

"La protección internacional de refugiados en las Américas"

Créditos:

Compilación de ensayos:
Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Refugiados (ACNUR)

Con el apoyo de:
Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Refugiados (ACNUR).

Oficina del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los Derechos
Humanos (OACDH).

Edición de textos:
María M. Pessina I.

Coordinación:
Andrea Durango

Fotografías:
ACNUR
C. Bennett
X. Creach

Diseño y diagramación:
Mantis Comunicación
mantis@mantis.com.ec

Impresión
Mantis Comunicación
1000 ejemplares
Diciembre 2011

Quito - Ecuador

Contenido

Presentación, Guillermo Fernández-Maldonado C.	6
Prólogo, Luis Varese	9
Política del Ecuador en materia de refugio	15
El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano, Juan Carlos Murillo González	51
El Registro Ampliado de Refugiados en la Frontera Norte del Ecuador: Un proyecto pionero en la protección internacional de refugiados en la región, Johanna Roldán León	75
La Contribución del Proceso de Cartagena al Desarrollo del Derecho Internacional de Refugiados en América Latina, Leonardo Franco y Jorge Santistevan de Noriega	89
El asilo en América Latina: Uso de los sistemas regionales para fortalecer el sistema de protección de refugiados de las Naciones Unidas, Francisco Galindo Vélez	173
Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004), Antônio Augusto Cançado Trindade	229

Sistema de protección de los derechos humanos de la ONU: Recomendaciones sobre la situación de las personas refugiadas en el Ecuador, Guillermo Fernández-Maldonado	311
---	-----

El instituto del refugio en Brasil después de la creación del Comité Nacional para los Refugiados – CONARE, Luiz Paulo Teles Ferrerira Barreto y Renato Zerbini Ribeiro Leao	327
--	-----

Anexos	341
--------	-----

• Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, 2010	343
• Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984	347
• Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, 2004	360
• Definición Ampliada de Refugiado en América Latina. Incorporación de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en la legislación de los países de la región	372

El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano

Juan Carlos Murillo González⁶

6 Abogado costarricense. Oficial Legal Principal y Jefe de la Unidad Legal Regional del Buró de las Américas de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan necesariamente las opiniones de las Naciones Unidas y/o de la Oficina del ACNUR.



C. Bennett / UNHCR.
Refugiada colombiana recolectando conchas en el
manglar, provincia de Esmeraldas, Ecuador.

I. INTRODUCCIÓN

Los países del continente americano cuentan con un amplio marco normativo internacional, regional y nacional para la protección de los refugiados. El derecho de asilo está consagrado a nivel constitucional⁷ en muchas de las Constituciones Políticas de los países americanos. Un total de 28 países de la región son partes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y 30 países son partes de su Protocolo de 1967⁸. La conmemoración del 60 Aniversario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) el próximo año, podría ser el marco idóneo para alcanzar en un futuro cercano la ratificación continental de los instrumentos internacionales en materia de refugiados.

El derecho de asilo igualmente está consagrado en los instrumentos regionales de derechos humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, adoptada con anterioridad a la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo XXVII que toda persona tiene derecho de buscar y recibir asilo, en caso de persecución. Esta formulación, más amplia que la contemplada en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (derecho de buscar asilo y disfrutar de él), está igualmente consagrada en el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y ha servido de inspiración para la consagración a nivel constitucional del derecho de asilo en los países latinoamericanos.

La Convención Americana también regula el principio de no devolución (artículo 22.8)⁹ en términos más generosos que el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, y prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros (artículo 22.9). A su vez, la Convención

7 Tal es el caso de Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. Para un análisis comparativo en esta materia, véase: Gianelli, María Laura, *Estudio Comparativo de las legislaciones nacionales, en Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*. 1ª. Edición – Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2003, pp. 214 y siguientes. Igualmente, la nueva Constitución Política de la República Dominicana establece el derecho de asilo en su artículo 46.

8 Barbados, Cuba, Granada, Guyana y Santa Lucía son los 5 países del continente americano que tienen pendiente la ratificación de los instrumentos internacionales sobre refugiados.

9 Respecto del papel del ACNUR en la inclusión de este derecho, véanse los *Trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en www.acnur.org/biblioteca/pdf/7666.pdf de la página web del ACNUR en español.

Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura también prohíbe la devolución de una persona a un país donde existan fundados motivos para considerar que será sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁰. Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) se refiere también a la situación de vulnerabilidad a la violencia de la mujer refugiada o desplazada interna¹¹.

En consecuencia, el marco normativo internacional para la protección de refugiados es complementado y fortalecido por los instrumentos regionales de derechos humanos. De hecho, por muchos años, éstos fueron el único marco legal común para la atención de varias crisis humanitarias de refugiados en Latinoamérica¹².

Esto implica que incluso los cinco países que tienen pendiente la ratificación de los instrumentos internacionales en materia de refugiados tienen por lo menos una obligación moral con la protección internacional de refugiados en virtud de la aplicación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos¹³, y han de respetar el principio de no devolución en virtud de la aplicación de otros instrumentos de derechos humanos. A mayor abundamiento, aún si no fueran partes de los otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, por ser el principio de no devolución de una norma del *ius cogens*¹⁴ igualmente deberían abstenerse de devolver a un refugiado a un territorio donde su vida, seguridad o libertad pueda estar en riesgo.

Las disposiciones establecidas en las Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 han sido desarrolladas en la mayoría de los países del continente a través de la adopción de norma-

10 Véase, art.13 párrafo *in fine*.

11 Véase, art. 9.

12 Véase, documento de discusión: La situación de los refugiados en América Latina: Protección y Soluciones bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, ACNUR, noviembre de 2004, págs. 1-4.

