

REGIONALIZACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS REFUGIADOS: UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

José H. Fischel de Andrade*
Funcionario de ACNUR

Síntesis

Existe una tendencia creciente hacia la armonización de normas y procedimientos en una variedad de campos legales, los cuales incluyen el Derecho de los Refugiados. En tanto que la Convención de 1951 puede servir de guía para la sistematización de la práctica actual, la flexibilidad a menudo dependerá de las realidades regionales, sus valores y experiencias. De forma ideal, los enfoques de la política regional deberían complementar este régimen sin que esto signifique el abandono de los principios generales establecidos por la comunidad internacional. En este artículo, el autor examina los enfoques de la política regional así como los procesos para su armonización. Se refiere a las distintas definiciones en América Latina con respecto a los refugiados y a las personas

necesitadas de la protección internacional, así como a los procedimientos existentes para la determinación del estatuto de refugiado en la región. El autor toma nota de la posición del ACNUR en lo que respecta a la política de armonización y hace referencia al enfoque pragmático que se adoptó durante la Declaración de Cartagena de 1984. Desde su punto de vista, la armonización regional de las legislaciones domésticas en América Latina es necesaria para evitar conflictos y soluciones contradictorias para problemas similares. El autor sugiere que tanto el ACNUR como los órganos supervisores establecidos bajo la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de 1969, podrían jugar un papel importante en dicha área. Hasta el momento solamente un número limitado de países de América Latina ha adoptado legislación

* Abogado (Universidad de Brasilia), Maestría (LLM) en Derecho Internacional (Universidad de São Paulo), *Diplômé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg)*, Investigador Asociado y Profesor de Derecho Internacional (Universidad de Brasilia), Profesor de Derecho Internacional (Universidad Católica de Brasilia), Funcionario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Las opiniones expresadas en este artículo son las del autor y no reflejan, necesariamente, las del ACNUR o las de Naciones Unidas.

referente a la condición de refugiado y establecido mecanismos para el reconocimiento formal de los refugiados, de manera que el autor hace una serie de recomendaciones para un enfoque regional armonizado, sugiriendo que es de interés de los distintos Estados el evitar políticas y situaciones no reguladas.

1. Introducción

El tema de la regionalización surge dentro del contexto de la tendencia general hacia la armonización de normas y procedimientos en una variedad de campos legales, incluyendo el Derecho de los Refugiados.

Debido a que la naturaleza de los flujos migratorios ha cambiado, sin que los que redactaron la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹ de 1951, pudiesen prever enteramente estos cambios, los Estados han venido interpretando y aplicando la Convención,

así como otros instrumentos, y el Derecho de los Refugiados en formas muy diversas. Un reto fundamental pareciese ser la racionalización y sistematización de las prácticas existentes. Hasta cierto punto esto puede realizarse a través de una interpretación de buena fe de la Convención, con una aplicación generosa y liberal, manteniendo en mente su objetivo fundamental. La Convención de 1951 ha probado ser un instrumento sólido, pero flexible, para brindar protección internacional a millones de refugiados alrededor del mundo, y continúa teniendo relevancia directa para muchas, si no todas las situaciones actuales que producen refugiados². Es, por lo tanto, un instrumento de derechos humanos de carácter fundamental, que aún hoy atrae tanto el compromiso³ como la lealtad continua de los Estados Partes.

La validez, relevancia y flexibilidad de la Convención de 1951 deben

¹De aquí en adelante "Convención de 1951" o "Convención"; para el texto, ver 189 *United Nations Treaty Series* (1954), pp. 137-221; o *Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos*, vol. I, Ginebra, ACNUR, 1992, pp. 117-141.

²G. Walzer, "Statement of the UN Deputy High Commissioner for Refugees on the Occasion of the 10th Anniversary of the Cartagena Declaration on Refugees", in *Memoria del Coloquio Internacional: 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados* (Coloquio de San José Costa Rica, 5-7 Dic. 1994), San José, ACNUR/IIDH, 1995, p. 30.

³México recientemente ratificó a la Convención de 1951, el 7 de junio de 2000.

por lo tanto orientar la racionalización y la sistematización de las prácticas actuales. Esta flexibilidad dependerá a menudo de las realidades regionales, sus valores y experiencias. Por lo tanto los enfoques regionales hacia la protección de los refugiados, sin abandono de los principios endosados por la comunidad internacional, deberán guiar y complementar las acciones para la resolución, o al menos mitigación, de la problemática de los refugiados.

El análisis que se propone en el presente artículo primeramente examina lo que se está considerando y ha sido considerado en términos de regionalización y armonización del Derecho de los Refugiados. Se da entonces consideración a las distintas definiciones que existen en América Latina, con respecto a los refugiados y a las personas necesitadas de protección internacional y, subsecuentemente, son considerados los procedimientos existentes para la determinación del estatuto de refugiado en la región.

La armonización de las interpretaciones de la definición de refugia-

do no se enfrenta aquí porque, a diferencia de otras regiones, en América Latina existen diversas definiciones de lo que es un refugiado y de quiénes serían acreedores de la protección internacional; definiciones que se derivan de los distintos instrumentos legales regionales y sub-regionales de carácter obligatorio y no-obligatorio. Por lo tanto, en esta región es importante primero enfrentar la necesidad de armonizar las definiciones aplicables y, solamente hasta que se haya cumplido dicha etapa, considerar, conforme surja la necesidad, la armonización de interpretaciones.

2. Tendencias actuales de regionalización y de armonización

2.1 Enfoques regionales: un paso cauto, pero fundamental

No hace mucho tiempo se afirmaba que el Derecho de los Refugiados debía ser desarrollado a nivel global y que sería lamentable si las soluciones a los problemas de los refugiados no pudiesen ser encontrados dentro del marco de las Naciones Unidas⁴. En la actualidad, sin embargo, la per-

⁴Ver A. Grahl Madsen, *Territorial Asylum*, London/ Stockholm, Oceana Publ/Almqvist & Wiksell International, 1980, p. 66.

cepción general es que todavía no ha llegado el momento para un nuevo marco jurídico establecido por nuevos instrumentos basados en criterios y necesidades universales⁵. Aunque fuese de otro modo, no puede existir un juego universal de medidas y respuestas prácticas; los esfuerzos para mitigar las causas, proteger a quienes lo necesitan, y asignar responsabilidades en la resolución de problemas debe variar según la naturaleza del movimiento⁶.

