

PRIMERA PARTE

Informe general de la investigación

El asilo y la protección internacional
de los refugiados en América Latina:
análisis crítico del dualismo “asilo-refugio”
a la luz del Derecho Internacional
de los Derechos Humanos

CÉSAR WALTER SAN JUAN
con la participación de
Mark Manly*

(*) Las opiniones expresadas en este artículo son las del autor y no reflejan, necesariamente, las del ACNUR o de las Naciones Unidas.

BLANCA

I. Presentación del problema

1. Una aproximación al ordenamiento institucional de América Latina presenta al observador diferentes regulaciones referidas a la protección internacional de personas perseguidas o que han huido de sus países de origen por otros motivos que pusieran igualmente en riesgo su vida, seguridad o libertad. En un primer plano aparecen: por un lado, el sistema latinoamericano sobre asilo diplomático y territorial¹ y, por el otro lado, el sistema universal de protección de los refugiados.² Cabe destacar luego que, en ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos³ se reconoce el derecho al asilo⁴ y que dicho instituto se encuentra contemplado también en algunas Constituciones nacionales de América Latina.⁵ Además, en consonancia con la amplia ratificación que ha alcanzado la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, los Estados de la región han dictado normas relativas a la aplicación de este sistema. En varios países de la región, las normativas nacionales han incorporado el neologismo “refugio”, el cual ha venido a abarcar todo el régimen internacional de protección de refugiados. Tales normas se han concebido separadas de aquellas otras por las que se regula el asilo, al que por otra parte se identifica, exclusivamente, con la modalidad positivizada en los tratados y convenciones del sistema latinoamericano sobre asilo diplomático y territorial, y

¹ Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos (Montevideo, 1939); Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940); Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954); Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954).

² El sistema basado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 1951); el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 1967); las Conclusiones adoptadas por el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); las Resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas y las Declaraciones de las distintas Conferencias en la materia. La protección de los refugiados igualmente ha sido un tema de interés para la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” (San José, Costa Rica, 1969).

⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce “el derecho de buscar asilo y de disfrutar de él”, mientras la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos utilizan la formulación “derecho de buscar y recibir asilo”.

⁵ Brasil (art. 4, inciso X), Colombia (art. 36), Costa Rica (art. 31), Cuba (art. 13), Ecuador (art. 29), El Salvador (art. 28), Guatemala (art. 27), Honduras (art. 101), Nicaragua –aunque condicionado– (art. 42), Paraguay (art. 43), Perú (art.36), Venezuela (art. 69) - Ver en Anexo tabla “I. El derecho de asilo en las Constituciones”.

en las que no existe referencia al asilo contemplado en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Todo lo expuesto indicaría que se ha consagrado en la región un marcado *dualismo*, merced al establecimiento de una separación clara y tajante entre el “asilo” y el “refugio” en tanto figuras independientes entre las que casi no existe punto de contacto.

2. El cuadro podría completarse señalando que se observa un visible estado de confusión en el uso de los términos “asilo” y “refugio” empleados en la protección internacional,⁶ así como con respecto al contenido y alcance que ha de dárseles. También se observa una tendencia decreciente en el nivel de los estándares de protección internacional de los refugiados en algunas de las legislaciones dictadas más recientemente en los países de la región, siguiendo para ello modelos normativos de tendencia regresiva como los que prevalecen, por ejemplo, en la legislación europea.⁷ Tal estado de cosas bien podría atribuirse a las políticas restrictivas en materia de protección, a las crecientes preocupaciones de seguridad nacional en un contexto en que se privilegian las medidas de control migratorio y que presiona sobre las instituciones para moldearlas a los intereses de los Estados de recepción, pero también puede obedecer al deterioro de la respuesta institucional requerida para enfrentar el recrudecimiento de la realidad.

3. El dualismo y la confusión terminológica y conceptual a los que se ha hecho referencia constituyen síntomas de un debilitamiento de la respuesta institucional frente al problema de los refugiados. En este contexto, no debería extrañar que la presión de los Estados por aliviar la carga de sus responsabilidades internacionales se hubiera materializado a través de iniciativas tendientes a restringir el espacio destinado a la protección internacional. Tales iniciativas no deberían prosperar en un ordenamiento jurídico internacional dominado por el desarrollo progresivo del derecho relativo a la protección de la persona humana, pero encuentran un campo fértil para su incorporación a nivel de las legislaciones nacionales por el estado de debilidad que afecta a las instituciones de la región en lo que respecta a la protección de los refugiados.

4. La investigación se guió por el propósito de fortalecer la protección de los refugiados en América Latina y, para ello, estima que se debe alertar sobre el riesgo que entraña la situación descrita, al tiempo que considera conveniente realizar un examen detenido de las cuestiones problemáticas mencionadas con el objeto de poner de relieve sus manifestaciones y valorar en qué medida constituyen una influencia negativa para el objetivo de brindar adecuada protección a los refugiados en la región.

⁶ Ver capítulo II.3.1 de este Informe, donde se hace referencia a las distintas acepciones dadas a los términos “asilo” y “refugio”.

⁷ Ver el análisis de las legislaciones de España, Francia, Reino Unido, Estados Unidos y Alemania en LOPEZ GARRIDO, Diego: *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991, págs. 30-46.

5. Para ello se ha considerado conveniente repasar previamente los hechos relevantes de la evolución jurídica regional en materia de asilo y protección de los refugiados a fin de considerar la temática desde la perspectiva que aporta el enfoque histórico, desde donde es posible constatar el origen de ciertos prejuicios que sostienen el dualismo que criticamos e introducir el tratamiento de la confusión terminológica que existe en América Latina y el análisis de las legislaciones nacionales de los Estados de la región para conocer las tendencias normativas que allí pueden advertirse. Finalmente, se analizarán algunos aspectos conceptuales que ayuden a caracterizar el derecho al asilo y sus contenidos en el marco de las normas de derechos humanos, siguiendo como guía los aportes realizados por los órganos de supervisión del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El presente informe se nutre de los trabajos individuales de investigación que constituyen los anexos de esta publicación⁸ y de los debates y elaboraciones del equipo que llevó a cabo este estudio.

II. Análisis de la evolución jurídica regional en materia de asilo y protección de los refugiados

II.1. La tradición del asilo en América Latina, la normativa latinoamericana del asilo y la lenta incorporación del derecho internacional de los refugiados.⁹

6. Cabe tener presente que el asunto objeto de nuestra atención recae sobre una región que posee una pionera y centenaria tradición en materia de asilo, siendo en esa tradición, hecha costumbre regional, donde reside el fundamento

⁸ Los documentos individuales producidos durante esta investigación son:

D'ALOTTO, Alberto: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su contribución a la protección de los refugiados en América Latina.*

ESPONDA FERNÁNDEZ, Jaime: *La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados.*

GIANELLI DUBLANC, María Laura: *El asilo y la protección de los refugiados en América Latina. Estudio comparativo de las legislaciones nacionales.*

KAWABATA, Juan Alejandro: *El asilo y su relación con los crímenes internacionales. La posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

MANLY, Mark: *La consagración del asilo como un derecho humano: análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

SAN JUAN, César: *El asilo y la protección de los refugiados en América Latina: análisis comparado de las legislaciones nacionales.*

⁹ Para una exposición más amplia sobre la incorporación del asilo en los ordenamientos jurídicos regional y nacionales y sobre la recepción del Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina, ver el documento producido durante esta investigación por ESPONDA, Jaime, *op. cit.*

mismo de la institución. El documento “Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina”¹⁰ expresa que la costumbre de brindar tratamiento humanitario a quienes buscan protección y asilo ha alcanzado expresión positiva en los instrumentos del sistema interamericano, y también debe considerarse como un antecedente de los instrumentos del sistema universal.¹¹

7. Ya en 1889 se verifica el primer instrumento latinoamericano de carácter multilateral que contemplaba el derecho de asilo, que es el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo.¹² Este tratado fue luego revisado en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, celebrado también en la ciudad de Montevideo en 1939, que aprobó el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos.

8. Sobre asilo diplomático, se suscribieron tres convenciones latinoamericanas: la primera fue la Convención sobre Asilo de La Habana, 1928, aprobada en la Sexta Conferencia Internacional Americana, luego le siguieron la Convención sobre Asilo Político de Montevideo, de 1933, aprobada en la Séptima Conferencia Internacional Americana, y la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas, de 1954, aprobada en la Décima Conferencia Internacional Americana.¹³

9. Con respecto al asilo territorial, existe un instrumento latinoamericano que lo regula directamente, que es el ya citado Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de Montevideo, de 1939. Además, el asilo territorial figura en todos los tratados sobre extradición, aunque sólo a los efectos de exceptuar de esta última a personas a quienes se les imputa la comisión de delitos políticos. El Tratado de Montevideo de 1939, en cambio, establece además un régimen para el “refugio en territorio extranjero”, pero la única convención latinoamericana adoptada exclusivamente sobre esta materia es la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas, de 1954.¹⁴ Con estos instrumentos se cerró la etapa de la positivización

¹⁰ CIREFCA/89/9, *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989. Este documento fue presentado en la reunión celebrada en Antigua, Guatemala, los días 25 y 26 de enero de 1989 al Comité Preparatorio de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, y fue preparado por el Grupo de Expertos integrado por el Dr. Héctor Gros Espiell, vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la Dra. Sonia Picado, jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y directora ejecutiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; y el Dr. Leo Valladares Lanza, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Comité Preparatorio decidió presentarlo a la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, la que en su reunión del 12 al 14 de abril de 1989, llevada a cabo en Guatemala, consideró “que puede servir como marco de referencia y orientación a los Estados, en el tratamiento de los problemas de los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos”.

¹¹ CIREFCA/89/9, *op. cit.*, págs. 2-3, párrafos 12 y 13.

¹² Firmado en la ciudad de Montevideo, Uruguay, el 23 de enero de 1889, en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado.

¹³ GARCÍA AMADOR, F. V., compilador y anotador: *Sistema Interamericano: a través de los tratados, convenciones y otros documentos*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA, Washington, 1981, vol. I, pág. 250.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 272.

del asilo latinoamericano, en su versión de derecho clásico interestatal. La posterior recepción positiva del asilo en un instrumento convencional interamericano tendrá ya lugar en el contexto de la protección de los derechos humanos.

10. Así, esta tradición continúa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que siguió el camino iniciado en 1948 por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en tanto ésta reconoció el derecho a buscar y recibir asilo como un derecho humano.¹⁵ En este mismo sentido, en 1989 la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), en los principios que sustentan su Plan de Acción, reiteró la vigencia de la institución del asilo en la región.¹⁶

11. Es un hecho varias veces advertido que la práctica del asilo para los perseguidos latinoamericanos fue conocida como un fenómeno que afectaba a individuos y que, en general, se trataba de dirigentes políticos, sindicales o personalidades de la cultura, circunstancias, éstas, a cuya luz tuvo lugar el diseño de las soluciones que se adoptaron dentro del marco de los citados tratados latinoamericanos y de la práctica seguida por los Estados de la región. Pero este enfoque entró en crisis con la experiencia de las afluencias en gran escala de refugiados provenientes del Caribe durante la década de 1960, tal como lo puso de manifiesto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual de 1965.¹⁷

12. El informe de la Comisión Interamericana del año 1965 reveló esta nueva realidad y también destacó la insuficiencia de los instrumentos convencionales latinoamericanos para dar a ésta el tratamiento que resultaba necesario. El informe citado daba cuenta que hasta el año 1960 los exiliados políticos de los países americanos se trasladaban con relativa facilidad a los países vecinos, donde generalmente se les concedía asilo de acuerdo con los convenios internacionales vigentes y la legislación interna. La eficacia de este proceso, destacó la CIDH, se asentaba en los siguientes factores: una larga tradición de movimientos de exi-

¹⁵ Conf. artículo 22.7, CADH, y artículo XXVII, DADDH. Ver asimismo el documento producido durante esta investigación por MANLY, Mark, *op. cit.* El artículo 22.7 de la CADH dispone lo siguiente: "Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales". El artículo XXVII de la DADDH establece: "Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales".

¹⁶ CIREFCA/89/14, "Declaración y Plan de Acción concertado a favor de los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos", Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), 5ª sesión plenaria, Ciudad de Guatemala, 31 de mayo de 1989, párrafo 5 de la Declaración.

¹⁷ OEA, "La situación de los refugiados políticos en América: Informe preparado por la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", OEA/Ser.L/V/II.11, Doc. 7, en *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos: Actividades de la Comisión Americana de Derechos Humanos 1960-1967*, OEA, 1972. Sobre el Informe de la CIDH, ver el documento producido durante esta investigación por D'ALOTTO, Alberto, *op. cit.*

liados por motivos políticos de un país a otro; un idioma, cultura y tradiciones comunes que facilitaban la adaptación y el hecho de que los exiliados políticos frecuentemente pertenecían a los sectores más ricos y con mejor educación, y usualmente mantenían inversiones y propiedades en sus países de origen y, por tanto, no se convertían en un peso económico para el Estado que los recibía.

13. A diferencia de esta situación, la CIDH destacaba que el éxodo masivo de cubanos iniciado en 1959 había desafiado las premisas existentes hasta ese momento sobre la fácil integración de los refugiados y sobre la capacidad de absorción de los países de la región. Se afirma que desde entonces ha cambiado el problema de los refugiados, pues no se trata ya de pocos casos constituidos fundamentalmente por dirigentes que gozaban de medios de fortuna. Los movimientos políticos acaecidos en la mayoría de los países americanos y la falta de estabilidad democrática en algunos de ellos han provocado que gran cantidad de personas, la mayoría de ellas sin bienes de ninguna especie, se trasladen al territorio de otras repúblicas americanas a causa de las persecuciones de que son objeto.

14. En aquella oportunidad, inclusive, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, que se reunió en Río de Janeiro en 1965, recomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un Proyecto de Convención sobre Refugiados. El instrumento interamericano propuesto finalmente no llegó a adoptarse, pero en cambio los Estados comenzaron un proceso creciente de ratificaciones de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 que determinó la conformación actual de un escenario institucional gobernado por dos sistemas distintos de normas en estado de coexistencia.

15. La capacidad del sistema latinoamericano de asilo para hacer frente al problema de los refugiados fue también cuestionada por los hechos que acontecieron en el Cono Sur en la década de 1970 y las imperiosas necesidades de protección que se revelaron en dicha oportunidad, que implicaron amenazas para la vida y la libertad, habida cuenta de la imperante doctrina de la seguridad nacional que hacía de la protección en un país vecino una actividad riesgosa.

16. En estas circunstancias se inició una acción más importante de la comunidad internacional, y en particular del ACNUR, a favor de los refugiados de América Latina, que llevó a cabo políticas de protección seguidas de una importante operación de reasentamiento en el territorio de otros Estados, principalmente europeos. Debe también destacarse la acción generosa de otros países de América Latina, que acogieron a miles de refugiados del Cono Sur, a veces como asilados según el sistema latinoamericano y, en la mayoría de los casos, mediante la adopción de una política liberal en materia migratoria. A fin de hacer frente en mejores condiciones a estos desafíos, el ACNUR, además de la oficina regional en Buenos Aires, abrió otras oficinas regionales en Lima y San José, y suboficinas en Santiago y Río de Janeiro.

17. La respuesta internacional a la grave crisis de los refugiados del Cono Sur constituyó una articulación y convergencia pragmática de esfuerzos de distinto tipo. En buena medida esta experiencia orientó los trabajos del primer Coloquio sobre cuestiones de refugiados patrocinado por el ACNUR, llevado a cabo en México en 1981.¹⁸

II.2 La práctica de los Estados durante la crisis de América Central en la década de 1980.

18. En este proceso, resulta importante destacar que, durante la crisis que tuvo lugar en América Central en la década de 1980, los países de la región, con la cooperación de la comunidad internacional, debieron enfrentar afluencias de refugiados en gran escala provenientes de El Salvador, Guatemala y Nicaragua, recurriendo frecuentemente al reconocimiento *prima facie* del estatuto de refugiado. En la mayoría de los casos, estas personas recibieron *de facto* el trato acordado en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967, ya que no se verificó formalmente el reconocimiento de la condición de refugiado; en otros casos se dio el tratamiento mínimo de acuerdo con la Conclusión 22 del Comité Ejecutivo¹⁹. Así, y pese a las graves dificultades a que dieron lugar estos desplazamientos masivos, hubo un respeto generalizado al principio de no devolución, y no se recurrió a figuras subsidiarias con parámetros inferiores de protección al que se reconoce a los refugiados en el derecho internacional²⁰.

