las Naciones Unidas también han reafirmado sistemáticamente este principio al abordar casos concretos de desplazamiento. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad, en su resolución 820 (1993), relativa a Bosnia y Herzegovina, aprobada el 17 de abril de 1993, reafirmó que "todas las personas desplazadas tienen derecho a regresar en paz a sus hogares y deberían recibir asistencia para ello".

24. El Consejo de Seguridad se expresa de modo análogo al reafirmar el derecho a regresar a su propio hogar en resoluciones concernientes a desplazamientos ocurridos en numerosos países y regiones, entre ellos Abjasia y la República de Georgia¹⁴, Azerbaiyán¹⁵, Bosnia y Herzegovina¹⁶, Camboya¹⁷, Croacia¹⁸, Chipre¹⁹, Kosovo²⁰, Kuwait²¹, Namibia²² y Tayikistán²³.

¹³ See, e.g., Security Council resolutions 1287 (2000) (reaffirming the right of all refugees and displaced persons ... to return to their homes in secure conditions), 1244 (1999) (reaffirming the right of all refugees and displaced persons to return to their homes in safety), 1199 (1998) (reaffirming the right of all refugees and displaced persons to return to their homes in safety), 1036 (1996) (reaffirming the right of all refugees and displaced persons ... to return to their homes in secure conditions), 971 (1995) (reaffirming the right of all refugees and displaced persons ... to return to their homes in secure conditions), 876 (1993) (affirming the right of refugees and displaced persons to return to their homes), 820 (1993) (reaffirming ... that all displaced persons have the right to return in peace to their former homes and should be assisted in doing so); General Assembly resolutions 51/126 (reaffirming the right of all persons displaced ... to return to their homes or former places of residence), 35/124 (reaffirming the right of refugees to return to their homes in their homelands); Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities resolutions 1998/26 (reaffirming the right of all refugees ... and internally displaced persons to return to their homes and places of habitual residence in their country and/or place of origin), 1994/24 (affirming the right of refugees and displaced persons to return, in safety and dignity, to their country and/or within it, to their place of origin or choice); Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXII on refugees and displaced persons, (forty-ninth session) (A/51/18) (reaffirming that all ... refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin under conditions of safety).

¹⁴ See Security Council resolutions 1287 (2000), 1036 (1996), 971 (1995) and 876 (1993).

¹⁵ See Security Council resolution 853 (1993).

¹⁶ See Security Council resolution 752 (1992).

¹⁷ See Security Council resolution 745 (1992).

¹⁸ See Security Council resolution 1009 (1995).

25. Otros órganos de las Naciones Unidas han reafirmado también el derecho a regresar al propio hogar. Por ejemplo, además de la resolución 35/124, antes mencionada, la Asamblea General ha reafirmado y reconocido el derecho a regresar al propio hogar en sus resoluciones sobre Argelia²⁴, Chipre²⁵, Palestina/Israel²⁶ y Rwanda²⁷.

26. Asimismo, la Subcomisión reafirmó "el derecho de todos los refugiados [...] y de los desplazados internos a regresar a sus hogares y lugares de residencia habitual en su país o en su lugar de origen cuando así lo desearan" al aprobar sin votación la resolución 1998/26 titulada "Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos".

27. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial reafirmó este principio en su Recomendación general N° XXII sobre el artículo 5 y los refugiados y los desplazados en la que afirma que "todos [los] refugiados y [las] personas desplazadas tienen derecho a regresar a su lugar de origen en condiciones de seguridad"²⁸.

28. Por último, la comunidad internacional, reunida en Durban (Sudáfrica) en agosto y septiembre de 2000 con motivo de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, reconoció inequívoca y universalmente "el derecho de los refugiados a regresar voluntariamente a sus hogares y bienes en condiciones de dignidad y seguridad, e [instó] a todos los Estados a que [facilitasen] ese retorno"²⁹.

¹⁹ See Security Council resolution 361 (1974).

²⁰ See Security Council resolutions 1244 (1999) and 1199 (1998).

²¹ See Security Council resolution 687 (1991).

²² See Security Council resolution 385 (1976).

²³ See Security Council resolution 999 (1995).

²⁴ General Assembly resolution 1672 (XVI).

²⁵ General Assembly resolution 3212 (XXIX).

²⁶ General Assembly resolutions 51/126 and 194 (III).

²⁷ General Assembly resolution 51/114.

²⁸ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXII on article 5 and refugees and displaced persons (forty-ninth session), A/51/18 (1996).

