

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

68



Julio - Diciembre 2018



REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2018 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
[e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr)
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación.....	7
--------------------------	----------

José Thompson J.

Dos instrumentos históricos que mostraron el camino.....	11
---	-----------

José Antonio Musso

Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: um olhar especial sobre o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu órgão de supervisão.....	39
---	-----------

Renato Zerbini Ribeiro Leão

La Declaración Universal de Derechos Humanos y la naturaleza evolutiva y multifacética de los derechos humanos	65
---	-----------

Mireya Maritza Peña Guzmán

El derecho internacional frente a la violencia de género .	91
---	-----------

Mayren Vargas Araya

Buscando refugio. Análisis comparativo y evolutivo del derecho a buscar y recibir asilo en el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos, de cara a la adopción del Pacto Global de Refugiados.....	115
--	------------

Valeria V. Llamas

Sabrina P. Vecchioni

Expressão e democracia no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	145
--	------------

André Almeida Gonçalves

Mariana Ferreira Silva

**Sistema Interamericano de Direitos Humanos
e Leis de Identidade de Gênero 171**

Sophia Pires Bastos

**El juez del Estado constitucional de derecho
y el sistema interamericano de derechos humanos..... 201**

Bernardo José Toro Vera

Derechos humanos: Una materia a ser interpretada..... 227

Joaquín Pablo Reca

**¿La culpa la tienen los derechos humanos?
Reflexiones a propósito del 70 Aniversario de la
Declaración Universal de Derechos Humanos
y de la Declaración Americana de Derechos
y Deberes del Hombre..... 243**

Lautaro Ezequiel Pittier

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 68 de su Revista IIDH, cuyo tema central es la conmemoración del 70º aniversario de las declaraciones de derechos humanos universal y americana. En sus contenidos, que se reseñan a continuación, se destaca la importancia de ambos instrumentos; son estas las primeras piedras del vasto edificio que constituye, hoy día, el derecho internacional de los derechos humanos y sus desarrollos.

La lectura de *Dos instrumentos históricos que mostraron el camino*, José Antonio Musso, de Argentina, nos posibilita conocer el contexto en el que surgieron las citadas declaraciones, del que se recuperan las incidencias más interesantes del debate previo a su aprobación en el mundo polarizado de la posguerra, además de hacer un detallado análisis de los contenidos de ambos instrumentos, su valor y sus efectos en la configuración del derecho internacional en esta área y la institucionalidad correspondiente.

Renato Zerbini Ribeiro Leão, brasileño, en su aporte titulado *Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: um olhar especial sobre o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu órgão de supervisão* –tras hacer alusión a la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH) y a los desarrollos jurídicos e institucionales posteriores– describe ampliamente la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas junto a los procedimientos adoptados para la aplicación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los casos

resueltos; finaliza con una revisión de la naturaleza y los alcances de las medidas provisionales, cuya adopción es una facultad de los órganos de derechos humanos ante situaciones de emergencia.

En *La Declaración Universal y la naturaleza evolutiva y multifacética de los derechos humanos*, la colombiana Mireya Maritza Peña Guzmán contextualiza la conformación del derecho internacional de los derechos humanos en los ámbitos doctrinario y político, los fundamentos de los derechos colectivos recogidos en el articulado de la DUDH y el papel de los derechos en la época actual desde diversas perspectivas.

Mayren Vargas Araya, de Costa Rica, autora de *El derecho internacional frente a la violencia de género*, describe los avances en la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres a partir de 1948 –con énfasis en su derecho a vivir sin violencia– en el marco de la obligación estatal de respetarlos y garantizarlos; también el papel de los órganos especializados de los sistemas universal e interamericano. En la parte final de su artículo nos ofrece un vistazo de la situación de violencia y discriminación que siguen afrontando las mujeres en la región, pese a los avances normativos e institucionales.

Por su parte, las argentinas Valeria V. Llamas y Sabrina P. Vecchioni –autoras de *Buscando refugio. Análisis comparativo y evolutivo del derecho a buscar y recibir asilo en el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos de cara a la adopción del Pacto Global de Refugiados*– miran este derecho a la luz de los paradigmas contenidos en las declaraciones americana y universal en un contexto en el que, ante los valladares que obstaculizan su pleno respeto, se contrapone un nuevo acuerdo integral que protegería los derechos de las personas refugiadas y migrantes en su calidad de “titulares de derechos”.

André Almeida Gonçalves y Mariana Ferreira Silva, de Brasil, en *Expressão e democracia no sistema interamericano de direitos humanos* establecen el propósito de la garantía de la libertad de expresión, sus límites, el alcance del Estado en su regulación y su relación con la democracia; repasan, además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) en varios casos; finalmente, plasman sus consideraciones acerca de lo establecido por dicho tribunal interamericano en contraste con lo que se concibe teóricamente sobre la temática en cuestión.

En *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e leis de identidade de gênero*, la también brasileña Sophia Pires Bastos argumenta sobre la necesidad de que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconozcan las identidades de género, para combatir la discriminación contra las personas diversas sexualmente. Así, delinea los parámetros relativos al control de convencionalidad en la elaboración legislativa; además, revisa los avances en este campo en algunos países de la región –enfaticando en Brasil– y los contrasta con lo dictado por el sistema interamericano.

El chileno Bernardo José Toro Vera –autor de *El juez del Estado constitucional de derecho y el sistema interamericano de derechos humanos*– aborda la interrelación entre el derecho internacional e interno, el papel de la judicatura como principal responsable del control de convencionalidad en el Estado constitucional de derecho y la reforma constitucional mexicana de 2011. Asimismo, presenta el origen y la evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH y varias resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de ese país norteamericano, en el contexto del surgimiento del *ius constitutionale commune* en la región, que coloca en el centro a la persona y sus derechos.

En *Derechos humanos: una materia a ser interpretada*, Joaquín Pablo Reca, de Argentina establece el carácter operativo o programático de las normas y su implementación por parte de la institucionalidad; asimismo, discute a quién le corresponde la titularidad de los derechos haciendo referencia a la Opinión Consultiva OC-22/16 de la Corte IDH, relacionada con las personas jurídicas.

Con *¿La culpa la tienen los derechos humanos?... Reflexiones a propósito del 70 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, Lautaro Ezequiel Pittier de Argentina hace una contribución al debate acerca de la responsabilización sesgada que se formula sobre estos en relación con la criminalidad. Para ello, trae a cuenta importantes asuntos como el principio de igualdad, la universalidad de los derechos, la discusión acerca de la ineffectividad de la pena de muerte, el propio concepto de derechos humanos y el debido proceso.

