

Corte Interamericana de Derechos Humanos

SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE
NIÑEZ MIGRANTE

Amicus Curiae

**Southwestern Law School
Immigration Law Clinic***

Presentado bajo la dirección de:

**Prof. Jonathan Miller
Prof. Silvia F. Faerman**

Southwestern Law School
3050 Wilshire Blvd
Los Angeles, CA 90010, USA
Tel. +1 (213)738-6784
jmiller@swlaw.edu

17 de Febrero de 2012

* La Clínica provee representación legal gratuita a niños de escasos recursos y adultos menores de 21 años en cuestiones migratorias vinculadas al estatuto especial de inmigrante juvenil (Special Immigrant Juvenile Status –SIJS–), la ley de violencia contra la mujer (Violence Against Women Act –VAWA–) y casos de visa U. La Clínica es dirigida por la Prof. Andrea Ramos.

Este documento reproduce los desarrollos de un informe elaborado por un estudiante de LLM de la Universidad y presentado al Prof. Miller, como parte de un estudio independiente sobre el derecho de buscar y recibir asilo en el sistema interamericano.

Índice de Contenido

| | |
|--|----|
| A. Introducción | 1 |
| B. PRIMERA CUESTION SUSTANTIVA: el asilo como derecho humano..... | 3 |
| 1. El texto del Art. XXVII de la Declaración y del Art. 22.7 de la Convención..... | 4 |
| 1.1. “Toda persona tiene derecho”..... | 4 |
| 1.2. Buscar y recibir: diferencias idiomáticas en la Convención Americana | 5 |
| 1.3. La noción de “asilo” | 5 |
| 1.4. La noción de “persecución” | 6 |
| 1.5. La expresión “y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”..... | 7 |
| 2. Objeto y fin..... | 8 |
| 3. Antecedentes (trabajos preparatorios)..... | 9 |
| 3.1. Declaración Americana..... | 9 |
| 3.2. Convención Americana..... | 12 |
| 4. Práctica interpretativa de los países latinoamericanos | 13 |
| 5. Crítica al criterio de orden acumulativo..... | 14 |
| 5.1. Implicancias prácticas del criterio | 14 |
| 5.2. La Crítica de MANLY | 15 |
| 5.3. Argumentos adicionales..... | 15 |
| C. SEGUNDA CUESTION SUSTANTIVA: el derecho humano al asilo como referido a los convenios internacionales sobre refugiados..... | 17 |
| D. CONCLUSION..... | 19 |

A. Introducción

Al responder a la solicitud de opinión consultiva, sería importante que la Corte aproveche la oportunidad para revisar la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “CIDH”) sobre cuándo existe el derecho al asilo. La CIDH ha sostenido que la existencia del derecho al asilo depende de que el país sea parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante la “Convención de 1951”) y, al mismo tiempo, cuente con legislación interna sobre refugiados (criterio acumulativo)². De acuerdo con este criterio, el derecho al asilo no existiría en aquellos Estados Parte de la Convención Americana que no cuentan con legislación sobre refugiados, aun cuando fueran Parte de la Convención de 1951. Tampoco podría entenderse el asilo como comprendiendo las definiciones ampliadas de refugiados de las legislaciones internas, dado que contienen criterios que no surgen de la Convención de 1951.

La posición de la CIDH resulta problemática para la protección de los niños refugiados por dos razones. En primer lugar, el criterio acumulativo apoya la concepción del asilo como una facultad discrecional del estado y no como un derecho humano. En segundo lugar, el criterio no deja claro cuál es la definición de refugiado que los Estados están obligados a considerar para determinar el derecho de un niño a recibir asilo.

Una vez precisado que la existencia del asilo no está sujeta a un criterio acumulativo, la Corte debiera aclarar la cuestión sobre cuáles son los instrumentos internacionales relevantes para el sistema interamericano. En el caso de Haitianos, los Estados Unidos de América (en adelante “los Estados Unidos”) sostuvo que los únicos instrumentos relevantes son los convenios interamericanos de asilo. Esta postura implicaba que el derecho de asilo sólo protegería a los perseguidos políticos. La CIDH correctamente rechazó esta postura e insistió que los instrumentos internacionales relevantes son aquellos referidos a la protección de los refugiados. Esto implica que el derecho de asilo previsto en la Declaración y Convención Americanas, protege también a todas las personas perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un determinado grupo social³.

Por todo ello, es importante que la Corte reafirme al asilo como derecho individual operativo, descarte el criterio acumulativo y brinde pautas claras acerca de cuál es la definición de refugiado que los Estados deben aplicar.

² CIDH, Comité Haitiano de Derechos Humanos *et al.* v. Estados Unidos (en adelante “caso de Haitianos”), Informe N° 51/96, Petición 10.675, decisión del 13 de marzo de 1997, pág. 149 y ss.

³ Para comprender las consecuencias de este enfoque sobre la protección de los refugiados véase las conclusiones de la investigación dirigida por el Dr. Leonardo Franco, Juez de esta Corte. Cf. CÉSAR W. SAN JUAN y MANLY MARK, “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”, en LEONARDO FRANCO *et al.*, *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*, Buenos Aires, Argentina, UNLA-ACNUR-Siglo XXI, 2003, pág. 25 y ss.

LA CORTE DEBERIA ACLARAR QUE EL ASILO ES UN DERECHO INDIVIDUAL OPERATIVO Y NO UNA MERA FACULTAD DISCRECIONAL DEL ESTADO. LOS ESTADOS DEBEN IDENTIFICAR Y OTORGAR ASILO A TODO NIÑO QUE PUEDA SER CONSIDERADO COMO REFUGIADO BAJO LA DEFINICION CLASICA O AMPLIADA DE REFUGIADO

Consulta N° 1. Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantes.

¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7, y 25 de la Convención Americana y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional; y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?

Consulta N° 8. Procedimientos de protección para el reconocimiento de la condición de refugiados.

¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño/a migrante?