Las iniciativas regionales necesitan llevarse a cabo con cautela, dado su impacto potencial y el "efecto dominó" que tiene en otras regiones. El objetivo de un enfoque político regional es mitigar las fallas y deficiencias de la Convención de 1951 con relación a las migraciones forzadas modernas, y adaptar la legislación internacional a la problemática de los refugiados a nivel regional. En este proceso, los instrumentos regionales deberán necesariamente incorporar y ser compatibles con

principios universales, y deberán ser interpretados y aplicados de acuerdo con dichos principios. Los principios regionales no están orientados a prevalecer sobre aquellos de carácter universal, mas bien a complementarlos donde quiera que sea necesario. Como una consecuencia de ello, los fenómenos regionales deberán ser analizados y enfrentados de manera paralela a los universales.

Los avances regionales hacen surgir muchas ventajas. Al adaptar el sistema global a las realidades específicas de una región o subregión, varios factores positivos están siendo tomados en consideración, tales como particularidades específicas, intereses mutuos, compatibilidad cultural y tradiciones sociales. Asimismo, las organizaciones regionales generalmente se encuentran en una mejor posición para jugar un papel activo en los procesos de pacificación y mantenimiento de la paz debido a la representación geográfica equitativa que facilita la obten-

⁵Ver G. Coles, "Approaching the Refugee Problem Today", in G. Loescher & L. Monahan (eds.), *Refugees and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 383; P.H. Kooijmans, "Trends and Developments in Asylum and Admission of Refugees", *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law (1986-87)*, p. 159; D.L. Garrido, *El Derecho de Asilo*, Madrid, Ed. Trotta, 1991, p. 29.

⁶P.M. Moussali, "International Protection: the road ahead", *3 International Journal of Refugee Law* (1991), p. 610.

ción de consenso. Las soluciones, por lo tanto, pueden ser realizadas "a la medida" de las circunstancias específicas que pudiesen surgir⁷. Las iniciativas regionales, debido a su naturaleza pragmática, facilitan la remoción de las dificultades y limitaciones que a menudo caracterizan acciones llevadas a cabo a nivel universal. Por supuesto, existen dificultades también, que se originan en los enfoques regionales, tal como la falta de experiencia, estructura, medios económicos y procedimientos de muchas organizaciones para responder de manera efectiva a los conflictos y a las emergencias de carácter humanitario⁸.

A pesar de dichas desventajas, la regionalización de la protección de los refugiados y sus mecanismos pareciera ser la mejor opción para articular y consolidar diversos principios regionales, relevantes a

la solución de los problemas de los refugiados⁹. Se requiere de cautela, sin embargo, en el sentido que los enfoques de política regional no deberán estar acompañados de un deterioro de las normas o patrones que han sido establecidos, por medio de inmensos esfuerzos, al nivel universal¹⁰.

Muchas regiones ya se han dado cuenta de los beneficios y de la conveniencia de las iniciativas regionales. Europa se encuentra a la cabeza de este proceso, aunque su posición puede ser criticada por su política orientada a la restricción (infra). Se ha afirmado que Europa requiere un sistema propio para los refugiados, tanto para enfrentar sus problemas regionales, así como para solucionar el problema global, lo que deberá ser realizado por medio del manejo de las presiones migratorias y de refugiados como parte de la economía europea

⁷Ver L. Drücke, *Preventive Action for Refugee Producing Situations*, 2nd ed., Frankfurt am Main, Verlag Peter Lang (European University Studies: Ser. 31, Political Science, vol. 150), 1993, p. 44; Coles, *supra* nota 5, p. 393.

⁸Ver G. Loescher, *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 190; Drücke, *supra* nota 7, p. 175.

⁹Ver P.M. Moussalli, "Fundamental Principles in the International Protection of Refugees and Displaced Persons: the role of the UNHCR", in *Round Table of Asian Experts on Current Problems in the International Protection of Refugees and Displaced Persons* (Seminar of Manila, 14-18 Abr. 1980), San Remo, IHL/University of the Philippines, 1980, p. 12.

¹⁰*Ibid.*

centralizada, sus objetivos políticos y de seguridad¹¹. Sin embargo, cuando desarrollen su propio sistema, los países Europeos deberían ponerle atención al impacto que sus propias políticas podrían tener en otras regiones, que a menudo será positivo, pero con mayor frecuencia negativo.

Por ejemplo, en 1988 la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) aprobó un informe de una política de *numerus clausus*, por medio del cual una política regional selectiva sugería que se le otorgase protección y asistencia a los africanos en África, a los latinoamericanos en Latinoamérica y así sucesivamente¹². Propuestas tales como ésta, así como los principios de "Primer país de Asilo" y la implementación de medidas de disuasión, requieren un escrutinio crítico y cuidadoso.

Asia no ha desarrollado de forma explícita iniciativas regionales como las de otras regiones. El

Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano parecía haber iniciado hace treinta años una actividad que prometía traer resultados prometedores¹³. Sin embargo, dicho desarrollo esperado no ha ocurrido. Aparte de una contribución académica muy constructiva dada en abril de 1980 por la "Mesa Redonda de Expertos Asiáticos en la Protección Internacional de Refugiados y de Desplazados", que se llevó a cabo en Manila, la única iniciativa sobresaliente asiática fue el Plan de Acción Integral (CPA), de 1989, sobre los problemas de los Indo-Chinos que procuraban asilo en la región del Sud-Este de Asia, y su iniciativa predecesora, el Programa de Partida Ordenada (ODP), de 1975¹⁴.

Desde los flujos de movimientos forzados en 1960 hasta la actualidad, África ha estado enfrentando problemas de refugiados enormes. Los países africanos siempre se han mostrado preocupados por la provisión de

¹¹Ver Loescher, *supra* nota 6, p. 163. Para algunas de las iniciativas regionales llevadas a cabo por y con el Parlamento Europeo, el Consejo de Europa y la Comisión Europea, ver Garrido, *supra* nota 5, pp. 191-202.

¹²Garrido, *supra* nota 5, p. 187.

¹³En agosto de 1966, en Bangkok, el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano adoptó en su Octava Sesión, los "Principles Concerning Treatment of Refugees"; para el texto, ver *Collection of International Instruments Concerning Refugees*, Ginebra, ACNUR, 1990, p. 201.