13 La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre constituye, para los Estados Miembros de la OEA que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, una fuente de obligaciones internacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A. No. 10

14 En este sentido, véase: *La no devolución de refugiados según el derecho internacional consuetudinario*, en Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/7123pdf

tiva interna en materia de refugiados¹⁵. Algunos países han adoptado normativas específicas sobre refugiados y otros han incluido disposiciones y salvaguardas para la protección de refugiados dentro de su legislación migratoria. La adopción de normativa interna es todavía un tema pendiente en la mayoría de los países del Caribe¹⁶.

Respecto de la legislación sobre refugiados es importante indicar que por el carácter autoejecutable de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 no existe la obligación convencional propiamente dicha de adoptar normativa interna en la materia por parte de los Estados. Sin embargo, esta obligación convencional sí existe para los países partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de la aplicación de sus artículos 1 y 2. Para hacer efectivo y garantizar el ejercicio del derecho de asilo, los Estados partes de la Convención Americana han de adoptar legislación o medidas administrativas, y éstas han de inspirarse en las garantías de debido proceso contempladas en los artículos 8 y 25 de la misma Convención¹⁷.

Respecto de la definición de refugiado aplicable, además de la contenida en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, es importante indicar que 15 países en América Latina han incluido en su normativa interna la definición regional de refugiado propuesta por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984¹⁸. Dicha definición ha sido incluida sin excepción en todas las nuevas normativas sobre refugiados adoptadas en los últimos 5 años en Latinoamérica.

Asimismo, 20 países latinoamericanos adoptaron en 2004 la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Interna-

15 Todos los países latinoamericanos partes de los instrumentos internacionales en materia de refugiados disponen de legislación interna. En la actualidad, existe un proyecto de legislación sobre refugiados en discusión en México, el cual vendría a fortalecer y complementar las disposiciones de la actual Ley General de Población. Las legislaciones más recientes corresponden a Colombia, Chile y Nicaragua, y existe un proyecto de legislación en discusión ante el Congreso mexicano. Véase la sección de legislación nacional de la base de datos legal de la página web del ACNUR en español: www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=22

16 En efecto, República Dominicana es el único país en el Caribe que dispone de legislación interna en materia de refugiados. En Jamaica, recientes regulaciones administrativas norman el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado.

17 Manly, Mark: *La consagración del asilo como derecho humano: Análisis Comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana de Derechos Humanos*, en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, "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", 1ª. Edición – Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Argentina, 2003.

18 Tal es el caso de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

cional de Refugiados en América Latina¹⁹, reiterando la importancia de los enfoques regionales y las acciones concertadas para enfrentar problemas comunes y buscar soluciones duraderas para la problemática de los refugiados y otras personas necesitadas de Protección Internacional en la región.

De manera progresiva en los últimos años, los Estados han adoptado procedimientos y órganos nacionales para la determinación de la condición de refugiado. Esto ha traído como resultado, que nuestra Oficina sólo realice la determinación de la condición de refugiado en aquellos países que todavía no son partes de los instrumentos internacionales sobre refugiados y en aquellos que, siendo parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados 1951 y de su Protocolo de 1967, todavía no cuentan con procedimientos y órganos nacionales para la determinación de la condición de refugiado.

El marco de protección a refugiados en nuestro continente igualmente es fortalecido por la Organización de los Estados Americanos (OEA), tanto por sus órganos políticos como por los órganos de protección de derechos humanos, a través de sus distintos mecanismos de seguimiento²⁰.

19 Véase el texto completo de la La consagración del asilo como derecho humano: Análisis Comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana de Derechos Humanos, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3016.pdf>

20 En este sentido, véase: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=21>

II. LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

Si bien la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 establecen la definición de refugiado, los derechos y obligaciones de los refugiados y las normas básicas para su tratamiento, dichos instrumentos internacionales no establecen o regulan los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado. Por lo tanto, cada país, con base en su normativa interna, goza de la más amplia libertad para regular los procedimientos internos para la determinación de la condición de refugiado, ya sea a través de leyes, reglamentos, decretos o circulares administrativas.

El establecimiento de mecanismos nacionales para la determinación de la condición de refugiado por parte de los Estados resulta fundamental para cumplir con las obligaciones internacionales en materia de protección de refugiados: identificación, tratamiento y búsqueda de soluciones duraderas. Por el contrario, la falta de estos mecanismos hace que los Estados no dispongan de procedimientos para diferenciar entre migrantes y refugiados, contribuyendo indirectamente al movimiento irregular de solicitantes de asilo y refugiados, y no asuman su cuota de responsabilidad compartida en la protección internacional de refugiados.

En este sentido, confiamos que la falta de procedimientos para la identificación y determinación de la condición de refugiado en algunos países de la región no obedezca a la creencia de que esto hará que los refugiados no lleguen a sus países o busquen protección en otros territorios. Los flujos migratorios que atraviesan todo el continente demuestran un creciente número de refugiados regionales y extracontinentales, trasladándose de un país a otro y de una región a otra, en el Caribe, el Cono Sur, la región Andina, América Central y Norteamérica, conjuntamente con miles de personas que abandonan sus países por motivaciones distintas a la protección internacional de los refugiados.

Además de resaltar la importancia de la adopción de mecanismos nacionales para la determinación de la condición de refugiado, es igualmente necesario garantizar que dichos procedimientos sean operativos y permanezcan en funcionamiento, aún si los países sólo reciben anualmen-

te un número reducido de solicitantes de asilo y refugiados. Dicho procedimiento debe reunir las garantías de debido proceso, con decisiones motivadas, adoptadas dentro de un plazo razonable.