Como paso previo a caracterizar los procedimientos de asilo y enunciar la nómina de garantías disponibles en los mismos, la Corte debiera aclarar cuáles son los niños que tiene derecho a recibir asilo en el sistema interamericano de protección. Así la Corte debiera abordar las siguientes cuestiones sustantivas que son clave para que, en la práctica, un niño pueda ser identificado y llegar a ser reconocido como refugiado:

- 1) ¿Es realmente el asilo un derecho humano? ¿Está su operatividad sujeta a que el país de asilo satisfaga el criterio acumulativo propiciado por la CIDH?
- 2) ¿Cuáles son los convenios internacionales a que se refiere el derecho de buscar y recibir asilo?

En relación a la primera cuestión, sería deseable que la Corte reafirme que el asilo existe y es un derecho individual operativo y exigible. Asimismo, sería importante que la Corte aclare que la existencia del asilo como derecho no está sujeta a que el estado sea parte de un convenio internacional y, al mismo tiempo, cuente con legislación en la materia. Es decir, la Corte debiera rechazar el criterio acumulativo.

Con respecto a la segunda cuestión, es necesario que la Corte aclare que la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 son los instrumentos internacionales a que se refieren los Arts. 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración⁴. Por el otro

⁴ La Convención de 1951 define como refugiado a una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado

lado, la Corte debiera aclarar que el asilo también se refiere a los criterios de las definiciones más amplias de refugiados previstos en la normativa interna o seguidos en la práctica por los Estados⁵.

B. PRIMERA CUESTION SUSTANTIVA: el asilo como derecho humano.

De acuerdo al Art. XXVII de la Declaración Americana:

“Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”⁶.

En igual sentido, el Art. 22.7 de la Convención Americana establece:

“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”⁷.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte, dichas normas deben ser interpretadas de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de dichos instrumentos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pued[e] o, a causa de dichos temores, no quier[e] acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose (...) fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pued[e] o, a causa de dichos temores, no quier[e] regresar a él”.

⁵ Para los países latinoamericanos, la “definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, consider[a] también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”; cf. Conclusión III de la Declaración de Cartagena (1984).

Para la legislación de los Estados Unidos de América la definición de refugiado incluye la situación de las personas que fueron forzadas a abortar o sufrieron esterilización contra su voluntad, como parte de un programa coactivo de control poblacional. Ver 8 USCA § 1101.

⁶ El texto en su versión en inglés dice “[e]very person has the right, in case of pursuit not resulting from ordinary crimes, to *seek and receive* asylum in foreign territory, in accordance with the laws of each country and with international agreements [cursiva agregada]”.

⁷ Comparar con la versión en inglés, “[e]very person has the right to *seek and be granted* asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes [cursiva agregada].”

Asimismo, ha de tenerse en cuenta toda práctica ulterior seguida en la aplicación de los mismos por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación. Finalmente, como medio de interpretación complementaria, debe recurrirse a los trabajos preparatorios de ambos instrumentos y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación propuesta⁸.

1. El texto del Art. XXVII de la Declaración y del Art. 22.7 de la Convención

1.1. “Toda persona tiene derecho”

Bajo la Declaración y la Convención Americanas, el asilo es un derecho individual. Por tanto, su concesión no debiera ser un acto meramente discrecional del estado⁹.

El Estado cuenta con un amplio margen de discreción para adoptar una definición de refugiado determinada o para interpretarla flexiblemente, de modo de otorgar protección a niños que podrían no calificar estrictamente como refugiados¹⁰. No obstante, los Estados no pueden utilizar esa discreción para negar la existencia misma del derecho individual. En otras palabras, un Estado cuenta con discreción para extender la protección y no para negarla a aquellos niños que merecen protección como refugiados, en los términos de la definición que el Estado se obligó a aplicar.

Si se considera el texto de la Declaración y Convención Americanas a la luz de su objeto y fin, es decir como instrumentos destinados a reconocer derechos a las personas, no puede haber dudas acerca de la existencia del asilo como derecho individual. A este respecto, debe notarse también que la frase “toda persona tiene derecho” se refuerza con la aclaración que el asilo no es sólo un derecho a buscar sino también a “recibir”¹¹.

⁸ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-1/82, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 33 y 45; Opinión consultiva OC-3/83, Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 8 de setiembre de 1983, párr. 49 y 50. De acuerdo a la Corte, los Arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) deben aplicarse en tanto derecho internacional consuetudinario.

⁹ Comparar esta afirmación con la legislación de los Estados Unidos según la cual puede rechazarse discrecionalmente una solicitud de asilo aun cuando la persona pueda ser considerada como refugiada, cf. 8 USCA § 1158 y 8 C.F.R. § 208.14(a)-(b). De acuerdo a dicha normativa, el solicitante de asilo tiene la carga de demostrar a las autoridades por qué esta discreción debe ejercerse favorablemente en su caso. Ver REGINA GERMAIN, *Asylum Primer - A Practical Guide to U.S. Asylum Law and Procedure*, Washington DC, AILA, 6th edition, párr. 2.2 y párr. 2.7.1. Ver también Estados Unidos, Corte Suprema, I.N.S. v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421 (1987), donde la Corte afirma que el § 1158 es un mecanismo discrecional que reconoce la prerrogativa de conceder asilo pero no exige otorgarlo a todos los refugiados que pueden resultar elegibles.

¹⁰ Ver 8 C.F.R. § 208.13(b)(1)(iii), donde se indica que, en ciertas circunstancias, las autoridades pueden otorgar asilo a una persona cuya solicitud no cae bajo los criterios de la definición de refugiado. Ver REGINA GERMAIN, *op. cit.*, pág. 114.

¹¹ Los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante “la Declaración Universal”) rechazaron la idea de incluir una referencia al “derecho a recibir asilo”. Como

1.2. Buscar y recibir: diferencias idiomáticas en la Convención Americana

El texto en idioma inglés de la Convención (“seek and be *granted*”), se aparta del lenguaje empleado por la Convención en idioma español (“buscar y *recibir*”), así como del texto en inglés de la Declaración (“seek and *receive*”). Es decir, la Convención en inglés utiliza el término “be granted” en tanto a los restantes documentos se refieren al derecho a “recibir” (“receive”)¹².