¹⁴Para artículos que enfocan diversos aspectos del CPA, ver 5 *International Journal of Refugee Law* (1993).

respuestas regionales a sus problemas. El 10 de septiembre de 1969, la Convención de la OUA por la que se regulan Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en Africa se llevó a feliz término bajo los auspicios de la Organización para la Unidad Africana: aparte de encarnar la definición de refugiado de la Convención de 1951, el Artículo 1 agrega lo siguiente:

"2. El término "refugiado" se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación, o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad"¹⁵.

La Convención de la OUA – que, aparte de su definición ampliada

de refugiado, también toca temas que no habían sido planteados anteriormente en un documento internacional con carácter obligatorio, tal como el tema de la repatriación voluntaria – se considera como un complemento regional efectivo a la Convención de 1951. Aparte de los eventos recientes en Africa Central, hasta la fecha y en general, la Convención de la OUA ha aportado una base satisfactoria para enfrentar los problemas crecientes de los refugiados en el continente africano. Esta tendencia en Africa de regionalizar las iniciativas en los asuntos de refugiados fue reafirmada y corroborada en algunas recomendaciones del Documento de Addis Abeba sobre Refugiados y Desplazamientos Forzados de Personas en Africa¹⁶. La recomendación 12, por ejemplo, afirma que,

"Con el fin de reforzar las medidas propuestas en las recomendaciones arriba mencionadas, la región Africana debería elaborar,

¹⁵De aquí en adelante "Convención de la OUA"; para el texto, ver 45 *United Nations Treaty Series*, pp. 1001 et seq.; o *Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos*, vol. I, Ginebra, ACNUR, 1992, pp. 353-361.

¹⁶El Documento de Addis Abeba fue adoptado por el Simposio de la OUA/ACNUR sobre Refugiados y Desplazamientos Forzados de Población en Africa, que sucediera el 8-10 de septiembre de 1994, en Addis Abeba, Etiopia. Para el texto, ver (Special Issue) *International Journal of Refugee Law* (1995), pp. 303-319.

con dedicación y determinación, modalidades para una respuesta efectiva al problema del refugio sobre una base regional. En situaciones donde una sub-región o grupo de países se vean afectados por un problema de refugio común, dicho enfoque es particularmente apropiado. En otros casos, donde las emergencias se encuentren mas allá de las acciones humanitarias por si mismas, las iniciativas políticas necesarias también podrían requerir un enfoque regional (...) "¹⁷.

Por último, América Latina también ha colaborado en el desarrollo de enfoques de política regional dirigidos a mejorar la situación de la protección a los

refugiados. Aparte de los instrumentos regionales que, desde el siglo pasado, han sentado las bases para el estatuto de "refugiado"¹⁸, algunos países latinoamericanos han desarrollado mecanismos y conceptos que han enfrentado los problemas prevalentes de los refugiados de manera un tanto pragmática¹⁹. Como no existe una voluntad política que de apoyo a los esfuerzos hacia un régimen regional sobre las bases de la Convención de la OUA, la solución pragmática que se identificó en la región fue la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, adoptada en un Coloquio que se realizó en Colombia en 1984²⁰. El hecho de que el Comité Ejecutivo del

¹⁷Sin embargo y de forma un tanto contradictoria, la Recomendación No. 10 afirma que "La crisis del refugio no puede ser enfrentada adecuadamente por medio de enfoques rígidos y regionalizados. El Simposio recomienda que este problema sea enfrentado de forma global y completa, ya que al final afectará a todas las regiones del mundo". Tal vez lo que se buscaba con esta aseveración era manifestar que las iniciativas regionales no deben ser consideradas per se y que deben siempre considerar lo que se ha alcanzado a nivel global.

¹⁸El término "asilado" se refiere a una persona que disfruta un estatuto legal que resulta de la aplicación de cualquiera de los instrumentos latinoamericanos (enumerados abajo en la nota 39) o de la legislación local pertinente que se deriva de uno de estos. Como se discute abajo en la sección 3.1, "estatuto de asilado" y "estatuto de refugiado", son conceptos distintos en América Latina.

¹⁹El modelo de solución centroamericano para el movimiento a gran escala de refugiados fue creado en la Conferencia Centroamericana sobre Refugiados (CIREFCA), que se llevó a cabo en la Ciudad de Guatemala en mayo de 1989. Para el documento que guiara la discusión durante la CIREFCA, ver H. Gros Espiell et al, "Principles and Criteria for the Protection of and Assistance to Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons in Latin America", *2 International Journal of Refugee Law* (1990), pp. 83-117.

²⁰De este punto en adelante "Declaración de Cartagena de 1984" o "Declaración de Cartagena". El contexto histórico en el cual la Declaración de Cartagena surge es analizado abajo en la sección 3. Para su texto, ver *La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios* (Coloquio de Cartagena de Indias, 19-22 de noviembre 1984), Bogotá, ACNUR/Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo/Universidad Nacional de Colombia, 1986, pp. 332-339.

programa del ACNUR "acogió con beneplácito el empleo de criterios regionales para resolver los problemas de los refugiados de alcance regional que se pusieron ampliamente de manifiesto en el Coloquio" [de Cartagena] es una evidencia de la importancia potencial de esa iniciativa²¹.

Inicialmente diseñado para enfrentar los problemas de finales de la década de los setenta y principios de los ochenta en América Central, la Declaración de Cartagena de 1984 ha influenciado a los países latinoamericanos. En la conmemoración de su décimo aniversario, otro Coloquio que se realizó en San José de Costa Rica confirmó la vocación regional de la Declaración de Cartagena de 1984. Los participantes en el Coloquio de San José han llegado, entre otras, a las siguientes conclusiones:

"Decimoctava. Tomar nota, con particular interés, de los esfuerzos que viene desarrollando la 'Consulta Permanente sobre Desplazados Internos en las Américas', como fo-

ro regional interagencial dedicado al estudio y tratamiento de los apremiantes problemas que enfrentan las personas desplazadas dentro de sus propios países por motivos similares a los que causan flujos de refugiados;

"Vigésima. Hacer un llamamiento a los Estados para que recurran a los foros regionales existentes en materias tales como asuntos económicos, de seguridad y de protección del medio ambiente, con el propósito de que incluyan en su agenda la consideración de temas relacionados con refugiados, otros desplazamientos forzados y migraciones"²².

Diversos patrones regionales de la definición del término "refugiado", de los procedimientos para determinar el estatuto de refugiado, así como del tratamiento de los refugiados pueden, por supuesto, causar muchos problemas, por ejemplo en lo que respecta a la interpretación y factores generadores, pero los patrones regionales cuentan con la ventaja atractiva de regular los

²¹Conclusión No. 37 (XXVI) del Comité Ejecutivo de ACNUR, de 1985, "Los Refugiados Centroamericanos y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados".