Finalizo esta presentación agradeciéndoles a las autoras y autores por los artículos plasmados en esta nueva edición de la Revista IIDH, los que indudablemente constituyen una valiosa contribución al debate y la búsqueda de soluciones a asuntos de gran actualidad y relevancia en el campo de los derechos humanos.humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Buscando refugio. Análisis comparativo y evolutivo del derecho a buscar y recibir asilo en el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos, de cara a la adopción del Pacto Global de Refugiados

*Valeria V. Llamas**

*Sabrina P. Vecchioni***

Los perseguidos requieren protección, la cual se conoce como asilo.

Todo refugiado es un perseguido. Los refugiados requieren asilo.

Ejemplo de silogismo categórico¹.

* Licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y Magister en Cooperación Internacional de la Universidad Nacional de San Martín. Se ha desempeñado laboralmente en la Dirección Nacional de Migraciones y en la Comisión Nacional para los Refugiados en Argentina. Es miembro fundador y Secretaria Ejecutiva de la Red Latinoamericana e Interdisciplinaria de Derechos Humanos (REDLAIDH).

** Abogada. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda y Diplomada en Género, Sociedad y Políticas Públicas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales -FLACSO- y el Programa Regional sobre Políticas Públicas de Género -PRIGEPP-. Docente de las asignaturas Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Desde los años 2012 hasta 2018 se desempeñó como abogada defensora de personas refugiadas y solicitantes de asilo dentro de la Comisión para la Asistencia y Protección Integral al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación. Es miembro de Red Latinoamericana e Interdisciplinaria de Derechos Humanos (REDLAIDH).

1 Martínez Monge, Federico. “El asilo como fundamento de la protección de los refugiados”, en Lettieri, Martín (ed.). *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, Universidad Nacional de Lanús (UNLa), 2012, p. 23.

Introducción

Los desplazamientos masivos de población se han sucedido desde tiempos inmemoriales², como ejemplo del libre ejercicio de la libertad de movimiento³. Su contracara surge frente a la necesidad de garantizar la seguridad interna de los Estados de acogida, promoviendo el desarrollo de marcos normativos que abogan por restringir los derechos de las personas desplazadas y consideran al extranjero como *otro*, asumido en la figura de un enemigo⁴.

En cifras, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante el ACNUR) informó que en 2017 el número de personas forzadas a desplazarse de sus países de origen ascendía a 68.5 millones⁵, lo cual representaba un incremento respecto de años anteriores, manteniéndose como fuente de esos desplazamientos las diversas situaciones de conflicto armado registradas en diferentes partes del mundo – como en Medio Oriente; en particular, en la República Árabe de Siria– sumado a otros factores como nuevas oportunidades

2 Como referencia de ello podemos citar en la Antigua Grecia el refugio otorgado por el rey de Atenas, Teseo, a Edipo quien –siendo rey de Tebas– era perseguido por su familia. El mito muestra cómo en tiempos antiguos era practicada la protección del extranjero perseguido. Cfr. Villipando, Waldo. “El asilo en la historia”, en ACNUR. *Un instrumento de paz*, Barcelona, Madrid, 1996. p. 7.

3 Cfr. Arendt, Hannah. “¿Qué es la autoridad?”, 1961, en Arendt, Hannah. *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Ana Poljak (trad.), Ediciones Península, Barcelona, 1996, p. 114.

4 Al respecto, no podemos olvidar la obra de Arendt en la cual analiza la forma en que los Estados dan respuesta al ingreso de poblaciones extranjeras, bajo la premisa de su reclusión en campos y zonas determinadas por cuestiones de seguridad. Cfr. Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus, Madrid, 1974.

5 Cfr. ACNUR *Informe Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2017*, disponible en <http://www.acnur.org/5b2956a04> (acceso 10/08/2018).

económicas, situaciones prolongadas de pobreza extrema⁶, la inseguridad alimentaria, la persecución, el terrorismo, los abusos contra los derechos humanos, delincuencia transnacional⁷, los efectos adversos del cambio climático, desastres naturales y otros factores ambientales⁸.

La situación reseñada ha causado un gran impacto en las relaciones de los Estados, llevando a que en 2016 –bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas (en

6 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) ha reconocido la pobreza como uno de los factores estructurales que contribuyen a la movilidad humana y, en particular, que acrecienta las condiciones de vulnerabilidad en los casos de desplazamientos forzados. Véase CIDH. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/15, 31 diciembre 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>; y CIDH. *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164, Doc. 14.7 7 septiembre 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf> (acceso 11/08/2018).

7 ACNUR. *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*, 31 de marzo de 2010, disponible en www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7786.pdf (acceso 12/08/2018).

8 ACNUR. *Desplazamiento por cambio climático y desastres: Panorama general del papel del ACNUR*, Ginebra, 2017, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11328.pdf>; ACNUR. *Reunión de expertos sobre cambio climático y desplazamiento*, Resumen de las deliberaciones sobre cambio climático y desplazamiento Bellagio, Italia, 22 a 25 de febrero de 2011, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7413.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7413>; ACNUR *La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: Marco global para la protección, Consultas Globales sobre Protección Internacional/Tercer ámbito*, 1ª Reunión, EC/GC/01/4, 19 de febrero 2001 párr. 13; ACNUR. *Nota sobre Protección Internacional*, A/AC.96/830, 1994, párr. 47, disponible en www.acnur.org/biblioteca/pdf/1744.pdf; y ACNUR. *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, 23 de octubre de 2008, disponible en <http://www.unhcr.org/497891022.pdf> (acceso 12/08/2018).

adelante la ONU)— se adoptara la Declaración de Nueva York, cuya finalidad es el establecimiento de un programa de trabajo para los actores estatales y de la sociedad civil en materia de promoción y protección de derechos de personas migrantes y refugiadas, a los fines de la redacción y adopción de un nuevo instrumento que permita la reinterpretación del paradigma de protección internacional consagrado en los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos. Con particular interés en la regulación de aspectos que permiten observar la tendencia a la desaparición de la naturaleza humanitaria del procedimiento de determinación de la condición de refugiado, como consecuencia de la vigencia de un paradigma orientado a garantizar la seguridad interna de los Estados más que a la provisión efectiva de la protección internacional a la que se encuentran obligados⁹.

El nuevo paradigma propuesto intenta proteger los derechos humanos tanto de refugiados como de migrantes, independientemente de su condición, por ser “titulares de derechos”¹⁰ tal como se sostiene en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal

9 Cfr. Flores S., Félix. *La ONU lanza un Pacto Global sobre Migración: ¿servirá para algo?*, Diario La Vanguardia-Internacional, 19 de julio de 2018, Barcelona, disponible en <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180719/45956806551/onu-pacto-global-migracion.html>; cfr. Donoghue, David. *Una visión desde dentro de las negociaciones*, El País, 19 de junio de 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/06/18/3500_millones/1529345095_260692.html; y cfr. Refugee Law Initiative Blog., *Can we demand more from the Global Compact on Refugees? Reflecting on lessons from climate change cooperation*, 23 de febrero de 2018, versión en inglés disponible en <https://rli.blogs.sas.ac.uk/2018/02/23/can-we-demand-more-from-the-global-compact-on-refugees-reflecting-on-lessons-from-climate-change-cooperation/> (acceso 12/08/2018).