²⁹ World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Declaration, para. 65.

B. Restitución de la vivienda y el patrimonio

29. La restitución de la vivienda y el patrimonio debe considerarse como un elemento necesario para hacer efectivo el derecho a regresar al propio hogar. En efecto, en el marco del derecho internacional en materia de derechos humanos se reconoce que el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio es un elemento esencial del derecho de los refugiados y de los desplazados al retorno³⁰.

30. Por ejemplo, como se ha indicado anteriormente, el Consejo de Seguridad, en su resolución 820 (1993), afirma que "todas las personas desplazadas tienen derecho a regresar en paz a sus hogares y deberían recibir asistencia para ello". En la Declaración de Durban se reafirma el derecho de los refugiados a regresar voluntariamente a sus hogares y bienes en condiciones de dignidad y seguridad y, [se insta] a todos los Estados a que faciliten ese retorno³¹. Es importante señalar que con ello la comunidad internacional afirma que los Estados deberían apoyar o facilitar el derecho a regresar al propio hogar. El apoyo o la facilitación entraña, entre otras cosas, la restitución de viviendas y bienes a los desplazados de sus hogares y países en cuanto reparación.

31. La Comisión de Derechos Humanos ha examinado también la cuestión de la restitución en cuanto reparación básica. El desplazamiento forzado obedece a menudo a un desalojo forzoso o en cualquier caso puede considerarse como el resultado de un desalojo forzoso de facto. La Comisión ha afirmado claramente que la práctica del desalojo forzoso constituye una vulneración manifiesta de los derechos humanos³².

32. La Comisión de Derechos Humanos ha examinado el recurso a la restitución en el contexto de ese tipo de violaciones de los derechos humanos. En varias resoluciones sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos, la Comisión se ha referido sistemáticamente al derecho de "restitución [...] de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos"³³. Por ello, puede interpretarse que la restitución, en cuanto reparación de un desalojo forzoso efectivo o de facto resultante de un desplazamiento forzado, constituye en sí un derecho independiente y autónomo.

³⁰ See Scott Leckie, "Housing and property issues for refugees and internally displaced persons in the context of return: key considerations for UNHCR policy and practice", in Refugee Survey Quarterly, vol. 19, No. 3, Geneva, UNHCR (2000).

³¹ World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Declaration, para. 65.

³² See Commission on Human Rights resolution 1993/77, para. 1.

³³ See, e.g., Commission on Human Rights resolutions 2000/41 and 1999/33. Although resolution 1993/77 uses the term "gross" violation while resolution 1999/33 and 2000/41 use "grave" violation, the two terms are in practice synonymous. The draft "Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of violations of international human rights and humanitarian law", to which resolutions 1999/33 and 2000/41 refer, apply to "gross violations of international human rights".

33. En varios instrumentos jurídicos internacionales se reconoce o se incluye el principio de la restitución de la vivienda y el patrimonio. Por ejemplo, las disposiciones del derecho humanitario son aplicables en el caso de la restitución de la vivienda y el patrimonio. Por ejemplo, en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949, se establece en el artículo 49 que:

"La población así evacuada será devuelta a sus hogares tan pronto como hayan cesado las hostilidades en ese sector."

34. Asimismo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se prevé la restitución como una reparación por las violaciones que ocurran en ámbitos sujetos a su competencia. El párrafo 1 del artículo 75 del Estatuto de Roma dispone lo siguiente:

"La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación."

35. En otros instrumentos se reconoce la restitución en cuanto reparación. Por ejemplo, en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y elevado a la Asamblea General en 2001³⁴, se reconoce la restitución como reparación adecuada de determinadas violaciones del derecho internacional.

36. En el artículo 35 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado se dispone lo siguiente:

"La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada."

37. Además, en el artículo 36 se declara que:

"El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito."

38. La Subcomisión también ha examinado este tema y emitido una de las declaraciones más enérgicas en relación con la restitución de la vivienda y el patrimonio al aprobar el 26 de agosto de 1998 su resolución 1998/26, en la que insta:

"A todos los Estados a que velen por que todos los refugiados y desplazados internos ejerciten libre y equitativamente el derecho a regresar a sus hogares y lugares de residencia habitual y a que adopten disposiciones jurídicas y de otra índole que sean eficaces y expeditivas para garantizar el ejercicio libre y equitativo de ese derecho, lo que incluye el establecimiento de mecanismos equitativos y eficaces para resolver problemas pendientes en relación con la vivienda y el patrimonio."

