

*ALGUNAS IDEAS SOBRE LA INCORPORACION
DEL DERECHO DE ASILO Y DE REFUGIO
AL SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS*

Introducción

El documento que presentamos no tiene la intención de ser una ponencia, que tampoco se nos ha solicitado, sino una modesta contribución, a título personal naturalmente, con el propósito de introducir en las deliberaciones de este coloquio sobre el asilo y la protección internacional de refugiados en América Latina, algunas ideas sobre la utilidad que, a nuestro juicio, tendría el aprovechar extensamente los recursos del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en general, y, finalmente, las posibilidades específicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano cimero de ese sistema tal como se encuentra organizado de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Estamos conscientes de que los problemas del asilo y de los refugiados rebasan con mucho los aspectos puramente jurídicos involucrados en los mismos, y de que los mayores retos y dificultades con que tropiezan los esfuerzos en favor de todos los perseguidos se originan más bien en otros campos, como el económico, el social, el cultural y, sobre todo, el político, campo en el cual la realidad latinoamericana es especialmente conmovedora, posiblemente por las causas históricas y estructurales que de modo tan certero señaló aquí el Representante de la Naciones Unidas en México, don Danilo Jiménez Veiga.

Sin embargo, nuestra condición de jueces y el interés concreto que nos guía, nos llevan a constreñir nuestro trabajo a los puntos de vista estrictamente jurídicos del problema, que de todos modos son fundamentales, porque son por lo menos condición *sine qua non* de los políticos, económicos, sociales y culturales y condición *per se* de su dimensión, para nosotros esencial, en cuanto que problema específico de derechos humanos. Al fin de cuentas, en general, el derecho es el lenguaje del Estado y de cualquier otra estructura legítimamente organizada, y su fun-

ción es precisamente la de ordenar la realidad metajurídica, que es como es, para poner en obra el ideal, también metajurídico, que debe ser.

Esto se pone especialmente de manifiesto en la labor, difícil y por cierto que llevada en condiciones de excelencia, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que se inscribe en el campo de una acción humanitaria, por ende mucho más amplia aunque menos enérgica que la del derecho, pero que de todos modos es evidente que requiere, en primer lugar, de una adecuada y eficaz instrumentación jurídica para realizarla.

Planteamiento jurídico del problema

A nuestro juicio, es necesario comenzar por ulicar claramente los problemas del asilo y de los refugiados como unos que, si bien penetran en otras áreas del derecho, son fundamentalmente problemas de derechos humanos.

Esto no es tan verdad de Pero Grullo como parece, ya que obliga, en primer lugar, a una distinción que consideramos capital, entre lo que son, por una parte, el derecho al asilo y al refugio, como situaciones subjetivas de que es titular el refugiado mismo, que sí son inscribibles en el derecho de los derechos humanos, y lo que ese otro conjunto de principios y de normas que disciplinan el asilo o el refugio como derecho entre los Estados, que es por cierto el más abundante y el de más larga tradición en nuestro continente. La razón de esta distinción, en la que concurrimos con el profesor D'Abranches, no es meramente semántica ni entre dos aspectos, el subjetivo y el objetivo, de una misma realidad jurídica; por el contrario, obedece a una diferencia sustancial: mientras el primer concepto, de derechos humanos, involucra una relación Estado-ser humano, en que este último es titular, bien de derechos subjetivos, bien por lo menos de situaciones jurídicas individualizadas o individualizables, en el segundo, en cambio, los titulares de derechos y deberes son únicamente los Estados mismos, aunque esos derechos y deberes se establezcan en alguna medida "en función" del perseguido, asilado o refugiado, que es o llega a ser así su beneficiario y, a lo más, una especie de "interesado legítimo", pero nunca sujeto propiamente dicho de los mismos. Es lo que ocurre con frecuencia en la serie de convenciones interamericanas sobre asilo, que consagran el derecho de los Estados receptores a otorgarlo y el deber de los de origen de respetarlo, pero que en cuanto al asilado mismo sólo le permiten beneficiarse del asilo ya otorgado, cuando ya le haya sido otorgado, momento a partir del

cual, si adquiere ciertos derechos de algún modo vinculados a su condición de tal, ello sólo lo es en virtud de otras normas y principios de derechos humanos, que le llegaron mucho después y por conductos totalmente diferentes. Es obvio que, en este campo del derecho interestatal, el derecho mismo al asilo o al refugio, como derecho humano, no puede florecer.

Nuestra proposición de que los problemas del asilo y del refugio se inserten plenamente, como tales, en el derecho de los derechos humanos, fuerza un replanteamiento de cuestiones básicas en la materia.