10 ONU. *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016, 3 octubre 2016, A/RES/71/1, párr. 5.

de Derechos Humanos (en adelante la DUDH). En este sentido, la Declaración de Nueva York aclara que –a pesar de regirse por marcos jurídicos diferentes– los refugiados y los migrantes poseen los mismos derechos humanos universales y las mismas libertades fundamentales dado que ambos enfrentan problemas comunes y similares situaciones de vulnerabilidad¹¹. Esto es así, dado que la movilidad humana ha adquirido la característica de fenómeno mundial con ramificaciones políticas, económicas, sociales y humanitarias para el desarrollo y los derechos humanos que trascienden las fronteras; por lo tanto, se exige un enfoque y soluciones mundiales.

Tampoco puede hacerse a un lado en el análisis propuesto, las actuales respuestas que en diversas partes del mundo se da a los flujos migratorios mixtos –migrantes, refugiados y solicitantes de asilo– basados en medidas legislativas y prácticas estatales cada vez más xenófobas y racistas¹². Frente a ello, la Declaración

11 En este punto se han considerado los desarrollos previos del ACNUR en materia de reconocimiento de derechos en los casos de flujos migratorios mixtos, a través de la propuesta e implementación de estrategias de identificación de aquellas personas necesitadas de protección internacional, no importando si su desplazamiento se da en el marco de flujos de personas migrantes. Cfr. ACNUR. *Flujos migratorios mixtos y protección internacional de refugiados*, Programa interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, Washington D.C., 13 de febrero de 2017, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4785.pdf>; y cfr. ACNUR. *La protección de los refugiados y la migración mixta: El Plan de los 10 Puntos en Acción*, junio de 2009, disponible en <http://www.refworld.org/docid/4b02b3a52.html> (acceso 12/08/2018).

12 Cfr. Siegfried, Kristy. *The EU's "short-sighted" migration deal with Turkey*, IRIN, Refworld, ACNUR, 30 de noviembre de 2015, disponible en <http://www.refworld.org/docid/566149e34.html>; European Union: European Agency for Fundamental Rights. *Asylum and migration into the European Union in 2015*, Refworld, mayo de 2016, disponible en <http://www.refworld.org/docid/574fcdad4.html>; European Union: European Commission. *EU-Turkey Joint Action Plan: Third implementation report*, 4 de marzo de 2016, COM(2016) 144 final, Refworld, disponible en <http://www.refworld.org/docid/56e2d0114.html>; Amnesty

de Nueva York reconoce la necesidad de adoptar un enfoque integral y garantizar una “acogida rápida, respetuosa, humana y digna, que se centre en las personas y tenga en cuenta las cuestiones de género”¹³, reafirmando el régimen internacional de protección establecido en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 (en adelante la Convención de 1951) y su Protocolo Adicional de 1967, así como en los instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹⁴.

El presente trabajo se propone realizar un breve análisis comparativo del derecho a buscar y recibir asilo, y contemplado tanto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración Americana)¹⁵ como en la

International. *A Blueprint for Despair: Human Rights Impact of the EU-Turkey Deal*, 14 de febrero de 2017, EUR 25/5664/2017, disponible en <http://www.refworld.org/docid/58a30b0b4.html>; UN News Service. *UN rights chief calls on EU to adopt more “humane” measures on migration*, 10 de marzo de 2016, disponible en <http://www.refworld.org/docid/56e2f02740b.html>; Radio Free Europe/Radio Liberty- *EU “concerned” over humanitarian crisis on Balkan migrant route*, 23 de febrero de 2016, disponible en <http://www.refworld.org/docid/570cdf5812.html>; y European Union: European Agency for Fundamental Rights. *European legal and policy framework on immigration detention of children*, junio de 2017, disponible en <http://www.refworld.org/docid/5a53522b4.html> (acceso 13/08/2018).

13 ONU. *Declaración de Nueva York para los Refugiados...*, párr. 22.

14 Si bien la Corte IIDH explica que estos no constituyen originalmente tratados de derechos humanos en *stricto sensu*, su objetivo es la protección de los derechos humanos cuando no está disponible en el país de origen dado que “el objeto de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados es garantizar la protección internacional a través del reconocimiento del derecho de asilo, así como asegurar a las personas refugiadas el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales”. Cfr. Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30 de mayo de 2018, párr. 41.

15 “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

DUDH¹⁶, a los fines de establecer su trascendencia en la posterior adopción y entrada en vigencia de la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, y la vigencia complementaria de estos instrumentos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, sin olvidar los desarrollos que llevaron a la adopción de la definición ampliada del estatuto de refugiado como consecuencia de la Declaración de Cartagena de 1984, para así establecer la trascendencia del nuevo cambio de paradigma que el Pacto Global de Refugiados presenta.

I. El derecho a buscar y recibir asilo. Breve análisis histórico de su contenido en las declaraciones, convenciones y jurisprudencia del sistema universal y regional de protección de derechos humanos

Históricamente, los desplazamientos masivos de población encontraron su origen en las guerras entre reinos, imperios y –luego– Estados. La necesidad de codificación internacional de las normas de protección de personas refugiadas surge luego de las devastadoras consecuencias de la Primera Guerra Mundial¹⁷,

acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”.

Artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

16 “1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho 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”. Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

17 El Tratado de Paz de Versalles de 1919 establece la creación de la Sociedad de las Naciones y los términos de la rendición del Imperio alemán, sumado a un conjunto de prescripciones respecto de los derechos de las personas que vivían en los territorios que fueron anexados por dicho Imperio con anterioridad al conflicto, como también del reparto del territorio alemán de ultramar.

acompañando el cambio de paradigma en las relaciones internacionales que significó la creación de la Sociedad de Naciones, primer organismo de cooperación interestatal que desarrollará iniciativas destinadas a ayudar a los refugiados en Europa respondiendo tanto a las nacionalidades –en los casos de Estados desintegrados– como a las deportaciones producto de legislaciones xenófobas. Así, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones se adoptó la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados, firmada el 28 de octubre de 1933 por cinco países: Bélgica, Bulgaria, Egipto, Francia y Noruega; otros se fueron adhiriendo posteriormente.

Es reconocida como el intento de mayor alcance por parte de la organización para definir las responsabilidades de los Estados respecto a los refugiados¹⁸, aunque no fuera el único en el período entre guerras¹⁹. Sin embargo, los esfuerzos de la Sociedad de Naciones no sirvieron para evitar un nuevo conflicto internacional; tampoco para proteger a las personas desplazadas durante la Segunda Guerra Mundial (en adelante la SGM), cuyas cifras superaron los registros anteriores. Para 1947, con el funcionamiento de la ONU, los Estados comienzan un arduo debate durante las sesiones de la Asamblea General el cual culmina con la creación de la Organización Internacional para los Refugiados (en adelante la OIR)²⁰, primera agencia

18 Jaeger, Gilbert. “On the History of the International Protection of Refugees”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, N° 843, Ginebra, Suiza, 2001.