La paralización de los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado o los períodos prolongados para la toma de decisiones tampoco tienen como efecto que los refugiados dejen de llegar al territorio de un Estado. Este tipo de situaciones podrían incluso generar responsabilidad internacional para un Estado con base en instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Como indicado anteriormente, los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación de hacer efectivo el derecho de asilo y el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado debe satisfacer las garantías de debido proceso. En este sentido, el Comité contra la Tortura ha expresado su preocupación por la incertidumbre y el limbo jurídico que representan para los solicitantes y refugiados los largos períodos de espera de los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado²¹. Por otra parte, el número de solicitantes de asilo y refugiados en América Latina y el Caribe no debería ser un factor determinante en la adopción de procedimientos nacionales para la determinación de la condición de refugiado o para garantizar su efectividad.

También es necesario que los órganos para la determinación de la condición de refugiado cuenten con personal profesional y con suficientes recursos financieros y humanos para garantizar la operatividad y eficiencia en la recepción, el procesamiento, la decisión y la revisión de casos. La carencia de recursos financieros, la continúa rotación de personal o su falta de capacitación en materia de derecho internacional de refugiados pueden representar importantes obstáculos para garantizar la efectividad del procedimiento nacional para la determinación de la condición de refugiado.

En la actualidad, muchos países de la región han destinado recursos propios para el fortalecimiento de los procedimientos nacionales para la determinación de la condición, lo cual ha permitido que progresivamente dependan menos del apoyo financiero del ACNUR. Igualmente, algunos países han fortalecido sus procedimientos para la determinación de la condición de refugiado a través de programas de hermanamiento. Tal es el caso del apoyo brindado por Canadá a México y Costa Rica, así como la colaboración técnica ofrecida por ese país a Argentina.

21 En este sentido, véanse los informes sobre Costa Rica, CAT/C/XXVI/Concl. 8 de 17 de mayo de 2001 y CAT/C/CRI/CO/2 de 7 de julio de 2008.

En el continente subsisten varios modelos nacionales para la determinación de la condición de refugiado, a saber:

- 1) Sistemas de asilo sofisticados a través de una combinación de un procedimiento administrativo de adjudicadores de la condición de refugiado y la intervención de jueces de asilo²²;
- 2) Órganos colegiados interinstitucionales o interministeriales, conocidos como Comisiones Nacionales para la Protección de Refugiados, también llamados en varios países CONARE²³;
- 3) Órganos unipersonales, adscritos a las Direcciones Generales de Migración²⁴;
- 4) Mecanismos de elegibilidad *ad hoc*²⁵.

La mayoría de los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado, principalmente en América Latina, es de carácter administrativo, existiendo la posibilidad de la revisión judicial, ya sea a través de recursos constitucionales (amparo, habeas corpus, habeas data) o juicios contencioso administrativos. Si bien las recomendaciones del ACNUR resaltan la importancia de un mecanismo de revisión para las decisiones negativas, igualmente es necesario indicar que para los países partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la apelación es un derecho humano fundamental, en tanto los Estados han de garantizar un recurso efectivo. Por su parte, en nuestra región sobre la base de la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos las decisiones de elegibilidad deben ser motivadas, porque de lo contrario podrían considerarse arbitrarias²⁶.

En materia de determinación de la condición de refugiado, el ACNUR participa en la mayoría de las comisiones nacionales como miembro con voz y sin voto, pero igualmente brinda su asesoría técnica a través de sus opiniones legales.

En la mayoría de los países de la región, los procedimientos para la

22 Tal es el caso de Canadá donde la determinación de la condición de refugiado es realizada por la IRB (Immigration Refugee Board) mientras que en Estados Unidos de América corresponde a DHS (Department of Homeland Security).

23 Los órganos colegiados para la determinación de la condición de refugiado funcionan en países tales como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

24 La Dirección General de Migración realiza la determinación de la condición de refugiado en Costa Rica y Honduras.

25 En México, el mecanismo *ad hoc* se denomina Comité de Elegibilidad. Jamaica e Islas Caimán también disponen de mecanismos *ad hoc* para la determinación de la condición de refugiado.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yátama contra Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, párrs. 147-164 y 181-229, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3669.pdf>

determinación de la condición de refugiado cuentan con más recursos humanos y financieros por parte de los gobiernos, tal es el caso por ejemplo de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Ecuador. El gran reto consiste en garantizar que dichos procedimientos permanezcan activos²⁷, y no se vean afectados por la rotación continua de personal o la falta de asignación de suficientes recursos financieros y humanos. Es necesario también contar con personal profesional con conocimientos en materia de derecho internacional de refugiados.

Los esfuerzos en materia de determinación de la condición de refugiado deben insertarse dentro de políticas públicas de asilo y protección de refugiados que incluyan además del procedimiento de elegibilidad, el ejercicio de derechos y la búsqueda de soluciones duraderas.