La primera, la necesidad de determinar si el derecho al asilo o al refugio -derecho a buscar y obtener asilo o refugio-, como derecho humano, constituye o no un auténtico “derecho subjetivo”, por ende exigible, o si es todavía uno más de los llamados derechos “programáticos” al modo de muchos de los económicos, sociales y culturales. No podemos adelantar lo que diríamos como jueces en una sentencia o en una opinión consultiva, pero sí nos parece claro que, en términos generales, en nuestro continente, primero la propia Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y después el Pacto de San José se inclinan a afirmarlo como auténtico derecho subjetivo. El artículo 22.7 del segundo establece categóricamente que

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 punto adquiere cierta dificultad por la referencia que allí se hace a la legislación interna e internacional; pero aclararlo es precisamente la labor pionera del jurista, por lo menos antes de que lo haga definitivamente el juez. Además, ese artículo es por lo menos una tentadora incitación para la interpretación de la legislación allí aludida.

Otra consecuencia, enormemente sugestiva, del planteamiento del derecho al asilo y al refugio como derecho humano, es la de que, por serlo, se sumerge en ese mundo novedoso y fecundo del derecho de los derechos humanos en general, con todas sus consecuencias; la principal, que se deriva de la naturaleza misma de esos derechos, como humanos y, por ende, los mismos para todos los seres humanos; como universidades y, por lo tanto, los mismos en todas partes y en todos los ámbitos del derecho: no hay tal cosa como unos derechos humanos internos y otros internacionales, o como unos regionales y otros universales, aunque sean diversos su grado de especificación, su desarrollo o su eficacia;

por eso, no hay incompatibilidad posible, jurídicamente hablando, entre los principios o las normas de derechos humanos del sistema interamericano y del sistema universal: lo que puede haber son antinomias o lagunas, que siempre el derecho, que es plenitud, está capacitado para resolver mediante sus principios y métodos de interpretación. Además, y esto puede ser crucial en la tarea de consolidar un sistema de derechos humanos en plenitud, y de desarrollar ese álgido campo del derecho al asilo y al refugio, es necesario tener presente que los derechos humanos están ya reconocidos universalmente como incorporados al derecho internacional general, al *jus cogens* que obliga porque sí, sin depender, por lo menos totalmente, de que tratados internacionales positivos los recojan o consagren, y que por eso mismo vinculan a los Estados aunque no sean Partes de esos pactos y aun por encima de sus propias normas constitucionales.* Aunque reconocemos que la tesis es contro-

*Por cierto que, a mi juicio, el desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos, a partir de la Segunda Guerra Mundial, parece sugerir la necesidad de reelaborar la doctrina misma de las fuentes del Derecho Internacional General. En este sentido, los agudos análisis de los profesores Sepúlveda y Gros Espiell, entre otros, me incitan a aventurarme en una tesis más audaz, que por ahora formulo a modo de pregunta: ¿no será que lo que estamos presenciando, más que un simple crecimiento horizontal del Derecho Internacional, inclusive del consuetudinario, es un verdadero desplazamiento, por lo menos parcial, de la costumbre como fuente principal, y única del Derecho Internacional General, en beneficio de lo que puede llamarse una convicción internacional autónoma, de una *opinio juris sive necessitatis* que no se expresa ya en forma exclusiva a través de la costumbre, sino que se ha salido de madre abriendo otros cauces de expresión, como los de las resoluciones de las organizaciones internacionales y la llamada “diplomacia parlamentaria”. Es claro que siempre puede plantearse la cuestión de una manera más tradicional, dejando siempre la costumbre como la fuente por excelencia del Derecho Internacional General, pero reconociendo que el elemento fáctico, la práctica internacional, ha venido perdiendo importancia frente al elemento subjetivo de la *opinio juris*. Pero a mí me parece preferible la tesis más radical que he propuesto, de que se reconozca la existencia de una *opinio juris* autónoma que no se manifiesta siempre y necesariamente a través de la costumbre, entre otras razones porque lo fundamental en una fuente de derecho es su capacidad de crear derecho y su condición de forma de expresión del derecho, y obviamente esa función la tiene, en cualquier fuente, su “sentido”, como obra de cultura que es todo lo creado como instrumento para la vida humana; sentido que, precisamente, es su intencionalidad. Por eso, yo creo que la cuestión es al revés: que la costumbre es fuente de derecho en cuanto que, a través de la reiteración de actos, expresa o revela la verdadera fuente que es la *opinio juris*; de manera que si ésta ha encontrado otras formas de manifestarse, como lo es desde hace mucho tiempo la legislación, y como lo empiezan a ser esos otros modos *sui generis* que han venido surgiendo en el orden internacional, no hay razón para no reconocer que ha nacido una nueva fuente de derecho, tan válida como la tradicional. Dos ejemplos conocidos ilustran esta realidad: no existía cuando Nuhremberg costumbre alguna que permitiera juzgar y condenar como criminales de guerra

vertible, por lo menos sugerimos que esa es una de las inteligencias posibles, y obviamente la más fecunda, del artículo 29 de la Convención Americana, que define sus normas de interpretación, cuando establece que:

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

- 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.