²²Para las conclusiones y recomendaciones de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, de 1994, ver *Memoria del Coloquio*, *supra* nota 2, pp. 415-425.

asuntos: los asuntos no-regulados no actúan en el mejor interés de los Estados, ya que no contribuyen a la resolución de problemas, mas bien en su generación. Por lo tanto, las iniciativas regionales deben ser vistas como un marco para la solución pragmática dentro del cual la necesidad de los refugiados pueda ser enfrentada sobre bases de carácter humanitario y de derechos humanos²³.

2.2 Armonización: Un factor importante en la regionalización

Cuando se considera la necesidad de regionalizar la protección de los refugiados, la necesidad de armonizar las políticas relevantes y la normativa aplicable también debe ser considerada. La armonización va mas allá de un simple enfoque regional, ya que el mismo puede limitarse a las tendencias comunes²⁴. La armonización a su vez, debe ser comprendida como

un esfuerzo concertado y total que incluya la voluntad política, legislativa y diplomática de todos los Estados en una región específica. La armonización regional debe comprender, fundamentalmente, la legislación que define el término "refugiado", la interpretación de dicho concepto, así como el procedimiento para determinar el estatuto de refugiado.

En lo referente a la política de armonización regional, la posición del ACNUR es clara:

"Los enfoques regionales armonizados (...) son quizás la opción más prometedora para el fortalecimiento de la protección. En la medida en que se progresa hacia la remoción de las barreras en el movimiento de personas y la coordinación de políticas regionales en lo referente a la admisión o no admisión de extranjeros que incluye quienes buscan asilo, es inevitable que las políticas nacio-

²³J. C. Hathaway, "A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law" 31(1) *Harvard International Law Journal* (1990), p. 175.

²⁴Un buen ejemplo son los distintos arreglos concluidos en América Latina desde el siglo XIX con relación al estatuto de "asilado". Ellos reflejan una práctica regional y costumbre que no se encuentran de ninguna manera armonizada. Ni siquiera la Convención sobre Asilo Territorial, de 1954, por ejemplo, es una manifestación de un derecho aceptado por unanimidad por todos los Estados que actualmente representan la comunidad latinoamericana; ver H. Gros Espiell, "El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y Extradición en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre estatuto de los refugiados", en *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina* (Coloquio de México, 11-15 de mayo 1981), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 72.

nales preocupadas con la admisión de personas necesitadas de la protección internacional también deban ser armonizadas (...)»²⁵.

La armonización de políticas es necesaria por razones pragmáticas: los flujos de refugiados desafortunadamente no desaparecerán pronto y por lo general tienen un impacto regional. Las prácticas regionales de coordinación y armonización permitirán por lo tanto la formulación de respuestas concertadas que se encuentren mejor adaptadas hacia un mejor manejo, dentro de un contexto humanitario, de los problemas que surgen de los flujos de refugiados.

Europa es sorprendente tanto por ser la región más avanzada con respecto al progreso en los enfoques armonizados hacia los refugiados²⁶, así como por sus numerosos y variados tipos de restricción. Aunque los Estados europeos ya estaban adoptando políticas y normas relativas a los refugiados desde finales de la década de los cincuentas²⁷, es solamente a partir de mediados de los 80s con la conclusión del Acuerdo de Schengen de 1985²⁸, que uno puede hablar de armonización europea de las políticas de asilo²⁹, lo cual ha tenido un efecto muy restrictivo en todos los territorios de sus Esta-

²⁵ACNUR, "Note on International Protection", UN doc. A/AC.96/830, 7 set. 1994, párrafo 55. Ver también Conclusión No. 80 (XLVII) del Comité Ejecutivo, "Enfoques Globales y Regionales en un Marco de Protección".

²⁶Ver, entre otros, K. Hailbronner, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", 2 *International Journal of Refugee Law* (1990), pp. 341 et seq; F. Lefebvre, "L'Harmonisation de la Procédure d'Éligibilité au Niveau du Conseil de l'Europe", 13 *Thesaurus Acroasium* (Institute of International Public Law and International Relations, Thessaloniki) (1987), pp. 909 et seq; D. Joly, "The Porous Dam: European Harmonization on Asylum in the Nineties", 6 *International Journal of Refugee Law* (1994), pp. 159 et seq; R. McDowall, "Co-ordination of Refugee Policy in Europe", in G. Loescher & L. Monahan (eds.), *supra* nota 5, pp. 179 et seq; H. Meijers, "Refugees in Western Europe: 'Schengen' affects the entire refugee law", 2 *International Journal of Refugee Law* (1990), pp. 428 et seq.

²⁷Ver, entre otros, el Acuerdo Europeo de 1959 sobre la Abolición de Visas para los Refugiados, la Recomendación No. 293 de 1961 acerca del Derecho del Asilo, y la Resolución No. 14 acerca del Asilo a Personas en Peligro de Persecución. Para los textos, ver, respectivamente, Colección de instrumentos internacionales, *supra* nota 21, pp. 301-3, 304, 305.

²⁸El Acuerdo de Schengen, de 1985, se vió precedido por la Recomendación de 1981 sobre la Armonización de los Procedimientos Nacionales Relacionados al Asilo.

²⁹Considerando que para lograr la armonización de las políticas de asilo es indispensable armonizar la aplicación de los criterios relativos a la determinación del estatuto de refugiado, el 4 de marzo de 1996 el Consejo Europeo emitió una Posición Conjunta en la aplicación armonizada de la definición de refugiado establecida en el Artículo 1 de la Convención: ver EC *Official Journal*, 13 de Marzo de 1996.

dos miembros. De los esfuerzos europeos de armonización, uno puede tener la impresión que la coordinación de la legislación es, a fin de cuentas, el levantamiento de una fortaleza contra la aceptación de eventuales refugiados, y de que el tema es tratado exclusivamente con el fin de armonizar las leyes al nivel más bajo³⁰.

En lo que respecta a América Latina en general, y Centro América en particular, los primeros movimientos hacia la armonización ocurrieron a mediados y finales de los ochentas, con ocasión de la Declaración de Cartagena de 1984 y CIREFCA de 1989. La Declaración reciente de San José, de 1994, acerca de los Refugiados y Personas Desplazadas, afirma, en su quinta conclusión, lo siguiente:

"Instar a los gobiernos a que impulsen, con la colaboración del ACNUR, un proceso de progresiva armonización de normas, criterios y procedimientos en materia de refugiados, basado en la Convención de 1951 y el Protocolo

de 1967 relativos al estatuto de los refugiados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de Cartagena"³¹.