19. La búsqueda destinada a lograr la compatibilidad entre el sistema latinoamericano y el sistema universal, y de ambos con el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, ha estado presente en los sucesivos eventos latinoamericanos organizados por el ACNUR, con participación de gobiernos, agencias de las Naciones Unidas, miembros de la academia, organizaciones no gubernamentales y agencias voluntarias. Entre los eventos indicados cabe citar el Coloquio sobre Asilo y Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (Tlatelolco, México D.F., 1981), cuyas Conclusiones se abocan fundamentalmente a esta cuestión; la trascendente Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, de 1984, surgida del Coloquio sobre Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México

¹⁸ Ver la memoria del Coloquio, en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, México, UNAM, 1982.

¹⁹ Comité Ejecutivo del ACNUR: Conclusión N° 22, *Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala (XXXII)*, adoptada en 1981, en *Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados aprobadas por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR*, publicado por la Delegación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Madrid, diciembre, 1998.

²⁰ JACKSON, Ivor: *The refugee concept in group situations*, Kluwer Law International, 1999.

y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios (Cartagena de Indias, 1984); la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), para la cual se elaboró el documento Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina, así como la Declaración y Plan de Acción Concertado a favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos (Ciudad de Guatemala, 1989); el Coloquio Internacional con Ocasión de los 10 Años de la Declaración de Cartagena (San José de Costa Rica, 1994), que se propuso evaluar los diez años transcurridos desde la Declaración de Cartagena en su Memoria del Coloquio y, más recientemente, la Declaración de Tlatelolco, del Seminario sobre Acciones Prácticas para Optimizar la Aplicación del Derecho de los Refugiados y Atender Satisfactoriamente los Intereses Legítimos de los Estados (Tlatelolco, México D.F., 1999), que examinó nuevos desafíos.

II.2.1. Caracterización de los problemas jurídicos que debieron ser enfrentados.

20. De aquellos problemas jurídicos que amenazaban gravemente la protección de los refugiados, cabe mencionar que tanto el sistema de asilo latinoamericano como el sistema universal de protección de los refugiados presentaban lagunas que impedían atender de manera adecuada el problema de América Central. Respecto del primero se había señalado que tenía las siguientes dificultades: a) el hecho de que en éste se enfatizan desproporcionadamente los derechos y la discrecionalidad de los Estados en detrimento de los derechos de las personas que necesitan protección internacional; b) la aplicación del derecho de asilo de forma elitista, favoreciendo a personalidades conocidas en el ámbito político y, consecuentemente, perjudicando a personas anónimas que también necesitan justificadamente protección internacional; c) que el sistema interamericano de asilo no había elaborado normas de tratamiento que delimitaran el contenido de los derechos de los que se consideran asilados. Cabe señalar, además, que aunque todos los Estados de América Latina habían ratificado uno o varios de los tratados latinoamericanos sobre asilo, lo cierto es que ninguno de estos tratados de asilo había sido ratificado por todos los países de Centroamérica y México, y por lo tanto no existía un marco normativo común para dar respuesta a los desplazamientos masivos generados por los conflictos armados y las violaciones de los derechos humanos en América Central.²¹

²¹ Sobre esta cuestión, ver GROS ESPIELL, Héctor: "El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados", en *Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina*, México, UNAM, 1982, págs. 71-73.

21. Lo mismo sucedió en cuanto al sistema universal de protección de los refugiados, en tanto la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sólo habían sido ratificados por algunos de los Estados concernidos, lo cual incidía en la efectividad de tales instrumentos, en tanto tampoco existía un marco normativo común que facilitara la realización de actividades concertadas.

II.2.2. La elaboración sistemática del derecho de los refugiados.

22. El adverso marco jurídico y las dificultades para la protección y asistencia de los refugiados centroamericanos fueron gradualmente modificados por iniciativas de promoción del derecho de refugiados y búsqueda regional de consenso en las respuestas. Las iniciativas fueron propiciadas por el ACNUR, gobiernos de la región, universidades, organismos nacionales e internacionales gubernamentales y no gubernamentales y con activa participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Secretaría General de la OEA. Se debe destacar también la contribución de las Comisiones Tripartitas compuestas por el país de asilo, el país de origen y el ACNUR, que fueron consolidando principios destinados a la protección de refugiados y repatriados. Estas acciones permitieron avances en la determinación y respeto de principios jurídicos que sirvieron efectivamente de guía para orientar la acción estatal, de organismos internacionales y de organizaciones no gubernamentales y que son el resultado de una tarea de interpretación e integración jurídica ejemplar. Tales esfuerzos dieron a luz a un *corpus* de doctrina que revitalizó la tradición de asilo en América Latina, hallando aquellos elementos permanentes que dicha tradición ha revelado a lo largo de su historia en esta parte del mundo.

23. El examen de los trabajos y declaraciones de los coloquios regionales mencionados en el párrafo 18, y en particular el de los relacionados con CI-REFCA, permite afirmar que se encaró una construcción jurídica sistemática tendiente a reunir y ordenar el material normativo relevante, mediante el establecimiento de las relaciones de coordinación y subordinación de las normas aplicables y bajo la consideración de que todas constituyen un ordenamiento integral en el que hallan su verdadero significado.²²

²² AFTALIÓN, E., GARCÍA OLANO, F., VILANOVA, J., *Introducción al derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, pág. 461.

24. En este sentido, el Coloquio de México de 1981 se pronunció a favor de que se realizase un esfuerzo acorde con las circunstancias de la región, que permitiera *conjugar* los aspectos más favorables de la tradición del sistema latinoamericano de asilo con los elementos que aporta el sistema universal de protección a los refugiados y asilados. También consideró que los objetivos deberían ser alcanzados mediante la *armonización* de los principios, las normas y los mecanismos de protección existentes en América Latina, tomando posición al reconocer que ambos regímenes, universal y regional, constituyen *un sistema normativo* de protección internacional cuya interpretación y aplicación se debe efectuar de acuerdo con los principios generales del derecho internacional y tomando en consideración el desarrollo progresivo que sobre esta materia resulta de las resoluciones de las Asambleas Generales de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos.²³

25. Estos principios fueron luego recogidos y ampliados en la Declaración de Cartagena de 1984. En primer lugar, la Declaración comienza recordando las conclusiones y recomendaciones adoptadas en México en 1981, a las que valora por haber establecido importantes criterios para el análisis y consideración de esta materia. Por otra parte, el Coloquio de Cartagena expresó su convencimiento de que muchos de los problemas jurídicos y humanitarios que han surgido en la región centroamericana, México y Panamá, en lo que se refiere a refugiados, sólo pueden ser encarados teniendo en consideración la necesaria *coordinación y armonización* entre los sistemas universal y regional, y los esfuerzos nacionales.

26. En el sector reservado a sus conclusiones, el Coloquio realiza aportes a favor de una debida integración de las normas cuando propicia la adopción de regulaciones de derecho interno que se inspiren en los principios y criterios de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. En cuanto a su conclusión tercera, célebre por expresar la definición ampliada de refugiado, se realizan también aportes metodológicos pues, al considerar que la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, establece una conexión con la definición contenida en la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África (artículo 1º, párrafo 2) –a la que debe considerarse como precedente–, así como con la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que supervisa el cumplimiento de los Estados con la DADDH y la CADH.

²³ Ver las Conclusiones y Recomendaciones del Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina, en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, México, *op. cit.*, pág. 205 y sigs.

II.2.3 La incorporación de las normas de derechos humanos y de derecho humanitario a la protección internacional de los refugiados.

27. Una cuestión básica que debió atenderse dentro de la tarea emprendida por los coloquios tuvo que ver con la determinación del campo normativo que la protección de los refugiados involucra, esto es, la selección de las normas que habrán de ser aplicadas a la construcción del marco teórico que luego se aplicará a la realidad. En este sentido, existe un punto de partida inequívoco que consiste en identificar dentro de tales normas los dos instrumentos internacionales relativos a la protección de los refugiados, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como los tratados y convenciones que integran el sistema latinoamericano de asilo diplomático y territorial.

28. Partiendo desde ese conjunto básico de normas, el Coloquio de México de 1981 afirmó de manera categórica que la protección de los asilados y refugiados es parte integrante del derecho humanitario y de la protección internacional de los derechos humanos.²⁴

29. La definición ampliada de refugiado adoptada por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 constituye otro ejemplo del criterio amplio que dominó en la conformación de la doctrina sobre el derecho de refugiados. Dicha definición toma elementos tanto del derecho humanitario como de los derechos humanos, tal como lo hizo notar el documento presentado por el Grupo de Expertos para la Conferencia Internacional sobre Refugiados de América Central (CIREFCA) al poner de relieve que la definición contiene cuatro elementos del derecho internacional humanitario: los conceptos de violencia generalizada, agresión externa, conflictos internos y otras circunstancias que perturben seriamente el orden público, que, siendo causales que originan muchos de los desplazamientos de personas en la región, deben comprenderse a la luz del derecho humanitario relativo a los conflictos armados.²⁵ El quinto elemento de la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 se refiere a las violaciones masivas de los derechos humanos, y se considera cumplido cuando se producen violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas

²⁴ La importancia de la convergencia de las distintas ramas del derecho internacional concernidos con la protección de la persona humana fue desarrollada con mayor precisión en 1994 en el Seminario de San José de Costa Rica por el profesor Antonio Cançado Trindade. Ver su artículo "Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: Aproximaciones y convergencias", en *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados: Memoria del Coloquio Internacional*, San José, ACNUR-IIDH, 1995.

²⁵ CIREFCA/89/9, *op. cit.*, pág. 6, párrafos 29 a 34.

en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos relevantes.²⁶

30. En su conclusión sexta, referida a los campamentos de refugiados, la Declaración de Cartagena hace ver la necesidad de que sean preservados los derechos humanos de los refugiados en campamentos y contempla cuestiones relacionadas con el asilo de tales personas como medio para alcanzar su bienestar, ya que estima conveniente poner en práctica proyectos destinados a la autosuficiencia e integración en la sociedad que los acoge. También relacionado con el otorgamiento de asilo, se hace un reconocimiento a los países del área que cuenten con presencia masiva de refugiados para que estudien las posibilidades de lograr la integración de los refugiados a la vida productiva del país destinando para ello los recursos de la comunidad internacional que el ACNUR canaliza a la creación o generación de empleos, posibilitando así el disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales.

31. La aplicación de las normas de derechos humanos también surge de otros pronunciamientos contenidos en los documentos que comentamos, como, por ejemplo, cuando se afirma que los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben aplicarla a la protección de los refugiados (conclusión 9° de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984); cuando se pronuncia por el respeto del principio de reunificación familiar que radica en el derecho a la protección de la familia reconocido en numerosos instrumentos de derechos humanos (conclusión 13° de la Declaración de Cartagena); o cuando afirma que los Estados deben adoptar a favor de los refugiados un régimen de tratamiento mínimo de conformidad con los principios de la Convención de 1951, el Protocolo de 1967 y las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, en especial la número 22, relativa al tratamiento mínimo en casos de afluencias masivas de refugiados (conclusión 8° de la Declaración de Cartagena de 1984).

II.3. Evaluación del avance jurídico logrado y planteamiento de nuevos problemas para la protección internacional de los refugiados.

32. La Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe de 1999 realizó una evaluación de la práctica de la región de los últimos años y destacó en tal sentido que se había podido constatar “un *avance jurídico* en la protección de los refugiados,

²⁶ CIREFCA/89/9, *op. cit.*, pág. 6, párrafo 35.

partiendo de principios universales y de las obligaciones adquiridas por los Estados de América Latina y el Caribe, que se derivan de los instrumentos internacionales de protección de la persona humana, complementados de acuerdo con la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, los documentos de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), de 1989, titulados Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos y su Declaración y Plan de Acción y la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994²⁷. La Declaración de Tlatelolco dice constatar que las declaraciones no vinculantes y los planes operativos cuyos resultados se debieron a la cooperación y voluntad de los Estados y la participación activa de expertos contribuyeron al avance del marco jurídico a que se ha hecho referencia, que se caracteriza, entre otros elementos, por la adopción de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, por el establecimiento de un marco normativo de protección y tratamiento de refugiados, y por la aplicación de medidas concertadas para enfrentar la crisis de refugiados²⁸.

33. No obstante, pese a los aspectos positivos mencionados, la Declaración de Tlatelolco de 1999 que citamos también advierte desde el comienzo que las causas que dan origen a los refugiados, como la persecución, la violación de los derechos humanos, los conflictos armados internos e internacionales y las violaciones al derecho internacional humanitario siguen presentes en algunos países de la región. Además, las causas profundas que originan el desarraigo forzoso de personas, como la pobreza extrema, la falta de oportunidades económicas y de participación política, los problemas demográficos y los recurrentes desastres naturales, subyacen en varios países de la región.²⁹

34. Las cuestiones problemáticas a las que se hizo referencia en la introducción adquieren mayor dramatismo a la luz de la advertencia que realiza la Declaración de Tlatelolco de 1999, en tanto aquéllas arrojan dudas sobre la fortaleza del sistema institucional en que se asienta la protección de los refugiados en América Latina para enfrentar tales desafíos.

35. En este contexto, se debe lamentar que una vez finalizada la crisis de América Central pareciera haberse descuidado, junto al método sistemático sobre el que se edificó, la doctrina elaborada durante los coloquios y conferencias celebrados con motivo de dicha crisis y que, en su reemplazo, se otorgase pre-

²⁷ Conf. Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe, 1999, Parte I. Adoptada por los participantes en el Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados, reunidos en la Ciudad de México los días 10 y 11 de mayo de 1999.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, preámbulo.

ferencia por un abordaje exegético en virtud del cual, y en el afán por resaltar las diferencias que existen entre las diversas expresiones jurídicas, se concluyera por desarticular los lazos comunicantes que se habían tendido con éxito en la etapa anterior.

36. En consecuencia, desde la unidad armónica y sistemática construida a partir del cuadro de heterogeneidad normativa que existe en la región como fruto de la coexistencia de regímenes diversos, se dio paso a la fragmentación y desarticulación que nos ofrece el panorama actual, cuya incidencia en la región intentaremos determinar examinando las distintas acepciones que se da a los términos “asilo” y “refugio”, así como el estado de la legislación interna de los Estados de la región, con el objeto de establecer en qué medida se da recepción en ellas a la posición dualista y cuáles son las tendencias normativas que reflejan.

II.3.1. La confusión terminológica.

37. La convergencia insistentemente reclamada entre los dos sistemas no ha sido fácil de materializar. Por el contrario, la tendencia a la separación de ambos sistemas, que llamamos “dualismo”, se ha agravado con posterioridad a la solución de la crisis centroamericana. Podemos especular que ciertos esfuerzos tendientes a explicar los alcances del derecho aplicable, aun guiados por buenas intenciones, han hecho aportes para consagrar un estado de confusión en el empleo de los términos y conceptos vinculados a la protección internacional de los refugiados en la región.³⁰

38. Los textos fundacionales del Derecho Internacional de los Refugiados en idioma español utilizan sistemáticamente el término *asilo* para designar el acto de admisión y protección de refugiados por parte de un Estado. Este uso es conforme con sus equivalentes *asylum* y *asile*, en inglés y francés respectivamente. Al respecto cabe mencionar, entre otros, los siguientes instrumentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 14), la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (considerando N° 4) y la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Lo mismo ocurrió en la Conferencia sobre Asilo Territorial celebrada en Ginebra en 1977, como también en las sucesivas resoluciones sobre

³⁰ Ver por ejemplo, ACNUR, “Asilo y Refugio. Diferencias y similitudes”, folleto informativo de la Oficina Regional para el Sur de América Latina, 6 de mayo de 1998.

refugiados adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas³¹ y en las Conclusiones adoptadas por el Comité Ejecutivo del ACNUR.³²

39. Además de estos textos de alcance mundial, el término “asilo” es utilizado con precisión en todas las conclusiones y recomendaciones de los mencionados Coloquios regionales referidos a la protección de los refugiados.