³⁴ General Assembly resolution 56/83, annex.

39. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial reconoció la necesidad de la restitución tanto de la vivienda como de otros bienes, en cuanto reparación del desplazamiento. En su Recomendación general N° XXII sobre el artículo 5 y los refugiados y los desplazados, el Comité afirma que:

"Todos [los] refugiados y personas desplazadas tienen derecho, después de regresar a su lugar de origen, a que se le restituyan los bienes de que se les privó durante el conflicto y a ser indemnizados debidamente por los bienes que no se les puedan restituir."³⁵

40. El derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio también ha sido reconocido y utilizado en varios acuerdos encaminados a poner fin a un conflicto, entre otros, en los acuerdos relativos al regreso de desplazados tras el fin de los conflictos en Bosnia y Herzegovina³⁶, Camboya³⁷, Guatemala³⁸, Kosovo³⁹, Mozambique⁴⁰ y Rwanda⁴¹.

41. Además, en el plano nacional varios países, entre ellos, Bosnia y Herzegovina⁴², Bulgaria⁴³, la República Checa⁴⁴, Estonia⁴⁵, Alemania⁴⁶, Rwanda⁴⁷, Eslovenia⁴⁸, Sudáfrica⁴⁹ y

³⁵ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXII on article 5 and refugees and displaced persons (forty-ninth session), A/51/18 (1996), annex VIII.C, para. 2 (d).

³⁶ See General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, Annex 7, Agreement on Refugees and Displaced Persons.

³⁷ See Agreements on a Comprehensive Political Settlement of the Cambodia Conflict (1991).

³⁸ See Agreement on Identity and Rights of Indigenous Peoples (Guatemala Peace Accords) (31 March 1995); Agreement on Resettlement of the Population Groups Uprooted by the Armed Conflict (17 June 1994).

³⁹ See United Nations Interim Administration in Kosovo (UNMIK) Regulation No. 1999/23 (on the establishment of the Housing and Property Directorate and the Housing and Property Claims Commission) (15 November 1999).

⁴⁰ See General Peace Agreement (4 October 1992), Protocol III, Section IV; Tripartite Agreement between the Government of the Republic of Mozambique, the Government of Zimbabwe and UNHCR for the Voluntary Repatriation of Mozambican Refugees from Zimbabwe (1993).

⁴¹ See Arusha Peace Agreement (August 1993).

⁴² See Law on the Cessation of the Application of the Law on Temporarily Abandoned Real Property Owned by Citizens (3 April 1998) (Federation of Bosnia and Herzegovina); Law on the Cessation of the Application of the Law on Abandoned Apartments (1998) (Federation of Bosnia and Herzegovina); Law on the Taking Over of the Law on Housing Relations (Federation of Bosnia and Herzegovina); Law Amending the Law on the Sale of Apartments with Occupancy Rights (6 December 1997) (Federation of Bosnia and Herzegovina); Law on the

Tayikistán⁵⁰ han reconocido el derecho a la restitución de la vivienda, ya sea en la propia Constitución o bien por ley. Este reconocimiento pone de manifiesto cómo se pueden crear y aplicar mecanismos de restitución de viviendas y patrimonio en situaciones concretas.

V. CUESTIONES QUE REQUIEREN UN EXAMEN DETALLADO

42. A la vista de lo que antecede es evidente que tanto el derecho internacional como los derechos nacionales han consagrado el principio de restitución de la vivienda y el patrimonio, el cual ha sido reafirmado por la comunidad internacional y reconocido por órganos técnicos autónomos de las Naciones Unidas. Sin embargo, con harta frecuencia millones de personas que desean volver a sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad no pueden hacer efectivo su derecho a la restitución de su vivienda y patrimonio. Esta desgraciada realidad pone de relieve que aún queda mucho por hacer en lo que se refiere a la aplicación de las normas encaminadas a facilitar el derecho a regresar al propio hogar. La divergencia entre las normas vigentes y la realidad sobre el terreno obliga a llevar a cabo un examen detallado a fin de comprender por qué no se han aplicado adecuadamente esas normas y cuáles son los mejores métodos para lograr su cumplimiento.

43. Sigue habiendo varios impedimentos para poder ejercitar el derecho al retorno, los cuales constituyen ejemplos concretos de los problemas que provoca una inadecuada aplicación del principio de restitución de la vivienda y el patrimonio. Si bien muchos de ellos exceden del

Cessation of the Application of the Law on the Use of Abandoned Property (2 December 1998) (Republika Srpska), in their amended forms.