En términos generales, sobre los distintos procedimientos para la determinación de la condición de refugiado adoptados por los Estados en las Américas, podemos resaltar las siguientes buenas prácticas:

- 1) La adopción de políticas públicas en materia de protección de refugiados en América Latina ha sido más sencilla en aquellos países donde funcionan comisiones nacionales u órganos colegiados para la determinación de la condición de refugiado, en tanto existe una coordinación interinstitucional;
- 2) Las Secretarías Técnicas de los órganos nacionales para la determinación de la condición de refugiado juegan un papel fundamental en el procesamiento de los casos y la elaboración de las opiniones legales sobre elegibilidad;
- 3) En varios países de la región, los órganos nacionales para la determinación de la condición de refugiado igualmente incluyen a representantes de la sociedad civil²⁸;
- 4) Algunos Estados sistematizan su práctica estatal en materia de protección internacional de refugiados, promoviendo el análisis jurisprudencial y la recolección sistemática de información de países de origen²⁹;
- 5) Varios países de la región han optado por la descentralización de los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado, lo cual ha facilitado el acceso de los solicitantes de asilo en las zonas fronterizas de la región andina³⁰;

27 En este sentido, en la región es necesario reactivar los mecanismos nacionales para la determinación de la condición de refugiado en Belice y República Dominicana.

28 Tal es el caso de Argentina, Brasil, México (grupo de trabajo del comité de elegibilidad), Nicaragua, Panamá y Uruguay.

29 Esta es la práctica de Canadá y Estados Unidos de América, pero igualmente de Argentina, Brasil y Ecuador.

30 La República Bolivariana de Venezuela y Ecuador son dos claros ejemplos de descentralización del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado.

- 6) La asignación de mayores recursos financieros y humanos por parte de los países latinoamericanos³¹;
- 7) Consolidación de los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado con instancias independientes de apelación y de revisión judicial³²;
- 8) Los programas de hermanamiento promovidos por el Gobierno de Canadá han contribuido a fortalecer los mecanismos nacionales para la determinación de la condición de refugiado (México y Costa Rica),
- 9) Existen programas nacionales y regionales para la capacitación y profesionalización de los funcionarios que conforman los órganos nacionales para la determinación de la condición de refugiado³³;
- 10) Inclusión de los solicitantes de asilo y refugiados dentro de los programas gubernamentales de asistencia³⁴.

31 Países como Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Honduras, Paraguay, Perú, y Uruguay aportan cada vez más recursos propios para el funcionamiento de los procedimientos nacionales para la determinación de la condición de refugiado.

32 Existe jurisprudencia en materia de refugiados en países tales como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Nicaragua. En este sentido, véase: www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=23

33 Como parte de la puesta en práctica del Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de Refugiados en América Latina el ACNUR institucionalizó el Curso Regional Latinoamericano de Derecho Internacional de Refugiados, dirigido a los funcionarios gubernamentales encargados de la determinación de la condición de refugiado. Una experiencia novedosa es también la desarrollada por Argentina a través de programas de formación virtuales para los oficiales de elegibilidad y miembros de la CONARE.

34 Tal es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y la República Bolivariana de Venezuela, particularmente en materia de asistencia social, fondos de microcrédito y programas nacionales de vivienda.

III. EL PAPEL DE LA OEA EN LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS

A lo largo de su historia la Organización de Estados Americanos (OEA) siempre ha mostrado su interés por las necesidades humanitarias de refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional. Esto explica que a lo largo de los últimos 25 años, anualmente la Asamblea General se haya referido a situación de las víctimas del desplazamiento forzoso en la región. En un continente con una larga y generosa tradición de asilo, no debe extrañar que ya en 1966 haya surgido un intento dentro del marco de la OEA por adoptar una convención regional en materia de refugiados y que se encomendara al Comité Jurídico Interamericano su redacción³⁵. Asimismo, cabe recordar que la definición regional de refugiado propuesta por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 se basa en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁶ y se inspira en varias disposiciones normativas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (i.e. derecho a la vida, seguridad e integridad).

A su vez, los Órganos de Protección de Derechos Humanos del Sistema Interamericano han tenido la oportunidad de revisar casos de desplazamiento forzoso en el continente. En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia y sus distintos mecanismos de supervisión se ha pronunciado sobre casos y situaciones concretas que atañen a refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional³⁷. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Hu-

35 Véase nota al pie de página número 31 del documento de discusión del ACNUR, *La situación de los refugiados en América Latina: Protección y Soluciones bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984*, ACNUR, noviembre de 2004, página 11 donde se indica que la definición de refugiado propuesta por el Comité Jurídico Interamericano encuentra su fundamento en el artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y no se quiso limitar la persecución a motivaciones políticas sino incluir también a las ideológicas, raciales o religiosas.

36 La Conclusión III de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 hace referencia a la doctrina utilizada en sus informes por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el mismo sentido, véase la referencia a los informes anuales de la Comisión Interamericana correspondientes a los años 1981 y 1982-1983, en Conclusiones y Recomendaciones del *Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina, reunido en Tlatelolco, Ciudad de México, del 11 al 15 de mayo de 1981*, en la página web del ACNUR en español: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1430.pdf>

37 En este sentido, véase: Pulido, María Claudia y Blanchard, Marisol: *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección aplicados a la situación de los refugiados, apátridas y solicitantes de asilo*, en base de datos legal la página web del ACNUR en español: <http://>

manos no ha adoptado todavía ninguna sentencia en un caso específico de asilo o de protección de refugiados, es importante subrayar que a lo largo de los últimos 10 años la Corte³⁸ sí se ha referido a casos de desplazamiento forzoso³⁹ en el continente. La Corte ha adoptado sentencias en casos contenciosos y medidas provisionales⁴⁰ respecto de situaciones de desplazamiento interno y ha subrayado su efecto desproporcionado en campesinos, afrodescendientes y grupos indígenas⁴¹.