Si bien el término “recibir” pone el acento en la persona (en su derecho) y en lo que recibe (el asilo) y el término “be granted” pone el énfasis en la correlativa obligación estatal de *otorgar* o *conceder* el asilo (lo que el Estado debe hacer), en términos prácticos, el resultado es el mismo. En ambos casos, la persona tiene derecho a solicitar asilo y el estado tiene una correlativa obligación de otorgarlo. Por supuesto, la persona tiene derecho a recibir aquello que se le otorga (protección o asilo).

Se trata de dos caras de la misma moneda. Pero si por hipótesis se argumentara una divergencia de sentido, esta diferencia no hace más que ratificar que la persona no sólo tiene derecho a buscar pero también a que “se le otorgue” o se le “conceda” asilo.

1.3. La noción de “asilo”

El asilo en el sistema interamericano es una institución bien establecida en el plano normativo, habiéndose reflejado en instrumentos regionales¹³, constituciones políticas¹⁴ y legislaciones internas¹⁵. En el caso de los países latinoamericanos, la práctica ha dado lugar a la tradición del asilo latinoamericano¹⁶.

algunos Estados estaban dispuestos a reconocer sólo un derecho a *disfrutar*, se creyó conveniente no utilizar el término “recibir”, pues se pensó que hubiera dado lugar a una correlativa obligación estatal de otorgar asilo. Ver MARK MANLY, “La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en FRANCO LEONARDO *et al*, op. cit., pág. 122.

¹² La Convención no indica si ambos textos deben considerarse auténticos, aunque puede presumirse que: (i) el texto en ambos idiomas hace igualmente fe; (ii) los términos de la Convención tienen en ambos textos igual sentido.

¹³ Véase Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889), Convención sobre Asilo (La Habana, 1928), Convención sobre los Deberes y Derechos de los Estados en Caso de Luchas Civiles (La Habana, 1928), Tratado sobre Asilo y Refugio Político (Montevideo, 1939), Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933), Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954), Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954).

¹⁴ 14 países latinoamericanos han consagrado expresamente en sus constituciones políticas el derecho de asilo, entre ellos Bolivia (Art. 29 la Constitución Política de 2008), Brasil (Art. 4 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988), Colombia (Art. 36 de la Constitución Política de 1991), Costa Rica (Art. 31 de la Constitución Política de 1949), Cuba (Art. 13 de la Constitución Política de 1976), Ecuador (Art. 41 de la Constitución Política de 2008), El Salvador (Art. 28 de la Constitución Política de 1983), Guatemala (Art. 27 de la Constitución Política de 1985), Honduras (Art. 101 de la Constitución Política de la República de 1982), Nicaragua (Art. 42 de la Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987), Paraguay (Art. 43 de la Constitución de

Partiendo de la definición del Instituto de Derecho Internacional, en un sentido amplio, puede decirse que el asilo es la protección contra la persecución que un Estado otorga a una persona en su territorio (asilo territorial) o en cualquier otro lugar sujeto a su jurisdicción (asilo diplomático)¹⁷.

Limitado al asilo territorial, la interpretación de la palabra “asilo” en el contexto de los Arts. XXVII de la Declaración y 22.7 de la Convención no presenta mayores dificultades¹⁸.

1.4. La noción de “persecución”

Al igual que en el caso del término “asilo”, la interpretación de la palabra “persecución” no presenta mayores problemas. Sin embargo, dado que se carece de una definición universalmente aceptada y que los Arts. XXVII y 22.7 guardan estrecha vinculación con el derecho internacional de refugiados, resulta conveniente tomar la noción brindada por el ACNUR como opinión autorizada:

(...) No existe una definición universalmente aceptada del concepto de “persecución” y los diversos intentos de formularla han tenido escaso éxito. Del artículo 33 de la Convención de 1951 puede deducirse que toda amenaza

la República de 1992), Perú (Art. 36 de la Constitución Política de 1993), República Dominicana (Art. 40 de la Constitución Política de 2010) y Venezuela (Art. 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999).

¹⁵ Al menos 21 países han adoptado normativa referida a la protección de los refugiados y/o asilados. Entre ellos: Argentina (Ley N° 26.165, 2006), Belice (Refugee Act, 1991), Bolivia (Decreto Supremo N° 28.329, 2005), Brasil (Ley N° 9.474, 1997), Canadá (Immigration and Refugee Protection Act, 2001 y sus modificatorias), Chile (Ley N° 20.430, 2010), Colombia (Decreto No. 4503, 2009), Costa Rica (Decreto N° 32.195-G, 2004), Ecuador (Decreto N° 3.301, 1992), El Salvador (Decreto N° 918, 2002), Estados Unidos de América (Immigration and Nationality Act, 1952 y sus modificaciones), Guatemala (Acuerdo gubernativo N° 383-2001, 2001), Honduras (Decreto N° 208, 2003), México (Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, 2011), Nicaragua (Ley N° 655, 2008), Panamá (Decreto Ejecutivo N° 23, 1998 y Ley N° 25, 2008), Paraguay (Ley N° 1.938, 2002), Perú (Leyes N° 27.891 y 27.840, 2002), República Dominicana (Decreto N° 1.569, 1983 y Decreto N° 2330, 1984), Uruguay (Ley N° 18.076, 2006), Venezuela (Ley Orgánica sobre refugiados o refugiadas, asilados o asiladas, 2001 y Decreto N° 2.491, 2003).

¹⁶ Ver CÉSAR W. SAN JUAN y MANLY MARK, “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”, en FRANCO LEONARDO *et al*, op. cit., págs. 25 y ss.

¹⁷ Instituto de Derecho Internacional, El asilo en el derecho internacional público, Sesión de Basilea de 1950 (Relator: MM. Arnold Raestad y Tomaso Perassi). La definición del Instituto es seguida en el Informe OEA-ACNUR. Véase Estudio comparativo entre los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y los del Sistema Interamericano aplicables al régimen de asilados, refugiados y personas desplazadas”, OEA, Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, SER/Ser.D/5.2. OEA/ACNUR/doc.2, rev.1, Original: español, 19 de abril de 1984.