⁴³ See Restitution on Ownership of Nationalized Real Property Act of 1992.

⁴⁴ See Law No. 116/1994 Coll.; Law No. 87/1991 Coll.

⁴⁵ See Law on the Fundamentals of Ownership Reform of 1991, as amended in 1993; Land Reform Act of 1991, as amended in 1993.

⁴⁶ See Federal Restitution Law of 1957; German Act Regulating Unresolved Property of 1990.

⁴⁷ See Ministerial Order No. 01/96 of 23 September 1996 Regarding the Temporary Management of Land Property.

⁴⁸ See Denationalization Law (1991, as amended 1998).

⁴⁹ See Constitution of the Republic of South Africa, art. 25 (1996); Restitution of Land Rights Act 22 of 1994.

⁵⁰ See Special Law on the Return of Illegally Occupied Houses; Law of the Republic of Tajikistan on Forced Migrants (20 July 1994); Resolution No. 542 of 22 August 1995 on Additional Measures Facilitating the Return of Refugees-Citizens of the Republic of Tajikistan and Forced Migrants to the Places of Permanent Residence and Their Social and Legal Protection.

alcance del presente documento de trabajo, algunos pueden ser abordados de manera preliminar en este contexto y otros, al menos en una primera fase, pueden ser considerados como impedimentos. Es preciso un examen más completo a fin de determinar todos los impedimentos al retorno. Analizar la manera particular en que cada uno de esos impedimentos se manifiesta y formular medidas eficaces para superarlos son aspectos fundamentales de toda estrategia destinada a promover la restitución de las viviendas y patrimonios con objeto de facilitar el derecho al regreso al propio hogar.

44. Uno de los principales impedimentos a la restitución de la vivienda y, por ende, al derecho al retorno, es la falta de recursos judiciales eficaces y accesibles que limita seriamente la utilidad de soluciones basadas en procedimientos judiciales como medio de restablecer los derechos a la vivienda y el patrimonio. Así sucede, en concreto, en las situaciones posteriores a los conflictos, en las que es muy limitada la utilidad de entablar un proceso judicial como solución para restablecer los derechos a la vivienda y el patrimonio.

45. Un modo provisional de solventar este impedimento es la creación de comisiones especiales independientes de vivienda y patrimonio a fin de promover el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio. La Comisión encargada de las reclamaciones relativas a bienes inmuebles de las personas desplazadas y los refugiados de Bosnia y Herzegovina⁵¹ y la Dirección de la Vivienda y el Patrimonio de Kosovo⁵² constituyen ejemplos de cómo se puede superar la falta de un sistema judicial local independiente.

46. La ocupación secundaria de los hogares de los desplazados es otro impedimento al retorno. En efecto, el problema de la ocupación secundaria sigue obstaculizando gravemente las iniciativas para el retorno en Bosnia y Herzegovina, Croacia, Kosovo, Georgia, Azerbaiyán, Armenia, Rwanda, Bután y en otros países⁵³.

47. En muchos casos, las fuerzas que causaron inicialmente el desplazamiento imponen, alientan o facilitan la ocupación secundaria, y los propios ocupantes secundarios tal vez tengan escasas o nulas posibilidades de decisión acerca de su realojamiento en una determinada vivienda. En otras circunstancias, puede que las viviendas desocupadas hayan sido utilizadas para propósitos humanitarios legítimos, por ejemplo, para alojar a otras personas desplazadas. De este modo, son a menudo personas inocentes y de buena fe las que ocupan viviendas que pertenecen a refugiados o desplazados.

48. Resulta muy difícil invertir este obstáculo concreto a la restitución, a menos que se tomen las medidas adecuadas para garantizar que los actuales ocupantes no se queden sin hogar o se les ofrezca un realojamiento insatisfactorio. Así pues, la ocupación secundaria plantea varios

⁵¹ See Annex 7, Chapter II of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (14 December 1995).

⁵² See UNMIK Regulation No. 1999/23 (on the establishing of the Housing and Property Directorate and the Housing and Property Claims Commission) (15 November 1999).

⁵³ UNHCR, UNHCR's Operational Experience with Internally Displaced Persons: A Preliminary Review, p. 9, Geneva, UNHCR, Division of International Protection (1994).

problemas a la restitución de la vivienda, que exigen una solución política coherente basada en los derechos humanos y otros principios jurídicos en los que se reconozca claramente la primacía del derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio a sus legítimos propietarios. Así pues, deberían analizarse y estudiarse detenidamente las políticas vigentes y posibles para hacer frente a la ocupación secundaria en todo estudio detallado de la restitución de la vivienda y el patrimonio de los refugiados y los desplazados.