La Corte ha tenido igualmente la posibilidad de pronunciarse sobre la situación de ex-refugiados y desplazados internos en un caso contra Suriname⁴², y en sus votos concurrentes sus Jueces han hecho referencia a la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados, y la importancia de la complementariedad de las distintas ramas del derecho internacional para proteger a la persona humana⁴³. Asimismo, en ejercicio de su función consultiva la Corte se ha referido a algunas materias cuyas resoluciones

www.acnur.org/biblioteca/pdf/2578.pdf. Respecto de un resumen de la jurisprudencia de la Comisión en esta materia, véase igualmente la página web del ACNUR en español: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2868.pdf>

- 38 Respecto de casos relevantes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para la protección de refugiados, desplazados internos y apátridas, véase la página web del ACNUR en español: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2869.pdf>
- 39 En el caso de Colombia, revisten de particular importancia las recientes sentencias en el caso de las Masacres de Ituango, del 1 de julio de 2006, el caso de la Masacre de Pueblo Bello del 31 de enero de 2006, y el caso de la Masacre de Mapiripán, del 15 de septiembre de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los extractos relevantes de dichas sentencias, están disponibles en la página web del ACNUR en español: www.acnur.org
- 40 En el caso de medidas provisionales son de particular importancia los casos de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, resolución de 18 de junio de 2002; caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, resolución de 6 de marzo de 2003; caso del Pueblo Indígena Kankuamo, resolución de 5 de junio de 2004; y caso del Pueblo Indígena de Sarayaku, resolución de 6 de junio de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los extractos de dichas resoluciones se encuentran en la página web del ACNUR en español: www.acnur.org
- 41 En este sentido, véase supra nota 33.
- 42 Véase caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname, sentencia del 15 de junio de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los extractos de la sentencia se encuentran en la página web del ACNUR en español: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3670.pdf>
- 43 En este sentido ver, Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: Aproximaciones y Convergencias*. Memoria del Coloquio Internacional "10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados", organizado por ACNUR, IIDH y Gobierno de Costa Rica, 5 al 7 de diciembre de 1994. Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Aproximaciones y convergencias revisitadas: Diez años de interacción entre el Derecho Internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)", en Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004), ACNUR. En el mismo sentido, ver el voto razonado del Juez Cançado Trindade en el caso Masacre Plan de Sánchez, sentencia de 29 de abril de 2004 y sus votos concurrentes en los casos de medidas provisionales de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, resolución de 18 de junio de 2002; caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, resolución de 6 de marzo de 2003; caso del Pueblo Indígena Kankuamo, resolución de 5 de junio de 2004; caso del Pueblo Indígena de Sarayaku, resolución de 6 de junio de 2004 y caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname, sentencia del 15 de junio de 2005.

resultan aplicables por analogía para la protección de refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional.

Habida cuenta que los instrumentos regionales en materia de derechos humanos consagran el derecho de buscar y recibir asilo, el derecho de no devolución y la prohibición de la expulsión colectiva, es claro que también se aplican y deben ser utilizados para proteger a los refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional en la región. Igualmente, la interpretación del artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto del derecho de buscar y recibir asilo, en relación con el artículo XXVII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, presupone la referencia a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (*lex specialis*), tal y como ya lo ha reiterado la doctrina y jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁴.

En consecuencia, en nuestro continente el alcance y contenido del derecho de asilo como derecho subjetivo está igualmente relacionado con el derecho internacional de refugiados, y en particular, con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

Los órganos de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano han revisado casos relativos a víctimas de desplazamiento forzoso, que involucran a países tan diversos como Bahamas, Brasil, Colombia, Chile, Estados Unidos de América, México, Panamá, República Dominicana y Venezuela. Estos casos han revelado la existencia de una serie de problemas, incluyendo los niveles dispares de las garantías del debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado en los países de la región, la falta de legislación nacional en materia de refugiados, la detención de solicitantes de asilo y refugiados, la precariedad de las condiciones de detención, las violaciones al derecho a no ser desplazado forzosamente, las condiciones de vida de los desplazados internos, el irrespeto del principio de *non-refoulement*, no obstante su carácter de norma de *jus cogens*, y la falta del reconocimiento de las obligaciones de los Estados que van más allá de sus fronteras.

44 Se hace expresa referencia a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en los siguientes casos ante la Comisión Interamericana: En el informe número 27/93 del caso 11.092, Joseph contra Canadá del 6 de octubre de 1993; el informe número 51/96 del caso 10.675 del Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos de América del 13 de marzo de 1997; el informe número 6/02 del caso 12.071, 120 Ciudadanos cubanos y 8 haitianos detenidos en Bahamas del 3 de abril de 2002; y el informe número 53/04 del caso 301/2002 de Rinaldo Juan Pacheco Osco y otros contra Bolivia del 13 de octubre de 2004. Los extractos de dichos casos se encuentran en la página web del ACNUR en español: www.acnur.org

1. LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS POR LOS ÓRGANOS POLÍTICOS DE LA OEA

La necesidad de brindar protección y asistencia humanitaria a las víctimas del desplazamiento forzoso en el continente ha sido repetidamente reiterada por los distintos órganos políticos de la OEA. En efecto, la Asamblea General de la OEA apoyó la adopción de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados y el proceso de CIREFCA a través de la aprobación de varias resoluciones. Este interés se ha hecho manifiesto, desde 1985, con la aprobación de resoluciones anuales de la Asamblea General en materia de refugiados, repatriados y desplazados internos en el continente. Un análisis de dichas resoluciones en el período comprendido entre 1985-2010 permite advertir que las resoluciones que inicialmente eran generales, comenzaron a tener énfasis temáticos a partir de 1999 con la campaña mundial del ACNUR para la ratificación de los instrumentos internacionales sobre refugiados y apátridas y, en algunos casos, han llegado a establecer mecanismos de seguimiento a través del Consejo Permanente de la OEA y la Secretaría General.