Aunque deseable, la armonización de los enfoques regionales acerca de los refugiados en América Latina no resulta una tarea fácil, debido a las realidades particulares que enfrentan los distintos Estados centroamericanos y sudamericanos. Esto ha resultado en políticas, regulaciones y prácticas que difieren entre sí. Lo que hace falta ahora es el intercambio de información acerca de normas que puedan ser aplicadas a los distintos países latinoamericanos, establecer si los avances realizados en determinados países reflejan la voluntad generalizada de la región, y si tienen posibilidades de mantenerse; y discutir si los países latinoamericanos se encuentran en capacidad de aplicar la definición ampliada del concepto de refugiado de la Declaración de Cartagena de manera efectiva, en vista de los desplazamientos

³⁰Haillbroner, *supra* nota 26, p. 351.

³¹Ver Memoria del Coloquio, *supra* nota 2, p. 420.

masivos de personas a otras regiones³². Si se lograra estos objetivos, la región podría sentirse orgullosa de armonizar sus políticas y normas al nivel más alto posible.

La armonización regional de las legislaciones aplicables en América Latina, concernientes a los refugiados, es de hecho necesaria para evitar conflictos y soluciones contradictorias a problemas similares³³. En la tarea de la armonización de la legislación doméstica dentro del contexto del Derecho de los Refugiados y de las particularidades de carácter regional, tanto el ACNUR como los órganos supervisores establecidos bajo la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (la Comisión y la Corte Interamericana, la última en su carácter consultivo) podrían muy probablemente jugar un papel destacado³⁴.

La armonización de la legislación doméstica debe comprender tanto la definición del término "refugiado" como los procedimientos para determinar este estatuto jurídico. En lo que respecta a la definición de refugiado, la primera tarea es la de asegurarse que los Estados de la región cuenten con una definición armónica, que no es el caso todavía de América Latina (ínfra). Entonces surge el problema crucial de asegurar que los Estados apliquen los criterios de igual forma y que las interpretaciones nacionales se encuentren alineadas con los patrones establecidos que han sido endosados a nivel regional o global. Este problema se encuentra intrínsecamente ligado a la necesidad de establecer procedimientos armonizados para la determinación del estatuto de refugiado, ya que las variaciones entre los sistemas de

³² A. D'Alotto & R. Garretón, "Developments in Latin America: some further thoughts", 3 *International Journal of Refugee Law* (1991), p. 500. La inclusión de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en un esfuerzo de armonización ya ha sido sugerido por la Resolución de la Asamblea General de la OEA No. 1336 (XXV-O/95), adoptada en la novena sesión plenaria, del 9 de junio 1995, la cual "2. [Urge] a los Estados miembros a considerar la posibilidad de promover un proceso de armonización legal sobre asuntos de refugiados, tomando en cuenta los principios representados en dichos instrumentos como la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el Protocolo de 1967, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la Declaración de Cartagena y la Declaración de San José de 1994".

³³ Ver la resolución de la Asamblea General de la OEA No. 1504 (XXVII-O/97), adoptada en la séptima sesión plenaria el 4 de junio de 1997, que "5. [considera] la necesidad de armonizar la legislación, criterios y procedimientos relativos al refugio hasta donde sea posible, para proveer tratamiento apropiado a las personas en esa posición".

³⁴ Ver A.A. Cançado Trinidad, "Discurso Inaugural", in *Memoria del Coloquio*, supra nota 2, p. 27.

determinación nacionales hacen que cualquier intento de armonizar la puesta en vigor del estatuto de refugiado sea inútil³⁵. La armonización de los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado, la cual es deseable en América Latina³⁶, necesita ser considerada tanto bajo los lineamientos endosados por la comunidad internacional³⁷, así como por la experiencia de la región; se debe brindar especial atención a ciertos desarrollos nacionales que pueden servir para indicar lo que puede hacerse en la región.

3. Definiciones del término "refugiado" en Latinoamérica

3.1 La definición de "asilado" y la de "refugiado":

conceptos análogos pero distintos

Aparte de las definiciones de refugiado establecidas en la Convención de 1951 y la Declaración de Cartagena de 1984, también existen otras definiciones en América Latina, orientadas a proveer protección a personas que son perseguidas en sus lugares de origen. Estas definiciones dan pie al concepto de "asilado"³⁸.

Aunque el "estatuto de asilado" y "estatuto de refugiado", pueden tener el mismo significado en la mayor parte de los países, este no es el caso en América Latina. El "estatuto de asilado" es una condición legal que tiene sus premisas en los diversos instrumentos regionales que comenzaron a evolucionar durante el final del siglo XIX³⁹. A su vez, el "estatuto

³⁵Ver E. Arboleda, "The Convention Refugee Definition in the West: a legal fiction?", 5 *International Journal of Refugee Law* (1993), p. 68.

³⁶Ver, entre otros, K. Asomani, "Análisis Histórico de la Situación de los refugiados en América Latina que propició la adopción de la Declaración de Cartagena de 1984 sobre los Refugiados", in *Memoria del Coloquio*, *supra* nota 2, p. 192; ACNUR, "Declaración de Cartagena, diez años después", in *Memoria del Coloquio*, *supra* nota 2, pp. 52, 59 y 75.

³⁷Ver, por ejemplo, Conclusiones No. 8 (XXVIII), No. 28 (XXXIII) y No. 30 (XXXIV) del Comité Ejecutivo.

³⁸Ver *supra* nota 18.

