

**ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO
DE LAS LEGISLACIONES SOBRE ASILO
EN AMÉRICA LATINA
Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
Y REGIONALES**

Héctor GROS ESPIELL

I.

El tema global que debo introducir incluye, en verdad, tres subtemas diferentes, aunque íntima y entrañablemente relacionados.

Estos tres subtemas son:

- a. El análisis jurídico comparativo de las legislaciones sobre asilo territorial en América Latina y los instrumentos internacionales y regionales sobre refugios.
- b. La vigencia de la Declaración de Cartagena.
- c. Las perspectivas de asilo en América Latina.

Los tres temas implican, necesariamente, una clara conceptualización previa de la relación y diferencias entre dos institutos jurídicos distintos pero necesariamente relacionados hoy: asilo y refugio. Por eso, comenzamos por hacer unas precisiones al respecto. La presentación tendrá no sólo una finalidad descriptiva, sino que se hace como un aporte al debate y a la posible elaboración de conclusiones.

II.

El asilo y el refugio son dos institutos diferentes, con una regulación internacional distinta y que, en el Derecho Comparado Interno, las legislaciones muchas veces reglamentan de manera diversa.

Ambos institutos jurídicos derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *latu sensu*.

Al respecto he dicho en un trabajo escrito hace unos años

Si bien es cierto que los refugiados poseen un régimen jurídico internacional específico que se deriva, entre otros instrumentos, de la Convención antes citada, que la vigencia de la aplicación de estas disposiciones se atribuye a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Art. 35 de la Convención) y que se

prevé un sistema propio para la solución de las controversias que puedan resultar de la interpretación o de la aplicación de la Convención (Art. 38), no es menos cierto que los principios y criterios normativos en que se funda este régimen se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (Arts 13 y 14), en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (Arts 12 y 13), en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Protocolo N° 4 del 16 de setiembre de 1969, Arts. 2, 3, y 4), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 22). Por lo demás, el primer párrafo preambular de la Convención de 1951 invoca expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos al reafirmar el principio de que los seres humanos sin distinción alguna, deben gozar de los derechos y libertades fundamentales.

Lo mismo puede decirse respecto del asilo.

En el Derecho Internacional Universal, al asilo territorial se funda en lo establecido en la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. No se ha llegado a elaborar una Convención al respecto, luego del fracaso de la Conferencia de Ginebra de 1977.

En América, el asilo territorial tiene su fundamento en diversas fuentes normativas. Cabe citar entre ellas:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948, artículo XXVII.

Convención sobre Asilo Territorial, adoptada en la X Conferencia Internacional Americana, Caracas, 1954.

Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José, 1969, artículo 22, párrafos 7, 8 y 9.

Tratado sobre Derecho Penal Internacional, Montevideo 1989, título II, artículos 15, 16 y 18.

Tratado sobre Asilo y Refugios Políticos, Montevideo 1939, capítulo II.

Es preciso no confundir el asilo territorial con el del refugiado según la Convención de 1951. Los conceptos están ligados, a veces se implican, pero no son iguales ni se superponen. Dije al respecto:

La aceptación de una persona como asilado territorial no la transforma automáticamente en refugiado a los efectos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, pero sin duda constituye un elemento de juicio importante a considerar por las autoridades que deben calificar el refugio político. Y a la inversa, la calificación de una persona como refugiado político, según el sistema de las Naciones Unidas, no significa que, *ipso jure*, deba ser considerada como asilado territorial.

La dicotomía entre asilado territorial y refugiado político (según el Estatuto de las Naciones Unidas), que no es pensable a corto o mediano plazo que se supere en América Latina, crea en teoría problemas de difícil solución. Pero la verdad es que, en la práctica, como consecuencia de la decadencia del asilo territorial, estos problemas no son tan graves ya que, en general, las grandes cuestiones de refugiados en América Latina se encaran y resuelven por aplicación del sistema de refugiados políticos de las Naciones Unidas y por acción del Alto Comisionado.

Lo más importante es que hay que tratar que el objetivo común que tiene el instituto del asilo territorial América Latina y el refugio político en las Naciones Unidas, haga posible el planeamiento y ejecución de una política coherente y sistemática para proteger no sólo a los perseguidos por delitos políticos, sino también a los perseguidos por razones o motivos políticos, aunque no haya delito, y pa-

ra que éstos tengan en el Estado territorial un adecuado *status* de protección económica, social y cultural.