Asimismo, desde principios de los años 80, se ha enfatizado la importancia de la aplicación convergente de las tres distintas ramas del derecho internacional para la protección del individuo, es decir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, para la protección de los refugiados y otras personas necesitadas de protección en el continente⁴⁵.

A su vez, en los últimos diez años se observa una mayor colaboración entre la OEA y el ACNUR en las áreas de promoción y capacitación del derecho internacional interamericano y el derecho internacional de refugiados, que se ve reflejado en la firma de un acuerdo de cooperación entre ambos organismos internacionales en noviembre de 2007⁴⁶.

En la actualidad, la Asamblea General de la OEA se concentra en las temáticas de refugiados y desplazados internos, que si bien reflejan las

45 Esta aplicación convergente es uno de los principios subyacentes de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 y fue también subrayada en la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas Internas de 1984. Este principio fue también recalado en la Reunión Regional de Expertos, celebrada en San José, Costa Rica, en el marco del proceso de Consultas Globales en 2001, y recientemente, reiterado con la adopción de la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de Refugiados en América Latina.

46 Véase el texto completo del acuerdo de cooperación OEA-ACNUR en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5658.pdf>

principales tendencias de desplazamiento forzoso en el continente, obvia igualmente aquellas situaciones que generan apatridia en nuestro continente, así como otras situaciones específicas que están igualmente vinculadas a la protección internacional de refugiados, tales como el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, y los Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo.

En este sentido resulta importante reiterar que el tema de los refugiados es social, apolítico y estrictamente humanitario y, por ende, se espera que no genere controversias o tensiones entre los Estados. La voluntad política de la OEA de reiterar su compromiso humanitario con la protección de quienes huyen de persecución, violaciones graves de derechos humanos, violencia generalizada y conflictos armados no debería verse limitada por diferencias bilaterales, tal y como sucedió en el año 2005, donde no fue posible alcanzar el consenso sobre una resolución para ser adoptada por la Asamblea General en materia de refugiados. Discutir temas humanitarios en un foro regional de carácter político permite abarcar su problemática desde una perspectiva más amplia, dándole la importancia continental que merece.

Igualmente, es importante que el contenido de las resoluciones que adopta la Asamblea General responda a criterios técnicos basados en derecho internacional de los refugiados, y que éste no sea subsumido o confundido con el Derecho Internacional Humanitario. Resulta preocupante también que en algunas de las resoluciones adoptadas se utilice el término "refugio" de manera indistinta, principalmente en aquellas referidas a los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo⁴⁷. Cuando las resoluciones hacen un llamado a no dar "refugio" a terroristas, en realidad quieren decir a no dar "resguardo o santuario" a terroristas. Un análisis exhaustivo de dichas resoluciones, permitirá advertir que los términos "safe haven" y "refuge" tienen un significado técnico en inglés que no corresponde a la traducción libre latinoamericana de "refugio", la cual tampoco debe equipararse a la protección internacional de refugiados. La ecuación perversa entre terrorismo y refugiados se mantiene cuando utilizamos el término "refugio" en dichas resoluciones, cuando en realidad queremos decir "safe haven" o su equivalente en español: "resguardo o santuario".

47 En este sentido, véase la resolución AG/RES. 2249 (XXXVI-0/06) sobre La extradición y la denegación de refugio a los terroristas: Mecanismos de cooperación en la lucha contra el terrorismo, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4308.pdf>

En consecuencia, sería importante que las resoluciones sobre derechos humanos y terrorismo que adopta la Asamblea General de la OEA no sólo se refieran explícitamente a las salvaguardas del derecho internacional de refugiados, tal y como lo hace la Convención Interamericana contra el Terrorismo⁴⁸ sino que tampoco utilicen de manera indistinta el término "refugio". Esto no es un problema semántico, sino propio del uso no técnico de términos del Derecho Internacional.

Por otra parte, el tema de los refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional en las Américas ha sido incluido en la agenda del Consejo Permanente y de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, para lo cual se han organizado sesiones especiales para discutir esta problemática así como la realización de cursos especializados en materia de refugiados para los miembros de las Misiones Permanentes y funcionarios de la OEA, resaltando la importancia de su tratamiento humanitario y técnico, acorde con las normas y estándares del derecho internacional de refugiados y del derecho internacional de los derechos humanos.

2. LA IMPORTANCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO PARA FORTALECER Y COMPLEMENTAR LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS EN EL CONTINENTE AMERICANO

El vínculo existente entre derechos humanos y protección de refugiados se evidencia en 3 áreas fundamentales: causas, normas o parámetros de tratamiento y soluciones duraderas. En efecto, la mayoría de las situaciones de desplazamiento forzoso es generada por la persistencia de violaciones de derechos humanos. Los refugiados tienen los derechos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, y en otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, al igual que cualquier otro individuo (nacional o no nacional) bajo la jurisdicción del Estado. Además, el respeto de los derechos humanos, tanto en el país de origen o de residencia habitual y el país de asilo, permite la búsqueda de soluciones duraderas para las víctimas de la migración forzosa. Por lo tanto, las normas y estándares de derechos humanos nutren, complementan y fortalecen la protección de refugiados.

48 En particular, véanse los artículos 12, 13 y 15 de dicho instrumento interamericano adoptado en el año 2002.

La complementariedad natural entre el Derecho Internacional de Refugiados y el Sistema Interamericano ha sido subrayado en distintos foros regionales, así como la necesidad de identificar las medidas prácticas para materializar este papel complementario⁴⁹, teniendo presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, como primer instrumento regional convencional en establecer el derecho de buscar y recibir asilo (Art. 22.7) es un tratado *par excellence* para la protección de refugiados en el continente americano.