³⁹Ver Tratado de Montevideo sobre Derecho Internacional Penal, de 1889; Convención de la Habana sobre el Asilo, de 1928; Convención de Montevideo sobre el Asilo Político, de 1933; Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional, de 1940; y las Convenciones de Caracas sobre Asilo Diplomático y sobre Asilo Territorial, ambas de 1954. Para los textos, ver *Colección de Instrumentos Internacionales*, *supra* nota 13, pp. 236-273.

de refugiado" es otorgado sobre la base de instrumentos globales que se remontan a principios de la década de los veinte⁴⁰. En tanto que ambas definiciones de estatuto legal pueden en la mayor parte de los casos comprender los mismos derechos y obligaciones, este no es siempre el caso. Un análisis profundo de las distinciones intrincadas entre estas dos definiciones y condiciones jurídicas sobrepasan el objetivo de este artículo, sin embargo es importante enfatizar sus diferencias fundamentales. Algunas de estas han sido muy claramente identificadas por Jaime Ruiz Santiago y son las siguientes⁴¹:

- La definición de asilado es una definición regional que fue establecida por primera vez, en un instrumento regional, el Tratado de Montevideo sobre Derecho Internacional Penal, de
- Los asilados pueden ser objeto de protección, dentro de las fronteras de países "productores de asilados", como es el caso del asilo diplomático. El refugiado

1889, y se encuentra reglada por diversos instrumentos regionales. La definición de "refugiado" es de carácter global, gobernado en gran medida por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, cuyo desarrollo se remonta a la Liga (Sociedad) de las Naciones. Es solamente de forma reciente que el término "refugiado" ha encontrado expresión en instrumentos obligatorios o no-obligatorios a nivel regional, tal como la Convención de la OUA de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984;

⁴⁰La fase histórica de la protección internacional de los refugiados inició en 1921, con el establecimiento del Alto Comisionado de la Liga (Sociedad) de las Naciones para los Refugiados Rusos, y terminó a inicios de 1952, junto con la Organización Internacional de Refugiados; ver J.H. Fischel de Andrade, *Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921-1952)*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, 213p.; J.C. Hathaway, "The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950", 33(2) *International and Comparative Law Quarterly* (1984), p. 348 et seq; J. Vernant, *The Refugee in the Post-War World*, New Haven, Yale University Press, 1953, pp. 24-101.

⁴¹Ver J. Ruiz de Santiago, "Consideraciones Generales acerca del Derecho Internacional de los Refugiados", in *Jornadas sobre los Sistemas Internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana* (Coloquio de Buenos Aires, septiembre 1990), Buenos Aires, CICR/IIDH/ACNUR/Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 1991, pp. 94 y 95.

debe ser una persona que haya cruzado las fronteras de su país de origen;

- para ser considerado un "asilado" un individuo debe ser considerado como perseguido en el momento; un "refugiado" solamente requiere tener un temor bien fundamentado de persecución, el cual no requiere que se haya materializado aún;
- un "asilado" es perseguido solamente basándose en delitos de carácter político; la definición de "refugiado" es más amplia y cubre opiniones políticas, así como otros motivos: raza, religión, nacionalidad y pertenencia a un grupo social determinado;
- En lo que respecta a "asilados", no se ha establecido una organización para supervisar y colaborar en la puesta en vigor de los instrumentos de asilo; en el caso de los instrumen-

tos sobre refugiados, el ACNUR juega un papel fundamental e importante en estas actividades, así como en el desarrollo ulterior de los principios aplicables a la protección de los refugiados;

- Los instrumentos de "asilo" no contienen cláusulas de cesación o de exclusión, los cuales se prevén en los instrumentos sobre refugiados; y,
- La condición jurídica de "asilado" tiene una naturaleza constitutiva, siendo concedida por un Estado a un individuo; a su vez, la condición jurídica de "refugiado" obtenida por un acto de naturaleza declaratoria, en donde el Estado reconoce a la persona como refugiada.

A pesar de las diferencias entre "refugiado" y "asilado", ambas definiciones y estatutos son complementarios y comparten la misma premisa, que es la protección de individuos perseguidos⁴². Después de comparar y contrastar

⁴²Ver J. Ruiz de Santiago, "O Direito Internacional dos Refugiados: características e desenvolvimento na América Latina", in A.A. Cancado Trindade (ed.), *A Proteção dos Direitos Humanos no Plano Nacional e Internacional. Perspectivas Brasileiras* (Coloquio de Brasília, jul. 1991), San José/Brasília, IIDH/Friedrich-Naumann Stiftung, 1992, p. 131; J. Ruiz de Santiago, "Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados", in J. Irigoien B. (ed.), *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1991, p. 129; ACNUR, *supra* nota 34, p. 46; E. Arboleda, "The Cartagena Declaration of 1984 and its Similarities to the 1969 OAU Convention – a comparative perspective, (Special Issues) *International Journal of Refugee Law* (1995), p. 89.

las condiciones jurídicas del "asilado" y el "refugiado" y cuando se trata de identificar el mejor sistema para la protección de las personas perseguidas, el sistema general de refugiados es reconocido como mas preciso, moderno, progresivo y actual, y que provee la mas amplia protección a quienes lo necesitan. El sistema regional latinoamericano del asilo es considerado mas estrecho e inferior en sus alcances y es inadecuado para responder a los retos que presentan los flujos de refugiados actuales⁴³.

Por lo tanto, cuando hablamos de armonización de las definiciones de refugiados en América Latina, uno debería idealmente apoyarse primeramente en el concepto global (Convención de 1951 y el Protocolo de 1967), y en segundo lugar en el concepto regional (la Declaración de Cartagena de 1984) de refugiado, dejando a un lado, pero sin olvidar, la existencia histórica y, a menudo, la importancia práctica de la definición regional de "asilado".

3.2 El enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre la definición de refugiado

En las décadas de 1970 y 1980, América Central fue testigo de flujos de migración forzada de carácter sin precedentes en la región. Los diez años de conflictos armados que precedieron la Declaración de Cartagena de 1984 resultaron en más de dos millones de refugiados y personas desplazadas, de los cuales solamente unos 150.000 fueron refugiados bajo la Convención de 1951.