Me atrevo a pensar que hoy es esencial garantizar el asilo territorial no sólo a los delincuentes políticos. En efecto, la mayoría de los que actualmente buscan asilo territorial o refugio, son perseguidos que no han cometido ni están procesados por ningún delito político.

Con respecto a la forma de encarar los problemas económicos, sociales y culturales que plantea el asentamiento de los refugiados, así como por el hecho de que existe un sistema orgánico (la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), que se encarga directamente de estas cuestiones y también del tema cada vez más importante de los desplazamientos de los primeros lugares de refugio definitivo y de la cuestión de los refugiados en órbita, el derecho de las Naciones Unidas es mucho más moderno, progresista y actual que el derecho internacional americano, incluso que la Convención de Caracas de las Naciones Unidas de 1951, para calificar el concepto de refugiado. Tiene en cuenta la persecución en sí misma, pero también el temor fundado de una persona a ser perseguida por las razones o causales que la Convención enumera.

En el Derecho internacional americano el concepto de refugiado, establecido por las convenciones interamericanas o por otros tratados latinoamericanos al respecto, es el mismo que el de asilado territorial. En cambio, este concepto no coincide totalmente, aunque tenga elementos análogos, con el de refugiado según la Convención de 1951. Es por ello que cuando se usa el término refugiado, es necesario precisar si se le está utilizando según la terminología de las convenciones interamericanas, en las cuales, repetimos, es sinónimo de asilo territorial, o según la terminología de la Convención de 1951.

En cuanto al asilo diplomático, llamado a veces político, es una institución típicamente latinoamericana, que sólo está con-

vencionalmente regulada en nuestro Continente. Como dije en el trabajo antes recordado:

Pero en lo que se refiere al asilo diplomático, el instituto no está reconocido y reglamentado por el derecho internacional positivo en ninguna otra región fuera de la América Latina. Sin embargo, hay que reconocer que fuera de la América Latina, en nuestra época, en ciertas ocasiones, en base a principios generales o por razones circunstanciales, se ha aplicado y reconocido *de facto*, el asilo diplomático.

El asilo diplomático en América Latina tiene diferentes fuentes:

Convención sobre Asilo adoptada en la VI Conferencia Internacional Americana, La Habana, 1928. En la sexta Conferencia Interamericana se adoptó también la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos, que se refiere a la entrega de los perseguidos o condenados por delito común refugiados en la misión (artículo 17) y la Convención sobre Agentes Consulares que obliga a éstos a entregar a los acusados o condenados por delitos que se refugien en el consulado (artículo 19).

Convención sobre asilo Político, adoptada en la VII Conferencia Internacional Americana, Montevideo 1933.

Convención sobre Asilo Diplomático, adoptada en la VII Conferencia Internacional Americana, Caracas, 1954.

Tratados sobre Derecho Penal Internacional, Montevideo 1889, título II, artículo 17.

Tratado General de Paz y Amistad Centroamericana de 1907.

Convención Bolivariana de 1911, artículo 18.

Convención sobre Asilo y Refugio Políticos, Montevideo 1939, capítulo I.

A estos hay que agregar, en lo pertinente, al artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aunque las diferencias entre las instituciones del asilo diplomático y el refugio son obvias, no hay que olvidar que pueden estar relacionadas. En efecto, un asilado diplomático, luego de abandonar el territorio del país en el que buscó asilo en una Embajada, puede, llegado a otro país, solicitar el asilo territorial o el estatuto de refugiado.

Por lo demás hay que tener en cuenta que:

el sistema tradicional sobre asilo territorial en América Latina fue pensado y concebido para hacer frente a una situación de hecho distinta de la actual. Esta inadecuación lo transforma en incompleto e incapaz para encarar, por sí solo, los requerimientos de hoy. Es, en cierta forma una consecuencia de la anterior, y fue expuesta en el informe que presenté a la Mesa Redonda de San Remo (mayo de 1978), en la siguiente forma:

En un excelente estudio preparado hace varios años por la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que lamentablemente no ha tenido respuesta ni eco, se dice que la Organización, aunque ha estado claramente al tanto del problema de los refugiados políticos y ha prestado cuidadosa atención a ciertos aspectos de este problema, en particular a la cuestión de adquirir la condición de refugiados, no ha considerado todavía la situación de los refugiados después de haberles otorgado el asilo, y de las necesidades económicas y materiales que por lo general son consecuencia del creciente problema de los refugiados.