De particular importancia para el fortalecimiento de la protección de refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional en el continente americano, resultan los alcances y contenidos de los estándares de derechos humanos desarrollados la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano, principalmente en las siguientes áreas:

- 1) Como un criterio para la interpretación de la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951;
- 2) Para definir y establecer el tratamiento que ha de brindarse a los refugiados en el país de asilo;
- 3) Como un sistema complementario de protección encargado de supervisar el respeto de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

Con la evolución del derecho de los derechos humanos y su carácter progresivo, los derechos y estándares establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 han sido complementados e incluso superados por disposiciones contenidas en otros instrumentos internacionales y regionales que brindan una protección más amplia. En estos casos, sobre la base de la aplicación del principio *pro homine*, los Estados están obligados a brindar a los refugiados el tratamiento más favorable derivado de otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.

Para el cumplimiento de su mandato de promoción de derechos humanos en el continente americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dispone de varios mecanismos flexibles, tales como las visitas *in loco*, la realización de audiencias temáticas, la publicación de informes (anuales, por país o temáticos), la consideración de casos contenciosos, las relatorías, y cuando resulta necesario, su capacidad de solicitar medidas cautelares a los Estados.

49 Entre otros: Coloquio de Tlatelolco de 1981; la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, la Reunión Regional de Expertos en el marco de las Consultas Globales de 2001 y la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de Refugiados en América Latina de 2004.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene una larga práctica de litigio en casos de asilo y protección de refugiados, y ha visto asuntos relativos a la interceptación, la detención, la violación del principio de *non-refoulement*, y el no acceso al territorio y a los procedimientos de asilo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos igualmente ha emitido informes temáticos y de países en materia de refugiados⁵⁰ y se ha referido a los refugiados en capítulos especiales de sus informes anuales⁵¹. Por otra parte, el informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002 incluye un capítulo específico sobre asilo y refugiados⁵².

La Comisión tiene también varias relatorías temáticas, a saber: Migrantes, Mujeres, Niños, Poblaciones Indígenas, Derechos de los pueblos afrodescendientes, Discriminación Racial y Libertad de Expresión. En el pasado, la Comisión también tuvo una relatoría sobre Desplazados Internos. Habida cuenta de las nuevas tendencias regionales y el impacto diferenciado del desplazamiento forzoso en mujeres, hombres y niños, así como en los pueblos indígenas y afrodescendientes, es claro que estas relatorías resultan relevantes para fortalecer la protección de refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional en el continente.

La Comisión tiene igualmente la posibilidad de emitir comunicados y recomendaciones sobre distintas situaciones de derechos humanos. En materia de asilo y protección internacional de refugiados, de particular importancia resulta la recomendación emitida en materia de asilo y su relación con crímenes internacionales. En dicha recomendación la Comisión Interamericana indicó que el asilo no debe ser utilizado para propiciar la impunidad, y reiteró el propósito y naturaleza del asilo como una institución de protección, en los siguientes términos: "Los Estados han aceptado, a través de diversas fuentes del derecho internacional, que existen limitaciones al asilo, conforme a las cuales dicha protección no puede ser concedida a personas respecto de las cuales hayan serios indicios para considerar que han cometido crímenes internacionales, tales como crímenes de lesa humanidad (concepto que incluye la desaparición forzada de

50 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe: La situación de derechos humanos de los solicitantes de asilo en el sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, 2000. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4383.pdf>

51 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de 1998, capítulo VII, recomendación 10, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4387.pdf>

52 Véase, capítulo H del Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1975.pdf>

personas, torturas y ejecuciones sumarias), crímenes de guerra y crímenes contra la paz". Sobre la base de lo anterior, la Comisión recomendó a los Estados Miembros de la OEA "que se abstengan de otorgar asilo a presuntos autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales"⁵³.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los últimos años se ha referido a temas tales como la migración forzosa y a la protección de comunidades de desplazados internos tanto a través de medidas provisionales como de casos contenciosos.

La Corte Interamericana, a diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, todavía no se ha referido directamente a un caso de asilo o sobre refugiados en el ejercicio de sus competencias contenciosa y consultiva, pero su jurisprudencia puede ser aplicada por analogía a la protección de refugiados. En dos sentencias, una sobre el caso de la Masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala (2004)⁵⁴ y el caso Moiwana contra Suriname (2005)⁵⁵, la Corte analizó asuntos relacionados con refugiados. En el caso de la Masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala, la Corte se refirió a la masacre como la causa que hizo que la gente de dicha comunidad huyera al exilio. En el caso Moiwana contra Suriname, la Corte, bajo el principio de *iura novit curia*, aplicó el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se refirió a la situación de los refugiados surinameses que se repatriaron voluntariamente desde Guyana.

Respecto de los casos contenciosos que pueden ser igualmente aplicados por analogía a la protección de refugiados, podemos indicar los siguientes:

1. Como establecido en la sentencia del caso de Tribunal Constitucional contra Perú y Baena, Ricardo *et al* contra Panamá⁵⁶, es necesario entender que las garantías del derecho a un debido proceso contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana deben ser respetadas en los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado, tomando en consideración que tales procedimientos se ocupan de la determinación de

53 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recomendación sobre el asilo y su relación con crímenes internacionales de 20 de octubre de 2000, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4399.pdf>

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre Plan de Sánchez, sentencia de 29 de abril de 2004.