¹⁸ No altera esta conclusión las diferentes visiones sobre la naturaleza jurídica del asilo, pues tanto si se concibe al asilo como un derecho humano o como una facultad discrecional, “asilo” significa siempre la protección del individuo perseguido. La problemática derivada del dualismo asilo-refugio tampoco impiden conceptualizar al asilo como sinónimo de protección.

contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución. También constituirían persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones (...) ¹⁹

1.5. La expresión “y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

Esta frase puede dar lugar a dos interpretaciones distintas, una amplia y otra restringida, pues la conjunción “y” puede ser entendida en un sentido incluyente (“y”) o en un sentido excluyente (“y/o”).

El sentido incluyente da lugar a una interpretación de orden acumulativo según la cual el derecho de asilo queda sujeto a que el Estado sea Parte en alguno de los convenios internacionales relevantes y, al mismo tiempo, cuente con legislación interna en la materia.

Por el contrario, desde un criterio no acumulativo, basta con que el Estado sea parte de alguno de los convenios internacionales relevantes o alternativamente cuente con normativa interna (ej. constitución, legislación). Por supuesto, bajo este último enfoque, si el Estado es parte de un convenio y también cuenta con legislación en la materia, los elementos de la norma se satisfacen.

En el caso de Haitianos, la CIDH propició el primer enfoque al sostener:

(...) El artículo expresa dos criterios que son de *orden acumulativo* y ambos deben ser satisfechos *para que exista el derecho*. El primero, es que el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero debe "...ser de acuerdo con la legislación de cada país...", vale decir del país en el que se procura el asilo. El segundo, es que el derecho de buscar asilo en territorio extranjero debe ser "...de acuerdo con los convenios internacionales"

(...) La naturaleza acumulativa de los dos criterios expresados en el artículo XXVII resulta en que, *si el derecho se establece en la legislación internacional, pero no se constituye en la legislación nacional, no es un derecho reconocido por el artículo XXVII de la Declaración.*

(...) La Comisión observa que el artículo 22(7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada veintiún años después que la Declaración Americana, contiene una redacción similar a la del artículo XXVII

(...) [E]l efecto acumulativo de los dos criterios (...) establece que, para que *exista* el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero, debe estar

¹⁹ ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”, Ginebra, 1992, pág. 51. En el contexto de la definición de los crímenes de lesa humanidad, el Art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional brinda una definición análoga, en lo referido a la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia.

de acuerdo *no sólo* con los convenios internacionales *sino, también*, con la legislación del país en que se procura asilo [*cursiva agregada*]²⁰.

No surge claramente del caso los motivos por los cuales la CIDH adoptó el criterio acumulativo. Una primera explicación podría ser la ambigüedad del texto, que la Comisión intentó despejar recurriendo a los trabajos preparatorios y sosteniendo que la inclusión de la frase "de acuerdo con la legislación de cada país" tenía el sentido de proteger la soberanía de los Estados. No obstante, como se verá luego, la labor preparatoria no se centró en la "soberanía" sino en los límites de la protección y, en particular, en la exclusión de los "refugiados indeseables".

Con la adopción del criterio acumulativo, pareciera que la CIDH simplemente quiso enfatizar la idea que cuando un país es parte de la Convención de 1951 y cuenta con legislación sobre refugiados, no hay margen para sostener que el derecho de asilo no existe. Con este alcance, la conclusión de la CIDH pareciera no ser problemática. Sin embargo, cuando se considera, por ejemplo, el caso de un país que aplica la Convención de 1951 en forma directa, pero no cuenta con legislación sobre refugiados, el criterio acumulativo tiene el efecto de limitar el derecho de asilo.

2. Objeto y fin

El criterio acumulativo resulta incompatible con el objeto y fin de la Declaración y la Convención, no sólo porque restringe indebidamente los alcances del texto, sino porque, en definitiva, tiene el efecto práctico de dejar librado al arbitrio del Estado cumplir o no cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de protección de refugiados.

La Corte ha dicho que los tratados de derechos humanos "no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes", sino que "su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad"²¹.

La Corte ha enfatizado que la Convención "fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, *unilateralmente*, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción [*cursiva agregada*]"²². En definitiva, "el sistema mismo

²⁰ CIDH, caso de Haitianos, pár. 151 y ss. La posición se repite luego en *Michael Edwards v. Bahamas*, caso N° 12.067; *Omar Hall v. Bahamas*, caso N° 12.068; y *Brian Schroeter y Jeronimo Bowleg v. Bahamas*, caso N° 12.086, informe N° 48/01, decisión del 4 de abril de 2001, pár. 111.

²¹ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-2/82, El efecto de las reservas, del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, pár. 29 y Opinión consultiva OC-3/83, op cit., pár. 50.

²² Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-2/82, op cit., pár. 33.

de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”²³.

El criterio acumulativo desconoce que el objetivo y fin de la Declaración y Convención es reconocer derechos, no establecer condiciones acumulativas, o de cualquier otro carácter, para que los Estados puedan llegar a eludir su responsabilidad internacional.

Un Estado puede obligarse a otorgar asilo por muy diversas vías, incluyendo la adhesión a un tratado internacional, la adopción de legislación, el seguimiento de una costumbre internacional o a través de un acto unilateral. Si un Estado puede tutelar el derecho de asilo de muy diversas maneras, resulta ajeno al objeto y fin de la Declaración y Convención propiciar una interpretación que tenga el efecto práctico de agravar las condiciones necesarias para lograr la exigibilidad del derecho de asilo.

3. Antecedentes (trabajos preparatorios)

Los trabajos preparatorios de la Declaración y Convención Americanas demuestran que el legítimo interés de los Estados por precisar el alcance de sus obligaciones de asilo y excluir de la protección a las personas que no merecían protección internacional no exigen adoptar el criterio acumulativo. Ambos instrumentos pueden ser interpretados salvaguardando al mismo tiempo el legítimo interés estatal y el derecho individual al asilo.

3.1. Declaración Americana

Con respecto a los trabajos preparatorios de la Declaración, en el caso de Haitianos, la Comisión señaló que:

“(…) el primer proyecto del artículo [XXVII] no incluía la frase "de acuerdo con la legislación de cada país". Esta frase fue incorporada en el sexto período de sesiones de la Sexta Comisión del Comité Jurídico Interamericano en ocasión de la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Bogotá en 1948 y sobre la cual se deliberó en el séptimo período de sesiones de la Sexta Comisión, *para proteger la soberanía de los Estados en materia de asilo* [cursiva agregada]”²⁴.

