

# CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

*Jaime Ruiz de Santiago\**

1. Como lo ha subrayado acertadamente Alfred Vendross en su obra dedicada al Derecho Internacional Público<sup>1</sup>, la protección jurídica internacional de la persona humana constituye una de las innovaciones más importantes del Derecho Internacional desde la organización de la comunidad internacional.

La protección de la persona humana se ha estructurado a nivel universal<sup>2</sup> y a nivel regional<sup>3</sup>, planteándose el problema de la coordinación de estos sistemas internacionales de protección, tal y como lo ha analizado brillantemente el Prof. Cançado Trindade. Se ha generado un amplio desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el que se inscriben, entre otras fuentes, las numerosas convenciones aparecidas en el seno de la ONU y de la OEA en el caso del continente americano, en las que se consignan los principales derechos humanos y se crean sistemas de protección, los que representan un cuerpo jurídico dotado de eficacia y realizan una aplicación concreta de normas de Derecho Internacional.

Este sistema internacional de derechos humanos representa una especie de género que sirve de base a dos especies diferentes: el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados. Ambas especies se generan por la necesidad de brindar protección a los derechos humanos en situaciones especiales (las que obran a modo de diferencias específicas), siendo éstas las existentes en un conflicto bélico -dentro de un

---

\* Las opiniones aquí expuestas son responsabilidad del autor y no representan necesariamente las del ACNUR

país o con dimensiones internacionales- o bien la aparición de una virtual o actual persecución que genera en una persona un fundado temor que la lleva a abandonar el país al que pertenece y a solicitar protección en uno diferente.

2. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) está encargado de velar por el cumplimiento de las normas que brindan protección a los refugiados y ha recibido esta misión de la comunidad internacional organizada. Esta creó la Oficina del ACNUR y le dió el mandato de atender a los refugiados en 1950<sup>4</sup>, preocupándose por dotarla de un instrumento convencional en 1951<sup>5</sup>, perfeccionado por un Protocolo en 1967<sup>6</sup>, de tal manera que el día de hoy son 107 los Estados que se han adherido a una u otra o a ambas convenciones.

3. Si el ACNUR y el Derecho Internacional de los Refugiados son fenómenos propios de la vida internacional organizada, los orígenes y fundamentos de esta rama del Derecho Internacional son bastante más antiguos y pueden ser localizados en el nacimiento mismo del Derecho Internacional.

En efecto, uno de los fundadores del Derecho Internacional fue Fray Francisco de Vitoria, sobre todo en su célebre "Relación de los Indios"<sup>7</sup> que fuera pronunciada en la Universidad de Salamanca el año de 1539. En ella el dominico toma como punto de partida el texto de San Mateo en el que Jesús ordena a sus apóstoles: "*Id y enseñad a todas las naciones bautizándolas en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo*", y el texto de la cuestión de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino en el que se plantea el problema de "*Si es lícito bautizar a los hijos de los infieles contra la voluntad de los padres*".

La respuesta que da el de Aquino es resueltamente negativa, tanto en lo que se refiere a los niños como a los adultos infieles, y sirve de base a Vitoria para investigar la cuestión del derecho que los españoles hayan podido tener a la posesión de las tierras del nuevo mundo. Al analizar el problema de la legitimidad de

la conquista, el ilustre dominico sienta las bases del Derecho Internacional y sus páginas tienen resonancia que alcanza a nuestros días, en que el continente americano se apresta a conmemorar el V Centenario de la presencia (descubrimiento o encuentro) de España en este continente.

En su investigación, Francisco de Vitoria se sabe original: *“Porque debe advertirse, -dice- que yo no he visto ningún escrito de esta cuestión, ni he asistido nunca a ninguna disputa o consejo acerca de esta materia”*.

Al pasar revista a los títulos legítimos que pueden justificar la presencia española en las tierras conquistadas, Vitoria estudia siete de ellos, entre los que nos interesa en especial el primero: el derecho de sociedad natural y comunicación (*lus naturalis societatis et communicationis*), que posee especial riqueza. Esta se refleja en siete conclusiones que se sintetizan en el derecho que tenían los españoles para llegar libremente a estas tierras, vivir en ellas y comerciar con los naturales, a condición de que nada de esto fuese en daño alguno de los nativos (*sine aliquo tamen nocumento barbarorum*).