55 Véase *supra* nota 36, pág. 8.

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tribunal Constitucional contra Perú de 31 de enero 2001. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1898.pdf> y Caso Baena Ricardo et al contra Panamá de 02 de febrero de 2001. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1896.pdf>

derechos fundamentales de las personas. Entre estas garantías, debemos destacar las siguientes: la adopción de una decisión dentro de un plazo razonable, la posibilidad de que un solicitante de asilo pueda contar con asistencia legal, el derecho a un intérprete, en caso de ser necesario, el derecho a una decisión motivada o razonada, el derecho de apelación ante una decisión negativa, incluyendo en vía judicial.

2. Como parte de su sentencia en el caso *Yátama contra Nicaragua* en 2005⁵⁷, la Corte estableció que la obligación de razonar las decisiones del Estado está contemplada en las garantías judiciales (artículo 8.1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte es de la opinión que cada decisión que afecte los derechos fundamentales debe tener una motivación adecuada, ya que de lo contrario sería una decisión arbitraria. Esta sentencia puede ser también aplicada por analogía a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado en el continente americano.

En un caso de medidas provisionales, la Corte al reconocer el derecho soberano de los Estados de adoptar políticas migratorias, también señaló que éstas tienen límites establecidos por los instrumentos de derechos humanos⁵⁸.

La función consultiva de la Corte Interamericana es particularmente importante también para la protección internacional de refugiados. En este sentido, especial mención merecen sus opiniones consultivas 17 y 18 respectivamente sobre la "Condición jurídica y los derechos humanos de los niños" (OC-17/02 del 28 de agosto de 2002)⁵⁹ y la "Condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados" (OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003)⁶⁰.

En su opinión consultiva No. 17, la Corte estableció como principio rector el interés superior del niño, lo cual es aplicable por analogía a los niños refugiados, en particular respecto del acceso de los niños a los pro-

57 Véase, supra nota 20, pág. 5.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Medidas provisionales a favor de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano en República Dominicana, 7 de agosto de 2000. www.acnur.org/biblioteca/pdf/1256.pdf.

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002. La Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002; <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1687.pdf>

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/2003. La Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados, de 17 de septiembre de 2003; <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2351.pdf>

cedimientos para la determinación de la condición de refugiado, la reunificación familiar y la defensa de sus derechos fundamentales en el contexto de la detención administrativa de solicitantes de asilo y refugiados.

En su opinión consultiva No. 18, la Corte indicó que "el principio fundamental de igualdad ante la ley y no discriminación ha entrado al dominio del *jus cogens*, y conlleva obligaciones *erga omnes* de protección que obligan a los Estados y generan efectos con respecto de terceros, incluyendo individuos. Además, la Corte señaló que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos obliga a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, incluyendo la condición migratoria de una persona. En este sentido, la Corte subrayó que "los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y no discriminación para alcanzar los objetivos de una política, cualesquiera que sean, incluyendo aquellos referidos al carácter migratorio"⁶¹.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/2003.

IV. DESARROLLOS FUTUROS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS PARA LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS

En tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el único instrumento regional convencional que contempla el derecho de buscar y recibir asilo, se ha recomendado la posibilidad de utilizar la función consultiva de la Corte Interamericana para establecer el alcance y contenido de este derecho en el continente americano⁶², leído conjuntamente con el artículo XXVII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.

Dicha opinión consultiva permitiría a la Corte revisar la aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (*lex specialis*) con el propósito de interpretar el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el derecho de buscar y recibir asilo), en relación con el artículo XXVII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.

Además, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de buscar y recibir asilo, el respeto del principio de *non-refoulement* (derecho de no devolución en el continente americano, en virtud del art. 22.8 de la Convención Americana sobre derechos humanos), y las garantías judiciales y protección judicial del debido proceso, los Estados tienen la obligación de adoptar legislación nacional de implementación o medidas de cualquier otra naturaleza para la determinación de la condición de refugiado. Dicha obligación se deriva de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 22(7) de la Convención. Lo anterior en virtud de que como atinadamente lo ha establecido la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano, las garantías judiciales de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana son igualmente aplicables a procedimientos administrativos o procedimientos de cualquier naturaleza para la determinación de derechos.

62 Esta posibilidad fue esbozada por primera vez en 1981 en el Coloquio de Tlatelolco sobre Asilo y Protección de Refugiados en América Latina. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1430.pdf>

Además, las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permiten concluir que un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado debe inspirarse en el continente americano tanto en la Conclusión VIII del Comité Ejecutivo del ACNUR como en los estándares de derechos humanos de los artículos 1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tomando en consideración que estas garantías igualmente se aplican a procedimientos administrativos o de cualquier otra naturaleza.

Finalmente, una opinión consultiva sobre el alcance y contenido del derecho de asilo permitiría establecer que el derecho de asilo se ha convertido en un derecho individual y debe ser construido de una manera que incluya el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de Derechos Humanos, Derecho Internacional de Refugiados, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional penal.

El papel que juega y está llamado a continuar desempeñando el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos no debe generar temores o reticencias por parte de los Estados. Se trata más bien de preservar el derecho de asilo, y rescatar su naturaleza apolítica, social y humanitaria, el cual no debe generar tensiones entre los Estados. En consecuencia, en una región caracterizada por su larga y generosa tradición de asilo y de protección al perseguido, confiamos que en un futuro cercano los órganos de protección de derecho humanos del sistema interamericano tendrán la oportunidad de referirse al alcance y contenido del derecho de asilo en el continente, desde una perspectiva de derechos humanos.