La CIDH puso el énfasis en la cuestión de la *soberanía* de los Estados. Sin embargo, la intención de los Estados fue simplemente asegurar el asilo *sólo* a las

²³ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículo 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 24.

²⁴ Op. cit., párr. 152.

personas que lo merecían y negarlo a quienes habían sido sus perseguidores, considerados como “refugiados indeseables”. Como recuerda MANLY:

(...) Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana indican que la versión inicial del grupo de trabajo contenía el artículo redactado de la forma siguiente: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común”. Sin embargo, a sugerencia de los Estados Unidos, el mismo grupo de trabajo agregó al final del artículo “y de acuerdo con los convenios internacionales”. Finalmente el proyecto fue enviado a la VI Comisión con esta formulación, y cuando la VI Comisión discutió la propuesta, según consta en las Actas, el delegado estadounidense “preguntó si se estimaba que este derecho estaba sujeto a la legislación interna de cada país; y si se refería al asilo diplomático o tenía un sentido mucho más amplio, que pudiera abarcar, por ejemplo, a los refugiados europeos, caso en el cual habría que tener en cuenta las *normas de inmigración* de cada país”. A raíz de esta intervención, el delegado de la República Dominicana, con el apoyo de los delegados de Nicaragua, Perú y Bolivia, declaró que “consideraba conveniente que en el artículo apareciera la reserva que pudiesen hacer los Estados para no recibir *refugiados indeseables*, por lo cual proponía que la parte final del artículo se redactara así: “...de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”. La VI Comisión aprobó la enmienda dominicana y esta misma formulación luego fue aprobada por la Conferencia en sesión plenaria [*cursiva agregada*](...)²⁵

Deben notarse tres aspectos sobre la labor preparatoria de la Declaración. En primer término, el grupo de trabajo no creyó necesario incluir en el proyecto original una referencia ni a los convenios internacionales ni a la legislaciones internas. Puede pensarse que el entendimiento común sobre lo que significaba el asilo latinoamericano moldeó esta propuesta inicial. En este sentido, no es casual que la inquietud sobre lo que implicaba el asilo fuera planteada por el delegado de los Estados Unidos, cuya intervención tuvo simplemente el propósito de solicitar una aclaración sobre las bases para la concesión del asilo.

En segundo lugar, en sentido estricto la discusión no se planteó en términos de la “soberanía de los Estados en materia de asilo”. Así por ejemplo, no se dijo que el Estado debía tener la prerrogativa exclusiva y unilateral de definir los criterios para otorgar asilo. De hecho, la propuesta de los Estados Unidos deja claro que, desde un comienzo, se concibió al asilo como un derecho que debía ser referido a criterios del derecho internacional.

Finalmente, la referencia a las normas de inmigración tenía un sentido limitado. Por un lado, muchos países no contaban con legislación específica sobre refugiados y, en el ámbito universal, tampoco existían mayores consensos sobre la forma de resolver los aspectos relativos a la exclusión de ciertos “refugiados indeseables”. De hecho, la

²⁵ MANLY, op. cit. nota 11, págs. 143-4.

Convención de 1951 no había sido aún adoptada. Del otro lado, países como los Estados Unidos no eran parte de los convenios latinoamericanos sobre asilo, pero sí contaban con normativa migratoria y criterios relativos a la admisión de extranjeros en general.

De todo ello se desprende que la preocupación central de los Estados era simplemente la exclusión de los “refugiados indeseables”. Vale decir, la no admisión como asilados o refugiados de personas que no merecían protección internacional, por ejemplo, por haber cometido delitos de lesa humanidad. En la actualidad, el Art. 1.F) la Convención de 1951 excluye de la protección internacional a tales personas. En tales condiciones, sería un enorme contra sentido derivar de la intención original de excluir a los “refugiados indeseables” una condición que tiene el efecto de negar o limitar el derecho de asilo de todos los refugiados.

En realidad, los trabajos preparatorios demuestran que la referencia a las legislaciones internas en la Declaración Americana tuvo un doble sentido. Por un lado, las legislaciones eran los instrumentos de regulación de los derechos tutelados. Por el otro, eran herramientas para ampliar y complementar la protección. En efecto, desde sus orígenes, la Declaración fue vista como un piso mínimo de derechos²⁶. Tal como explica el informe que acompañó el proyecto definitivo de Declaración:

(...) la Declaración de derechos debe apenas considerarse como un *mínimum*. Por consiguiente, las *legislaciones de los Estados Americanos* pueden reconocer otros derechos, o suprimir algunas de las restricciones consignadas en el proyecto, o atribuir a los derechos que contiene una extensión mayor. En este sentido, *la Declaración no constituye una limitación al derecho interno*, ni un obstáculo para el *progreso futuro de las instituciones* o para el mantenimiento de aquellas que hoy van más allá que la Declaración [cursiva agregada] (...) ²⁷

En suma, la referencia a los convenios internacionales y a las legislaciones internas reconoce como antecedente la necesidad de precisar el alcance del derecho de asilo. Ciertamente, la remisión a las normas internas no tuvo el propósito original de negar la existencia del asilo o condicionarlo a la satisfacción del criterio acumulativo. Por el contrario, los trabajos preparatorios demuestran que la referencia a las “legislaciones internas” tuvo el sentido de aclarar que la Declaración no se oponía a las legislaciones internas que: 1) impedían la protección de personas que en realidad no merecían asilo; 2) otorgaban protección a aquellas personas que la necesitaban.

²⁶ Tal como se dice en los considerandos de la Declaración “la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el *sistema inicial de protección* [cursiva agregada]”.

²⁷ Véase HÉCTOR GROS ESPIELL, “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americano”, en *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1988, pág. 94.