40. El término “refugio” también aparece en varios textos clave, y en particular en la Convención de 1951 y la Conclusión 19 del Comité Ejecutivo del ACNUR, pero con un significado específico, distinto del que se le da en el uso actual en América Latina. La Convención de 1951, en sus artículos 1.F.b)³³ y 31,³⁴ hace referencia al “país de refugio”. De una lectura del texto de la Convención se desprende que “refugio” es, en general, una situación transitoria de protección del refugiado “hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país”. Se trata de la protección que se brinda al garantizar admisión al territorio a quien alega persecución (o el temor de persecución) y la protección consecuente hasta que se determine su estatus y, en particular, el respeto del principio de no devolución.³⁵

³¹ Ver, entre otras: Resolución 3271 (XXIX). Informe del Alto Comisionado para los Refugiados, 10 de diciembre 1974, cuarto párrafo operativo; 36/170, Asistencia a estudiantes refugiados del África Meridional, 17 diciembre de 1982, primero, sexto, séptimo y octavo párrafos considerativos y primeros dos párrafos operativos; 48/116. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 20 diciembre 1993, cuarto y decimoprimer párrafos considerativos y los párrafos operativos 3-5; 55/74. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 4 de diciembre de 2000, párrafos operativos 6, 9, 10, 11 y 15.

³² Ver, entre otras, las conclusiones siguientes del Comité Ejecutivo: conclusión 5 (XXVIII), *Asilo*; conclusión 15 (XXX), Refugiados sin país de asilo; conclusión 22 (XXXII), Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala; conclusión 30 (XXXIV), El problema de los solicitantes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas; conclusiones 31 (XXXIV), 34 (XXXV) y 38 (XXXVI) sobre Rescate de personas en busca de asilo que se encuentran en situación difícil en el mar; conclusión 44 (XXXVII), Detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo; conclusión 53 (XXXIX), Los pasajeros clandestinos en busca de asilo; conclusión 58 (XL), Problema de los refugiados y de los solicitantes de asilo que abandonan de manera irregular un país en el que ya habían encontrado protección; conclusión 82 (XLVIII), Conclusión sobre la salvaguarda de la institución del asilo; conclusión 94 (LIII), Conclusión relativa al carácter civil y humanitario del asilo.

³³ El artículo 1.F(b) dispone: “Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: [...] b) Que haya cometido un grave delito común fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada”.

³⁴ El artículo 31 se intitula “Refugiados que se encuentran ilegalmente en el país de refugio” y dice lo siguiente: “1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país”.

³⁵ Sobre esta cuestión, ver GRAHL-MADSEN, Atle: *The Status of Refugees in International Law*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1966, vol. 1, págs. 288-304. Grahl-Madsen concluye que “we get the best cohesion between various provisions of the Refugee Convention if we interpret ‘country of refuge’ in Article 1 F (b) so as to comprise not only the country where a refugee actually applies for recognition, but any country where Article 31 (1) could be invoked, including the country where he first set foot after having escaped his persecutors”, *op. cit.*, pág. 301.

41. La naturaleza *transitoria* de “refugio” en el derecho internacional de refugiados se refleja también en la Conclusión número 19 del Comité Ejecutivo del ACNUR. Dicha Conclusión, que se titula “Refugio temporal”, fue orientada a establecer garantías mínimas para países de acogida del sudeste asiático, muchos de los cuales no eran partes de la Convención de 1951 o del Protocolo, frente a la crisis de los refugiados de Indochina. La Conclusión fue diseñada para afrontar situaciones de afluencia en gran escala y prevé un régimen de protección inferior al de la Convención de 1951. La Conclusión reafirma el principio de no-devolución y pide a los Estados que otorguen refugio temporal, y que los beneficiarios de este tipo de protección “fuesen objeto de un trato básicamente humanitario”.³⁶

42. No obstante, en los últimos años se observa en diversos países de la región un creciente desapego con relación a los términos técnicos tradicionalmente utilizados. En el Seminario de Tlatelolco de 1999 se alertó sobre la confusión reinante entre los términos “asilo” y “refugio”.³⁷

43. La investigación permitió observar que, muy frecuentemente, el vocablo “asilo” se reserva para designar al sistema latinoamericano de asilo diplomático y territorial, reconocido a través de las convenciones latinoamericanas, y es menos utilizado en el contexto del Derecho Internacional de los Refugiados. En cambio, se utiliza el vocablo “refugio” para designar, por una parte, al sistema universal de protección a los refugiados basado en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y a su Protocolo de 1967, y, también, al estatuto o condición de refugiado, y, por otra, a la protección del Estado que tradicionalmente se conoce como asilo.

44. El desorden lingüístico resultante podría eventualmente producir una pérdida en el vigor de los conceptos jurídicos, favoreciendo el debilitamiento de la protección de los refugiados. En este sentido, es preocupante que mientras “refugio” se utiliza con frecuencia en la región como sinónimo de “condición de refugiado”, también aparece asociado al concepto de “refugio temporal” en documentos y obras jurídicas internacionales sobre el derecho de refugiados,³⁸ con lo cual se favorecen formas mínimas de protección. Como veremos más adelante, la investigación constató que al confinar el término “asilo” al sistema latinoamericano, se corre el riesgo de limitar el acceso por parte de los refugiados a

³⁶ De acuerdo con Pirkko Kourula, “*Temporary refuge was meant to provide security from refoulement pending arrangements for resettlement; asylum in the sense of permanency of settlement*”; Ver KOURULA, Pirkko, *Broadening the Edges: Refugee Definition and International Protection Revisited*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997, págs. 104-105. Posteriormente, la Conclusión N° 22 del Comité Ejecutivo vino a desarrollar el trato básico a los refugiados en situaciones de afluencia masiva.

³⁷ Ver párrafo 32, *supra*.

³⁸ Ver párrafos 40-41, *supra*.

las normas sobre el derecho de asilo del derecho interamericano de los derechos humanos³⁹ y a las disposiciones concordantes de Constituciones nacionales.

45. A continuación se hace referencia a algunos de los significados atribuidos a estos términos.

a) “Asilo” como institución exclusivamente latinoamericana y “Refugio” como institución del sistema universal de protección de los refugiados.

46. Ésta es una acepción muy difundida actualmente. Mediante el término “refugio” se hace referencia al sistema universal de protección de los refugiados⁴⁰, en tanto que el “asilo” designa el instituto representativo del sistema latinoamericano de asilo diplomático y territorial.⁴¹

47. A nuestro juicio, en esta errónea concepción subyace la idea de que el asilo es una institución exclusivamente latinoamericana, idea ésta que tiene un fuerte arraigo incluso en círculos académicos. Lamentablemente, este equívoco encontró sustento en un documento del ACNUR,⁴² que tuvo bastante circulación, al menos en el sur del continente, y que es citado en sectores especializados y enseñado en cátedras universitarias. Por la elocuencia con que se expresa, estimamos que justifica una transcripción textual de la parte pertinente:

“(…) en tanto el Refugio es una institución convencional universal, el Asilo representa una institución convencional regional establecida en el mundo latinoamericano (…)”

b) “Asilo” como protección a individuos y “Refugio” como protección a grupos.

48. Esta acepción tiene mucha acogida y se relaciona con el cambio en la fisonomía de las corrientes de refugiados en la región a partir de los años sesenta y setenta, al que ya se ha hecho referencia.

49. Sobre una base de distinción cuantitativa, el maestro mexicano César Sepúlveda expresa que “las reglas del asilo territorial fueron pensadas para casos

³⁹ Tal como veremos más adelante el derecho de buscar y recibir asilo está consagrado en el artículo XXVII de la Declaración sobre los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁰ Ver nota al pie N° 2, *supra*.

⁴¹ Ver nota al pie N° 1, *supra*.

⁴² Ver ACNUR, folleto informativo citado en nota al pie N° 30, *supra*.

aislados o poco numerosos de individuos, en tanto que el derecho de los refugiados tiene por objeto la protección en casos de afluencia masiva”.⁴³

50. En América Latina, esta acepción puede conllevar contenidos discriminatorios, pues las personalidades políticas pueden acceder al asilo, en tanto que los menos favorecidos, muchas veces campesinos o personas de países menos desarrollados, son candidatos al “refugio”.

51. Se advertirá que esta acepción está profundamente ligada a la búsqueda de respuestas, en el ámbito internacional, al problema de las afluencias en gran escala. Como “protección mínima” o “protección temporal”, el “refugio” parecería como un primer grado de asilo orientado a proteger, exclusivamente, contra el “*refoulement*”, esto es, a no rechazar a quien busca protección huyendo de un Estado donde teme persecución en virtud de que su vida, seguridad o libertad están en riesgo.

c) “Asilo” y “Refugio” como sinónimos.

52. Esta concepción es recogida por la Declaración Final del Seminario de Tlatelolco de 1999 sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe, en mérito de la cual, por primera vez, se llamó la atención sobre esta confusión, pero sin aclararla. En dicha Declaración se expresa lo siguiente:

“El Seminario abordó la utilización de los términos “asilo” y “refugio” en América Latina y, en este sentido, señaló que ambos son sinónimos, porque extienden la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento por medio del cual, en la práctica, se formalice dicha protección, sea el régimen de refugiados según la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 o el de aislados según los Convenios interamericanos en la materia.”

53. Esta acepción encuentra antecedentes en la tradición normativa latinoamericana, según la cual “asilo” y “refugio” son, generalmente, sinónimos y se usan en forma indistinta. Así, por ejemplo, lo señala Héctor Gros Espiell, quien manifiesta que “hay que precisar que en América Latina, según estas Convenciones, asilo territorial y refugio son absolutamente sinónimos”,⁴⁴ y el jurista

⁴³ Aquí es interesante señalar que, durante la crisis de la ex Yugoslavia y la afluencia masiva de refugiados que allí tuvo lugar, los países europeos sostuvieron exactamente lo contrario, es decir que la Convención de 1951 fue hecha para tratar casos de individuos aislados y no para grupos, por lo que los bosnios no debían ser considerados refugiados sino víctimas de guerra.

⁴⁴ GROS ESPIELL, Héctor: “El derecho internacional americano sobre asilo territorial y la extradición, en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, en *Compilación de instrumentos jurídicos interamericanos relativos al asilo diplomático, asilo territorial, extradición y temas conexos*, ACNUR, 1992, pág. XXIII.

ecuatoriano Salvador Lara, quien, refiriéndose al Tratado de Montevideo de 1889, alude a la “sinonimia que esta Convención da al ‘asilo’ con el ‘refugio’”.⁴⁵ No obstante, ocasionalmente se procuró establecer una diferencia entre ambos términos, según la cual el término “refugio” se usaría fundamentalmente para el asilo territorial y no para el asilo diplomático, también llamado político. Esta concepción prevaleció en el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de Montevideo de 1939, pero no fue reiterada por las posteriores Convenciones sobre asilo diplomático y asilo territorial de Caracas de 1954.

Posibles causas y consecuencias de la confusión terminológica

(A) CAUSAS

54. CONSIDERAMOS QUE ES POSIBLE REFERIR UNA MULTIPLICIDAD DE CAUSAS DE ESTA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA, ENTRE LAS QUE PUEDEN ENCONTRARSE LAS SIGUIENTES: A) LA CONSIDERACIÓN DE LA TRADICIÓN DE ASILO LATINOAMERICANO COMO UN FENÓMENO AUTÓNOMO;⁴⁶ B) EL USO TERMINOLÓGICO INDISTINTO QUE SE HACE DE “ASILO” Y “REFUGIO” EN LA NORMATIVA LATINOAMERICANA SOBRE ASILO TERRITORIAL Y ASILO DIPLOMÁTICO; C) EL DESPRESTIGIO CRECIENTE DE LA PRÁCTICA DEL ASILO LATINOAMERICANO POR CONCESIONES QUE FAVORECEN LA IMPUNIDAD, Y LA CONSIGUIENTE PERCEPCIÓN DE LA NECESIDAD DE DIFERENCIARLA DEL SISTEMA UNIVERSAL; D) LA CONVENIENCIA DE POLÍTICAS OFICIALES DE MANTENER UN RÉGIMEN DISCRECIONAL DE CONCESIÓN DEL ASILO; E) LOS NUEVOS FENÓMENOS DE REFUGIADOS LATINOAMERICANOS DE LAS DÉCADAS DE 1970 Y DE 1980 Y SU DIFERENCIACIÓN SOCIAL, ECONÓMICA Y POLÍTICA RESPECTO DE LOS TRADICIONALES ASILADOS POLÍTICOS; F) LA INFLUENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, QUE HACÍA LA DISTINCIÓN ENTRE “ASILO” Y “REFUGIO”⁴⁷ Y; G) CIERTAS INICIATIVAS EN MATERIA DE CAPACITACIÓN Y DIFUSIÓN LLEVADAS A CABO POR FUNCIONARIOS DEL ACNUR EN AMÉRICA DEL SUR, QUE DENOMINARON “REFUGIO” AL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN A LOS REFUGIADOS.⁴⁸ DE HECHO, ESTAS ÚLTIMAS FUERON LAS QUE LE DIERON SUSTENTO AL USO DE LA PALABRA “REFUGIO” EN TAL SENTIDO.

⁴⁵ SALVADOR LARA, Jorge: “El concepto de asilado territorial según los convenios interamericanos y la noción de refugiados según los instrumentos internacionales de Naciones Unidas”, en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 1982, pág. 90.

⁴⁶ Señala Héctor Gros Espiell que constituye un error concebir el sistema latinoamericano “como un sistema autónomo, distinto, hermético y ajeno frente al derecho internacional sobre la materia”, en *El derecho internacional americano sobre asilo territorial y la extradición...*, *op. cit.*, pág. 59.

⁴⁷ Ley 5/1984. Es importante recalcar que España enmendó su legislación en 1994 mediante la Ley 9/1994, la cual eliminó la figura de “refugio”. La exposición de motivos de la Ley 9/1994 dice textualmente: “[...] suprime la doble figura de asilo y refugio con estatutos diferenciados, dualidad que no se deriva en modo alguno en las exigencias de protección a los extranjeros víctimas de persecución, y que se ha revelado como una fuente de confusión y abusos [...]”.

⁴⁸ El documento más revelador es “Asilo y refugio. Diferencias y similitudes”, *op. cit.*, folleto informativo que ya ha sido retirado de circulación por la Oficina Regional del ACNUR para el Sur de América Latina.

(B) LAS CONSECUENCIAS DE LA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA Y EL ENFOQUE DUALISTA.

55. LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN PERMITEN CONSTATAR QUE LAS CONSECUENCIAS DEL DUALISMO MENCIONADO VAN MUCHO MÁS ALLÁ DE UNA CUESTIÓN MERAMENTE SEMÁNTICA. A CONTINUACIÓN DETALLAMOS LAS PRINCIPALES CONSECUENCIAS, ACTUALES Y POTENCIALES, DE LA CONFUSIÓN EN EL USO DE LOS TÉRMINOS Y DEL DUALISMO.

A) PÉRDIDA DE VIGOR DE LOS CONCEPTOS DEBIDA AL USO IMPRECISO DE LOS TÉRMINOS “ASILO” Y “REFUGIO” POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS DEL ACNUR, DE LOS ESTADOS, DE LOS ACADÉMICOS Y DE OTROS SECTORES DE LA SOCIEDAD CIVIL. POR ENDE, EL DUALISMO, LEJOS DE PRECISAR EL CONTENIDO DE CADA UNO DE LOS SISTEMAS Y FACILITAR SU APLICACIÓN, AL FINAL ACARREA UNA MAYOR CONFUSIÓN EN TANTO SE RESALTAN DIFERENCIAS DE LOS SISTEMAS CON BASE EN PREMISAS ERRÓNEAS.

B) EL DUALISMO TIENDE A CONSOLIDAR DEFICIENCIAS Y ERRORES DE ANÁLISIS HISTÓRICO Y JURÍDICO. EN EL PLAN HISTÓRICO, EL DUALISMO REFLEJA Y A SU VEZ DA SUSTENTO A LA PRETENDIDA AUTONOMÍA HISTÓRICA DEL ASILO EN AMÉRICA LATINA RESPECTO AL DESARROLLO DEL ASILO A NIVEL MUNDIAL.⁴⁹ POR OTRO LADO, DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO, EL ENFOQUE DUALISTA SUSTRAE EL CONTENIDO DE PROTECCIÓN DEL ASILO Y LO RELEGA AL SISTEMA LATINOAMERICANO, EL CUAL ESTÁ EN ABIERTO DESUSO. POR LO TANTO, EL DUALISMO IMPLICA LA GRADUAL DESAPARICIÓN DEL RICO CONCEPTO DE “ASILO” DE LA CULTURA Y SISTEMAS JURÍDICOS DE AMÉRICA LATINA.