Del examen de los antecedentes y demás datos que obran en el presente informe, puede concluirse que las características salientes de los problemas que plantean los refugiados políticos americanos presentan particularidades propias, por lo que se impone la adopción de soluciones regionales a los mismos.

Por otra parte, la creciente gravedad y trascendencia de estos problemas en los últimos tiempos, con el advenimiento de grandes masas de refugiados políticos en América, demandan la adopción de medidas cuya aplicación deberá realizarse en forma urgente.

El problema de los refugiados políticos americanos ha cambiado fundamentalmente en los últimos años. Ya no se trata de los refugiados de antaño, los que por lo general eran pocos en número y constituidos principalmente por dirigentes que gozaban de medios de fortuna. En la actualidad el problema radica en que, como resultado de los movimientos políticos acaecidos en la mayoría de los países americanos y la falta de estabilidad democrática en algunos de ellos, gran cantidad de personas, la mayoría de ellas sin bienes de ninguna especie, se trasladan al territorio de otras repúblicas americanas a causa de las persecuciones de que son objeto.

Aunque la situación es hoy distinta de cuando escribí estos párrafos, en 1980 y en 1978, la raíz de la cuestión subsiste. Es necesario actualizar, coordinar, distinguir y complementar las instituciones del asilo territorial latinoamericano y del refugio en base a la acción del Alto Comisionado, para lograr un régimen eficaz y humano, protector de la persona humana, en función de las realidades actuales.

Las dificultades terminológicas y la diversidad de los regímenes jurídicos del asilo y del refugio no puede hacer olvidar su fundamentos comunes y la necesidad de interpretarlos y aplicarlos armónica y sistemáticamente, en función de su objeto o fin común.

Esto es fundamental, se basa en los criterios interpretativos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y debe ser recordado en todo documento actual que se elabore en América Latina en esta materia.

III.

El subtema siguiente a analizar es el de la comparación del régimen internacional sobre asilo y refugio en América Latina y las grandes líneas de la legislación interna en la materia.

En 1980 dije:

Las difíciles cuestiones que se plantean en el derecho internacional como consecuencia de que no todos los Estados Americanos son Partes en los Convenios sobre Asilo Territorial o que se refieren al asilo territorial, las diferencias existentes entre éstos, tanto respecto de su contenido como en cuanto a las ratificaciones o adhesiones de que han sido objeto y los problemas que resultan de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, también derivados de que no han sido firmados y ratificados o no se han adherido a ellos todos los países latinoamericanos, y las interrogantes que surgen de la interpretación de algunas de sus disposiciones, muestran claramente la necesidad de que el tema de los refugiados se encare también por el derecho interno de los Estados latinoamericanos.

La verdad es que la legislación de los países latinoamericanos sobre extranjeros, residencia, asilo y refugio, es en general antigua. En muchísimos casos ni siquiera prevé de manera especial el status jurídico del asilado territorial ni del refugiado. Puede afirmarse que salvo raras excepciones, esta legislación no encara la solución de los problemas vinculados al asilo y al refugio políticos y, en los pocos casos en que ello ocurre, no lo hace con un criterio sistemático y actualizado en base a los principios que hoy se reconocen como necesarios. En el informe que presentamos a la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario celebrada en San Remo en mayo de 1978 dijimos al respecto:

En resumen, puede afirmarse que entre los principales problemas que afectan a los refugiados americanos se en-

cuentra la ausencia de leyes internas que reconozcan y definan en forma clara la condición de refugiado político desde el punto de vista de su situación jurídica.

La legislación aplicable a este tipo de personas en cuanto a su capacidad civil varía en los distintos Estados americanos, aunque la mayoría se inclina por la aplicación de la ley de domicilio. Sería deseable la existencia de uniformidad en esta materia, pues inclusive el concepto legal corriente de domicilio se hace de difícil aplicación a los refugiados.