3.2. Convención Americana

A pesar de que el proyecto uruguayo de Convención (1965) contenía una norma que disponía que todo perseguido tenía derecho a buscar asilo territorial y a disfrutar de él, la CIDH no incluyó el derecho de asilo en su proyecto²⁸. Fue Colombia quien introdujo la propuesta de “trasladar el Artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incorporando así el derecho de asilo”²⁹. Conforme señala MANLY, Jefe de la Unidad de Apatridia del ACNUR:

(...) Según consta en los trabajos preparatorios, el “derecho de buscar y recibir asilo” no se contemplaba en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana y fue sólo en la duodécima sesión de la Conferencia de San José que el representante de Colombia propuso que se incluyera el derecho de asilo con la misma redacción del artículo XXVII de la Declaración Americana. Mientras que los representantes de Costa Rica, Chile, El Salvador y Guatemala apoyaron la propuesta de Colombia de incluir el derecho de asilo, el delegado de Estados Unidos se opuso a la enmienda señalando, según consta en las actas, que “encontró dificultad en establecer una obligación legal en el lenguaje amplio de la enmienda colombiana. La dificultad estriba en obligarse a aceptar a todo el que haya sido perseguido, sin especificaciones (...) el representante de Honduras propuso una enmienda que limitaba el derecho de asilo a “caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos”. Esta propuesta fue apoyada por el representante de Colombia y en definitiva la enmienda fue aprobada (...)”³⁰

Surge de los trabajos preparatorios que la preocupación de los Estados Unidos continuó siendo la precisión acerca de qué personas podían beneficiarse del asilo. Sin embargo, no habría existido mayor discusión sobre cuestiones de “soberanía” o acerca de la admisión de “refugiados indeseables”. Esto puede deberse al hecho que cuando la Convención fue adoptada (1969), los consensos internacionales sobre las cláusulas de exclusión y las excepciones al principio de no devolución y expulsión estaban ya reflejadas en los Arts. 1.F), 32 y 33 de la Convención de 1951. Además, la cuestión había sido tratada por la Declaración Universal (1948)³¹ y la Declaración sobre Asilo Territorial (1967)³².

²⁸ Ver HÉCTOR GROS ESPIELL, “El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención sobre Derechos Humanos”, *Estudios sobre Derechos Humanos II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1988, pág. 259.

²⁹ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, “Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, pág. 248.

³⁰ MANLY, op. cit., pág. 150.

³¹ La preocupación por las personas excluibles dio origen al segundo párrafo del Art. 14 de la Declaración universal que establece que el asilo “no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.” Ver MANLY, op. cit., pág. 23.

³² De acuerdo al Art. 1.2 la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial “[n]o podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual

Es decir que, los redactores de la Convención Americana no tuvieron las mismas preocupaciones sobre los “refugiados indeseables” que las que tuvieron los redactores de la Declaración. Uno podría preguntarse entonces por qué la Convención repitió el lenguaje de la Declaración. Hay una explicación práctica que cualquier negociador de un instrumento internacional puede fácilmente comprender. La propuesta de incluir al asilo como derecho fue incorporada recién a nivel de la Conferencia, por lo que, en términos del proceso de negociación, era más sencillo replicar el lenguaje ya utilizado en la Declaración Americana, como un lenguaje común de consenso ya existente a nivel de la OEA.

4. Práctica interpretativa de los países latinoamericanos

El criterio acumulativo también resulta incompatible con la tradición del asilo latinoamericano y el enfoque de complementariedad del derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos seguido regionalmente.

La práctica latinoamericana demuestra que la concesión del asilo nunca estuvo supeditada a que un Estado fuera parte de la Convención de 1951 y, al mismo tiempo, contara con legislación sobre asilados o refugiados. De hecho, a lo largo de los años, los países latinoamericanos se han esforzado por proteger a los refugiados inclusive en momentos en que no eran parte de la Convención de 1951 ni contaban con legislaciones específicas.

Esta visión latinoamericana se cristalizó en instrumentos regionales tales como la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)³³, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas (1994)³⁴ y la Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (2004)³⁵. Aunque no posean de por sí fuerza vinculante, dichos instrumentos regionales revelan cómo los Estados latinoamericanos valoran sus obligaciones de

existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos”.

³³ La Declaración de Cartagena (1984) promovió la adhesión a la Convención de 1951 y la adopción de legislación interna, en la medida que resulte necesaria, con el propósito de establecer procedimientos y recursos internos, así como armonizar los estándares de tratamiento, haciéndolos compatibles con la Convención de 1951. Asimismo, hizo un llamado a los Estados Parte de la Convención Americana para que apliquen la Convención en relación a los refugiados.

³⁴ La Declaración de San José (1994) enfatizó el carácter complementario de los derechos humanos, el derecho de refugiados y el derecho humanitario y reiteró el valor de la definición ampliada de refugiado, en tanto probó “ser un instrumento humanitario eficaz para apoyar la *práctica* de los Estados de *extender la protección* internacional a personas necesitadas de ella, *más allá del ámbito de la Convención de 1951* y del Protocolo de 1967 [cursiva agregada]”.

³⁵ La Declaración de México (2004) reafirmó el “*compromiso* con las personas que tienen el *derecho a la protección internacional* en América Latina”, así como la complementariedad del derecho de refugiados, los derechos humanos y el derecho humanitario y “la utilización bajo el principio pro-homine de las normas y principios de estas tres ramas del derecho internacional para fortalecer la protección de los refugiados y otras personas que tienen el derecho a la protección internacional [cursiva agregada]”.

asilo en el sistema interamericano. Por tanto, constituyen importantes guías para comprender como estos países entienden sus obligaciones bajo el sistema interamericano, en particular en lo relativo a la práctica latinoamericana de asilo, a la complementariedad de los sistemas y a la ampliación de los principios y criterios para asegurar la protección de los refugiados.

5. Crítica al criterio de orden acumulativo

5.1. Implicancias prácticas del criterio

La aplicación del criterio acumulativo conduce a tres escenarios en los que se menoscaba la protección de los niños refugiados.

En primer término, si la legislación interna contempla criterios que contradicen abiertamente la Convención de 1951, de la que el Estado es parte, una solicitud de asilo no podría estar, al mismo tiempo, conforme con la Convención de 1951 y dicha legislación. Sin perjuicio de la eventual supremacía del derecho internacional, en esta hipótesis de contradicción normativa, el criterio acumulativo conduce al contrasentido de admitir que un estado que adopta medidas internas contrariando el derecho de refugiados, podría eludir sus obligaciones relativas al asilo bajo la Convención Americana.