49. Las leyes de abandono suponen también otro impedimento al derecho de retorno. Esas leyes y políticas, en virtud de las cuales se considera que las personas que no utilizan sus viviendas durante un determinado período de tiempo han renunciado voluntariamente a sus derechos sobre viviendas y patrimonio, se han aplicado a menudo contra los refugiados y los desplazados. Los casos observados en la ex República de Yugoslavia pueden servir de ejemplo.

50. Las leyes de abandono a menudo se utilizan para castigar a los desplazados por huir y también se pueden utilizar para facilitar y consolidar políticas de limpieza étnica o manipulación demográfica. Son también las causantes en gran parte del escepticismo de los desplazados respecto de sus posibilidades reales de regresar a sus hogares en condiciones de seguridad.

51. Estas leyes no sólo son una traba al derecho al retorno, sino que vulneran con frecuencia los principios de no discriminación e igualdad, toda vez que se suelen aplicar o se imponen a determinados grupos raciales, étnicos, religiosos o de otra índole.

52. Del mismo modo, la incapacidad para rectificar una aplicación discriminatoria, arbitraria y, por lo demás, injusta de la ley en los países de retorno contribuye a impedir que las medidas de restitución resulten eficaces, pudiéndose incluso sentar las bases de una futura inestabilidad y futuros conflictos. En Georgia, por ejemplo, el legado de la aplicación discriminatoria del Código de la Vivienda de 1983 a los osetios que abandonaron sus hogares durante el conflicto de 1990 a 1992 impidió durante varios años su regreso a gran escala. Asimismo, la aplicación en Kosovo de la Ley de modificaciones y suplementos de las restricciones a las transacciones mobiliarias, así como la constante discriminación de que fue objeto la población de origen albanés de Kosovo, entrañaron la anulación arbitraria de los derechos de propiedad y ocupación de viviendas, complicando así el proceso de restitución.

53. Otro impedimento más es la destrucción deliberada de los registros de la propiedad y otros registros oficiales que dan fe de los derechos de propiedad u ocupación que suele acompañar a los desplazamientos forzados, en particular tratándose de la limpieza étnica. La existencia de esos registros, junto con los derechos para acceder a ellos, facilita el retorno, pues aumentan las posibilidades de lograr la restitución de la vivienda.

54. Además, algunas de las personas que pudieran optar por el retorno han denunciado que se las coaccionó para firmar contratos de compraventa o de arrendamiento cuando se fueron y, por consiguiente, se ven en la imposibilidad de volver a sus hogares. Estas denuncias pueden ser o no ciertas y demostrarlas es con frecuencia difícil. Hay que establecer mecanismos para determinar con la máxima exactitud posible qué denuncias de empleo de medios coercitivos son ciertas y cuáles son falsas.

55. Los impedimentos al retorno expuestos anteriormente exigen un examen detenido. Asimismo, hay que definir otros impedimentos al retorno, analizar la manera concreta en que cada uno de ellos se manifiesta y formular medidas eficaces para superarlos.

56. Por último, la cuestión de la indemnización en lugar de la restitución exige un examen detenido. Sin embargo, cabe formular algunos comentarios iniciales al respecto.

57. En lo que se refiere a las reparaciones como la restitución y la indemnización la gran mayoría piensa que la indemnización no debe ser un sustituto de la restitución y que debe utilizarse únicamente cuando ésta no sea posible o cuando la parte lesionada acepte consciente y voluntariamente la indemnización en lugar de la restitución. Por ejemplo, la parte lesionada sólo debe recibir una indemnización como reparación por la desposesión ilícita de su vivienda, si ésta ya no existe o si consciente y voluntariamente decide que no le interesa regresar a ella.

58. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de las poblaciones indígenas, adopta ese criterio al referirse a las tierras y los recursos indígenas, y exhorta a los Estados Partes en la Convención a que:

"Reconozcan y protejan los derechos de las poblaciones indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de aquellas poblaciones, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierra y territorios."⁵⁴

59. Con ello, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial afirmó que la imposibilidad de proceder a la restitución ha de deberse únicamente a motivos de hecho y no a motivos jurídicos o políticos. Esta exigencia es importante, por cuanto muchas reclamaciones de restitución son desestimadas injusta, cuando no ilegalmente sobre la base de regímenes jurídicos impuestos a las poblaciones indígenas por la Potencia ocupante. La condición de "imposibilidad por motivos de hecho" desplaza el análisis de las tergiversaciones jurídicas o políticas hacia la cuestión concreta de si de hecho pueden ser devueltas las tierras⁵⁵. Por ello, la falta de una voluntad jurídica o política no puede ser un pretexto para que se favorezca a la indemnización con respecto a la restitución.