19 Cfr. Alland, Denis. “Le dispositif international du Droit de l’asile. Rapport général”, en *Droit d’asile et des réfugiés, Colloque de Caen*, Société française pour le droit international, 30 mai - 1er juin 1996, éd. Pedone, París, 1997, pág. 29.

20 La creación de la OIR no fue pacífica; suscitó numerosos debates en lo concerniente al acuerdo estatal de su Estatuto de creación y funcionamiento, la forma en la que desempeñaría su cometido y los fondos que los Estados deberían destinarle; pero más importante: sobre la seguridad de los Estados de acogida, dado que entre los refugiados podría haber hombres y mujeres colaboradores del

internacional encargada del tratamiento integral de todos los aspectos de la vida de las personas refugiadas incluyendo el registro y la determinación del estatuto, así como la repatriación y el reasentamiento.

Por otro lado, en el ámbito interamericano, el proceso de codificación de las normas de protección internacional complementaria se sucedió en primer término a partir de cláusulas en los tratados destinados a regular la cooperación en materia penal –extradición–, para luego promover la adopción de instrumentos multilaterales regionales encargados de regular el instituto del asilo diplomático.

La adopción de un catálogo de tratados relacionados al asilo diplomático y territorial y a la no extradición por motivos políticos conllevó a lo que comúnmente se ha definido como “la tradición latinoamericana del asilo”. En la región, el concepto tradicional del asilo evolucionó con el desarrollo normativo del sistema interamericano de derechos humanos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, incluyó el derecho al asilo en su Artículo XXVII, el cual conllevó al reconocimiento de un derecho individual de buscar y recibir asilo en las Américas. Este desarrollo fue seguido a nivel universal con la adopción en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

régimen nazi. Asimismo, el Estatuto de creación de la OIR hace una referencia constante en su preámbulo y en el resto de su articulado a la existencia de “verdaderos refugiados”, quienes deberían ser los beneficiarios de la asistencia de la comunidad internacional. Se establece una definición de refugiado y de “persona desalojada”, a los fines de la asignación de la asistencia internacional conforme parámetros específicos de identificación con algún tipo de persecución en conexión con el conflicto bélico, descartando a toda persona que hubiera colaborado con estos: criminales de guerras, *quislings* y traidores. *Cfr.* ONU. *Refugiados y personas desalojadas*, debates en la Asamblea General de las Naciones Unidas, 67ª Sesión Plenaria, 1946. pp. 345 a 355.

en la cual el “el derecho de buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, fue explícitamente reconocido en el artículo 14. A partir de ese momento, el asilo se empezó a codificar en instrumentos de derechos humanos y no sólo en tratados de naturaleza netamente interestatal²¹.

Dentro de este paradigma de protección, es innegable la convergencia de los textos de ambas declaraciones las cuales abogan por “[...] la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles, de que estos derechos coexisten con deberes correlativos y que el Estado, y más aún, la autoridad y el poder, son medios para garantizar el bien común, que necesariamente se integra con el respeto y la existencia efectiva de esos derechos, ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica”²².

Podemos observar, entonces, que desde su propia génesis ambos instrumentos promovían una misma visión de defensa de derechos fundamentales entre los cuales incluían el derecho a buscar y recibir asilo, no siendo obstáculo para ello la diferencia jurisdiccional de sistemas o la aparente diferencia de materias²³. Ello no fue modificado por la adopción y entrada en vigencia

21 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2013. párr. 137.

22 Gros Espiel, Héctor. “La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”, *Revista IDH*, Núel I Especial, Costa Rica, 1989, p.42.

23 Se recomienda ver el análisis realizado sobre la complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados, en Cançado Trindade, Antônio A. “Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias”. *Estudios Internacionales*, 30(119-120), 1997, pp. 321 a 349.

de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 (en adelante la Convención de 1951) y su Protocolo Adicional de 1967 en el sistema universal, la cual no posee instrumento normativo similar en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Igual temperamento interpretativo sostuvo la Corte IDH al momento de decidir el caso de la familia Pacheco Tineo contra el Estado plurinacional de Bolivia; para ello analizó en profundidad el derecho mencionado, las cuestiones de debido proceso en su vigencia y las protecciones asociadas a la no devolución cuando se encontrare en grave riesgo la vida y seguridad de la persona solicitante de asilo, concluyendo que:

La importancia central de ambos tratados radica en que son los primeros instrumentos de rango mundial que regulan específicamente el trato debido a quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por una ruptura con su país de origen. Aún si la Convención de 1951 no establece el derecho al asilo como un derecho de manera explícita, se considera incorporado de manera implícita en su texto, el cual menciona la definición de refugiado, la protección contra el principio de no devolución y un catálogo de derechos a los que tienen acceso los refugiados. Es decir, en esos tratados se asientan los principios básicos sobre los cuales se asienta la protección internacional de los refugiados, su situación jurídica y sus derechos y deberes en el país de asilo, así como asuntos relativos a la implementación de los respectivos instrumentos. Con la protección de la Convención de 1951 y su Protocolo de [sic] 1967, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado. Así, “la institución del asilo, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de

Derechos Humanos de 1948, es uno de los mecanismos más fundamentales para la protección internacional de los refugiados”²⁴.

El proceso señalado continúa con la adopción, en el ámbito regional, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH) de 1969.

La conexidad es innegable desde la perspectiva histórica, surgiendo en los instrumentos interamericanos que reconocen el derecho a buscar y recibir asilo así como el principio de no devolución. De esta forma, el régimen de protección de refugiados no puede escindirse de los derechos humanos y – paralelamente– del proceso de positivización internacional y el desarrollo imperativo progresivo de los mecanismos de supervisión²⁵. Recientemente, la Corte IDH en su Opinión Consultiva 25/18 reafirmó que “el asilo es la figura rectora que recoge la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de las personas forzadas a huir de su país de nacionalidad o residencia habitual”²⁶. Refiriendo con ello a que el proceso evolutivo del asilo pasó de ser una cuestión humanitaria a ser un imperativo religioso, para luego alcanzar el carácter jurídico tanto en el derecho internacional como interno, continuando su codificación en instrumentos internacionales multilaterales de derechos humanos²⁷.