En segundo lugar, un Estado podría alegar que no está obligado a otorgar asilo a los niños que caen bajo la definición ampliada de refugiado de su derecho interno. En apoyo de esta posición, podría sostenerse que dicha definición contempla criterios adicionales no previstos en la Convención de 1951. Así, una solicitud de asilo que se sustenta en la definición ampliada de refugiado no puede basarse, al mismo tiempo, en los criterios de la definición de refugiado de la Convención de 1951 y los de la normativa interna³⁶.

Finalmente, de seguirse el criterio acumulativo, el derecho de asilo no existiría en aquellos países que no cuentan con legislación formal sobre refugiados. Aunque se trata de un argumento formal, un Estado podría alegar que el Art. 22.7 no se refiere a cualquier *normativa interna* sobre refugiados sino sólo a la *legislación* formal. Así,

³⁶ El Art. 5 de la Convención de 1951 establece que ninguna disposición de la Convención puede interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios otorgados por los Estados a los refugiados independientemente de la misma. En consecuencia, un Estado no puede alegar la Convención de 1951 como una forma de desconocer la obligatoriedad de la definición ampliada, en términos de su derecho interno. Nótese, sin embargo, que el argumento aquí presentado no involucra esta cuestión sino la referida a la exigibilidad de las definiciones ampliadas de refugiado del derecho interno, bajo el Art. 22.7 de la Convención Americana.

El criterio acumulativo sugiere que para que el derecho de asilo exista, una solicitud debe poder ser subsumida, al mismo tiempo, dentro de los criterios de la Convención de 1951 y los contemplados en la legislación interna. Así, si la solicitud de asilo cae dentro de los criterios de la definición del derecho interno pero no dentro de los criterios de la Convención de 1951, no existiría un derecho tutelado bajo el Art. 22.7. Como puede advertirse, en lo fundamental, el problema se centra en las solicitudes de asilo basadas en la definición ampliada.

una solicitud de asilo no podría estar conforme a la Convención de 1951 y a la *legislación* interna, en países donde el Congreso no aprobó una ley en la materia. Con ello, el Art. 22.7 no existiría en países donde el marco normativo se integra con normas inferiores tales como decretos supremos, decretos presidenciales autónomos o reglamentos aprobados por órganos administrativos inferiores dependientes del poder ejecutivo³⁷.

5.2. La Crítica de MANLY

MANLY ha defendido la existencia de un derecho humano al asilo y criticado el criterio acumulativo, en lo fundamental por las siguientes razones³⁸:

- 1) La Convención reconoce derechos a las personas y no está dirigido a facultar a los Estados para hacerlo. Si bien los Estados pueden fijar las condiciones de ejercicio de los derechos, ello no obsta a su exigibilidad.
- 2) La clara “tendencia integracionista” de la Corte, según la cual la Convención debe considerarse conforme a “otros tratados”, apoya la posición que sostiene que el Art. 22.7 requiere la aplicación de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, en aquellos países que son partes de la Convención Americana y alguno de estos instrumentos.
- 3) La expresión “de acuerdo con la legislación de cada Estado”, leída en conjunto con los Arts. 1.1 y 2, requiere que los Estados adopten medidas legislativas para *regular* el derecho de asilo, de conformidad con la misma Convención y “otros convenios” pertinentes. Por lo tanto, el derecho existe aun cuando el Estado no tuviera legislación en la materia o no tuviera otras obligaciones internacionales sobre el asilo.
- 4) El derecho de asilo tiene que ser leído en conjunto con el Art. 22.8 que consagra el principio de no devolución, cuya obligatoriedad no está en discusión.
- 5) No puede dissociarse el derecho de asilo de otras garantías previstas en la Convención. La Convención reconoce el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (Art. 8). Asimismo, reconoce el derecho a un recurso rápido y sencillo contra actos ilegales o arbitrarios (Art. 25). Con ello, la denegación del asilo no puede ser un acto puramente discrecional.

5.3. Argumentos adicionales

A dichos argumentos puede agregarse los siguientes:

³⁷ El Estado Plurinacional de Bolivia, por ejemplo, no cuenta con legislación formal sobre refugiados sino con un Decreto Supremo.

³⁸ MANLY, op. cit nota 11, pág. 152 y ss.

- 1) No sería adecuado situar los estándares de protección de la Declaración y la Convención Americanas por debajo de los estándares del sistema universal de protección. Si bien es cierto que el Art. 14.1 de la Declaración Universal sólo consagra un derecho a *disfrutar* del asilo, lo que supone un estándar inferior respecto del derecho a *recibir*, dicho instrumento no hace depender el asilo de las legislaciones internas o los convenios internacionales. Es decir, en el ámbito universal, el derecho a buscar y disfrutar no está supeditado a que el Estado satisfaga un criterio acumulativo.

Como los redactores de la Convención Americana no pretendieron situar los estándares regionales por debajo de los del sistema universal, dichos instrumentos, leídos en conjunto, contribuyen a descartar el enfoque acumulativo³⁹. Una visión contraria llevaría al contrasentido de admitir que, al final del día, el estándar universal (derecho de disfrutar) se sitúa por encima del estándar regional (derecho a recibir), debido a que, aunque el término “disfrutar” limita su alcance, en la práctica, su exigibilidad no queda sujeta a la superación del criterio acumulativo.

- 2) Cuando se exige una estrecha correlación entre los criterios de los convenios internacionales y los de las normas internas, se pasa por alto que “la legislación de cada país” puede ampliar los estándares internacionales de protección. El criterio acumulativo abandona el objetivo de lograr un desarrollo progresivo del derecho de asilo y contradice los principios de interpretación de la Convención⁴⁰. Rechazar el criterio acumulativo tiene el efecto de brindar adecuada deferencia a los Estados que, a través de su legislación interna, han ampliado los estándares de protección y se han obligado a aplicar los criterios de una definición ampliada de refugiado al considerar una solicitud de asilo.
- 3) El criterio acumulativo limita el ejercicio del derecho al asilo en mayor medida que la prevista en la Convención. En tales condiciones, adoptar dicho criterio implicar contradecir el Art. 29.a) de la Convención en cuanto prohíbe “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención *o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella* [cursiva agregada]”.
- 4) En caso de duda acerca de la interpretación del Art. 22.7 debe estarse por el criterio no acumulativo por ser el enfoque más favorable a la persona (principio *pro homine*).