⁵⁴ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples (fifty-first session), A/52/18, annex V, para. 5 (1997).

⁵⁵ Bret Thiele, "Enforcing the right to restitution: legal strategies for indigenous peoples and the role of international law", in Housing and Property Restitution: A Comparative Study (Scott Leckie, ed.), New York, Transnational Publishers (2002).

VI. CONCLUSIONES

60. El derecho de retorno abarca no solamente el regreso al propio país, sino también al propio hogar y a la propia tierra. Además, el derecho a regresar a su propio hogar y a sus tierras es un aspecto necesario para facilitar el derecho al retorno e indudablemente un derecho independiente y autónomo.

61. La comunidad internacional ha acertado al reconocer la restitución de la vivienda como un elemento fundamental del derecho de todo refugiado y todo desplazado a regresar a su propio hogar y como un ingrediente necesario de toda solución duradera que entrañe la repatriación voluntaria, duradera y en condiciones de seguridad y dignidad de los refugiados y los desplazados. En efecto, la restitución de la vivienda es parte indispensable de toda estrategia encaminada a promover, proteger y hacer efectivo el derecho al retorno.

62. En la mayoría de los casos, no se darán ni podrán darse las condiciones para un regreso en condiciones dignas y de seguridad sin las salvaguardias y mecanismos idóneos para proteger y hacer efectivo el derecho a regresar al propio hogar en condiciones de seguridad y dignidad.

63. Entre esas salvaguardias y mecanismos deben figurar procedimientos jurídicos, administrativos y de otra índole que sean eficaces y ágiles para garantizar el libre y equitativo ejercicio del derecho a regresar a su propio hogar, en particular, mecanismos imparciales y eficaces para solucionar los problemas relacionados con la vivienda y el patrimonio que queden pendientes y con ello facilitar la restitución de la vivienda y el patrimonio.

64. Los problemas relacionados con la restitución de las viviendas y el patrimonio de los desplazados que desean regresar a sus hogares están siendo uno de los dilemas fundamentales que deben afrontar los responsables políticos y los legisladores de los países de retorno y para los que existen pocas directrices legislativas y pocos antecedentes. Si bien es cierto que se han realizado considerables progresos desde el punto de vista del desarrollo institucional en apoyo de la restitución, hay grandes retrasos en lo que se refiere a la ejecución efectiva de la restitución de la vivienda y el patrimonio.

65. Los programas de repatriación pueden tener la máxima eficacia, si se definen claramente los impedimentos al retorno derivados del problema de la vivienda mediante estrategias de prevención coherentes y basadas en principios que permitan eliminar las trabas tan frecuentes a la restitución, que tanto abundan. Al considerar la restitución de la vivienda y el patrimonio como un elemento básico y fundamental de todo proceso de repatriación, y manifestar la voluntad política y dedicar los recursos necesarios para garantizar esos derechos, aumentará considerablemente la probabilidad de que el retorno empiece a ser un proceso que promueva y haga efectivo los derechos de los retornados a sus viviendas y así lograr que su regreso sea seguro, digno y duradero.

66. La aprobación o la aplicación por algunos Estados de leyes encaminadas a facilitar la pérdida o la desposesión de los derechos de arrendamiento, uso, propiedad o de otros derechos relacionados con la vivienda o el patrimonio, la denegación activa del derecho a residir en un lugar determinado, o las leyes de abandono utilizadas contra los intereses de los refugiados u otras personas desplazadas constituyen graves impedimentos para el regreso y la reinserción de los refugiados y los desplazados, así como para la reconstrucción y la reconciliación.

67. El derecho internacional reconoce que la indemnización únicamente debe ser utilizada si resulta imposible la restitución de hecho o si la parte lesionada consciente y voluntariamente acepta la indemnización en lugar de la restitución.

VII. RECOMENDACIÓN

68. La Subcomisión debería pedir al Consejo Económico y Social, por conducto de la Comisión de Derechos Humanos, que se le autorice a emprender un estudio completo de la restitución de viviendas y el patrimonio con el motivo del regreso de los refugiados y los desplazados.