En vista de estos desplazamientos masivos de población y de la crisis de refugiados, y ya que las instituciones interamericanas pertinentes probaron ser inadecuadas y dejaban mucho que desear, se convocó un coloquio en mayo de 1981 en Ciudad de México con el propósito de examinar y evaluar los problemas más delicados e inmediatos, así como las necesi-

⁴³Ver Arboleda, *supra* nota 42, p. 89; R. Cuellar *et al.*, "Refugee and Related Developments in Latin America: the challenges ahead", 3 *International Journal of Refugee Law* (1991), p. 483; E. Arboleda, "Refugee Definition in Africa and Latin America: the lessons of Pragmatism", 3 *International Journal of Refugee Law* (1991), p. 198; Gros Espiell, *supra* nota 24, p. 73; J. Salvador Lara, "El Concepto de Asilado Territorial según los Convenios Interamericanos de Protección del Refugiado según los Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas", in *Asilo y Protección Internacional*, *supra* nota 24, p. 101.

dades de la crisis Centroamericana de refugiados, y de presentar conclusiones y recomendaciones para la acción futura⁴⁴. Dentro de las más importantes determinaciones del Coloquio, se destaca la Conclusión No. 4, que afirma lo siguiente:

"4. Es necesario extender en América Latina la protección que los instrumentos universales e interamericanos otorgan a refugiados y asilados, a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los derechos humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o en parte del territorio del país de origen"⁴⁵;

En la medida en que la situación de desplazamiento se volvió cada

vez más crónica a principios de la década de los ochenta, se convino otra reunión regional en noviembre de 1984, en Cartagena de Indias, Colombia⁴⁶. Los participantes en el Coloquio de Cartagena buscaban adaptar el sistema global a la situación regional, así como lograr una mayor coordinación con el sistema de asilo interamericano existente, por lo tanto reconociendo la complementariedad de ambos sistemas de protección⁴⁷. Aunque la Declaración de Cartagena de 1984 se extiende considerablemente más allá de sus alcances originales como una reflexión académica y recomendación de principio, no debe ser considerada solamente dentro del contexto de la armonización y complementariedad de los sistemas globales y regionales. También pertenece significativamente dentro de otro marco que

⁴⁴Para la compilación de documentos y presentaciones realizadas en el Coloquio de la Ciudad de México, que fue llevado a cabo por el Secretariado Mexicano de Asuntos Exteriores, en cooperación con el Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Nacional de México, bajo los auspicios del ACNUR, ver *Asilo y Protección Internacional*, *supra* nota 24, pp. 17-221.

⁴⁵Conclusiones y Recomendaciones del Coloquio de Ciudad de México de 1981, in *Asilo y Protección Internacional*, *supra* nota 24, p. 206. Aunque el coloquio fue convocado para enfrentar el problema de la crisis Centroamericana de los Refugiados, la definición ampliada de refugiado, que parece haberse derivado de la Convención de 1969 de la OUA, fue sugerida para toda América Latina.

⁴⁶El Coloquio fue patrocinado por la Universidad de Cartagena, el Centro Regional para Estudios del Tercer Mundo y ACNUR, y realizado bajo los auspicios del Gobierno colombiano. Para la compilación de los documentos y presentaciones realizadas en el Coloquio, ver *La Protección Internacional*, *supra* nota 20, pp. 21-356.

⁴⁷ACNUR, "Declaración de Cartagena, diez...", *supra* nota 36, p. 46.

presenta un gran reto, específicamente, la de la construcción de la paz en América Central⁴⁸.

En lo que respecta a la definición del término "refugiado", la Conclusión III de la Declaración de Cartagena afirma que

"Tercera.— (...) la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad y libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".

La definición implica que aquellos que requieren ser protegidos llenen dos características: por un lado que la amenaza a la vida, seguridad o libertad exista, y por

otro lado, que dicha amenaza sea el resultado de una de las cinco causas enumeradas en el texto⁴⁹. Es por lo tanto un enfoque bastante humanitario y pragmático, que deja por fuera el concepto de la persecución individual y enfatiza criterios objetivos.

A diferencia de la Convención de la OUA⁵⁰, la Declaración de Cartagena de 1984 no tenía la intención de ser un instrumento de obligatoriedad jurídica si no que más bien reflejaba las aspiraciones de sus autores sobre el tema de los refugiados. En lo que respecta a la definición de refugiado, sencillamente concluía que era necesario ampliar el concepto, y los Estados de la región podrían aceptar o no la definición ampliada acerca de lo que es un refugiado. Sin embargo a través de los años, y debido a su aceptación y aplicación por parte de distintos Estados, la Declaración de Cartagena de 1984 ha logrado tener una fuerza de persuasión importante.

⁴⁸Cuéllar et al, *supra* nota 44, pp. 487 y 485; Cançado Trindade, "Discurso Inaugural", *supra* nota 34, p. 22.

⁴⁹Gros Espiell et al, *supra* nota 19, p. 93; y, para consideraciones sobre la definición en estos motivos, pp. 94-96.

⁵⁰Para algunas consideraciones interesantes acerca de las diferencias entre las definiciones de refugiado de la Convención de la OUA de 1969 y de la Declaración de Cartagena de 1984, ver J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto/Vancouver, Butterworths Canada Ltd., 1991, pp. 20-21.

Se ha argumentado que la Declaración de 1984 de Cartagena se encuentra en los orígenes de la creación de una práctica regional latinoamericana y caribeña común, y que su fuerza persuasiva se ubica en que existía una opinión juris generalizada cuando fue formada⁵¹. Además, ha existido una práctica constante que se fundamenta en esta calidad de obligatoriedad en su aplicación concreta. Siendo considerada una fuente de derecho atípica, espontánea y cristalizada, la Declaración de Cartagena de 1984 puede tener un efecto de obligatoriedad vis-à-vis los Estados que la han reconocido de manera unilateral, o actuado de tal forma de que implicara su reconocimiento de su naturaleza normativa. Consecuentemente, los Estados que no han incorporado la definición de lo que significa el término "refugia-

do", como lo define la Declaración de Cartagena de 1984, dentro de sus legislaciones, y sin embargo lo aplican en la práctica, se encuentran obligados por la misma por tratarse de una regla vigente del derecho internacional consuetudinario. El raciocinio progresivo que se nos ofrece es sólido, aunque también pueda quedar sujeto a la crítica⁵².

Asimismo, aunque se tenía la intención originalmente de aplicarla dentro del contexto específico de América Central, la Declaración de Cartagena ha recibido el apoyo activo de varios países de Sudamérica, tales como Colombia, Venezuela y Uruguay⁵³. De hecho, los principios representados y la práctica que resulta de la Declaración de Cartagena de 1984 lograron un impacto regional, influenciando la protección

⁵¹Ver H. Gros Espiell, "La Declaración de Cartagena como Fuente del Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina", in *Memoria del Coloquio*, supra nota 2, pp. 453-469.

⁵²Hace más de tres décadas, Grahl-Madsen argumentaba que en el derecho internacional consuetudinario no existía tal cosa como una definición general de "refugiado". Se desprende de esto, sigue el autor, que no tiene sentido hablar de "refugiados en el sentido jurídico" o "*der Begriff des Flüchtling*", excepto en el contexto de un instrumento legal en particular", cf. A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1966, p. 73.