³⁹ Ver el Art. 29.d) de la Convención Americana, según el cual ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y *otros actos internacionales de la misma naturaleza* [cursiva agregada]”.

⁴⁰ De acuerdo a su Art. 29.b), ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “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 [cursiva agregada]”.

C. SEGUNDA CUESTION SUSTANTIVA: el derecho humano al asilo como referido a los convenios internacionales sobre refugiados

Sobre esta cuestión, es importante que la Corte confirme la posición de la CIDH en el sentido que el derecho de asilo debe referirse a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. Esto permitirá que reciban asilo no sólo los niños perseguidos por razones políticas sino también aquellos perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social.

En el caso de Haitianos, los Estados Unidos alegó que los convenios latinoamericanos sobre asilo, de los que no es Estado Parte, eran los instrumentos a los que se refiere el derecho de asilo. Dichos instrumentos sólo contemplan la situación de las personas perseguidas por razones políticas, es decir, no protegen a las personas perseguidas por razones no políticas⁴². La CIDH rechazó expresamente este enfoque restrictivo y sostuvo que los convenios internacionales pertinentes son la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, que cubren una gama más amplia de motivos de persecución.

Referir el derecho de asilo a la Convención de 1951 supone ampliar el alcance del derecho y proteger no sólo a los niños que son perseguidos por motivos políticos sino también aquellos perseguidos por otras razones. Por el contrario, referir el asilo exclusivamente a los convenios latinoamericanos implica limitar el alcance del derecho de asilo a los perseguidos políticos⁴³.

Dicho en otros términos, afirmar que la Declaración y Convención Americanas se refieren a los convenios latinoamericanos de asilo pero no a los instrumentos sobre refugiados, implica sostener que los refugiados no tienen derecho al asilo ni acceso al sistema interamericano de protección para reclamar por una denegación arbitraria del estatuto de refugiado.

Por ello, es importante que la Corte confirme la posición de la CIDH, a cuyo fin podría notar lo siguiente:

- 1) En términos generales, el asilo se define como la protección que un Estado brinda en su territorio a personas perseguidas en su país de origen. Los refugiados son personas perseguidas por diversos motivos previstos en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. Por lo tanto, tales instrumentos, que gozan de amplia aceptación a nivel universal, son “convenios internacionales” claramente relevantes para la interpretación del derecho al asilo bajo la Declaración y Convención Americanas.

⁴² El Art. II de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954), por ejemplo, se refiere a las “personas que ingresan [al país de asilo] con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos”.

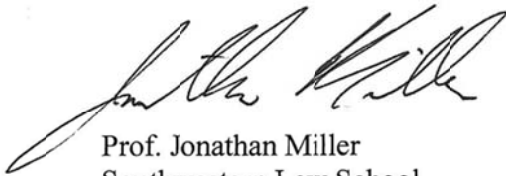
⁴³ Esta última posición, denominada “dualismo asilo-refugio”, ha sido fuertemente criticada por la doctrina por las consecuencias que trae aparejada para la protección. Ver CÉSAR W. SAN JUAN, y MARK MANLY, op. cit. nota 3.

- 2) Los redactores de la Convención Americana tuvieron en cuenta la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. De hecho, tal como se desprende de los trabajos preparatorios, el ACNUR participó de las deliberaciones que condujeron a la adopción del Art. 22.7 de la Convención. Por lo tanto, sus redactores consagraron el asilo como derecho humano de los refugiados.
- 3) En lo que respecta a la Declaración Americana, es indudable que los países tuvieron en cuenta los convenios latinoamericanos sobre asilo que habían sido previamente adoptados. Sin embargo, tal como se dice en sus considerandos, la Declaración partió de la base de un “derecho americano en evolución”. En tal sentido, tal como señaló los Estados Unidos, los convenios internacionales podían referirse a las obligaciones legales que “serían asumidas [en el futuro] en el marco de negociaciones internacionales de carácter vinculante”⁴⁴. Por lo tanto, desde sus orígenes, la Declaración se entendió como referida a convenios internacionales futuros, tales como la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.
- 4) La Declaración y Convención Americanas se refieren a los “convenios internacionales”, sin establecer límites materiales o geográficos. Es decir, no indican que el derecho al asilo se refiera a los convenios sobre “asilo político” o “asilo territorial”, por oposición a los convenios sobre refugiados. Tampoco indican que los “convenios internacionales” sean los del sistema interamericano excluyendo a los instrumentos del sistema universal. Por lo tanto, la letra de la Declaración y Convención Americanas admite que el derecho de asilo sea referido a los instrumentos de refugiados.

⁴⁴ Caso de Haitianos, párr. 116.

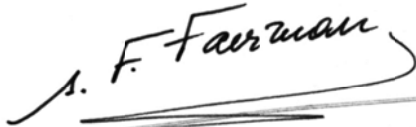
D. CONCLUSION

Por las razones expuestas, sería importante que la Corte al responder este pedido de opinión consultiva indique que: 1) el asilo es un derecho individual cuya operatividad no está sujeta a un criterio acumulativo; 2) los estados deben otorgar asilo a todo niño que pueda ser considerado como refugiado, sea bajo la definición clásica de refugiado de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 o bajo la definición ampliada que resulte aplicable de acuerdo con su normativa o práctica interna.



17 de febrero de 2012

Prof. Jonathan Miller
Southwestern Law School
3050 Wilshire Blvd
Los Angeles, CA 90010, USA
Tel. +1 (213)738-6784
jmiller@swlaw.edu



Prof. Silvia F. Faerman
Southwestern Law School
3050 Wilshire Blvd
Los Angeles, CA 90010, USA
Tel. +1 (213) 738-6603
sfaerman@swlaw.edu