C) AÚN MÁS IMPORTANTE, AL CONSIDERAR QUE EL ASILO NO TIENE RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS, EL DUALISMO PODRÍA SERVIR PARA LIMITAR EL CAMPO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE BUSCAR Y RECIBIR ASILO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO XXVII DE LA DECLARACIÓN AMERICANA Y EL ARTÍCULO 22.7 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA, Y TAMBIÉN DEL DERECHO DE ASILO CONTEMPLADO EN LAS CONSTITUCIONES DE LA MAYORÍA DE LOS PAÍSES DE LA REGIÓN. EN OTROS TÉRMINOS, EL CONTENIDO DEL DERECHO DE ASILO SERÍA LIMITADO A LOS SUPUESTOS DEL ASILO LATINOAMERICANO Y NO ALCANZARÍA A CUBRIR A LAS PERSONAS QUE SOLICITAN PROTECCIÓN BAJO LA CONVENCIÓN DE 1951 Y SU PROTOCOLO DE 1967 NI A LOS REFUGIADOS RECONOCIDOS BAJO DICHS INSTRUMENTOS. EN LA PRÁCTICA, ESTA DISTINCIÓN ESTABLECE DOS CLASES DE PERSONAS PROTEGIDAS CON BASE EN SU CONDICIÓN SOCIAL, TAL Y COMO FUE PUESTO DE MANIFIESTO EN EL INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 1965 ANTES MENCIONADO.⁵⁰

EN TAL SENTIDO, UNA ELOCUENTE CONFIRMACIÓN DE LO QUE SE ACABA DE MENCIONAR LA CONSTITUYE LA POSICIÓN SOSTENIDA POR EL ESTADO DE VENEZUELA EN SU ESCRITO DEL 27 DE MARZO DE 2001 SOBRE MEDIDAS CAUTELARES A FAVOR DE UN GRUPO DE CIUDADANOS COLOMBIANOS.⁵¹ EN TAL SENTIDO, EL ESCRITO DE DEFENSA DEL GOBIERNO EXPRESA QUE EL

⁴⁹ Sobre esta cuestión ver, en este volumen, ESPONDA FERNÁNDEZ, Jaime: *op. cit.*

⁵⁰ Ver nota al pie N° 17, *supra*,

⁵¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso de Medidas Cautelares a favor de Jesús Pinilla Camacho y otros; escrito fechado el 27 de marzo de 2001.

gobierno no ha violado, tal como se lo acusa, el derecho a buscar y recibir asilo contemplado en el art. 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para fundamentar su posición, el escrito del gobierno solicita enfáticamente que se “reconozca y distinga correctamente” entre asilo y refugio pues, afirma, los casos que motivan la denuncia realizada, en tanto constituyen solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, no podrían ser base para examinar su conducta con miras a determinar si cumplió o no su obligación de respetar el derecho a buscar y recibir asilo del art. 22.7 de la Convención Americana.

Fuertemente afirmado en el criterio dualista que hemos mencionado, el Estado venezolano destacó que siempre había otorgado asilo político a quien corresponde y refugio a quien también es acreedor de él.

En esta línea de argumentación se expresó lo siguiente: “El Estado venezolano reconoce el derecho que tiene toda persona a buscar y recibir asilo de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana en su Art. 22.7, así como reconoce y distingue perfectamente quienes son refugiados, de acuerdo a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y de su Protocolo de 1967. Igualmente, conoce y aplica la ampliación que ha hecho del concepto de refugiado la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984. Consecuentemente, el Estado solicita a los peticionarios *que distingan correctamente* entre la persona que busca asilo de la que busca refugio. En el caso que nos ocupa, de los desplazados colombianos que huyen de su país porque su vida, su seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada y por los conflictos internos serían, en todo caso, personas que buscan *refugio* a la luz de las convenciones invocadas en la solicitud de medidas cautelares y en la Declaración de Cartagena”.(sic)⁵²

d) Al denominar “refugio” al tipo de protección otorgada bajo el sistema universal, el dualismo abre las puertas a tendencias restrictivas subsidiarias identificadas como “refugio temporal”. Tal como se ha mencionado (párrafo 40), del texto de la Convención de 1951 se desprende que el término “refugio” es la protección que se otorga al solicitante de asilo hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que haya obtenido admisión en otro país. Por lo tanto, al utilizar el término “refugio” para denominar la “condición de refugiado”, se asocia este estatuto jurídico con una forma de protección que es concebida como el mero acto de admisión al territorio y no devolución, y que no da lugar al ejercicio de la mayoría de los derechos reconocidos en la Convención de 1951 cuyos beneficiarios son exclusivamente los “refugiados”.

e) A mayor abundamiento, el dualismo podría tener implicaciones prácticas en la búsqueda de soluciones duraderas. Sin que existan bases jurídicas para

⁵² El subrayado no es del original.

ello, la protección de los refugiados podría considerarse limitada a contenidos mínimos de protección que excluyan toda referencia al asilo para la aplicación del sistema universal. Especialmente, la noción de asilo, que entraña la búsqueda de soluciones duraderas para los refugiados, y, en particular, la integración local en la comunidad que los ha acogido se vería desvinculada de la protección básica que se brinda al garantizar acceso al territorio y el respeto del principio de no devolución o *non-refoulement*.

II.3.2. Tendencias de las legislaciones nacionales.

II.3.2.1. Uso de los términos asilo y refugio y tratamiento dado a éstos por las normas analizadas.

56. Es posible aseverar luego del análisis normativo que, en general, esta confusión terminológica y este dualismo han permeado la normativa interna de los Estados de América Latina, y se ha establecido una distinción conceptual clara entre “asilo” y “refugio”, a los que se atribuye un significado diferente. En el primer caso, el término “asilo” está referido al derecho que el Estado concede a los extranjeros perseguidos por razones políticas o por delitos políticos o conexos, según corresponda. En el segundo caso, con el término “refugio” o “refugiado” se hace referencia al estatuto que se reconoce al extranjero por aplicación del sistema basado en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

57. Esta distinción se basa en la separación clara que se establece, en general, en el tratamiento de ambos como institutos separados, aunque, por razones de afinidad, su regulación puede hacerlos aparecer compartiendo el mismo texto legal.

58. La brevedad que se ha destacado como característica de la regulación interna del “asilo” permite también identificarla como expresión de una figura concebida bajo los cánones de un derecho internacional clásico, en el que la titularidad del derecho reside en el Estado y no en el individuo, conforme a la manera en que éste fue entendido históricamente en América Latina hasta su consagración como derecho humano a través del sistema interamericano a partir de 1948, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Con tal espíritu, las legislaciones nacionales, en tanto participan de esta modalidad de entender al derecho de asilo, se limitan en general a establecer cuál es el órgano que tendrá a su cargo otorgarlo y, en ocasiones, se extienden sobre los derechos y las obligaciones aplicables a los asilados, pero no consagran normas de procedimientos como las que sería necesario dictar para consagrar reglas de trato igualitario para quienes soliciten este tipo de protección, tal como sí ocurre con el procedimiento para determinar la condición de refugiado.

II.3.2.2. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN BRINDADA POR LA LEGISLACIÓN.

59. ES POSIBLE AFIRMAR QUE NO HUBO, CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA DE 1984, OTRO INSTRUMENTO INNOVADOR SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS. SIN EMBARGO, EL MAYOR INTERÉS DESPERTADO EN AMÉRICA LATINA POR EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS CON MOTIVO DE LOS HECHOS POSTERIORES A LOS AÑOS SETENTA EN EL CONO SUR REQUIRIÓ LA ADOPCIÓN DE MECANISMOS INTERNOS DESTINADOS A ORGANIZAR LAS TAREAS QUE A CADA ESTADO PARTE LE TOCA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE 1967. DE MANERA QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS HA CONTINUADO EL DESARROLLO NORMATIVO, QUE EN EL NIVEL INTERNACIONAL, AL MENOS EN LO QUE SE REFIERE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS, SE ENCUENTRA ALETARGADO.

60. EN EL CONTEXTO INDICADO, LA OBSERVACIÓN DE LAS LEGISLACIONES LOCALES ASUME INTERÉS PARA CONOCER QUÉ DIRECCIÓN HA TOMADO LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN, SI ES QUE PUEDE CONCLUIRSE QUE EXISTEN DETERMINADAS TENDENCIAS EN ESTE SENTIDO. POR OTRA PARTE, HABIDA CUENTA DEL INCREMENTO Y COMPLEJIDAD DE LA SITUACIÓN DE LOS REFUGIADOS A NIVEL MUNDIAL EN LA ACTUALIDAD, QUE HA LLEVADO A QUE LOS PAÍSES DE OTRAS REGIONES, COMO ES EL CASO DEL CONTINENTE EUROPEO, ADOPTASEN LEYES DE CLARO CONTENIDO RESTRICTIVO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL, TAMBIÉN INTERESA CONOCER EN QUÉ MEDIDA TALES ANTECEDENTES PUEDEN ESTAR INFLUYENDO EN LA REGIÓN.

61. LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DADO A LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS SE DEFINE EN PRIMER LUGAR POR LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE REFUGIADO QUE LA NORMA VA A APLICAR PARA EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO DE ESTA CONDICIÓN. LA DEFINICIÓN BÁSICA DE REFUGIADO QUE LOS ESTADOS ADOPTAN ES LA CONSAGRADA EN CONJUNTO POR LA CONVENCIÓN DE 1951 SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS Y SU PROTOCOLO DE 1967; TRATADOS DE LOS CUALES SON PARTES TODOS LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS, SALVEDAD HECHA DE CUBA.

62. SIN EMBARGO, EXISTEN ALGUNOS PUNTOS QUE SON SUSCEPTIBLES DE INTERPRETACIÓN, RESPECTO DE LOS CUALES PODEMOS ENCONTRAR ALGUNAS DIFERENCIAS DE TRATAMIENTO.

63. SOBRE EL PARTICULAR, ENCONTRAMOS NORMAS QUE SE ADHIEREN POR REFERENCIA DIRECTA A LA DEFINICIÓN QUE SUMINISTRAN LA CONVENCIÓN DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE 1967 SIN PRONUNCIARSE SOBRE EL PUNTO. NO OBTANIE, ESTA POSTURA NO ES LA QUE PREVAECE, SINO QUE VARIAS LEGISLACIONES SE PRONUNCIAN POR AMPLIAR EL CRITERIO DE LA CONVENCIÓN DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE 1967 CON LA DEFINICIÓN ADOPTADA EN LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA. ASÍ LO HACEN LAS SIGUIENTES LEGISLACIONES: BRASIL (ART. 1 DE LA LEY N° 9.474 DE 1997), BOLIVIA (ART. 2 DEL DECRETO SUPLENTO N° 19.649 DE 1983), ECUADOR (ART. 2 DEL DECRETO N° 3.301 DE 1992) Y MÉXICO (ART. 89 DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN DE 2000). CABE MENCIONAR QUE LA LEGISLACIÓN DE BELICE ADOPTA LA DEFINICIÓN AMPLIADA DE LA CONVENCIÓN DE LA OUA DE 1969 (*Refugee Act* de 1991).

64. A su vez, esta postura se afirma como tendencia dominante si se completa el cuadro con los proyectos y anteproyectos analizados. Así ocurre en el caso de Costa Rica (art. 98.b del Proyecto de Ley de 2001).⁵³ Asimismo, durante el transcurso de la investigación, la definición del refugiado de la Declaración de Cartagena fue incluida en la nueva legislación de Guatemala (art. 11.c del Acuerdo Gubernativo N° 383-2001), El Salvador (art. 4.c del Decreto N° 918 de 2002), Paraguay (art. 1.b de la Ley N° 1.938 de 2002) y Perú (art. 3.b de la Ley N° 27.891 de 2002).

65. Otro criterio inclusivo que ha tenido el efecto de extender la definición de refugiado plasmada en las normas estatales es la consagración del principio de unidad de la familia por medio del cual se reconoce a los miembros del núcleo familiar de la persona refugiada. Generalmente dicho grupo está integrado por el cónyuge o compañero(a) de vida, los hijos menores y padres respecto de los que son su único sustento. Este principio ha sido recogido expresamente por la legislación de los siguientes países: Brasil, Colombia, El Salvador, Costa Rica, México, Panamá y Perú. Lo contempla también el Proyecto de Ley de Migración de Costa Rica.

66. El principio de unidad de la familia se encuentra sólidamente afianzado al menos en el plano conceptual. Sabemos que no está contemplado de manera positiva por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, y que sólo aparece como una recomendación formulada a los gobiernos en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios que aprobó el texto de la Convención de 1951, para que adopten medidas con el objeto de asegurar su vigencia. Sin embargo, este principio no sólo apoya su vigencia a través de principios constitucionales de los Estados, sino que también ha sido uno de los temas vinculados al derecho de los refugiados que recibió la atención de los órganos de supervisión del derecho internacional de los derechos humanos. En particular, el Comité de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos se han ocupado extensamente de su protección.⁵⁴

⁵³ Cabe mencionar que en la actualidad existe en la Asamblea Legislativa de Costa Rica un nuevo proyecto de Ley de Migración, el cual no ha sido considerado para efectos de este estudio.

⁵⁴ El Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, se ha referido de manera general a la unidad familiar en las comunicaciones sobre los casos *Winata* (Australia, Comunicación N° 930/2000, *Mujeres mauricianas* (Comunicación N° 35/1978) y *Polaco-Canadiense* (Comunicación N° 173/1984). Por su parte, el Tribunal Europeo ha desarrollado el principio de unidad de la familia con base en el artículo 8 del Convenio Europeo, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar. En particular, el Tribunal ha sido de la opinión de que la mencionada disposición brinda protección a los *miembros de la familia* de personas no nacionales pero establecidas *permanentemente* en algún Estado parte del Convenio contra la expulsión (casos *Ciliz* contra Países Bajos (2000), *Moustaquim* contra Bélgica (1991) y *Berrehab* contra Países Bajos (1988)) y en favor de permitir su reunificación, en caso de no pasar el examen de retornabilidad (casos *Kwakyé-Nit* y *Dufie* contra Países Bajos, admisibilidad (2000), *Gül* contra Suiza (1996), *Ahmut* contra Países Bajos (1996), y *Abdulaziz*, *Cabales* y *Balkandali* contra el Reino Unido (1985).

II.3.2.3 LAS CATEGORÍAS SUBSIDIARIAS DE PROTECCIÓN Y LA SITUACIÓN DE LAS AFLUENCIAS MASIVAS.⁵⁵

67. EL ESTABLECIMIENTO DE CATEGORÍAS DE PROTECCIÓN DIFERENCIADAS DE LA FIGURA DEL REFUGIADO PERIENECE A UNA CONCEPCIÓN PROPIA DE ALGUNAS NORMAS DICTADAS A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA CENTROAMERICANA DE LA DÉCADA DELOCHENTA Y ES DE CRECIENTE INTERÉS EN LAS MÁS RECIENTES NORMAS SANCIONADAS POR LOS ESTADOS EN LA REGULACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO.

68. CON TODA SEGURIDAD ES AQUÍ DONDE SE UBICA LA CUESTIÓN MÁS DELICADA DENTRO DE LOS DIFERENTES ASPECTOS QUE PUEDEN SUSCITAR INTERÉS PARA EL ANÁLISIS NORMATIVO, HABIDA CUENTA DEL PROPÓSITO QUE NOS GUÍA EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN. AL MISMO TIEMPO, LA ADOPCIÓN DE ESTE TIPO DE FIGURAS PUEDE SER UN HECHO REVELADOR DE LAS CONSECUENCIAS QUE PUEDEN SEGUIRSE POR EL DEBILITAMIENTO DEL VIGOR CONCEPTUAL DE LOS TÉRMINOS “ASILO” Y “REFUGIO”.

69. EN EL SENTIDO INDICADO, EL MATERIAL NORMATIVO OBSERVADO PERMITE ADVERTIR NO SÓLO QUE SE TRATA DE UN TEMA INELUDIBLE PARA LAS MÁS RECIENTES LEGISLACIONES DICTADAS EN AMÉRICA LATINA, SINO TAMBIÉN QUE LAS AFLUENCIAS MASIVAS DE REFUGIADOS CONSTITUYEN UNA SITUACIÓN QUE HA PUESTO EN EXTREMA TENSIÓN A LOS CONCEPTOS HASTA ENTONCES UTILIZADOS A FAVOR DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

70. UNO DE LOS CRITERIOS EMPLEADOS EN EL TRATAMIENTO DE ESTA EVENTUALIDAD CONSISTE EN PREVER QUE EN TALES CIRCUNSTANCIAS HABRÁ DE PROCEDERSE A LA DETERMINACIÓN POR GRUPO, ESTO ES, A CONSIDERAR QUE LOS INTEGRANTES DEL GRUPO DE QUE SE TRATE SON REFUGIADOS POR TAL HECHO.