Se plantean las bases de la libertad de los mares (de tanta importancia en el llamado nuevo derecho del mar) y la libertad de comercio, al igual, y es lo que nos interesa, la libertad que el hombre tiene “para dirigirse y recorrer las regiones que quisiere”. Y añade que “no se que haya sido esto abolido por la división de las tierras, pues nunca fue la intención de las gentes evitar la mutua comunicación de los hombres por esta repartición”.

Derecho de la persona a permanecer en un lugar, a salir de su país e ir a otro, de modo que “la amistad entre los hombres parece ser de derecho natural, y contra la naturaleza el impedir la comunicación y consorcio de los hombres que ningún daño causan”. Esta libertad de residencia y comunicación permite comprender cuán injusto e inhumano es que no se permita a una persona vivir en su propia patria y que sean las autoridades de ésta las que, en lugar de protegerla, la persiguen y obliguen a

abandonar el propio territorio, con fundados temores de permanecer en ella y perder su vida o libertad.

El llamado Derecho de los Refugiados se vincula con esta libertad de circulación y residencia que se encuentra consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así se leen los artículos 13 y 14:

- Art. 13      1    Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
- 2    Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país.
- Art. 14      1    En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

En este contexto se inscribe el Artículo 22 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José, consagrado al “Derecho de Circulación y de Residencia”, que hunde sus raíces próximas en la Declaración Universal y proyecta la sombra gigantesca de Francisco de Vitoria. En ese artículo se recoge la riqueza de esa institución convencional típica de América Latina que es el asilo.

4. El Derecho de los Refugiados se vincula, hemos dicho, con “el derecho de sociedad natural y comunicación” o “derecho de circulación y residencia”. Al perder la persona humana la protección de su país y ser perseguida injustamente, aparece como remedio el refugio, que tiene antecedentes y relaciones de complementariedad con el asilo, tal y como existe a nivel convencional en la tradición jurídica y política de América Latina.

Parece conveniente detenerse en el análisis de estas instituciones, a fin de determinar las diferencias que entre ellas

existen, al igual que ciertas notas que no establecen entre ellas genuinas diferencias y percibir de este modo las semejanzas que las identifican y las hacen coincidentes.

En primer lugar es necesario tratar de precisar algunas notas que sirven para diferenciarlas:

- La primera distinción que se destaca es que el asilo es una institución convencional propia de América Latina, que apareció regulada por vez primera gracias al Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889, en tanto que el refugio es una institución del Derecho universal regulada convencionalmente gracias a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y al Protocolo de Nueva York de 1967 sobre la misma materia.
- El asilo es una institución que puede ser aplicada en el propio país de origen de la persona perseguida, lo que incluso da origen a la distinción entre el asilo territorial y el diplomático (regulados separadamente en las Convenciones de Caracas de 1954), en tanto que el refugio nunca puede surgir en el país de origen y más bien tiene como condición de existencia el que la persona se encuentre fuera de su país.
- El asilo tiene como supuesto fundamental el que una persona sea actualmente perseguida, que en contra de ella exista una persecución "*in actu exercitu*", en tanto que el refugio supone tan sólo que la persona tenga un fundado temor de persecución, y su aparición es posible ante una persecución que, quizá no siendo actual, tiene todas las razones como para hacer surgir el fundado temor de su existencia.
- El asilo supone que una persona es perseguida por delitos políticos (y el Estado que lo brinda es quien realiza la calificación), en tanto que el refugio requiere que la persona tenga un fundado temor de persecución por motivos de "raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado

grupo social u opiniones políticas”. Aquí cabe aclarar que, aunque es cierto que la mayoría de los refugiados en América Latina lo son por sus “opiniones políticas”, también lo es que en el total de los refugiados existentes en el mundo -que alcanza hoy día la cifra aproximada de los 15 millones- hay muchos que lo son por otras razones diferentes.

- La regulación convencional del asilo -que va, como hemos dicho de 1889 a 1954- no estipula la creación de una instancia que vele por su cumplimiento, en tanto que el refugio es tarea propia de ese organismo que es el ACNUR.
- Cuando un Estado califica una acción para decidir la posibilidad del otorgamiento del asilo solicitado, no interviene para nada en su consideración la problemática de determinar si la persona ha obrado o no en contra de los objetivos y finalidades de la ONU, en tanto que al analizarse la posibilidad del refugio, esta consideración es esencial, pues la Convención de 1951 establece previamente como “cláusula de exclusión” el haber actuado en contra de los mismos (art. I F).
- El asilo es un acto exclusivo de soberanía de un Estado, es él quien califica el carácter político de un delito y quien soberanamente otorga o rehusa el asilo, en tanto que el refugio hace intervenir más bien el problema de si en el caso que se presenta se reúnen las notas esenciales del mismo, de manera que, en caso de darse, será necesario hablar de personas que son refugiadas, incluso si no han sido reconocidas como tales (refugiados “*de facto*”), y esto permite establecer una importante nota diferenciadora, pues la resolución que determina la existencia del asilo posee un carácter constitutivo, en tanto que la resolución relativa al refugio tiene carácter declarativo. En otras palabras, mientras el asilo se otorga, el refugio se reconoce.