Es evidente que esa norma puede ser entendida como una simple cláusula de reserva, en el sentido de que la convención no puede ser invocada o utilizada como pretexto para negar o limitar otros derechos que en otros ámbitos puedan existir o surgir; pero también lo puede ser, como lo indica el propio título del artículo (“normas de interpretación”), en el sentido de atraer el ámbito de la Convención esos otros derechos, libertades y garantías o, lo que casi es lo mismo, de imponerlos como criterios válidos de interpretación de los derechos consagrados en el propio Pacto; esto último, sobre todo si se tiene en cuenta que algunos de esos derechos y garantías aludidos, como los inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, carecen de otro ámbito en el que puedan invocarse; que, ade-

a los jerarcas nazis, por delitos y con penas que ninguna norma anterior, interna ni internacional, establecía; sin embargo, se ha aceptado casi universalmente que esos crímenes -o muchos de esos crímenes- fueron tales crímenes y merecieron tales penas, porque quienes los cometieron tenían que saber que lo eran y las merecían, en virtud de principios del derecho natural que tenían que estar inscritos en la conciencia de cualquier ser humano normal; había una convicción, una *opinio juris* que se consideró suficiente para romper con un principio capital del derecho penal, aunque existiera la posibilidad de que algunos de los criminales, objetivamente criminales, no lo fueron subjetivamente. Tampoco hay hoy una verdadera costumbre internacional detrás del hecho insólito de que una simple Declaración de Derechos Humanos, montada expresamente con la condición de que no era ni llegaría a ser un pacto internacionalmente vinculante, se haya convertido, por obra y gracia de una convicción internacional no apoyada en una práctica, por lo menos al principio, en el instrumento jurídico más importante, quizás de todos los tiempos, y haya recibido reconocimiento unánime como derecho. Dejo, pues, la interrogante abierta.

más, los derechos humanos son por su naturaleza humanos, universales y necesarios, como queda dicho; y que otras disposiciones de la propia Convención parecen realizar claramente esa incorporación. Entre esas otras disposiciones nos parece fundamental la del artículo 64 que, al consagrar la función consultiva de la Corte Interamericana, la extiende a la interpretación, tanto de la propia Convención, como de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

*El sistema interamericano de derechos humanos
y los refugiados*

No nos permiten las limitaciones de este trabajo extendernos en otras consideraciones sin las cuales parecerá quizás elemental y balbuciente. Aún a ese riesgo, tenemos que terminarlo con algunas sugerencias que, recogiendo lo poco que hemos dicho y lo más que hemos tratado de insinuar, nos permitan redondear nuestra proposición concreta de que, más que empeñarnos en ulteriores desarrollos normativos en cuya falta de viabilidad todos hemos coincidido, y que no son tan necesarios como el encontrar caminos prácticos para poner en obra los que existen, y de que, más que idear la creación de nuevos organismos en el campo del asilo y del refugio, utilicemos los instrumentos y los mecanismos ya existentes del sistema interamericano, que mucho pueden contribuir al desarrollo y eficacia de la protección internacional de los perseguidos en el Continente Americano.

Lo primero, definido el derecho al asilo y al refugio, y todos sus derechos complementarios, como derechos humanos, es incorporarlos de hecho, como ya lo están de derecho, al sistema interamericano de derechos humanos, en sus dos vertientes fundamentales: la de la Carta de la Organización de Estados Americanos y de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, respecto de todos los Estados Miembros de la Organización; y la más específica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para los Estados Partes de la misma, que sólo son por ahora 16.

Lo segundo, pero quizás lo más importante, es aprovechar a plenitud los mecanismos de ese sistema americano. Ya se ha hablado de la conveniencia de poner en movimiento los recursos de la propia Organización de Estados Americanos, especialmente de sus órganos técnicos, como la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y el Comité Jurídico Interamericano, a los que convendría quizás agregar algunos organismos espe-

cializados como la Comisión Interamericana de Mujeres. Y ya se ha hablado también de los posibles modos de participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es el más eminente instrumento con que cuenta el sistema, para la promoción de los derechos humanos, y que tiene la doble competencia que le dan la Carta, para todos los Estados Americanos, y la Convención, para sus Estados Partes. En este sentido, poco tendríamos que agregar a las excelentes sugerencias hechas por los miembros de la Comisión que han intervenido en nuestras deliberaciones.