24 Comité Ejecutivo del ACNUR. *Conclusión sobre la salvaguarda de la institución del asilo*, 1997, 48° período de sesiones del Comité Ejecutivo, N° 82 (XLVIII). El Comité Ejecutivo, por medio de su conclusión N° 5 de 1977, ya había hecho un llamamiento a los Estados parte de la Convención de 1951 y su Protocolo del 1967 a aplicar prácticas liberales y conceder asilo permanente o al menos temporal a los refugiados que hubiesen llegado directamente a su territorio. *Cfr.* Comité Ejecutivo del ACNUR. *Asilo 1977*, 28° período de sesiones del Comité Ejecutivo, N° 5 (XXVIII). Citado en Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo...*, párr. 139.

25 Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr. 42.

26 *Ibíd.*, párr. 65.

27 *Ibíd.*, párr. 71.

II. Complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. Asilo territorial y diplomático: Aproximaciones desde la jurisprudencia de la Corte IDH

El análisis precedente nos permite observar cómo en diferentes sistemas de protección de derechos fundamentales de la persona, se esbozaron caminos normativos diversos para lograr obligar a los Estados a dicho cometido en los casos de desplazamientos forzados de población. Sin embargo, esta aparente diferencia de marcos jurídicos no debe ser interpretada en sentido adverso a su finalidad última: la defensa de la persona por su sola condición de tal, más allá del espacio geográfico en el que se encuentre.

Así, la universalidad de objetivos permite establecer la complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos –tanto del sistema universal como del interamericano de protección– con el derecho internacional de los refugiados creado al amparo de los desarrollos posteriores a la SGM en el ámbito de la ONU.

[...] [E]s hoy ampliamente reconocida la interrelación entre el problema de los refugiados, a partir de sus causas principales (las violaciones de derechos humanos), y, en etapas sucesivas, los derechos humanos: así, deben éstos últimos respetarse antes del proceso de solicitud de asilo o refugio, durante el mismo y después de él (en la fase final de las soluciones duraderas). Los derechos humanos deben aquí ser tomados en su totalidad (inclusive los derechos económicos, sociales y culturales). No hay como [sic] negar que la pobreza se encuentra en la base de muchas de las corrientes de refugiados. Dada la interrelación arriba señalada, en nada sorprende que muchos de los

derechos humanos universalmente consagrados se apliquen directamente a los refugiados (v.g., Declaración Universal de Derechos Humanos artículos 9 y 13-15; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12). Del mismo modo, preceptos del derecho de los refugiados se aplican también en el dominio de los derechos humanos, como es el caso del principio de no-devolución (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 33; Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, artículo 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22 (8) y (9)). **Es incuestionable que hay aquí un propósito común, el de la salvaguardia del ser humano**²⁸.

La Corte IDH también lo ha reconocido en igual sentido, con el desarrollo de criterios de complementariedad en materia de interpretación de las obligaciones asumidas por los Estados de la región respecto a las personas solicitantes de asilo y refugiadas desde un enfoque de derechos humanos, basados en los derechos consagrados en la CADH, la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, las directrices de interpretación elaboradas por el ACNUR y las legislaciones nacionales en materia de protección internacional complementaria²⁹.

Los desarrollos regionales fueron reafirmados con posterioridad por los Estados en la Declaración y el Plan de Acción de Brasil de 2014 en tanto:

“[...] Reconoce[n] los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los países en que se aplican, respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo incluido en los instrumentos

28 Cançado Trindade, Antônio A. “Derecho internacional de los refugiados...”, p. 323. El resaltado es de las autoras.

29 Cfr. Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo*..., párr. 142.

regionales de derechos humanos, su vinculación con los instrumentos internacionales sobre refugiados, el carácter *ius cogens* del principio de no devolución, incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta, y la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado para que éstos sean justos y eficientes³⁰.

El desarrollo normativo señalado por la Corte IDH es la base sobre la cual se asientan los principios básicos de la protección internacional de los refugiados, situación jurídica, derechos y deberes en el país de asilo, y la implementación de los instrumentos internacionales en los ámbitos internos. Asimismo, el artículo 22.7 de la CADH al establecer el derecho a buscar y recibir asilo expresa dos criterios de orden acumulativo: a) “de acuerdo con la legislación de cada país”, es decir, del país en el que se procura el asilo; y b) “de acuerdo con los convenios internacionales”. Todo lo cual debe ser analizado en forma conjunta con el reconocimiento del derecho a la no devolución plasmado en el artículo 22.8 de la referida Convención, el cual sustenta la interrelación entre el alcance y el contenido de esos derechos y el derecho internacional de los refugiados³¹.

En este punto resulta conveniente analizar el concepto de asilo territorial respecto del asilo diplomático³², el cual cuenta

30 Declaración de Brasil. “*Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe*”. Brasilia, 3 de diciembre de 2014, disponible en: <http://www.acnur.org/5b5100c04.pdf>

31 Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo...*, párr. 142.

32 En Latinoamérica se ha tendido a asociar el vocablo “refugio” con la protección que los Estados reconocen en virtud del estatuto regulado en la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, mientras que la palabra “asilo” suele asociarse a aquella protección de naturaleza diplomática y dependiente del ejercicio soberano de las prerrogativas estatales. Sin embargo, en la actualidad la

con una larga tradición normativa y doctrinaria en nuestra región, lo que en modo alguno afecta la complementariedad de las protecciones universales y regionales señaladas *ut supra*. El asilo, en tanto categoría de protección, surge en ambos continentes –europeo y latinoamericano– como una respuesta a los desplazamientos masivos de población asociados a distintas formas de persecución³³. Su codificación en el ámbito latinoamericano plantea la escisión entre el asilo territorial, comúnmente asociado al concepto de derecho de buscar y recibir asilo en tanto derecho humano, distinto del asilo diplomático³⁴ entendido como una protección dependiente de una prerrogativa estatal. De hecho, los instrumentos adoptados en este sentido no contienen una definición específica del concepto de asilo,³⁵

doctrina especializada considera zanjada la discusión a este respecto. Cfr. ACNUR y UNLa. “Investigación: El asilo y la protección de los refugiados en América Latina. Acerca de la confusión terminológica asilo-refugio. Informe de progreso elaborado por el equipo de investigación de la Universidad Nacional de Lanús”, en *Derechos humanos y refugiados en las Américas: Lecturas seleccionadas*, Buenos Aires, 2001.

33 Cfr. García-Mora, Manuel R. *International Law and Asylum as a Human Right*, Public Affairs Press, Washington, 1956, p. 44; y Grahl-Madsen, Atle. “Asylum, Territorial”, en Bernhardt Rudolf (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland Elsevier, Amsterdam, 1985.

34 “[L]a institución americana del asilo [diplomático], con las características especiales que asume en el continente, es el resultado de dos fenómenos derivados respectivamente del derecho y la política, los cuales han quedado en evidencia a lo largo de la historia de este grupo de Estados: por un lado, el poder de los principios democráticos, el respeto a las personas y a la libertad de pensamiento; por otro lado, la frecuencia inusual de rebeliones y luchas armadas, las cuales, luego de cada conflicto interno, a menudo ponían en peligro la vida y libertad de las personas en el bando perdedor”. Corte Internacional de Justicia (CIJ). *Caso relativo al derecho de asilo*, Memorial presentado por el Gobierno de la República de Colombia, 1950, Informes de la CIJ 1950, párr. 21.