Estas son algunas notas diferenciadoras de ambas instituciones, y se puede percibir que en ocasiones se han

establecido diferencias que no son tales. No es raro que estas "seudo-diferencias" sean manejadas por funcionarios que tienen a su cargo los servicios migratorios en un Estado y que sus resoluciones posean en muchos casos incalculables consecuencias para la vida o seguridad de una persona.

Por razones históricas, se ha llegado a considerar a veces que el asilo brota frente a personas perseguidas que tienen en su país de origen un liderazgo político que las hace destacadas, en tanto que el refugio se considera, aparece más bien como posibilidad para quienes carecen de tal importancia política en el país del que proceden.

O bien, se ha pensado en ocasiones que el asilo supone peticionantes caracterizados por un alto nivel económico o educativo, en tanto que el refugio, se afirma, es una posibilidad para gentes carentes del mismo.

También se puede erróneamente sostener que el asilo aparece frente a un número reducido y limitado de peticionantes, en tanto que el refugio tendría como hipótesis de existencia la presencia de flujos masivos de población.

Todas estas consideraciones, repetimos, son erróneas y carecen de todo tipo de fundamento.

Lo que es verdad es que entre el asilo y el refugio existen notas coincidentes. Ambos son institutos protectores de personas en peligro y ambos excluyen la posibilidad de la extradición. Esto se destaca en las diferentes convenciones reguladoras del asilo y del refugio. La extradición tiene como límite el que la persona haya recibido el beneficio del asilo o del refugio, los que la hacen imposible.

A pesar de estas coincidencias, asilo y refugio son institutos diferentes, que poseen notas esenciales distintas y tienen una tramitación diferente, lo que no excluye que sean armónicamente complementarios. Por ello -por sus diferencias- hay posibilidad

de que existan asilados que no pueden ser refugiados -v.gr. si se encuentran en el país de origen- o de que existan refugiados que no pueden ser asilados -v.gr. si no existe una persecución actual o bien si el refugio aparece por otros motivos que no sean las ideas políticas-.

Instituciones distintas y complementarias, entre las cuales no existe precedencia cronológica -en el sentido de que sea necesario que primero exista una para que después aparezca la otra-, y que marcan más bien la armonía entre el sistema universal de protección de la persona humana y este sistema regional que existe en nuestro continente.

5. El Derecho de los Refugiados guarda importante relación con ese tema de tan importante relevancia en el Derecho Internacional de nuestros días como es el llamado "*jus cogens*", expresión de los grandes principios de la comunidad internacional organizada.

Del "*jus cogens*" trata en especial la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, aprobada el 23 de mayo de 1969 y que entró en vigor el 27 de enero de 1980. Dos artículos de esa Convención merecen ser recordados.

Ante todo el Art. 53, que estipula que "Todo tratado que en el momento de su conclusión esté en conflicto con una norma del "*jus cogens*" es nulo. Para los efectos de la Convención se entiende por norma imperativa de derecho internacional general aquella norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter". Así se establece el llamado "*jus cogens* antecedente".

El Artículo 64, por su parte, afirma que "...si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en conflicto con esa norma se convertirá en nulo y terminará". Se determina de esta forma el llamado "*jus cogens* superviniente o consecuente".



El Comité de Redacción de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados dejó claramente asentado que las normas de "*jus cogens*", como correlativas del concepto de "orden público" en los derecho internos, expresan los grandes principios e intereses colectivos de la comunidad internacional organizada, y no los intereses particulares de los Estados (que por lo general son más egoístas) y por consiguiente, son oponibles incluso a los Estados que se opusieron a ellas.

El fundamento del "*jus cogens*" parece haber sido formulado por el mismo Francisco de Vitoria, al afirmar éste que no es permitido a un reino particular rehusarse a estar vinculado por el derecho de gentes, ya que es un derecho promulgado por la autoridad "del mundo entero". De este modo ese núcleo de valores, principios e intereses colectivos de la comunidad internacional organizada se expresan en el "*jus cogens*", verdadera manifestación "del bien común internacional".