71. EL OTRO CRITERIO QUE MUESTRAN LAS LEGISLACIONES NACIONALES ES EL DE CONSAGRAR FIGURAS SUBSIDIARIAS DE PROTECCIÓN. AQUÍ SE NOTA LA INFLUENCIA DEL MODELO EMPLEADO EN VARIAS LEGISLACIONES EUROPEAS, COMO, POREJEMPLO, EN LAS DE BÉLGICA, DINAMARCA, HOLANDA, SUECIA Y PORTUGAL⁵⁶. López Garrido llama a estas figuras estatuto “B” y afirma que mediante tales se otorgan derechos por tiempo determinado y de menor extensión que los que corresponden bajo el estatuto de refugiado de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.⁵⁷

72. Los estatutos “B” o figuras subsidiarias de protección constituyen un retroceso en la protección internacional por cuanto consagran un trato inferior en cuanto a protección y asistencia que aquel que se dispensa al refugiado cuyo caso cae bajo la definición de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Sin embargo, cabe objetar por irrazonable el criterio de selección empleado en la norma, en tanto se repare en que las necesidades de estas personas, objetivamente consideradas, no presentan diferencias sustantivas que justifiquen un trato desigual.

⁵⁵ Ver en este volumen GIANELLI DUBLANC, *op. cit.*, tabla “VI. Categorías subsidiarias de protección”.

⁵⁶ LÓPEZ GARRIDO, Diego, *op. cit.*, pág. 123.

⁵⁷ *Ibidem*.

73. Cuando el problema de las afluencias masivas se presentó durante la crisis de refugiados de América Central, la respuesta instrumentada consistió en ampliar la definición de refugiado a través de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, permitiendo que más personas se incluyan dentro de este tipo de protección y no creando categorías subsidiarias. Lo mismo ocurrió en África durante el período de la descolonización, cuando se adoptó la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regula los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África de 1969.

74. En Latinoamérica, la primera legislación que introdujo las categorías subsidiarias de protección fue la panameña (el Decreto Ejecutivo N° 23, de 10 de febrero de 1998), a través de la figura de “necesitados de protección temporal”. Estas regulaciones contrastan con la realidad del desplazamiento forzado que se da en la actualidad en América Latina. Por un lado, es necesario reconocer que los principales agentes de persecución, particularmente en contextos de conflicto armado interno, son mayoritariamente los agentes no estatales o grupos que actúan al margen de la ley. Sin embargo, también es necesario subrayar que las afluencias masivas no excluyen el elemento persecución de grupos o de los miembros del mismo para acceder a la protección internacional y obtener el estatuto de refugiado. El recurrir a la figura ficticia de “necesitados de protección temporal” en situaciones de afluencia masiva tiene el efecto concreto de no reconocer la posibilidad que las personas ubicadas bajo esa categoría puedan acceder a la protección de la Convención de 1951, dado que el estatuto humanitario provisional, como ya se indicó, sólo contempla dos posibles soluciones: el retorno o el reasentamiento en un tercer país. La inconsistencia del Decreto 23 con los estándares internacionales ha quedado evidenciada con los recientes casos de *refoulement* a Colombia de personas bajo este estatuto.⁵⁸

75. En resumen, durante la década de los años ochenta la respuesta de los Estados a la situación de los refugiados, y en particular a las situaciones de afluencia masiva, fue coherente y concertada. Esta respuesta humanitaria se vio reflejada en el establecimiento de un marco normativo basado e inspirado en los principios y normas del derecho internacional de refugiados, el régimen de asilo latinoamericano y la generosa tradición de asilo de la región, así como en los desarrollos del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. No debe extrañar que como parte de esta misma respuesta surgiera la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, en la cual se recomienda la adopción de una definición ampliada de refugiado, haciendo énfasis en distintas situaciones objetivas del país de origen o residencia habitual, y no en las condiciones subjetivas de las víctimas.

⁵⁸ Ver el comunicado de prensa del ACNUR del 23 de abril de 2003, “Preocupación del ACNUR por deportación de colombianos desde Panamá”.

76. Con posterioridad, lamentablemente, las nuevas respuestas normativas comienzan a reflejar gradualmente la confusión terminológica entre “asilo” y “refugio”, utilizándose este último término como sinónimo de la condición de refugiado, e incluso llegando a reemplazarlo como término técnico jurídico en varios textos legales. Como consecuencia, “refugio” vino a identificarse como un vocablo abarcador de toda la materia relativa a refugiados. Como indicado en distintos apartados de este estudio, esta tendencia tiene graves consecuencias negativas, actuales y potenciales, para la protección de los refugiados en las Américas, en tanto, por un lado, se trata de sustraer a los refugiados de la protección misma que se otorga a través del asilo, pero, por otro, se quiere diferenciar la respuesta humanitaria de las situaciones de afluencia masiva, a través de regímenes inferiores de protección. Por lo tanto, tomando en cuenta que la finalidad del derecho internacional de refugiados y el derecho internacional de derechos humanos es la protección de la persona humana, es necesario emprender un esfuerzo para remediar este estado de cosas.

III. Reconstrucción del concepto de asilo a la luz de los Derechos Humanos

III.1 Consideraciones sobre la naturaleza del asilo en el derecho internacional.

77. La investigación estimó necesario abordar algunos aspectos de la naturaleza del derecho al asilo con el fin de sentar bases para una crítica a la postura “dualista” que, como vimos, se ha consagrado con éxito en la legislación de América Latina.

78. En la consideración de la doctrina, el asilo es apreciado como la figura rectora que domina la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de la persona perseguida. En este sentido, López Garrido hace referencia a una acepción del asilo en sentido amplio, comprensiva de todas las formas o modalidades que ésta pueda asumir, dentro de la cual incluye al estatuto de refugiado, y una segunda acepción, comprensiva de aquella protección de la persona, que incluye, además, las cuestiones vinculadas a la obtención de

una solución duradera.⁵⁹ De manera implícita, este concepto se halla presente también en Goodwin-Gill, quien expresa que, desde 1951, muchos Estados han adoptado la definición de refugiado como el criterio para otorgar asilo.⁶⁰

79. Según este último autor, el término “asilo” es frecuentemente utilizado pero su contenido no es fácil de determinar. En efecto, señala que no es posible establecer si abarca una residencia temporal o permanente, libertad de movimiento para el refugiado o integración, o confinamiento en campamentos de refugiados, si incluye o no libertad para trabajar, etc.⁶¹

80. No obstante, destaca que la noción de protección que un Estado otorga a un extranjero contra el ejercicio de la jurisdicción por otro Estado se encuentra en el corazón de la figura de asilo, así como que su fundamento radica en el ejercicio de su jurisdicción dentro del ámbito de su soberanía, o bien en un tratado o costumbre regional en los supuestos de asilo diplomático.⁶²

81. A juzgar por el estado de la normativa internacional vigente, la mayor parte de los tratadistas sostiene que no existe un derecho del individuo a que le sea otorgado el asilo, entendido éste como involucrando no sólo una protección temporal sino también una solución duradera.⁶³ Sin embargo, y también de acuerdo con la misma fuente, no se podría afirmar que una solución total a los problemas que enfrenta el refugiado sea una cuestión del todo ajena a la responsabilidad que tienen los Estados en su condición de miembros de la comunidad internacional y, sujetos como están, por tal virtud, a las obligaciones que pueden desprenderse de tal condición. En este contexto, existen limitaciones a la discrecionalidad estatal en este ámbito que podemos vincular con el principio de solidaridad internacional.⁶⁴

82. En este sentido, es importante examinar el impacto que puede tener el análisis del tema en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, habida cuenta de que el derecho al asilo ha sido reconocido como tal en distintos instrumentos internacionales y que se trata de un ámbito en el que se han consagrado restricciones crecientes al principio de soberanía del Estado.

⁵⁹ LÓPEZ GARRIDO, Diego, *op. cit.*

⁶⁰ GOODWIN-GILL, Guy S., *The Refugee in International Law*, second edition, Oxford, Clarendon, 1996, pág. 203.

⁶¹ *Ibídem.*

⁶² *Ibídem.*

⁶³ *Ibídem.*

⁶⁴ *Ibídem.*

III.1.1 Las limitaciones sobre la soberanía del Estado en relación con la admisión, permanencia y expulsión de extranjeros.

83. Constituye un buen ejemplo de ese proceso la evolución que se ha logrado por vía jurisprudencial en el tratamiento de materias lindantes con la protección de los refugiados, como son las relacionadas con la admisión, permanencia y expulsión de extranjeros. En efecto, en el tratamiento de estos temas se ha logrado una visible limitación del espacio reservado a la voluntad soberana del Estado, en virtud de la aplicación de las normas protectoras de los derechos humanos a favor de los extranjeros, considerados a tales fines no en tanto tales, sino como personas sujetas a la jurisdicción del Estado. Dicha protección tiene lugar mediante la exigencia de cumplimiento de requisitos formales en la adopción de medidas de expulsión, como son aquellas que establecen el artículo 22.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o bien mediante el establecimiento de límites a la adopción de medidas que, aunque autorizadas por la ley, como es el control de ingreso y permanencia de extranjeros, pueden entrar en colisión con los derechos humanos del individuo en cuestión, en condiciones tales que no cumplan con las justificaciones que autorizan a restringir el goce o ejercicio de tales derechos dentro del concepto de orden público de un Estado democrático. De esta manera, se han consagrado limitaciones al ejercicio del control migratorio para la protección del derecho a la vida, a la integridad personal, la prohibición de discriminaciones y la protección de la vida familiar.

84. Desde esta perspectiva, el contenido del artículo 22.7 de la CADH debe informarse en los principios y normas consagrados en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967, respecto de aquellos Estados que son parte de dichos instrumentos. Entre tales derechos se destaca principalmente el principio de *non-refoulement*, que se halla reconocido explícitamente en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁵, así como el acatamiento de todos los deberes que tienen los Estados en materia de derechos humanos respecto de los solicitantes de asilo y refugiados, cuando se encuentran ya en el territorio donde el Estado ejerce su soberanía, o bien en cualquier otro supuesto en que estas personas estén sujetas a su jurisdicción. El principio de *non-refoulement* resulta obligatorio para todos los Estados más allá de las obligaciones convencionales asumidas, pues su obligatoriedad se asienta en una norma de *ius cogens*⁶⁶.

⁶⁵ El artículo 22.8 de la CADH, dice así: “22.8 En ningún caso un extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

⁶⁶ Sobre este tema ver también el párrafo 131, *infra*.

85. No obstante, cabe tener presente que el derecho a residir en el territorio de un Estado se encuentra reconocido en los instrumentos de derechos humanos de una manera condicionada cuando se trata de no nacionales. Es claro que ello incorpora un elemento de indeterminación al contenido de las prestaciones que el Estado debe cumplir con relación a los solicitantes de asilo una vez que éstos han ingresado ya de cualquier modo en su territorio, y hayan obtenido o no el reconocimiento de la condición de refugiado. Sin embargo, es necesario aclarar que dicha circunstancia no conlleva en modo alguno que los Estados tengan absoluta discrecionalidad para la adopción de medidas respecto de estas personas, tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución adoptada sobre medidas provisionales en el caso de los ciudadanos haitianos y dominicanos descendientes de haitianos. Dijo al respecto en sus Considerandos que “4. (...) es un atributo de la República Dominicana tomar decisiones soberanas acerca de su política de migración, las cuales deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”.⁶⁷

III.1.2 Las obligaciones de los Estados en relación con el principio de solidaridad internacional y la búsqueda de soluciones duraderas.

86. Además, la protección internacional a los refugiados debe considerarse como una cuestión vinculada a los intereses de la comunidad internacional a tenor de lo que disponen los artículos 1.3 y 55 incisos a) y c) de la Carta de las Naciones Unidas, tal como lo prescribe el artículo 56 de este mismo instrumento, que consagra para los Estados el deber de tomar medidas, conjunta o separadamente, para realizar los propósitos consagrados en el artículo 55.⁶⁸

⁶⁷ Corte IDH, Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, Serie E: Medidas provisionales, Compendio julio 2000-junio 2001, Resolución de 18 de agosto de 2000, considerando N° 4.

⁶⁸ El artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas establece como uno de los propósitos de la organización el de “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...)” Por su parte, el artículo 55, en sus incisos a) y c), dispone que: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social, (...) c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades”.

87. Estas disposiciones facultan a la comunidad internacional para requerir a los Estados que tomen acciones en favor de la protección de los refugiados, y no sólo de manera limitada con la aplicación del principio de *non-refoulement*, sino también con relación a la obtención de soluciones duraderas para ellos, ya que estas últimas no pueden separarse totalmente de las circunstancias del refugiado, es decir, de la secuencia que va desde su salida involuntaria del país de origen o de residencia habitual (en el caso de refugiados apátridas), hasta el hallazgo de las condiciones mínimas que le permitan residir en un lugar de manera estable, trabajar y llevar una vida familiar.

88. En la misma línea de razonamiento, es muy importante reparar en que, aun cuando se reconoce que la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 establecen el deber estatal de no devolver a los refugiados, estos instrumentos convencionales no eximen a los Estados partes de toda obligación relacionada con la obtención de una solución duradera para los refugiados, sino que éste es un objetivo del que no se desentendieron en absoluto. Por lo expuesto, no es correcto afirmar que no existe en este terreno obligación alguna para los Estados que emane de estos instrumentos.

89. Tanto el artículo 35 de la Convención de 1951 como el artículo II del Protocolo de 1967 consagran la obligación de los Estados partes de cooperar con la Oficina del ACNUR en el ejercicio de sus funciones, entre las que se encuentran, la de asistir a gobiernos y particulares en su esfuerzo para fomentar la repatriación voluntaria de refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales, la de tratar de obtener que se conceda a los refugiados permiso para trasladar sus haberes, y especialmente los necesarios para su reasentamiento, la de facilitar la coordinación de esfuerzos de las organizaciones privadas que se ocupen del bienestar social de los refugiados, así como otras actividades tendientes a lograr para los refugiados una solución duradera a su problema (conforme Resolución 428 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas).⁶⁹

90. Existe aquí un *envío* que la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 realizan por conducto de sus artículos 35 y II, respectivamente, en orden a establecer el contenido de la obligación de cooperar que consagran, la cual, como vimos, se encuentra referida a la realización de los esfuerzos que son requeridos con el objeto de procurar bienestar para los refugiados.

91. Cabe interpretar que el deber de cooperación constituye una fuente de restricciones a la discrecionalidad estatal, conformándose para los Estados una exigencia de razonabilidad para sus respuestas a los requerimientos de la comunidad internacional con el objeto de atender las necesidades de protección de los

⁶⁹ Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 428 (V) del 14 de diciembre de 1950.

derechos humanos de los refugiados. Tales responsabilidades deberán evaluarse en cada ocasión de conformidad con las circunstancias del caso y, fundamentalmente, de acuerdo con el principio de buena fe contemplado en el artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas.⁷⁰

III.1.3 El surgimiento del derecho de asilo como derecho de la persona.

92. Desde esta perspectiva, cabe llamar la atención sobre la persistencia de los Estados de América Latina en identificar el derecho al asilo con la modalidad de derecho interestatal recogida en los instrumentos latinoamericanos clásicos, en una actitud que importa desconocer los contenidos de las normas de derechos humanos y en particular el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues conforme a lo que dispone el artículo 1.1 de la misma Convención, los Estados partes tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en ella.⁷¹ Asimismo, el artículo 2 de la Convención establece que los Estados partes deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en ella.

93. En este sentido, es interesante señalar que oportunamente fue debatida la cuestión de la titularidad del derecho de asilo en el seno mismo del sistema latinoamericano, pero más interesante aún es observar que los argumentos que llevaron al triunfo temporal de la postura que defendía al asilo como un derecho exclusivamente del Estado se apoya sobre una base que hoy es inexistente.

94. Aunque los problemas que impulsaron el desarrollo del sistema latinoamericano de asilo estaban estrechamente vinculados al arreglo de las relaciones bilaterales entre los Estados, el asilo nunca fue problemático sólo desde ese punto de vista. El otro problema suscitado en el contexto del otorgamiento del asilo y que se inserta más en el núcleo de los intereses del derecho internacional contemporáneo es la cuestión del fundamento para el rechazo de tales solicitudes por las autoridades de un Estado, y ello por la exigencia ineludible de acatar el principio de no discriminación que forma parte de la estructura básica de los derechos humanos.