35 Institut de Droit International. *L’asile en droit international public [à l’exclusion de l’asile neutre]*, Bath, 1950, disponible en http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1950_bath_01_fr.pdf (acceso 13/08/2018).

limitándose a la descripción de las situaciones que permitirían su otorgamiento.

Al respecto, la Corte IDH –en su reciente Opinión Consultiva 25/18– estableció que la figura del asilo constituye un concepto amplio que abarca tanto el asilo territorial como el asilo diplomático³⁶, dado que la propia formulación del artículo 22.7 de la CADH se refiere al “caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos”. Por lo tanto, se interpreta el significado del factor “territorio extranjero” y del condicionante “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales” en el texto del artículo señalado, en consonancia con el artículo XXVII de la Declaración Americana, distinguiendo que el asilo diplomático no constituye un derecho individual sino una prerrogativa estatal, que “podría ser otorgada por los Estados en virtud de sus obligaciones derivadas de las convenciones sobre asilo diplomático o en virtud de decisiones de protección humanitaria y/o políticas adoptadas caso por caso”³⁷; por tanto, apartándolo del sistema de protección internacional de base humanitaria asociado a la dignidad de la persona que implica el estatuto de refugiado, conforme fuera regulado en la Convención de 1951.

En las diferencias terminológicas expuestas resulta innegable la imposibilidad de los Estados de restringir en forma desmedida el derecho a buscar y recibir asilo en sus normas internas.

36 El asilo diplomático, como prerrogativa de los Estados nación, constituía una herramienta en las relaciones internacionales de estos sujetos originarios del derecho internacional público cuya utilización comenzó a decaer a finales del siglo XVII, mientras que en América Latina su auge se comenzó a manifestar con mayor claridad a partir del siglo XIX. Cfr. ONU. *Question of Diplomatic Asylum: Report of the Secretary-General*, Asamblea General, A/10139 (Parte II), 22 de noviembre de 1975, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68bf10.html> (acceso 14/08/2018).

37 Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr. 108.

Conforme al artículo 29 de la CADH, los Estados en sus legislaciones internas pueden ampliar el ámbito de la protección pero nunca restringirlo más allá de los mínimos fijados por dicho instrumento y el derecho internacional. Es decir, la remisión a los convenios internacionales no podrá ser interpretada en el sentido de limitar el derecho amén de lo establecido en la propia Convención. De esta forma, aquellos Estados que aún no cuenten con legislación interna en materia de provisión del estatuto de refugiado, deberán adoptar las medidas necesarias para regular de forma adecuada y conforme a los parámetros convencionales el procedimiento y otros aspectos necesarios para dotar de efecto útil al derecho a buscar y recibir asilo.

La regulación interna no solo debe centrarse en las convenciones latinoamericanas sobre asilo, sino también en el instrumento de mayor relevancia universal en cuanto a la protección de las personas forzadas a desplazarse; es decir, la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, manteniendo en todo momento una interpretación evolutiva en cuanto a las necesidades de protección internacional, en aplicación del enfoque transversal de género, diversidad y edad³⁸.

38 Cabe resaltar que una de las funciones del ACNUR es la elaboración de documentos de interpretación de la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, a los fines de promover una interpretación evolutiva de la definición clásica de refugiado, su adecuación a las definiciones ampliadas a través de instrumentos regionales –como la Declaración de Cartagena de 1984– y situaciones específicas como los desplazamientos forzados por motivos de violencia basada en el género –tanto en los casos de mujeres como de personas LGTBI– y los desplazamientos asociados a la violencia por parte de bandas de delincuencia organizada, entre otros. Véase ACNUR. *Documentos de políticas*, disponible en <http://www.refworld.org/es/category.POLICY.....0.html> (acceso 14/08/2018).

De igual manera, la Corte IDH explica que la terminología utilizada “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”, es un parámetro inicial para suponer que todas las modalidades de asilo podrían estar incluidas bajo la protección del artículo 22.7 de la Convención de 1951³⁹. No obstante, la inclusión en dicho texto del término “en territorio extranjero” –en concordancia con el artículo XXVII de la Declaración Americana– lleva a interpretar que solo el asilo territorial se encuentra amparado por la norma, habiendo sido excluido el asilo diplomático. Por lo tanto, las personas que buscan asilo recibirán la protección justamente en el territorio de un Estado que no sea el de su nacionalidad o de su residencia habitual; “en el territorio” se refiere a la protección brindada por un Estado dentro de su jurisdicción geográfica. Si bien el principio pro persona se destaca en los instrumentos interamericanos, la protección de los derechos fundamentales debe encuadrarse en los propios límites que se establecen y en las garantías reconocidas.

A pesar de la evolución en la interpretación, la propia Corte IDH reconoció que en la actualidad algunos Estados de la región mantienen la práctica de otorgar asilo diplomático en casos concretos y en aplicación de las convenciones regionales señaladas *ut supra*. Es decir que ni la figura del asilo diplomático ni los motivos de su codificación, han evolucionado⁴⁰. El hecho de no incluir el asilo diplomático responde más a su concepción como prerrogativa estatal, discrecional de la potestad de otorgar o denegar dependiendo la situación. “De conformidad con el derecho internacional, el asilo diplomático consiste en una práctica humanitaria con la finalidad de proteger derechos fundamentales de la persona, la cual ha sido otorgada con el fin

39 Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr. 108.

40 *Ibíd.*, *La institución del asilo...*, párr. 153.

de salvar vidas o prevenir daños a derechos fundamentales ante una amenaza inminente”⁴¹.

Cabe destacar que, en el proceso iniciado a partir de la Declaración de Nueva York, las categorías de asilo reseñadas –territorial y político– no fueron incluidas en tanto en el sistema universal de protección constituye una discusión zanjada, por cuanto el asilo diplomático es una práctica que ha caído en desuso en Europa y los Estados Unidos⁴². De esta forma, los Estados se comprometen a que el Pacto Global de Refugiados procure:

“que las políticas o los arreglos de admisión de refugiados estén en consonancia con las obligaciones que nos incumben en virtud del derecho internacional. Queremos que se flexibilicen las barreras administrativas con miras a acelerar los procedimientos de admisión de refugiados en la medida de lo posible. Cuando corresponda, ayudaremos a los Estados con el registro y la documentación tempranos y efectivos de los refugiados. También procuraremos que los niños tengan acceso a procedimientos apropiados para ellos. Al mismo tiempo, reconocemos que puede regularse la posibilidad de que los refugiados soliciten asilo en el país de su elección, con la garantía de que tengan acceso a protección y gocen de ella en otros lugares”⁴³.