En la caracterización "*erga omnes*" del "*jus cogens*" ha tenido importancia la jurisprudencia internacional pronunciada por el Tribunal Internacional de La Haya, sobre todo en esa famosa sentencia de la "Barcelona Traction" del 5 de febrero de 1970.

La Corte Internacional destacaba en esa sentencia la distinción esencial que existe entre las obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que existen para con otros Estados. "Una distinción esencial debe particularmente establecerse entre las obligaciones del Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otros Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. En atención a la importancia de los derechos en causa, todos los Estados pueden considerarse en posesión de un interés jurídico al efecto de que estos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*".

La sanción que implica la violación de una norma de “*jus cogens*” es la de nulidad absoluta, ya sea respecto de la totalidad del tratado en el caso del “*jus cogens* antecedente” o respecto de aquellas partes del tratado que resulten opuestas, en el caso del “*jus cogens* consecuente”.

6. Precisada así la noción de “*jus cogens*” falta ver la relación que existe entre éste y los Derechos Humanos.

Grandes autores como el Prof. Mc Dougal, el Prof. Ago o el Prof. Héctor Gros Espiell no dudan en afirmar que los derechos humanos en su conjunto poseen el carácter de “*jus cogens*” o al menos aquellos que no admiten derogación.

Así el primero escribe que “La Declaración Universal de Derechos Humanos... es ahora reconocida como norma consuetudinaria que recoge los atributos del “*jus cogens*” y constituye el corazón de la Declaración de Derechos... no debe causar sorpresa que las prescripciones de derechos humanos contemporáneas sean identificadas ahora como normas de “*jus cogens*”.

El Prof. Gros Espiell afirma, por su parte, que “Hoy día se ha llegado a afirmar, a nuestro juicio con razón, que el deber de respetar los derechos del hombre constituye una norma imperativa del Derecho Internacional (General, un caso de “*jus cogens*”, quizá el más característico de nuestra época, con todas las consecuencias que de esta afirmación se derivan, cuyo respeto y vigencia se vinculan con la idea de “orden público internacional”, lo que implica también efectos de obvia importancia”<sup>8</sup>.

Fue Eric Suy en su lección inaugural de los cursos de 1980 del Instituto Internacional del los Derechos Humanos de Estrasburgo quien, al disertar “Sobre el Derecho de los Tratados y los Derechos del Hombre”, sostuvo el criterio que al menos representan casos de “*jus cogens*” aquellas cláusulas contenidas en las convenciones internacionales sobre derechos humanos

que no pueden derogarse, al igual que lo son aquellos derechos cuya violación representa un crimen de Derecho Internacional.

En todo caso puede sostenerse que una norma posee carácter de "*jus cogens*" cuando su violación afecta los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, y esto permite entender la afirmación de Abi-Saab cuando afirma que "Los intereses de la sociedad internacional protegidos por el "*jus cogens*" se conciben de diversas maneras. Existe un fuerte núcleo de consensus sobre el mantenimiento de la paz por la prohibición del recurso a la fuerza, así como sobre un mínimo de los principios humanitarios. Mientras la primera categoría trasciende los intereses de los Estados como tales o los de la sociedad como conjunto, la segunda trasciende los intereses de los Estados a los intereses de los individuos".

7. Con todas estas afirmaciones se puede comprender mejor que en el Derecho Internacional de los Refugiados pueden encontrarse elementos pertenecientes al "*jus cogens*". Pensemos que al menos existen dos ejemplos de ello.

El primero está representado por el "Principio de No Devolución" (Non *Réfoulement*), que es siempre considerado "columna vertebral" del sistema jurídico protector de los refugiados, principio esencial "aceptado y reconocido por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario". Es lógico afirmar que corresponde al ACNUR velar rigurosamente por el cumplimiento de este principio, que tiende a ser violado por ignorancia, egoísmo u otras razones, y no sólo por Estados "en vías de desarrollo".

Este principio fundamental se encuentra recogido en el Artículo 33 de la Convención de 1951, que en su parte correspondiente dice: "Ningún Estado Contratante podrá por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre

por causa de su raza, religión, nacionalidad, perteneciente a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

Este Principio se armoniza con el segundo ejemplo que queremos citar de “*jus cogens*”. Este ejemplo está representado por un elemento esencial de la solución que es idónea para el problema de los refugiados: la repatriación, que requiere responder a una decisión voluntaria del refugiado, siendo este requisito tan básico que suele hablarse en general de “repatriación voluntaria”.