95. El problema del fundamento del rechazo del asilo no fue visualizado como tal sino hacia finales de la etapa evolutiva del sistema latinoamericano de

⁷⁰ El principio *Pacta Sunt Servanda* es una norma consuetudinaria de derecho internacional, y está reconocida además en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

⁷¹ Entre estos derechos, cabe destacar los relacionados con el debido proceso y la protección judicial. Sobre la práctica de los Estados latinoamericanos en relación con las convenciones de asilo regionales y su inconsistencia con sus obligaciones bajo la Convención Americana, ver MANLY, Mark, *op cit.*, nota al pie N° 8, *supra*, texto acompañando las notas 120-125.

asilo, que concluyó con las Convenciones de Caracas de 1954 sobre asilo diplomático y sobre asilo territorial y que coincide, aproximadamente, en cuanto a la época, con el comienzo de la preocupación por la protección de los derechos humanos a nivel internacional y por el ascenso de la persona humana a niveles progresivos de personalidad en el derecho internacional.

96. En 1939, y luego en 1953, Uruguay propuso expresamente establecer la obligación de los Estados de acordar asilo diplomático.⁷² La postura del gobierno uruguayo aparece expuesta y fundamentada en un artículo firmado por el delegado uruguayo ante la Segunda Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de 1953, el Dr. Quintín Alfonsín.⁷³ Su argumento a favor de consagrar el deber del Estado de otorgar el asilo destaca que la finalidad de este instituto, tal como se practica en América Latina, consiste en sustraer a la persecución a *todas* las personas que se encuentren amenazadas por motivos políticos y en protegerlas por la sola condición de ser humanos.⁷⁴ Por tal virtud, el fundamento mismo del asilo lleva implícito el principio de no discriminación.

97. No obstante la vitalidad de este argumento, aún dominaba la postura tradicional según la cual no existía obligación por el hecho de que “al hombre no se le ha reconocido personería internacional”,⁷⁵ la cual quedó reflejada en el artículo II de la Convención de Caracas sobre asilo diplomático de 1954, empleando la siguiente fórmula propuesta por la delegación argentina: “Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega”⁷⁶.

98. A pesar de que dicha disposición refleja, de manera contundente, la posición de que el asilo era concebido como un acto de naturaleza facultativa para el Estado, lo cierto es que, aun así, cabe destacar que fue la primera vez en que quedó consignada una formulación semejante en una convención internacional, lo que en sí denota la existencia de una controversia técnico-jurídica que antes se hallaba ausente.

⁷² TORRES GIGENA, Carlos, *Asilo diplomático. Su práctica y teoría*, Buenos Aires, La Ley, 1960, pág. 90.

⁷³ ALFONSÍN, Quintín, *Naturaleza del derecho de asilo diplomático*, Buenos Aires, La Ley, tomo 83, pág. 911.

⁷⁴ *Ibíd.*, pág. 911.

⁷⁵ Según Torres Gigena, “la persona de derecho internacional tiene que reunir capacidades de las que el hombre como individuo carece. Se le reconocen derechos naturales inherentes a su personalidad humana, pero por sí mismo carece de la facultad de hacer cumplir por las otras personas internacionales las obligaciones correlativas que perfeccionarían su derecho. Como se ha afirmado, ‘el individuo no puede verse resguardado en su derecho frente a un Estado sino por vehículo del Estado del que depende’. Es decir, no tiene capacidad directa”. TORRES GIGENA, *op. cit.*, pág. 90.

⁷⁶ El texto mereció las expresas reservas de Guatemala y de Uruguay.

99. Si el obstáculo para acceder al reconocimiento del asilo como derecho del individuo era de tal naturaleza, debemos considerar que hoy se encuentra allanado el camino hacia la consagración del derecho de asilo como un derecho individual, en tanto se encuentra reconocido en diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos⁷⁷ y considerando que el reconocimiento de la persona humana como sujeto del derecho internacional es una cuestión que actualmente se encuentra pacíficamente aceptada⁷⁸.

100. La jurisprudencia constitucional constituye también una fuente de interés para establecer contenidos del derecho al asilo, como lo refleja la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en la que se afirma que el asilo es un derecho sustantivo que da lugar a una obligación estatal de otorgarlo cuando se cumplen los requisitos que condicionan dicho otorgamiento. En su opinión concurrente al fallo citado, el Dr. Piza Escalante añadió: “A las razones de la sentencia agregó (...) que (...) el Artículo 31 de la Constitución de Costa Rica establece un derecho sustantivo pleno y perfecto por el solo hecho de poner un pie en el territorio nacional, de manera que la actividad de las autoridades administrativas e incluso de las judiciales es esencialmente declarativa y debe limitarse a comprobar si efectivamente el asilado es un perseguido por razones políticas” (conforme Expediente. 1365-S-95, voto N° 1746-95).⁷⁹

101. Esta sentencia demuestra el dinamismo que presenta el derecho al asilo como derecho humano y desmiente su concepción bajo los cánones del derecho clásico interestatal o bajo la noción de mínima protección que subyace al llamado “refugio”.

⁷⁷ Conf. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVII, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.7.

⁷⁸ Al respecto, Philip Jessup escribió ya hace más de 50 años que “*international law or the law of nations, must be defined as law applicable to states in their mutual relations and to individuals in their relations with states*”. Ver JESSUP, Philip: “The Subjects of a Modern Law of Nations”, *Michigan Law Review*, vol. 45, N° 4, febrero de 1947, pág. 385. Asimismo, en el año 1949 Lauterpacht escribió: “*Practice has abandoned the doctrine that States are the exclusive subjects of international rights and duties*”. Ver LAUTERPACHT, Hersch, *Survey of International Law in Relation to the Work of the International Law Commission*, citado en D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, fifth edition, London, Sweet and Maxwell, 1998, pág. 140. Ver también Corte IDH, Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana. Resolución de medidas provisionales de 18 de agosto de 2000. Serie E., voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 18.

⁷⁹ Voto concurrente del magistrado Dr. Piza Escalante en Expediente 1365-S-95 sobre recurso de amparo, voto N° 1746-95 de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la República de Costa Rica del 31 de marzo de 1995.

III.2 La convergencia entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos según la doctrina de los órganos del sistema interamericano: La aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

102. La convergencia y complementariedad entre el Sistema Interamericano y el Derecho Internacional de los Refugiados en particular no parece hoy, a la luz de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales, discutible. Baste recordar al respecto lo sostenido por la Corte IDH al inaugurar su competencia consultiva:

“En la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que ‘han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional’. Igualmente, varias disposiciones de la Convención hacen referencia a otras convenciones internacionales o al derecho internacional, sin restringirlas al ámbito regional (Artículos 22, 26, 27 y 29, por ejemplo)”.⁸⁰

103. Dicha vocación, claramente visible en el texto de la CADH, se transforma en innegable con la sola lectura de los artículos 22.7 y 29:

Artículo 22.7

“Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.”

Artículo 29

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

⁸⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 1/82, solicitada por el Perú, Otros Tratados: objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 1, 24 de septiembre de 1982, párrafo 41.

- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

104. En la Opinión Consultiva OC/1 antes mencionada, la Corte recalcó que “[e]l propósito de integración del sistema regional con el universal se advierte, igualmente, en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto de la Comisión. En varias ocasiones, en sus informes y resoluciones, la Comisión ha invocado correctamente “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, con prescindencia de su carácter bilateral o multilateral, o de que se hayan adoptado o no dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano”.⁸¹

105. Al analizar los últimos desarrollos del derecho internacional, en el año 1994 el profesor Antonio Cançado Trindade se refirió a la “convergencia” entre tres ramas del derecho internacional, que en definitiva produce el mismo efecto “integracionista” mencionado. Según indicó, “la doctrina y la práctica contemporáneas admiten, por ejemplo, la aplicación simultánea o concomitante de normas de protección, sea del derecho internacional de los derechos humanos, sea del derecho internacional de los refugiados, sea del derecho internacional humanitario. Hemos pasado de la compartimentalización a la convergencia, alimentada por la identidad del propósito común de protección del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias.”⁸²

106. Tomando en cuenta varios de los elementos mencionados en las decisiones de la Corte arriba expuestos, los entonces jueces de la Corte Interamericana Piza Escalante y Cisneros Sánchez escribieron en 1981: “En el ámbito del sistema interamericano, debe entenderse que sus principios y normas incorporan los del sistema universal y, por lo tanto, que los principios y normas del derecho de los refugiados de las Naciones Unidas forman parte también de dicho sistema interamericano”.⁸³

⁸¹ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 1/82 *op. cit.* párrafo 43.

⁸² CANÇADO TRINDADE, Antonio, *Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias*, *op. cit.*, pág. 166.

⁸³ PIZA ESCALANTE, Rodolfo, y CISNEROS SÁNCHEZ, Máximo, “Algunas ideas sobre la incorporación del Derecho de Asilo y de Refugio al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Asilo y Protección Internacional de refugiados en América Latina*, Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 1982, pág. 110.

107. Es necesario destacar, particularmente, la importancia del artículo 29(b). Refiriéndose a su competencia consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha indicado que “la función que el Artículo 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el artículo 29(b).”⁸⁴

108. A la luz de lo establecido por la Corte IDH, la práctica de la CIDH y, en general, los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención debe interpretarse de conformidad a las siguientes reglas:

III.2.1 La interpretación de acuerdo con el objeto y fin de la Convención o interpretación teleológica.

109. Como punto de partida, debemos tomar en cuenta lo establecido por la Corte IDH en su segunda Opinión Consultiva, que señala:

“Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”⁸⁵

110. Ejerciendo su competencia contenciosa, la Corte IDH ha hecho expresa aplicación de este principio. Al respecto, nos remitimos a lo dispuesto en el caso Velásquez Rodríguez, reiterado en el caso Cayara:

⁸⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 1/82, *op. cit.*, párrafo 42.

⁸⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 2/82, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 2, 24 de septiembre de 1982, párrafo 29.

“Los tratados deben interpretarse ‘de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ (Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiriera todo ‘su efecto útil’”.⁸⁶

III.2.2 El principio *pro homine*.

111. El artículo 29(b) consagra en la Convención el principio *pro homine*. Este principio ha sido expresamente aplicado por la Corte IDH, según la cual, de conformidad con este artículo:

“Si a una misma situación le son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.⁸⁷

112. Este principio se complementa con el párrafo (d) del artículo 29, el cual “prohíbe toda interpretación que conduzca a ‘excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre’, reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA en el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión”.⁸⁸

113. En suma, si constatamos: a) que el texto del artículo XXVII de la Declaración Americana no limita el derecho de buscar y recibir asilo a la causal política (como lo hace el artículo 22.7), b) que el artículo 29 prohíbe toda interpretación que excluya o limite el efecto que pueda producir la Declaración, debemos concluir que, de conformidad con el artículo 29(d), no se puede limitar el otorgamiento del asilo únicamente a casos de persecución motivada por

⁸⁶ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 1, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 30; Corte IDH, Caso Cayara, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 14, Excepciones Preliminares, sentencia del 3 de febrero de 1993, párrafo 37.

⁸⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 5/85, solicitada por el gobierno de Costa Rica, La colegiación obligatoria de los periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 5, 13 de noviembre de 1985, párrafo 52.

⁸⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 5/85, *op. cit.*, párrafo 44.

delitos políticos, sino que también se podría aplicar a casos de persecución por motivos religiosos, raciales y, en general, a cualquier otro de los enumerados en el artículo primero de la Convención de 1951.

114. Es importante también señalar que en el caso Blake la Corte IDH tuvo oportunidad de considerar el significado del artículo 29(d) y, basándose en él, se permitió invocar varios elementos de instrumentos no vinculantes para fundamentar su fallo en el caso, expresando:

“No existe ningún texto convencional actualmente en vigor sobre la figura de la desaparición forzada de personas, aplicable a los Estados Partes en la Convención. Sin embargo se deben tomar en consideración los textos de dos instrumentos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992, así como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994. A pesar de que esta última todavía no está en vigor para Guatemala, estos instrumentos recogen varios principios de derecho internacional sobre esta materia, instrumentos que se pueden invocar con fundamento en el artículo 29.d) de la Convención Americana. Según esta disposición, no se puede interpretar ninguno de los preceptos de dicha Convención en el sentido de ‘excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza’”.⁸⁹

115. La regla de interpretación utilizada por la Corte IDH en este caso es de gran relevancia teniendo en cuenta la importancia de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 para la protección de personas en situaciones de afluencias masivas en América Latina. Aunque ésta no sea un tratado, la definición ampliada del refugiado propuesta por la Declaración⁹⁰ es ampliamente recogida en la legislación nacional de los países de la región⁹¹ y ha sido respaldada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.⁹² En

⁸⁹ Corte IDH, Caso Blake, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 27, Excepciones Preliminares, sentencia del 2 de julio de 1996, párrafo 36.

⁹⁰ La Conclusión Tercera de la Declaración de Cartagena establece que “definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

⁹¹ La definición ha sido debidamente incorporada en la normativa interna de México, Guatemala, El Salvador, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil y Paraguay. Honduras y Nicaragua la han aplicado en la práctica. Ver párrafos 63 y 64, *supra*.

⁹² En 1985 la Asamblea General de la OEA resolvió “[s]ubrayar la importancia de la Declaración de Cartagena y recomendar a los Estados miembros que apliquen el contenido de dicha Declaración en el tratamiento de los refugiados que se encuentren en su territorio”. Véase Resolución 774 (XV-0/85). Ver también las resoluciones posteriores: 838 (XVI-0/86), 1103 (XXI-0/91), 1336 (XXV-0/95) y 1416 (XXVI-0/96).

este sentido, se puede afirmar que existen indicios de la existencia de los dos elementos necesarios para la formación de una norma de la costumbre internacional, la práctica estatal (y repetición) y la *opinio juris sive necessitatis*. De hecho, ya en el año 1994, Héctor Gros Espiell señaló que la Declaración de Cartagena “ha llegado a adquirir fuerza y validez como fuente de Derecho Internacional, por haber logrado el carácter de una costumbre regional latinoamericana”.⁹³

116. Por lo tanto, se podría argumentar que al aplicar el derecho de buscar y recibir asilo consagrado en el artículo 22.7, los Estados partes de la Convención Americana tendrían que incorporar la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena en la medida en que se ha cristalizado como norma consuetudinaria.

117. En relación con la interpretación teleológica y el principio *pro homine*, es relevante también la opinión del juez Piza Escalante en su voto separado en la Opinión Consultiva N° 4 en donde enfatiza la validez de estas reglas de interpretación al señalar que:

“2. En este aspecto, a mi juicio, tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del artículo 29 de la Convención Americana, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados, criterios que de un modo u otro ya han sido potenciados por la Corte. (...) Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención misma por virtud del citado artículo 29, cuya amplitud innovadora no tiene parangón en ningún otro documento internacional.

3. En lo que a mi opinión separada interesa, invoco como de particular importancia, en primer lugar, el principio de que los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres éstos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento (...)”.⁹⁴

⁹³ GROS ESPIELL, Héctor, “La Declaración de Cartagena como fuente del derecho internacional de los refugiados en América Latina”, en *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados: Memoria Coloquio Internacional*, IIDH-ACNUR, San José, Costa Rica, 1995, págs. 468-469.

⁹⁴ Corte IDH, voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante en Opinión Consultiva, OC 4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 4, 11 de enero de 1984, párrafos 2 y 3 (Razonamiento).

III.2.3 El derecho internacional de refugiados como *lex specialis* dentro del marco del artículo 22.7.

118. Al respecto resulta esclarecedor el criterio fijado por la CIDH en el Caso Abella con relación al artículo 29(b):

“ (...) cuando existen diferencias entre las normas legales que rigen derechos idénticos o similares en la Convención Americana y en un instrumento de Derecho Humanitario, la Comisión está obligada a asignar efecto legal a las disposiciones del tratado con el estándar más elevado que resulte aplicable a los derechos o libertades en cuestión. Si dicho estándar se encuentra en una norma de derecho humanitario, la Comisión debe aplicarla.