Conviene resaltar que la Declaración de Nueva York, *a contrario sensu* de la Declaración Americana y la DUDH, constituye una manifestación del compromiso de los Estados en la materia pero carece de los efectos vinculantes *ius cogens* de las otras o de un tratado, no existiendo tampoco un consenso

41 *Ibíd.*, párr. 155.

42 Cfr. ONU. *Question of Diplomatic Asylum...*

43 ONU. *Declaración de Nueva York para los Refugiados...*, párr. 70.

global respecto a las categorías de asilo territorial y diplomático en el régimen internacional de protección de refugiados, desde la ampliación temporal y geográfica contenida en el Protocolo de 1967.

III. Asilo, refugio y debido proceso. Análisis de cuestiones de procedimiento en materia de determinación de la condición de refugiado en la jurisprudencia interamericana

La Declaración Americana, la DUDH, la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967 así como la CADH, establecen el derecho a buscar y recibir asilo. Sin embargo, ninguno de los instrumentos normativos mencionados contiene pautas de procedimiento dejando libradas la determinación de estas a las legislaciones internas de cada Estado.

Atendiendo a la diversidad interpretativa, en particular a la posibilidad de que en sus ámbitos normativos internos los Estados pudieran restringir el derecho consagrado en el ámbito internacional incumpliendo las obligaciones asumidas, a instancias del ACNUR y en cumplimiento de su mandato se elaboró un manual⁴⁴. En este se sistematizan las normas de procedimiento específicas a ser aplicadas en la determinación de la condición de refugiado por los Estados signatarios de la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, siendo posteriormente complementado por diversos documentos y directrices para situaciones específicas. En este sentido, el Comité

44 ACNUR. *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, reedición, Ginebra, diciembre de 2011, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983.pdf> (acceso 14/08/2018).

Ejecutivo del ACNUR ha señalado que “el fin [es] asegurar que se identifique y se otorgue protección a los refugiados y otras personas que reúnan las condiciones para acogerse a protección en virtud del derecho internacional o nacional”⁴⁵. El objetivo no es otro que la realización de una valoración y la toma de una decisión sobre el potencial riesgo que afectaría la vida, la integridad y la libertad de la persona, resultando necesaria la aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso en el procedimiento de la determinación de la condición de refugiado, evitando de esta manera que se tomen decisiones arbitrarias.

La modificación constante en la relación entre los Estados y la aparición de nuevos fenómenos capaces de generar desplazamientos forzados de población, han llevado a que una de las preocupaciones principales en materia de protección internacional sea el establecimiento de parámetros que sirvan a los fines de garantizar procedimientos de asilo “justos y eficientes”⁴⁶, capaces de promover el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en condiciones de igualdad.

De esta forma se promueve la incorporación del derecho al debido proceso, entendido como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier

45 ACNUR. *Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la protección internacional de los refugiados*, N° 71 (XLIV), Conclusión general sobre la protección internacional, 1993 (44° período de sesiones del Comité Ejecutivo), lit. i.

46 ACNUR. *Proceso de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)*, Consultas globales sobre protección internacional, 31 de mayo de 2001, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2888.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2004/2888> (acceso 14/08/2018).

acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”⁴⁷, el cual debe respetarse en toda naturaleza de procedimientos⁴⁸. Esto resulta de suma relevancia, en tanto que en la mayoría de los Estados el procedimiento para determinar la condición de refugiado es de naturaleza administrativa, pudiendo entenderse su regulación ajena a las garantías y defensas amplias de los procesos penales, lo cual ha sido ampliamente discutido acordándose para el primero las mismas garantías que a los segundos⁴⁹.

En el ámbito interamericano, es posible afirmar que el procedimiento administrativo para la determinación de la condición de refugiado, no escapa a la vigencia del derecho al debido proceso⁵⁰. En este sentido, la CIDH señaló que “el proceso para determinar quién es o quién no es un refugiado implica hacer determinaciones caso por caso que puedan influir en la libertad, la integridad personal e inclusive la vida de la

47 Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C N° 151, párrs. 108 y 116; Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A N° 9, párr. 27; y véase Rodríguez Rescia, Víctor. “El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Fix-Zamudio, Héctor. *Liber Amicorum*, Vol. II, Corte IIDH, Costa Rica, 1998, pp. 1296 y 1305.

48 Corte IDH., *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 125.

49 Cfr. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* (Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 103; y Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Per.* (Competencia), sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 71, párr. 70.

50 CIDH. *Informe 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, 13 de marzo de 1997, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev. at 550 (1997), párr 154.

persona de que se trate”⁵¹, llevando implícita la necesidad de que los principios básicos de igual protección y debido proceso consagrados en la CADH no solo se hagan presentes en este tipo de procedimientos sino también que los vuelvan previsibles, dotando de coherencia la toma de decisiones por parte de las autoridades nacionales encargadas de decidir en materia de reconocimiento del estatuto de refugiado.

Las garantías al debido proceso cobran particular relevancia en los casos de personas necesitadas de protección internacional que ingresan en forma irregular en un Estado en busca de asilo, como en lo atinente a la expulsión y la posible afectación del principio de no devolución. Así, en el citado caso de la familia Pacheco Tineo, la Corte IDH –de acuerdo con la evolución del marco jurídico internacional aplicable a los derechos humanos– señaló que los migrantes indocumentados o en situación irregular eran identificados como grupo en situación de vulnerabilidad dada su especial desprotección⁵². En este sentido, las garantías de base convencional deben estar en consonancia con las directivas y criterios adoptados por el ACNUR –instrumentos interamericanos e internacionales– con el fin de lograr un examen correcto de cada solicitud, obligando a los Estados en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado a lo siguiente:

51 CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 52.

52 La situación descrita supone una vulnerabilidad ideológica, contextualizada históricamente en cada Estado y mantenida por *jure* –desigualdad en las leyes para nacionales como y de facto para extranjeros, que es la desigualdad estructural. Ello no implica la imposibilidad de accionar contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, pero deben adoptarse medidas que respeten los derechos humanos garantizando su goce y ejercicio por todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación por razones de regularidad o irregularidad migratoria, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

“a) [garantizar] al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR; b) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal; c) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa. d) con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad; e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada”⁵³.

Este criterio fue mantenido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-25/18, en la cual hizo hincapié en los casos en que los procedimientos administrativos o judiciales impliquen

53 Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo...*, párr. 159.

expulsión o deportación; en los mismos. los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en el artículo 22, –7 y 8– de la CADH, como también proveer toda acción conducente a la vigencia de recursos judiciales efectivos, rápidos y adecuados conforme los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de dicho instrumento⁵⁴.