No Devolución y Repatriación Voluntaria, ejemplos de “*jus cogens*”, son institutos que se complementan; “Repatriación y no devolución afirma el Prof. Gros Espiell, son institutos perfectamente compatibles. Una, la primera, cuando, como debe necesariamente ser, voluntaria y libre, es la forma más deseable, permanente y normal de que se ponga fin al refugio; la otra es la garantía de que jamás, mediante el rechazo o la devolución, se ha de poner en peligro la vida o seguridad del que busca refugio o se ha acogido a él. En consecuencia, se integran y complementan recíprocamente”<sup>9</sup>.

Al igual que corresponde al ACNUR velar por la vigencia del Principio de No Devolución, tiene idéntica tarea al comprobar que la repatriación sea en verdad “voluntaria”, pues no es raro que, en ciertas circunstancias -y por parte de Estados que aparentemente son “desarrollados”-, los Estados traten de aparentar en los “candidatos” a la repatriación una voluntad que realmente no existe, forzando esta solución y tratando de “probar” que los candidatos al refugio o los refugiados no son verdaderamente tales, sino “migrantes económicos”.

Antes de terminar este apartado vale la pena mencionar que el continente americano suele manifestar seria preocupación por cumplir estos principios y que esto se manifiesta en las convenciones y documentos jurídicos que generan al respecto. Vale la pena citar como ejemplo la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la que precisamente en el Artículo 22,8 establece el Principio de No Devolución con toda su fuerza y

extensión (en la medida en que aparece como garantía que vale para toda persona), al decir: "En ningún caso el 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".

8. Así se manifiestan algunos aspectos relevantes del Derecho de los Refugiados, que existe por la necesidad de brindar protección a quien es injustamente perseguido, pues es la intolerancia y el abuso del poder la causa próxima que hace aparecer el problema de los refugiados. Sobre esto es necesario reflexionar, pues permite comprender la estrecha vinculación que existe entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de una auténtica vida democrática. El continente americano hace en estos momentos la experiencia de prometedores renacimientos de estructuras democráticas, tras cruentos y dolorosos momentos de autoritarismo y dictaduras de todo signo, y en este proceso juega importante papel la educación. El Derecho entendido como instrumento de cambios sociales justos, como elemento promotor de la paz y la justicia, necesita que las inteligencias de los hombres sean formadas en la comprensión de los valores que dan sentido y dignidad a la existencia humana, al igual que requiere que las voluntades se muevan voluntaria y decididamente hacia el logro de tales metas.

En esta labor se debe ser consciente que la intolerancia y el desprecio hacia quien no forma parte de la comunidad de raza, de color, de lengua, de religión, etc., es siempre un peligro latente y su mortal veneno puede extenderse en cualquier momento y en cualquier sociedad.

Corresponde a instituciones tales como las universidades, los organismos de derechos humanos, las iglesias, por mencionar algunas de ellas, defender el honor del hombre. Es una misión que requiere el esfuerzo de todos los hombres de buena voluntad.

Al término de estas consideraciones esperamos haber destacado que el Derecho Internacional de los Refugiados representa un capítulo innovador del Derecho Internacional, que permite la armónica conjugación del sistema universal de protección de los derechos humanos con instituciones producidas, defendidas y usadas por el sistema regional propio del continente americano, que sus conceptos y principios más fundamentales forman parte del orden público internacional y que, finalmente este Derecho brinda eficaz protección a la vida y dignidad del ser humano, tal es su meta y razón de ser.

## REFERENCIAS

- 1 Derecho Internacional Público, Ed. Aguilar, Madrid, 1978.
- 2 Son numerosas las convenciones firmadas y en vigor relacionadas con derechos humanos, pero destacan por su importancia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No deben ignorarse los logros obtenidos en la protección de la persona humana a través de mecanismos universales no convencionales, como por ejemplo la Resolución 1503.
- 3 En el continente americano se destaca por su importancia la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José, que establece la continuidad de los trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 4 Esto aparece claramente en la Resolución 428 (V) de la Asamblea General del 14 de Diciembre de 1950, que crea una Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados y le proporciona el Estatuto que regula sus actividades.
- 5 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue aprobada el 25 de Julio de 1951.
- 6 El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

- 7 Estas opiniones han sido recogidas por Antonio Remiro Brotons en "Derecho Internacional Público", Tecnos, Madrid, 1983.
- 8 Estudios sobre Derechos Humanos, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp.26-27.
- 9 *Op. cit.*, pág. 277.