Nosotros queremos concretarnos a recordar que el sistema interamericano cuenta también con una Corte Interamericana de Derechos Humanos que, como supremo tribunal, está llamada a ser su intérprete más calificada, no sólo en el terreno específicamente jurisdiccional, que todavía parece tener un largo camino que recorrer para llegar a actuar con la eficacia y prontitud que la materia exige, sino en una función consultiva que está abierta a todos los Estados Miembros de la OEA, no sólo a los que sean Partes en la Convención, y a todos los órganos principales de la Organización, y que puede en esa vía pronunciarse ampliamente sobre la interpretación de la propia Convención y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (artículo 64 Pacto de San José).

Es en este sentido de la función consultiva de la Corte en el que consideramos que los Estados Americanos, los órganos de la OEA y, por su medio, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, podrían obtener una ayuda y un respaldo importante en la urgente tarea de formular una doctrina completa y coherente sobre el derecho de asilo y de refugio como derecho humano que es, en cuanto aplicable al Continente Americano.

Además, también la utilización de la competencia consultiva de la Corte Interamericana puede resultar en un valioso instrumento en el esfuerzo que hay que intensificar, como se ha reconocido ampliamente a lo largo de este coloquio, para que las legislaciones internas de los Estados Americanos se adecúen al derecho internacional en esta materia, en la que muchos de los obstáculos principales que se encuentran se derivan precisamente del derecho interno. Debe recordarse que la Corte está expresamente habilitada por el artículo 64.2 de la Convención, para dar a los Estados Miembros de la OEA opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Recogiendo las ideas anteriores y para no hacer más larga esta presen-

tación, creemos que pueden sugerirse respetuosamente las siguientes conclusiones:

Conclusiones

1. Los problemas del asilo y de los refugiados, sin perjuicio de su complejidad, en la que concurren factores políticos, económicos, sociales, culturales, humanitarios y jurídicos, son fundamentalmente problemas de derechos humanos y como tales deben ubicarse;

2. Aunque todos esos aspectos suponen elementos jurídicos complementarios o condicionantes, esos elementos jurídicos son fundamentales en la consideración del asilo y del refugio como derechos humanos,

3. Para ubicar esos problemas en el campo de los derechos humanos, hay que distinguir y separar: a) el derecho de asilo (y de refugio) como derecho interestatal; b) el derecho al asilo y al refugio y el derecho de asilo y refugio del que derivan como parte del derecho de los derechos humanos;

4. Es necesario definir el derecho al asilo y al refugio, como tales, en sí mismos, como derechos humanos, que pueden ser auténticos derechos subjetivos o, por lo menos, situaciones jurídicas individualizadas o individualizables en el ser humano, que es su titular;

5. Al incorporar plenamente el tema del asilo y del refugio al de los derechos humanos, le son aplicables los principios y normas del derecho de los derechos humanos, en especial los derivados de su naturaleza misma como humanos, como universales y como *jus cogens*, integrado en el derecho internacional general, y por lo tanto no condicionados a su consagración positiva a través del derecho internacional convencional;

6. También como consecuencia del carácter universal del derecho de los derechos humanos, no hay posible incompatibilidad jurídica entre normas y principios de diferentes sistemas (internos, regionales y universal), que por lo tanto rigen concurrentemente en los ámbitos territoriales correspondientes;

7. 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;

8. El sistema interamericano de derechos humanos está capacitado para participar en el esfuerzo internacional por la protección de los refugiados, y debe ser utilizado en coordinación con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados;

9. Aparte de la participación que corresponda a la Organización de Estados Americanos, especialmente a través de sus órganos y organismos técnicos especializados, y de la muy especial que debe realizar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cooperación con el ACNUR, es importante aprovechar la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar la Convención Americana y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el ámbito continental, que podría producir un cuerpo de doctrina coherente y completo sobre el derecho de asilo y de refugio, como marco jurídico básico de la tarea de promoción e implementación a cargo del ACNUR. También sería muy útil el procedimiento de consulta para determinar los cambios que hacen falta en la legislación interna de los Estados para adecuarla a la eficaz protección de los refugiados.

RODOLFO E. PIZA ESCALANTE y MAXIMO CISNEROS SANCHEZ