Analizando con propiedad, la estrecha interrelación entre los derechos humanos y el Derecho humanitario también sustenta la competencia que posee la Comisión bajo el artículo 29.b para aplicar, cuando resulte relevante, el derecho humanitario”.⁹⁵

119. Aplicando esta misma lógica al derecho de buscar y recibir asilo, no podemos sino concluir que el artículo 22.7 sólo establece un marco general, puesto que no define al potencial beneficiario del asilo, con el agregado de la especial mención que contiene dicho artículo a los “convenios internacionales”. La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 son en este caso la *lex specialis*, al establecer una definición detallada del término refugiado en su artículo primero.

120. Así lo ha reconocido Canadá, según lo refleja el informe N° 27/93 de la CIDH, en el caso presentado en nombre de la señora Cheryl Mónica Joseph, donde se da cuenta de la postura del Estado, según la cual: “El artículo XXVII de la Declaración Americana otorga el derecho de buscar y recibir asilo de acuerdo con las leyes internas y los tratados internacionales. El instrumento internacional de mayor relevancia en las actuales circunstancias es la ‘Convención de las Naciones Unidas relativa al Estatuto de los Refugiados’ (sic, sobre el Estatuto de los Refugiados). Como se indicó anteriormente, sus obligaciones han sido incorporadas a la Ley de Inmigración. Claramente, la señora Joseph ejerció su derecho de solicitar asilo. No lo recibió debido a que un panel independiente e imparcial determinó que ella no había demostrado una base creíble sobre la cual podía considerarse como un refugiado según la Convención. Además, se reali-

⁹⁵ CIDH, Caso N° 11.137 Juan Carlos Abella (Argentina), Informe Anual 1997, Peticiones y casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, E: Informes de fondo, informe N° 55/97, 18 de noviembre de 1997, párrafos 165-166.

zaron varias revisiones humanitarias y compasivas del caso de la señora Joseph a fin de determinar si existían circunstancias extraordinarias que justificaran su residencia en Canadá, a pesar del hecho de que no cumplía con las exigencias legales para obtener la calidad de refugiado”.⁹⁶

121. Como vimos precedentemente, la Comisión argumentó en el caso Abe-lla que, en ciertas circunstancias, la Convención Americana permite aplicar directamente normas contenidas en otros tratados relacionados con los derechos humanos, como, por ejemplo, de derecho humanitario. Sin embargo, la Corte IDH no aceptó esta interpretación en el caso de Las Palmeras (Excepciones preliminares). En esta última sentencia, la Corte IDH indicó que “de la Convención Americana se desprende, con toda claridad, que el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culmine en una demanda ante la Corte IDH, debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención”⁹⁷ y por lo tanto aceptó que tanto la Comisión y la Corte IDH carecen de “competencia para aplicar el derecho internacional humanitario y otros tratados internacionales”.⁹⁸ En su voto razonado, el juez Cançado, presidente de la Corte IDH, señaló claramente que “no hubo discrepancia entre la Comisión y el Estado demandado (...) en cuanto a la posibilidad de tomar en cuenta el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario como elemento de interpretación para la aplicación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...) Hay, sin embargo, una distancia entre el referido ejercicio de interpretación, –incluida aquí la interacción interpretativa– y la aplicación de la normativa internacional de protección de los derechos de la persona humana, estando la Corte habilitada a interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Estatuto de la Corte, artículo 1)”.⁹⁹ En este contexto es importante destacar que existe una diferencia sustancial entre el artículo 4 (el derecho a la vida) y el artículo 22.7. En efecto, es el mismo texto del artículo 22.7 el que nos obliga a aplicar el derecho de buscar y recibir asilo de acuerdo con los “convenios internacionales”, y lógicamente correspondería emplear los elementos de interpretación de la *lex specialis*, que en el presente caso serían la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Reafirmando lo hasta aquí expresado, la CIDH ha sostenido que “los convenios internacionales” a que hace referencia el artículo 22.7 de la CADH

⁹⁶ CIDH, Caso N° 11.092 Canadá – Decisión de la Comisión respecto a la admisibilidad, Informe Anual 1993, Informes relativos a casos individuales, informe N° 27/93, 6 de octubre de 1993, párrafo 31.

⁹⁷ Corte IDH, Caso Las Palmeras, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 66, Excepciones Preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000, párrafo 34.

⁹⁸ Corte IDH, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en Caso Las Palmeras, *op. cit.*, párrafo 5.

⁹⁹ Corte IDH, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en Caso Las Palmeras, *op. cit.*, párrafos 3 y 5.

son “la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre la situación [sic, el estatuto] de los refugiados.”¹⁰⁰.

122. El Seminario sobre Asilo Político y Situación de los Refugiados realizado en La Paz, Bolivia, en 1983 llegó a la misma conclusión: integra la definición de la condición de refugiado del artículo 1 de la Convención de 1951 con el derecho de buscar y recibir asilo establecido en la Convención y Declaración americanas al “afirmar el principio del asilo como el derecho subjetivo a buscar y recibir protección en territorio extranjero en caso de fundado temor de persecución por motivos de raza, religión y nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, o en caso de persecución por delitos políticos, de acuerdo con la definición contenida en la Convención de Naciones Unidas de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y en seguimiento de los más recientes desarrollos del derecho interamericano consagrados especialmente en el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José)”¹⁰¹.

IV. Conclusiones y recomendaciones de la investigación

IV.1 Conclusiones

123. América Latina ha desarrollado en la primera mitad del siglo XX una normativa convencional inédita sobre la institución del asilo. Sin embargo, no menos importante que el testimonio literal que representan los instrumentos latinoamericanos es la extendida y acendrada práctica de otorgar asilo que los países de la región han ejercido como espontánea conducta y prácticamente desde el inicio mismo de su vida institucional. De allí que América Latina se reconozca portadora de una tradición muy ligada a la práctica de otorgar asilo al

¹⁰⁰ CIDH, Caso N° 10.675 Estados Unidos – Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso (Haitian Interdiction), Informe Anual 1996, Informes relativos a casos individuales, Informe N° 27/93 de fondo, 13 de marzo de 1997, párrafos 154-155.

¹⁰¹ Conclusión N° 1 del Seminario Asilo Político y Situación del Refugiado realizado en La Paz, Bolivia, del 19 al 22 de abril de 1993, organizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Bolivia y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Universo, la Paz, 1983, pág. 115.

perseguido, que se ha arraigado fuertemente en su cultura, de la cual los convenios suscritos por los Estados no son sino una manifestación visible de todo un universo más vasto conformado por esa cultura de solidaridad.

124. Es evidente que dicha tradición ha significado una presencia portentosa y de ineludible referencia dentro del ámbito jurídico regional. Sin embargo, en la idea errada de una pretendida autonomía regional en materia de asilo y en el sesgo nacionalista que subyace a este instituto en tanto su origen está unido a la afirmación de soberanía, reside una explicación sobre la lenta recepción que los instrumentos de Naciones Unidas, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 tuvieron en América Latina; todo lo cual se vio reflejado en el escaso interés demostrado por sus países en la Conferencia de Plenipotenciarios que aprobó el texto de la Convención de 1951, en la que sólo cuatro Estados de la región participaron.

125. Sin embargo, el proceso que se inició con la crisis de los refugiados cubanos en la década de 1960, y que luego siguió con los problemas del Cono Sur en la década de 1970 y de América Central en la de 1980, presentó nuevos desafíos, pues los problemas de refugiados empezaban a mostrar un rostro inédito, hasta entonces desconocido, que permitió poner en evidencia las ventajas que ofrecía el sistema de Naciones Unidas. La protección de los refugiados de América Latina por parte del ACNUR comenzó en la década de 1970 en el Cono Sur, y a partir de allí fue verificándose el despliegue de sus oficinas por América Latina. También se registró una fuerte presencia de la comunidad internacional en la crisis de América Central en la década de 1980, y luego de todo ello tuvo lugar el proceso de ratificaciones y adhesiones a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, que al día de hoy es prácticamente universal en la región.¹⁰²

126. La experiencia de América Central en los ochenta puso de manifiesto que una situación de afluencia de refugiados en gran escala no tiene por qué significar un bajo nivel de protección para las personas cuando existe voluntad política para atender al problema uniendo los esfuerzos estatales y la cooperación internacional. En efecto, lo que hizo posible aquella respuesta no fue la separación de esfuerzos y recursos, sino su conjunción: por una parte, una generosa política de asilo de gobiernos de la región; por otro lado, el preponderante rol del ACNUR y sus esfuerzos de promoción de los principios del Derecho Internacional de Refugiados; en definitiva, la concertación internacional destinada a buscar soluciones en el marco de los esfuerzos de paz en Centroamérica, siendo CIREFCA uno de sus ejemplos más claros.¹⁰³

¹⁰² Exceptuando uno, todos los países latinoamericanos son partes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o de su Protocolo de 1967.

¹⁰³ Respecto del aporte de CIREFCA al derecho internacional de refugiados, Ver CIREFCA/89/9, *op. cit.*

127. Pese a la comprobada ineficacia actual del tradicional sistema latinoamericano de asilo para atender a las necesidades contemporáneas de protección de los refugiados, los Estados se siguen aferrando fuertemente a esta figura para atender casos políticos. De tal firme resolución ha resultado una coexistencia paralela de dos regulaciones jurídicas, que dieron base a la concepción dualista que se refleja de manera creciente en las legislaciones nacionales. Por un lado, la conformada por los convenios interamericanos clásicos de asilo y, por otro lado, la regulación de Naciones Unidas, conformada por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. La primera constituye un derecho netamente interestatal, destinado a arreglar las cuestiones que pudieran suscitarse entre el Estado que otorga asilo, de conformidad con su normativa interna o con base en la costumbre internacional, y aquel que persigue al asilado. La segunda reconoce derechos individuales y presenta además la ventaja de contemplar la organización de la protección y la asistencia internacional a través de una agencia especializada de Naciones Unidas para atender las necesidades originadas en el hecho, muchas veces imprevisible e incontenible, de los flujos de refugiados.

128. Esta división se ha mantenido de manera injustificada, ya que la coexistencia mencionada de disposiciones convergentes sobre una misma materia debió resolverse en la armonización de ambas mediante la interpretación que mejor consulte las exigencias sistemáticas del ordenamiento jurídico y no en la exclusión de una de éstas por la otra o, como ha ocurrido en el tema que nos ocupa, distribuyéndose ámbitos de aplicación diferenciados para cada una, pues cuando el derecho se aplica de manera fragmentada su normatividad pierde fuerza y, en este caso, ello se traduce en un debilitamiento de la protección internacional de los refugiados. Desde el derecho internacional público y la práctica de los Estados, se puede afirmar que el Estado concede la admisión y la protección mediante cinco modalidades distintas: a) a los asilados según el sistema latinoamericano, b) a los refugiados según el sistema universal, c) a las personas que caen bajo la definición de refugiado propuesta por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, que amplía la definición del sistema universal, d) a las personas que corren riesgo de ser torturadas al ser devueltas con base en la prohibición contemplada en la Convención contra la Tortura e, implícitamente, en otros instrumentos, y e) por razones humanitarias, a otras personas. En todos estos casos jurídicamente nos encontramos frente a la institución del asilo, entendido como la protección que se brinda a un extranjero.

129. Además, el “dualismo” ha permitido que se postergase toda consideración del asilo en el contexto de la protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional. Debido a la consagración del asilo como derecho humano, la práctica de los Estados en la materia ha de adecuarse a las garantías mínimas que se aplican para la protección de los derechos humanos, en parti-

cular la no discriminación, el respeto del debido proceso en la determinación de derechos, y la protección judicial, tal como lo exige el deber de acatar lo dispuesto en los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰⁴

130. Al mismo tiempo, se han desarrollado normas en el derecho penal internacional que obligan a los Estados a investigar y sancionar a los responsables de delitos internacionales, tales como tortura, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, o, en su defecto, a extraditar a los responsables a otros Estados que estén dispuestos a proceder judicialmente. Por lo tanto, la regla *aut dedere aut judicare* excluye la posibilidad de que los Estados otorguen el asilo a los responsables de crímenes internacionales.¹⁰⁵

131. La integración del asilo con estas ramas del derecho internacional y con las del derecho humanitario se ha proyectado al corazón mismo del sistema de protección de los refugiados, como es el principio de *non-refoulement*¹⁰⁶, cuyo reconocimiento como norma de *ius cogens* no se discute y que reconoce una vigencia en el ámbito de los derechos humanos carente de las restricciones

¹⁰⁴ Sobre esta cuestión ver, en este volumen, el artículo de MANLY, Mark, *op. cit.*, párrafos 88 y 89.

¹⁰⁵ El artículo 1.F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 excluye de la protección internacional a las personas respecto de las cuales existan motivos fundados para creer que han cometido, *inter alia*, un delito contra la paz, un delito de guerra, un delito contra la humanidad o un grave delito común. Cabe mencionar que las Cláusulas de Exclusión del artículo 1.F no tienen similar en las convenciones latinoamericanas de asilo. Véase, no obstante, el desarrollo reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión, analizado por KAWABATA, Alejandro, y que forma parte de esta investigación. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[c]onforme al artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. La CIDH ya ha manifestado que la evolución normativa del derecho internacional público ha consolidado la jurisdicción universal, en virtud de la cual, cuando los órganos de la jurisdicción penal nacional no quieren o no puedan cumplir con la función de investigar y sancionar dichos crímenes internacionales, cualquier Estado tiene autoridad para “perseguir, procesar y sancionar a quienes aparezcan como responsables de dichos crímenes internacionales, aun aquellos cometidos fuera de su jurisdicción territorial o que no guarden relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, puesto que tales crímenes afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial [...] De acuerdo con las consideraciones anteriores, la Comisión Interamericana debe señalar que constituye una total desnaturalización de la institución del asilo el otorgar tal protección a personas que abandonen su país para eludir la determinación de su responsabilidad como autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales”. Recomendación sobre el asilo y su relación con crímenes internacionales, CIDH, 20 de junio de 2000.

¹⁰⁶ En las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos de Cambridge de las Consultas Globales se afirmó: “La no-devolución es un principio del derecho internacional consuetudinario”. ACNUR, “El principio de no devolución: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Cambridge”, 9-10 de julio de 2001. Ver también LAUTERPACHT, Elihu, y BETHLEHAM, Daniel: “Opinion: The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement”, 20 de junio 2001, *background paper* presentado a petición del ACNUR a la Mesa Redonda de Expertos sobre El principio de no devolución, Cambridge, 9-10 de julio de 2001. Según Lauterpacht y Bethlehem: “The essential content of the principle of non-refoulement at customary law may be stated as follows: 1. No person shall be rejected, returned or expelled in any manner whatever where this would compel them to remain in or return to a territory where substantial grounds can be shown for believing that they would face a real risk of being subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. This principle allows of no limitation or exception. 2. In circumstances which do not come within the scope of paragraph 1, no person seeking asylum may be rejected, returned or expelled in any manner whatever where this would compel them to remain in or to return to a territory where they may face a threat of persecution or to life, physical integrity or liberty. Save as provided

que contempla a favor de los Estados el artículo 33 de la Convención de 1951 (al punto que se le ha reconocido alcance absoluto).¹⁰⁷

132. Una parte fundamental del problema radica en el enfoque jurídico con que se aborda el tratamiento de un conjunto normativo tan heterogéneo como es aquel en el que se asienta la protección de los refugiados en América Latina. La confusión terminológica y conceptual a que se ha hecho referencia, así como la presunta distinción nítida realizada entre “asilo” y “refugio” en las legislaciones nacionales,¹⁰⁸ en la práctica de los Estados¹⁰⁹ y en la consideración de buena parte de los operadores jurídicos que participan en la aplicación de tales normas, es consecuencia de un abordaje asistemático del conjunto normativo vigente que merece revisarse.

133. En este sentido, cabe tener en cuenta que el sistema latinoamericano de asilo, considerado en sí mismo y desconectado de las nuevas corrientes evolutivas del derecho internacional, se encuentra prácticamente agotado en cuanto a sus posibilidades de aportar respuestas a los desafíos actuales. En ese contexto, el hecho de que el término asilo se identifique exclusivamente con dicho sistema, en cuyo marco se halla concebido como un derecho del Estado y no de la persona,¹¹⁰ conlleva el riesgo de que la noción misma de asilo, que remite a aquella figura de tradición milenaria, representativa por excelencia de la protección internacional que se otorga a quien, en la necesidad, busca protección y amparo, tienda a desaparecer siguiendo la suerte del sistema latinoamericano al que ha sido adosado y que, por obsoleto, va quedando cada vez más relegado.