La importancia de lo expuesto radica en que el artículo 22.8 de la CADH establece la prohibición de expulsar o devolver cualquier persona extranjera a otro país –sea o no el de su origen– en atención al grave riesgo que ello pudiera implicar para su vida e integridad por cuestiones de raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas. No obstante, debe tenerse en cuenta que el principio de no devolución – conforme su reconocimiento en la Convención de 1951 y en la CADH– constituye la piedra angular del derecho internacional de los refugiados, el cual goza de naturaleza *ius cogens*; es decir, que su base consuetudinaria permite imputar la responsabilidad de su incumplimiento a todos los Estados de la comunidad internacional, no siendo necesaria la previa vinculación normativa específica de estos⁵⁵.

54 “Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. [...] 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Artículo 25 de la Convención Americana.

55 Cfr. ACNUR. *Note on Non-Refoulement (EC/SCP/2)*, 1977, párr. 4; véase Weis, Paul. *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 341; y ACNUR. *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de*

Por otro lado, a diferencia del principio de no devolución del derecho internacional de los refugiados regulado en el artículo 33.1 de la Convención de 1951, su similar del sistema interamericano de protección de derechos humanos engloba la protección de toda persona –nacional o extranjera– no siendo requisito que manifieste necesidades de protección internacional atinentes al reconocimiento de su condición de refugiado. Esto fue analizado por la Corte IDH, la cual consideró que el ámbito de protección contra la devolución no se circunscribe a que la persona se encuentre en el territorio del Estado, sino que también obliga a los Estados de manera extraterritorial siempre que las autoridades ejerzan su autoridad o el control efectivo sobre tales personas, como puede suceder en las delegaciones que por su propia naturaleza se encuentran en el territorio de otro Estado con su consentimiento⁵⁶. Tales conductas incluyen –entre otras– la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o “entrega”.

De lo expuesto, puede concluirse que el principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera –incluyendo aquellas en búsqueda de protección internacional, bajo la jurisdicción de un Estado– con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo de este, incluyendo así los actos realizados por las

*no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf> (acceso 14/08/2018). La naturaleza de norma imperativa del principio de no devolución surge, también, del artículo 5 de la CADH donde se consagra “el deber del Estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr. 181.*

56 Cfr. Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr.188.

autoridades migratorias y fronterizas, como también aquellos que fueran ejecutados por funcionarios diplomáticos. Esta fue la interpretación y la afirmación que los Estados de la región efectuaron en sus aportes para el Pacto Global de Refugiados; lo hicieron en los siguientes términos: “[...] [r]eafirmamos la importancia del respeto del principio de no devolución y las garantías de debido proceso, la consolidación de los sistemas de asilo de calidad, la búsqueda de soluciones duraderas, la utilización de otras vías legales de admisión y el acceso a la documentación, los medios de vida y los servicios básicos, así como la gestión de casos con necesidades específicas de protección y el combate a la xenofobia y a la discriminación y la observancia de los derechos humanos”⁵⁷.

Lo expuesto demuestra el compromiso regional con miras a la adopción del Pacto Global de Refugiados, buscando garantizar la vigencia del marco de complementariedad jurídica existente y analizado respecto a las garantías del debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado en aplicación de la normativa específica del sistema universal –la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967– como de los tratados del sistema interamericano de protección de derechos humanos –en particular de la CADH–⁵⁸ reiterando

57 ACNUR y otros. *Los 100 puntos de Brasilia. Aportes de América Latina y el Caribe para el Pacto Mundial sobre Refugiados*, 20 de febrero de 2018, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2018/11588.pdf> (acceso 15/08/2018).

58 Este deber de cooperación constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional, cristalizada en el artículo 4.2 de la Resolución 2625 de la Asamblea General de la ONU concerniente a la Declaración de Principios de derecho internacional relativas a las relaciones amistosas y cooperación entre Estados conforme a la Carta de Naciones Unidas, la cual fue adoptada de forma unánime por los Estados miembros; esta, en el sistema interamericano de derechos humanos, se traduce en un mecanismo de garantía colectiva subyacente en la CADH que incumbe a todos los Estados del sistema interamericano cooperar

el “[...] compromiso con la solidaridad regional, la cooperación sur-sur y la responsabilidad compartida para encontrar respuestas efectivas y predecibles para las necesidades humanitarias de las personas solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, refugiadas, desplazadas y apátridas, así como para avanzar hacia soluciones duraderas”⁵⁹.

Conclusión

El análisis precedente permite observar la estrecha relación existente entre los desarrollos normativos, a partir de las concepciones propias sobre el derecho a buscar y recibir asilo establecidos tanto en la Declaración Americana como de la DUDH.

El carácter consuetudinario de los derechos contenidos en ambos instrumentos y la similitud en la génesis de ambos, como los desarrollos normativos posteriores sucedidos bajo su amparo e impulso, han permitido establecer no solo la complementariedad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos respecto del derecho internacional de los refugiados sino también la conformación de pautas, criterios y estándares de protección con la finalidad de asegurar el pleno acceso y goce efectivo de derechos por parte de todas las personas; en particular, de aquellas necesitadas de protección internacional.

La Corte IDH en sus competencias contenciosa y consultiva ha mantenido este criterio, instando a los Estados a realizar las

entre sí para cumplir con sus obligaciones internacionales, tanto regionales como universales. Cfr. Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo...*, párr. 143.

59 ACNUR. *Los 100 puntos de Brasilia...*

acciones conducentes en materia de protección de las personas refugiadas y solicitantes de asilo en la región. Sin embargo, no podemos obviar las implicancias que –sobre dicho marco normativo– ejerce en el cambio de paradigma propuesto con la adopción del Pacto Global de Refugiados imbuido en los fenómenos actuales que afectan a la movilidad humana, donde el movimiento de refugiados y migrantes adquirió dimensiones mundiales con múltiples ramificaciones –en ocasiones interconectadas– cuya protección está basada en el reconocimiento del carácter universal de los derechos humanos y la positivización desarrollada por el derecho a buscar y recibir refugio como un derecho fundamental. En este sentido, el marco de respuesta integral para los refugiados que menciona la Declaración de Nueva York –como camino para el urgente Pacto Global de Refugiados– se basa en la cooperación internacional, distribución de la carga y la responsabilidad, para lo cual es necesario “un apoyo amplio en materia de políticas, asistencia y protección, en consonancia con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional”⁶⁰.

Así, lo que parecería ser la solución nos plantea interrogantes acuciantes a la luz de las políticas de algunos Estados respecto del tratamiento de los flujos de personas refugiadas y solicitantes de asilo, los que demuestran que en muchos casos son cada vez menos quienes se encuentran amparados por el “refugio” y cada vez más quienes enfrentan una cooperación estatal en materia de seguridad amparada por marcos teóricos carentes de aplicación práctica.

60 ONU. Asamblea General, *Declaración de Nueva York para los Refugiados...*, párr. 11.