Cabe reconocer que la elaboración de leyes en esta materia presenta complejidades que no son fáciles de superar. No resulta sencillo, por ejemplo, establecer las exigencias que permitan probar la condición de refugio político, máxime cuando tales normas puedan llegar en su aplicación a crear rozamientos con otras naciones.

Hoy, la situación ha mejorado algo. Se han hecho esfuerzos plausibles por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados y la OEA. La experiencia de las acciones cumplidas en Nicaragua, El Salvador, Honduras y Guatemala, por ejemplo, ha permitido comprender mejor y actualizar la cuestión. Pero es aún mucho lo que resta por hacer.

Sin duda hay que insistir en que el derecho interno latinoamericano, teniendo en cuenta las particularidades propias de cada país, sus tradiciones y precedentes jurídicos, su estructura administrativa y los problemas y situaciones económicas, sociales y culturales existentes, debe proceder a elaborar leyes sobre asilo territorial y refugio, modernas y actualizadas.

Estas leyes deben inspirarse en los principios de la Convención de 1951, del Protocolo de 1967 y de la Declaración de Cartagena, tener en cuenta la riquísima experiencia en materia de refugio y recoger lo que resulta de la práctica del ACNUR y, en especial, de las decisiones del Comité Ejecutivo.

Pero además, comprendiendo la relación entre asilo territorial y refugio, pero sabiendo de la relación entre ambas instituciones en razón de tener las dos un fin común y ser parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, considerado *latu sensu*, deben tener en cuenta lo que resulta para el Derecho Interno, de la institución jurídica del asilo territorial, en especial recogiendo los criterios de los Tratados de Montevideo, de la Convención de Caracas y del Pacto de San José.

Pero además, en lo que se refiere al régimen interno, no puede olvidarse que el Derecho Internacional de los Refugiados, especialmente de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 se aplican directa e inmediatamente en el Derecho Interno de los Estados Latinoamericanos.

Esta aplicación directa e inmediata, se hace en algunos países incluso con jerarquía superior a la ley ordinaria (Argentina -por su jurisprudencia más reciente-, Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Perú, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, etc.) y en los restantes con un nivel normativo igual al de la ley, que resuelve muchos problemas existentes. El concepto debe ser asimilado y difundido.

He estudiado ampliamente el tema, en todas sus variantes, en mi trabajo "Los tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Humanitario y su aplicación interna en la América Latina".

Todo lo antedicho no significa desconocer la utilidad práctica de dictar normas de derecho interno que faciliten la aplicación de las normas internacionales -de por si obligatorias- en materia de refugiados.

IV.

Corresponde ahora decir algo sobre la Declaración de Cartagena y su significación actual.

Es del caso recordar que esta Declaración fue adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 22 de noviembre de 1984, como

resultado de un Coloquio sobre los problemas Jurídicos y Humanitarios de la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá. Este Coloquio auspiciado por el Gobierno de Colombia fue copatrocinado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena de Indias, el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Su integración fue múltiple. Por un lado delegados Gubernamentales de Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela; por otro, funcionarios del ACNUR y, por último, expertos invitados a título personal (Sergio Aguayo, Andrés Aguilar, Yolanda Frías, Reynaldo Galindo Pohl, Carlos García Bauer, Diego García Sayán, Héctor Gros Espiell, Odilón Méndez, Gerardo Monray Cabra, Michel Majlis, César Sepúlveda, Leo Valladares, Edmundo Vargas Carreño, Pedro Rubiano Sáenz y Alex Dalfiaz).

El Coloquio adoptó una "Declaración". Esta Declaración consta de una parte preambular (I), una parte que reitera y reafirma los compromisos en materia de refugiados contenidos en el Acta de Contactos para la Paz y Cooperación en Centro América (II), una tercera parte, la más importante, que contiene las conclusiones del Coloquio, y que puede considerarse como Declaración propiamente dicha, y unas recomendaciones finales (IV).

La Declaración de Cartagena repensó y actualizó el derecho aplicable en América Central, México, Panamá y Perú; la realidad es que encaró la cuestión con un enfoque general, globalizante, latinoamericano.

Lo esencial de la Declaración se encuentra en los párrafos 3; 4; 5; 6; 7; 8; y 9 de la Parte III.