134. A su vez, el sistema universal de protección de los refugiados, aislado también de la tradición de asilo de América Latina, que lo precede como parte de la cultura jurídica en la que se halla inmerso,¹¹¹ y de los aportes que provienen del desarrollo progresivo de los derechos humanos y del derecho humanitario, queda expuesto a la interpretación y aplicación restrictiva de sus disposiciones. Desde esta perspectiva, resulta significativo que se haya pretendido consagrar el

in paragraph 3, this principle allows of no limitation or exception. 3. Overriding reasons of national security of public safety will permit a State to derogate from the principle expressed in paragraph 2 in circumstances in which the threat of persecution does not equate to and would not be regarded as being on a par with a danger of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and would not come within the scope of other non-derogable customary principles of human rights. The application of these exceptions is conditional on the strict compliance with principles of due process of law and the requirement that all reasonable steps must first be taken to secure the admission of the individual concerned to a safe third country”.

¹⁰⁷ Dictamen del Comité contra la Tortura, Caso Tapia Páez v. Suecia, comunicación N° 39/1996: Sweden, 28/04/97, CAT/C/18/D/39/1996, y Corte Europea de Derechos Humanos, Ahmed v. Austria, application number 00025964/94, date 17/12/1996, párrafo 40. Igualmente véase también nota 106, *supra*.

¹⁰⁸ Ver en este volumen GIANELLI DUBLANC, María Laura, *op. cit.*, tabla “II. Definición de refugiado/asilado”. Ver también el análisis en el artículo preparado por SAN JUAN, César, *op. cit.*

¹⁰⁹ Ver, por ejemplo, la postura de Venezuela mencionada *supra*, párrafo 55.c.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Conf. CIREFCA/89/9, *op. cit.*, párrafos 12-13.

término “refugio” para designar a la protección que se otorga en el marco del sistema universal, pues dicho término no se encuentra autorizado por el texto de los instrumentos universales para designar al régimen que éstos encarnan; además, el término “refugio” es frecuentemente asociado a formas mínimas de protección, limitadas en su eficacia a la aplicación del principio de *non-refoulement*,¹¹² o bien designa a la protección mínima que debería otorgarse en casos de afluencias en gran escala.¹¹³

135. Se puede advertir entonces que, en este contexto, extraviada o muy devaluada la noción de asilo y limitada la protección de los refugiados a la noción de mínima protección, la empresa de brindar a los refugiados la protección y amparo que el respeto a la dignidad de la persona exige tiende a volverse una tarea extremadamente dificultosa en las circunstancias actuales, caracterizadas por demandas de protección que se hacen cada vez más complejas y dificultosas, y en las cuales las necesidades de protección se han incrementado.

136. Como parte de la misma preocupación, cabe también llamar la atención sobre la tendencia a consagrar figuras subsidiarias bajo las cuales se otorga un estándar de protección inferior al que corresponde para los refugiados según el derecho internacional. A la vanguardia de esta peligrosa orientación se ha empleado incluso el recurso de restringir artificialmente la definición de refugiado por obra de criterios de interpretación introducidos en la legislación,¹¹⁴ por lo que

¹¹² López Garrido señala que se ha hecho “una distinción conceptual básica, consistente en considerar el *asilo* como una institución dependiente en exclusiva de la soberanía del Estado, que no sería por ello un verdadero derecho, y cuya concesión estaría en función de la graciosa decisión de éste; y, como figura diferente, la del *refugio*, que es una obligación internacional que adquiere todo Estado que suscribe el Convenio de Ginebra, y que consiste, casi exclusivamente, en no rechazar a quien busca refugio, huyendo de un Estado que le persigue por las razones antes señaladas, a las fronteras del Estado perseguidor. El asilo significaría el permiso de entrada y de estancia, que podría ser hasta definitiva, dentro del Estado de acogida; y el refugio, simplemente, la prohibición de rechazo de la persona solicitante de refugio a la frontera del Estado perseguidor”.

No obstante, cabe aclarar que el autor no sostiene esa posición, ya que a continuación de la cita realizada afirma: “A la vista de la evolución del tratamiento de los refugiados y asilados en esta última parte de nuestra centuria, no nos parece que pueda mantenerse esta distinción tan nítida: el asilo de un lado, el refugio de otro. Se trata de una dicotomía muy desequilibrada porque mientras en el refugio aparecen determinados derechos, aunque no sean muy extensos, en la persona que quiera beneficiarse del mismo, en el asilo no habría ningún vestigio de derecho ni nada que se le parezca” (conf. LÓPEZ GARRIDO, *op. cit.*, pág. 17).

¹¹³ Conf. Conclusiones N° 19 y 22 del Comité Ejecutivo del ACNUR.

¹¹⁴ El Decreto N° 23 de Panamá establece que para ser considerado refugiado debe existir persecución individualizada sobre la persona del solicitante, requisito que deja ya por fuera a quienes puedan considerarse refugiados bajo la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984 sobre los Refugiados y, además, que la persecución sea protagonizada por las autoridades del Estado. Más importante aún, este requisito, además de reafirmar el efecto anterior, es inconsistente con el texto mismo de la Convención de 1951, que no establece tal limitación respecto del temor fundado ni del agente de persecución. La definición del refugiado en el artículo 1A de la Convención de 1951 no exige que la víctima haya sufrido persecución, sino que igualmente contempla a aquellas personas que, de acuerdo con el Manual del ACNUR, “desean evitar una situación que entraña un riesgo de persecución”. Ver *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiados*, párr. 45. Asimismo, en relación con la autoría de la persecución, actual o potencial, el mismo Manual dispone en su párrafo 65 que “el comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”.

de esa manera es posible que cada vez mayor cantidad de personas necesitadas de protección internacional queden imposibilitadas de acceder a su calificación como refugiados y, con ello, a la tutela que se otorga a éstos en el derecho internacional.¹¹⁵

137. De tal modo, se consagra una distinción de trato que no encuentra justificación en las necesidades que presentan las personas involucradas, sea que caigan dentro de una categoría legal o de la otra. Cabe destacar el notable parecido que este proceso selectivo guarda con el que se practica al reservar la aplicación del régimen de asilo para personas conocidas de la política y dejar el régimen de protección de los refugiados para personas anónimas y carentes de recursos. Mediante la nueva distinción que introduce la admisión de categorías subsidiarias de protección, se reserva la protección bajo la figura de refugiado para quienes son perseguidos individualmente y por autoridades del Estado, y, para el resto de las personas que acuden por ayuda en el contexto de afluencias masivas, se aplica otra categoría de protección inferior. En uno y otro supuesto, el criterio selectivo utilizado constituye un prejuicio que raya con una actitud discriminatoria, por la pertenencia de las personas a determinada clase social o eventualmente por otro motivo, que lo vuelve objeto de serio reproche jurídico.

138. Sin embargo, es importante destacar que mientras esto ocurre, también es posible observar que en América Latina se han recogido algunos buenos frutos de la evolución jurídica alcanzada cuando debió enfrentarse la crisis de América Central, tal es el caso de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 y que encuentra una recepción amplia en la legislación y en la práctica de los Estados de la región. Por otra parte, las nuevas tendencias legislativas que propician la adopción de regímenes inferiores de protección no se han generalizado aún dentro de este espacio regional, y por ello consideramos que se está a tiempo de realizar un giro que neutralice la tendencia negativa.

139. Por tal razón, el presente trabajo procura también propiciar una reacción capaz de revertir este proceso de debilitamiento de la respuesta institucional para atender las necesidades de protección de los refugiados. A tal fin, debería realizarse un esfuerzo para compatibilizar el sistema interamericano de asilo con el sistema universal de protección de los refugiados, los aportes del derecho internacional humanitario y, fundamentalmente, mediante la interpretación de todo el conjunto normativo mencionado de conformidad con los contenidos y

¹¹⁵ López Garrido llama a estas categorías estatutos “B”. Ver su análisis en *op. cit.*, págs. 123-125. En América Latina establecen categorías subsidiarias de protección las legislaciones de Panamá, Venezuela y Perú (ver en esta obra SAN JUAN, Cesar, *op. cit.*, y GIANELLI DUBLANC, María Laura, *op. cit.*, tabla “VI. Categorías subsidiarias de protección”).

critérios de interpretación que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siguiendo para ello la ruta abierta por la práctica de los Estados durante la crisis de América Central.

140. Con base en una debida integración de las normas de derechos humanos, derecho internacional de los refugiados, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional, se puede concluir que el contenido del derecho de buscar y recibir asilo contemplado en el artículo 22.7 incluye, como un mínimo, los siguientes elementos: el derecho de salir de cualquier país, inclusive del propio;¹¹⁶ admisión al territorio;¹¹⁷ *non-refoulement*;¹¹⁸ no discriminación;¹¹⁹ acceso a un procedimiento para determinar si la persona reúne los requisitos para tener derecho al asilo;¹²⁰ el procedimiento es acorde con garantías mínimas (*inter alia*, el derecho de ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido por ley;¹²¹ asistencia de un traductor si no comprende o no habla el idioma utilizado en el procedimiento;¹²² tiempo y medios adecuados para preparar su caso;¹²³ asistencia legal;¹²⁴ el derecho de recurrir la decisión ante una instancia superior;¹²⁵ y el derecho a un recurso judicial sencillo y rápido que lo ampare contra una violación del derecho de asilo, al debido proceso u otro derecho reconocido por la constitución, ley interna o la Convención Americana;¹²⁶ el ejercicio efectivo de derechos humanos básicos permite al solicitante permanecer en el país en condiciones de dignidad y seguridad hasta que se tome

¹¹⁶ Artículo 22.2 de la Convención Americana, artículo 12.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, etc. Este derecho también forma parte del contenido derecho a *buscar* asilo.

¹¹⁷ La Conclusión 6 (XXVIII) del Comité Ejecutivo del ACNUR reafirma “la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución –tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado [...]”. Cabe señalar en este contexto que el Estado tiene obligaciones en virtud del artículo 1.1 de la Convención Americana una vez que una persona “esté sujeta a su jurisdicción”. Por su parte, la Declaración sobre el Asilo Territorial de las Naciones Unidas (1967) recomienda en su artículo 3.1 que ninguna de las personas que tenga derecho de buscar y disfrutar del asilo “será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria[...]”. Ver también la recomendación contenida en el capítulo IV.D del Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas.

¹¹⁸ Ver párrafo 84, *supra*.

¹¹⁹ La cláusula de no discriminación del artículo 1.1 de la Convención Americana se aplica en relación con todos los derechos sustantivos de la Convención. Ver párrafo 129, *supra*.

¹²⁰ Esta obligación es subyacente a la obligación de garantizar el derecho de buscar y recibir asilo de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, leído junto el artículo 22.7. Además, el artículo 8.1 de la Convención Americana establece que “toda persona tiene derecho a ser oída” para la determinación de sus derechos.

¹²¹ Artículo 8.1 de la Convención Americana. Sobre la aplicabilidad de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, ver MANLY, Mark, *op. cit.*, nota 120.

¹²² Artículo 8.2.a de la Convención Americana. Sobre la aplicabilidad de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana ver MANLY, Mark, *loc. cit.*

¹²³ Artículo 8.2.c de la Convención Americana.

¹²⁴ Artículo 8.2.d de la Convención Americana.

¹²⁵ Artículo 8.2.h de la Convención Americana.

¹²⁶ Con base en el artículo 25 de la Convención Americana.

una decisión definitiva sobre su caso;¹²⁷ el asilo se otorga con base en criterios objetivos previamente establecidos y conforme con los instrumentos internacionales aplicables;¹²⁸ el otorgamiento del asilo es consistente con la obligación del Estado de investigar y sancionar violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario o, en su defecto, de extraditar a la persona a un país -que no sea aquel donde teme persecución- que esté dispuesto a hacerlo;¹²⁹ la protección del Estado se vincula con la obtención de una solución duradera (integración local, reasentamiento en un tercer país o repatriación voluntaria).¹³⁰

IV.2 Agenda pendiente.

141. Es necesario tomar en cuenta que en la cultura jurídica reciente de América Latina se ha venido usando de manera equívoca el término “refugio” para referirse al sistema universal, por lo que es recomendable evitar toda interpretación que conlleve la posibilidad de dar contenidos menores que los establecidos en los instrumentos jurídicos vigentes.

142. Es necesario subrayar la importancia de la aplicación de los instrumentos universales del derecho de los refugiados: la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, y la reafirmación del principio de *non-refoulement* como eje de la protección internacional de los derechos humanos de los refugiados.

143. Es necesario hacer esfuerzos para reafirmar el uso del término asilo como designación de la protección que otorga el Estado a un extranjero per-

¹²⁷ El derecho de buscar y recibir asilo demuestra la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, principio proclamado por la Declaración de Teherán (Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1968) y reiterada en la Declaración de Viena (Conferencia de Viena de 1993). Efectivamente, sin el goce de derechos tales como el derecho de trabajar, el derecho a la salud o el derecho a la vivienda, la vida de un solicitante de asilo o refugiado puede volverse de tal manera intolerable, que puede verse obligado a trasladarse de forma irregular a un tercer país o, incluso, volver al país donde teme persecución (devolución inducida). Por ende, un Estado no cumple con la obligación de garantizar el derecho de buscar y recibir asilo, impuesta por el artículo 1.1 de la Convención Americana, si no respeta y garantiza al mismo tiempo el goce de una serie de otros derechos fundamentales, tanto de carácter económico, social y cultural como civil. En relación con el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ver SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Amberes, Intersentia, 2003, págs. 267-270.

¹²⁸ Estos criterios se podrían basar en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967; la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984; las convenciones latinoamericanas de asilo; la prohibición de devolución en caso de riesgo de tortura contemplada en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, y también en forma implícita en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5 de la CADH y la normativa nacional que otorga protección a cierta clase de personas por motivos humanitarios. La aplicación de estas normas ha de adecuarse a las garantías de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana. Ver también párr. 128, *supra*.

¹²⁹ Ver párrafo 130, *supra*.

¹³⁰ Ver párrafos 86-91, *supra*.

seguido o que ha huido de su país de origen por otros motivos que pongan en riesgo su vida, seguridad o libertad.

144. Es necesario precisar el contenido del derecho al asilo a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos mediante la realización de estudios orientados hacia esa finalidad. Por tal razón, se impone una reconstrucción del instituto jurídico del asilo que sea capaz de superar el presente estado de cosas y expresar el potencial que tiene dentro del contexto de la protección internacional de los derechos humanos, incorporando los nuevos desarrollos relativos a la aplicación del principio de no devolución, no discriminación, unidad familiar, garantías de debido proceso, trato digno, derechos económicos, sociales y culturales, etc.

145. En esa reconstrucción del asilo sobre la base del carácter progresivo de los derechos humanos es importante resaltar y fortalecer el papel de los órganos de supervisión de derechos humanos del Sistema Interamericano, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, y los distintos mecanismos a su disposición.

146. En este orden de ideas, debería considerarse la importancia de solicitar una Opinión Consultiva a través de uno de los órganos competentes de la OEA o un Estado parte respecto de los alcances y el contenido mismo del derecho de asilo, sobre la base del artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y con relación a la protección de refugiados según el sistema internacional.

147. Asimismo, un uso más consistente de los procedimientos administrativos y judiciales en el ámbito interno de los países podría ser igualmente un terreno fecundo para reconstruir el asilo como derecho subjetivo del ser humano, tal y como ha sido puesto de manifiesto por la Sala Constitucional, en el caso de Costa Rica.

148. A efectos de corregir la confusión terminológica y revertir su incidencia en el dictado de las normas internas de los Estados, es necesario dar mayor importancia a la promoción y difusión del asilo y del derecho internacional de los refugiados, tanto en el mundo académico y universitario como en los distintos sectores de la sociedad civil.

149. Se recomienda igualmente que el ACNUR dé a conocer a sus funcionarios en América Latina el contenido de este estudio e imparta instrucciones sobre el uso técnico adecuado de los términos empleados en la protección internacional.

150. Estos elementos deberían igualmente ser tomados en cuenta por el ACNUR al brindar su asesoría técnica a los Estados para aclarar la confusión terminológica antes indicada con vistas a una aplicación del derecho al asilo, de conformidad con su responsabilidad de vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de refugiados, sobre la base del artículo 35 de la Convención de 1951, y el artículo II de su Protocolo de 1967, en relación con el párrafo 8 de su Estatuto.