No es el objeto de estas páginas estudiar el contenido de la Declaración.

Sólo cabe ahora destacar su general su proyección latinoamericana y analizar especialmente la cuestión de su naturaleza y

fuerza jurídica. La Declaración de Cartagena no es un tratado, no posee pues la fuerza convencional que resulta de la primera y más formal de las fuentes del Derecho Internacional.

No es tampoco una resolución de una organización internacional que podría extraer su validez de las competencias de esa organización internacional y de la voluntad de los Estados que la integran.

No es, por último, en su integralidad, una traducción de Principios Generales de Derecho Internacional o de los Principios Generales que resultan de los grandes sistemas jurídicos de la Humanidad.

¿Qué es entonces? ¿Por qué se le cita y, en los hechos, se la aplica en los ámbitos internacional e internos?

No hay duda, política y sociológicamente, de que la Declaración de Cartagena existe como hecho jurídico, se reconoce con validez y se aplica como tal.

Ha reflexionado mucho sobre este caso de la Declaración de Cartagena. Creo que es uno de los mejores ejemplos de este fenómeno que ha sido designado como de "formación espontánea" -por oposición a formal u orgánica- del Derecho Internacional.

La Declaración de Cartagena no es fuente de Derecho por razón convencional, -no es un tratado-, ni por su origen, ni en virtud de la forma como fue adoptada.

Es una fuente espontánea y atípica de Derecho, porque constituye una costumbre salvaje, de carácter regional. Expliquemos estos calificativos: costumbre "sauvage" o salvaje, en vez de costumbre "sage", es decir en una mala traducción, prudente o cuerda.

¿Por qué? Porque la costumbre tradicional requería los dos elementos clásicos, el material o "consuetudinario", constituido por la repetición estable de una práctica, durante un período considerable de tiempo, y el psicológico, la *opinio juris*, es decir la

aceptación de la práctica con la convicción de que es jurídicamente obligatoria, dicho en términos latinos "*la opinio juris sive necessitatis*". Pero además imponía que el elemento material precediera cronológicamente al elemento psicológico, ya que era considerado la culminación de la acumulación de precedentes. La práctica contemporánea y una parte importante de la más moderna doctrina reconocen en la *opinio juris* el punto de partida del proceso consuetudinario: a las costumbres "sages" del pasado se sumarían así las costumbres "sauvages", a partir de "tendencias" progresivamente cristalizadas.

Pero esta costumbre relativa a la Declaración de Cartagena es una costumbre regional. La costumbre deriva de una práctica "general", que no tiene por qué ser "unánime" -lo que sería irrealizable o irreal, como lo reconoce por lo demás, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta práctica no tiene por qué ser universal, puede ser regional, subregional e, incluso, bilateral. La Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y la casi unanimidad de la doctrina aceptan por ello la posibilidad de costumbre regionales.

En virtud de todo lo que antecede es que considero que la Declaración de Cartagena, acto jurídico atípico y *sui generis*, ha llegado a adquirir fuerza y validez como fuente de Derecho Internacional en virtud de haber logrado el carácter de una costumbre regional latinoamericana.

V.

Finalmente, algunas palabras sobre las perspectivas del asilo en América Latina.

La cuestión puede, y debe, encararse en dos planos: el fáctico y el jurídico. En el enfoque fáctico resulta del análisis de la necesidad política, económica, social, y cultural de América Latina y su evolución previsible, en cuanto esas realidades determinan los fenómenos humanos de búsqueda de asilo o de refugio y de existencia de asilados y refugiados.

El enfoque jurídico está constituido por el estudio del status actual que el Derecho atribuye al asilo y al refugio y de si es necesario encarar su actualización o reforma ante la situación de hecho existente hoy y que presumiblemente se dé en el mañana.

VI

La situación interna e internacional de América Latina, en lo que se refiere a las materias vinculadas con el asilo y el refugio, es hoy muy particular. El fin de los conflictos bélicos que ensangrataron a la región centroamericana, el término de los gobiernos autoritarios y militares que ensombrecieron el Continente y la expansión general de la Democracia, han traído como consecuencia una radical disminución de los fenómenos humanos y demográficos que generan los movimientos individuales y colectivos que provocan el asilo y el refugio. Si esta positiva realidad se consolida, América Latina no será mañana como lo es hoy, un problema grave en lo que se refiere al refugio y al asilo.

Pero esta visión optimista debe ser matizada y relativizada.

En primer lugar hay situaciones concretas de innegable gravedad. Ante todo el caso de Haití, trágico, desesperante, con un futuro incierto y no esperanzador. Luego, fenómenos de violencia interna y de terrorismo bestial como en el Perú. Asimismo, el caso residual -frente a otros ya resueltos- en el que puede haber una solución, como es el de Guatemala, donde aún no ha culminado el necesario proceso de paz.

En segundo lugar, la convicción de que si la realidad democrática es la mejor garantía para que no se repitan las causas generadoras del asilo y del refugio, no es menos cierto que hay que tener conciencia que la Democracia es siempre frágil si no hay participación, si no hay confianza en la política y en los políticos y, sobre todo, si no hay mejoramiento de la situación económica, de los niveles de vida, de la salud, de la vivienda y de la educación.

La crisis en la Democracia es consustancial con su propia naturaleza. Pero para que la crisis sea un motor de mejoramiento y superación, y no de ruptura, se requiere participación, confianza en el sistema y mejoramiento humano. Sin esto, pueden haber quiebres en la Democracia que generarán ineludiblemente, problemas en cuanto al asilo y al refugio, como los que existieron en los años negros; ya, en general, felizmente superados.

América Latina, presenta hoy una situación de privilegio, pese a los casos negativos preindicados. Nuestros problemas son hoy infinitamente menos preocupantes que los que se dan en Europa, como consecuencia de la situación en la ex-Yugoslavia, en Europa Oriental y Central, de la presión migratoria de poblaciones árabes y africanas, de la situación en el Cercano y Mediano Oriente y de la que se da en África.

Pero esta situación relativamente positiva que existe en términos globales en América Latina, no puede hacer olvidar que hay que asegurar la paz interna e internacional y afirmar el desarrollo democrático, económico, social y cultural. Sin ello, *de facto*, la situación puede volver a ser negativa.

Por eso, la voluntad política de resolver humana y jurídicamente los problemas del asilo y del refugio, debe mantenerse sin falla, acompañando el proceso de mejoramiento político, económico y social y, además, seguir prestando preferente atención a los casos negativos subsistentes en esta materia a los que ya nos hemos referido.

VII

¿Cómo debe incidir esta realidad en la regulación normativa del asilo y del refugio, en la América Latina de hoy, y ante las perspectivas de evolución de esta realidad en los años del fin de siglo y del fin del milenio?

Sobre la base de principios generales comunes, es preciso encarar la cuestión en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional.

Sobre la base de principios generales comunes. Hay que destacar esto, porque tales principios informan, y deben informar aún más profundamente, con mayor fuerza, precisión y practicidad, el Derecho Nacional y el Derecho de Gentes.

Principios comunes, sí.

¿Pero cuáles son estos principios?

Estos principios, que son los principios fundamentales del Derecho de los Derechos Humanos, que están en la base del Derecho Humanitario y que informan y dan basamento y sentido al Derecho de los Refugiados, existen tanto en el Derecho Internacional General como en el Regional Latinoamericano. No se contraponen. Pero no se superponen, como consecuencia de una identidad absoluta, siendo, sin embargo, coincidentes en lo esencial y recíprocamente complementarios.

La Declaración de Cartagena los enunció y cristalizó jurídicamente.

Veamos cuáles son:

1. En primer lugar es preciso comprender que los principios generales de los Derechos Humanos (que resultan de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de 1948, de los dos Pactos Internacionales y de la Carta de la OEA, de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y de la Declaración de Santiago de 1991), forman parte del Derecho de los Refugiados y que ningún problema relativo al asilo y al refugio puede encararse y resolverse sin tener en cuenta esos principios.

2. En segundo lugar es necesario aceptar que el derecho regional americano en materia de asilo -culminado en las Convenciones de Caracas de 1954-, incide e impregna el Derecho Internacional de los Refugiados, de carácter universal -emanado de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 y de la acción del Alto Comisionado de las Naciones Unidas -que no puede aplicarse en América Latina sin tener en cuenta el derecho de validez espacial regional.

3. En tercer lugar hay que tener en cuenta que, hoy, el Derecho de los Refugiados debe aplicarse en forma coordinada y paralela con el Derecho Internacional Humanitario. Sin esta aplicación coordinada, armónica y complementaria de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 -así como de todo el sistema jurídico dirigido a encarar la cuestión de los refugiados- con las Convenciones de Ginebra de 1949 y con los Protocolos de 1977, el Derecho de los Refugiados resultaría hoy insuficiente y parcial para hacer frente a los problemas que deben encararse.

4. En cuarto lugar los principios especialmente enunciados en la Declaración de Cartagena:

a. La naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria de la concesión del asilo o del reconocimiento de la condición de refugiado.

b. Que la concesión del asilo o el reconocimiento del refugiado no puede ser interpretado como un acto inamistoso hacia el país de origen de los afiliados o refugiados.

c. Que el principio de no devolución, que constituye hoy uno de los casos de *jus cogens*, es la piedra angular de la protección internacional de los refugiados e incluye la prohibición de rechazo en las fronteras.

d. Que la asistencia y protección de los refugiados, para su subsistencia material y su defensa contra todo ataque, es un derecho que debe ser respetado y adecuadamente regulado.

e. El carácter voluntario e individual de la repatriación y la necesidad de que ésta se produzca en condiciones de completa seguridad, preferentemente en el lugar de residencia del refugiado en su país de origen.

f. Que la reunificación de las familias constituyen un principio fundamental en materia de refugiados, con incidencia en el tratamiento humanitario de la familia en el país de asilo o de refugio y en caso de repatriación.

5. En quinto lugar, es preciso tener hoy plena conciencia, luego de la dolorosa experiencia de los nueve años transcurridos desde Cartagena, que es preciso continuar aplicando el concepto de refugiado pero ampliado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente e la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquélla, que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a "las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derecho humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público."

6. En sexto y último lugar, es preciso tener en cuenta la cuestión de las personas desplazadas en su propio país. Este asunto fue considerado en la conclusión novena de la Declaración de Cartagena. Hoy, mucho más que ayer, puede decirse que sin la consideración de este tema el Derecho de los Refugiados resulta incompleto.

VIII

Ahora bien, ¿implica todo lo anteriormente dicho que es preciso iniciar un proceso de codificación, tanto a nivel universal como regional?

Hace muchos años estudié ya esta cuestión.

Con dudas, pero como resultado de mi experiencia política práctica, pienso que no es útil iniciar un intento de proceso codificador internacional ni regional.

No es pensable hoy -y con mayores razones que en la década de los 80-, modificar la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967

o insistir en la adopción de una Convención sobre asilo territorial en el ámbito de las Naciones Unidas.

No es tampoco posible encarar la elaboración de una Convención regional americana sobre refugiados, ni actualizar las Convenciones de Caracas sobre asilo diplomático y territorial.

Lo que puede y debe hacerse es desarrollar por la vía de la acción normativa de los organismos internacionales: de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas y de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, así como de la coordinación del ACNUR con el Comité Internacional de la Cruz Roja el Derecho Internacional de los Refugiados.

Hoy, el Derecho Internacional tiene una capacidad evolutiva y creadora de su base normativa, con fundamento en la utilización actualizada de las fuentes no convencionales, que debe ser plenamente aprovechada para actualizar el Derecho Internacional de los Refugiados y hacer más efectiva y eficaz su aplicación.

Pero mi conclusión no es la misma en lo que se refiere al Derecho Interno en materia de asilo y de refugio.

Aquí sí, estimo que las normas internas, el Derecho Nacional en materia de asilo y de refugio -tanto a nivel de la ley como en el ámbito reglamentario- debe ser actualizado, recogiendo las grandes líneas derivadas del Derecho y de la práctica internacionales. Esta modernización -que debe respetar los principios fundamentales que antes he recordado- debe hacerse de manera tal que haya en los países de América Latina una legislación coordinada y armónica, que evite conflictos y soluciones contradictorias. La elaboración técnica de eventuales modelos de legislación uniforme, que luego se deberán adaptar a las condiciones particulares de cada país, puede constituir un aporte de significación.