⁵³Ver P.M. Moussalli, "The Evolving Functions of the Office of the High Commissioner for Refugees", in V. Gowlland & K. Samson (eds.), *Problems and Prospects of Refugee Law* (Coloquio de Ginebra, 23-24 de mayo 1991), Ginebra, Graduate Institute of International Law, 1992, p. 101; Siemens, "Asyl und Flüchtlingsschutz in Lateinamerika: die Erklärung von Cartagena aus dem Jahre 1984", *Flüchtlinge* (Dec. 1987), p. 33; R. Plender, "The Right of Asylum" (research carried out by the English-speaking session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law, session of 1989), in *Droit d'Asile/The Right of Asylum*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1990, p. 70.

de los refugiados en diversos países (infra). La amplia aceptación en este continente ha encontrado expresión y apoyo en varias resoluciones de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como en muchos informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴.

Finalmente, la Declaración de Cartagena de 1984 también debe ser apreciada dentro de un contexto global, como parte de una tendencia hacia la ampliación y disponibilidad de la protección internacional y asistencia humanitaria para las víctimas de los conflictos armados y los abusos de los derechos humanos, que, mereciendo protección y asistencia, no siempre habían sido incluidas por los Estados cuando éstos aplicaban los términos literales de la Convención de 1951⁵⁵. Esta tendencia encontró expresión en África, con la Convención de 1969 de la OUA, y

en Europa, con el otorgamiento por parte de muchos Estados del "estatuto humanitario". Dicho desarrollo regional, impulsado por la Declaración de Cartagena de 1984, debe ser visto como un proceso que construye sobre – y no aparte – el cuerpo de normas universales constituido por la Convención de 1951 y otros instrumentos internacionales pertinentes⁵⁶, como se hace patente por el hecho que diversas conclusiones de la Declaración de Cartagena mencionan de forma expresa la Convención de 1951.

3.3 La aplicación e interpretación de jure y de facto de las definiciones de refugiado, sobre la base de la Convención de 1951 y en la Declaración de Cartagena de 1984, en América Latina

Todos los Estados de América Latina han ratificado la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967, excepto Cuba⁵⁷. La defini-

⁵⁴Ver, entre otros, Resoluciones No. 891 (XVII-87) y No. 1336 (XXV-0/95) de la Asamblea General de la OEA, y *Reporte Anual (1984-1985)* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Secr.L/V/III.66, doc. 10, rev. 1.

⁵⁵G. Walzer, "Statement of the UN Deputy High Commissioner for Refugees", *supra* nota 2, p. 31.

⁵⁶Ver Cuéllar *et al*, *supra* nota 44, p. 484

⁵⁷Para obtener información actualizada acerca de ratificaciones y adhesiones, ver www.unhcr.ch/refworld.

ción de refugiado de la Convención de 1951 ha sido incorporada a la legislación doméstica de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Perú. En otros países, y en ausencia de las disposiciones domésticas específicas, el ACNUR a menudo determina el estatuto de refugiado bajo su mandato. Esto se da por medio de una entrevista con el solicitante, que puede ser llevada a cabo por parte de una agencia ejecutora en el caso de que ACNUR no tenga presencia en el país, y de la preparación de una opinión legal acerca de elegibilidad. Si el solicitante es considerado como un refugiado bajo Mandato por parte del ACNUR, entonces él es recomendado como tal ante el gobierno para ser reconocido como un refugiado bajo la Convención. Al ser reconocido como refugiado por el gobierno, el refugiado puede beneficiarse del estatuto de refugiado establecido en la Convención de 1951.

La definición de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984 se encuentra plasmada en

las legislaciones sobre refugiados de Colombia, Ecuador, México y, aunque subsisten algunas diferencias de redacción, también en la del Brasil (*infra*). La legislación de Belice, por otra parte, delinea la definición de refugiado contenida en la Convención de 1969 de la OUA. Las legislaciones en borrador en el Salvador y Guatemala también contienen la definición de la Declaración de Cartagena de 1984, la cual es aplicada de facto por Costa Rica, Honduras⁵⁸ y Argentina⁵⁹, entre otros.

La protección brindada a partir de los años ochenta a las personas que no calificaban como refugiadas según la definición de la Convención de 1951 confirmó la generosa tradición secular de los países latinoamericanos. Desde el punto de vista técnico, eso fue posible debido a una interpretación humanitaria de la Convención de 1951, basada en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, de 1951, y también en una interpretación inspirada en la Declaración de Cartagena de 1984. Es importante recordar la Recomendación

⁵⁸Ver "OAS General Assembly: an Inter-American initiative on refugees", 27 *Refugiados* (Mar. 1986), p. 5; K.W. Yundt, *Latin American States and Political Refugees*, New York, Praeger, 1988, p. 175.

⁵⁹Ver D'Alotto & Garretón, *supra* nota 52, p. 500, y Arboleda, *supra* nota 42, p. 98.

E, del Acta Final de la Conferencia, en la cual se

"Expresa la esperanza de que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados tenga, además de su alcance contractual, un valor de ejemplo, e incite a todos los Estados a otorgar, en la medida de lo posible, a las personas que se encuentren en su territorio como refugiados y que no estén protegidas por las disposiciones de la Convención, el trato previsto por esta Convención"⁶⁰.

Por lo tanto, aunque lo que se encuentre fuera del "alcance contractual" de un acuerdo claramente no puede ser considerado una obligación contractual, la Recomendación E deja claro de que si un Estado Parte aplica las estipulaciones de la Convención de 1951 de manera generosa, este se encuentra en terreno seguro⁶¹.

A diferencia del mundo industrializado, donde la aplicación de la

definición de refugiado de la Convención de 1951 es considerada por muchos como inadecuada, en gran medida debido a las interpretaciones disímiles, divergentes o inconsistentes⁶², en América Latina se ha observado, sin embargo, una aplicación generalizada y uniforme. Este hecho no debe ocultar la realidad de que los asuntos de la migración forzada ya no son una prioridad en el orden del día de los países de América Latina. Esto se refleja en la falta, en la mayoría de los países, de legislaciones domésticas sobre el tema de los refugiados, y por el hecho adicional de que dichas interpretaciones armonizadas de las distintas definiciones del término "refugiado" se deben en gran medida a la presencia, supervisión y a menudo, papel ejecutor que toma el ACNUR en la región.

En vista de lo anterior, parece evidente que la mayoría de los países de América Latina necesitan redactar y establecer la puesta en vigor de legislaciones de imple-

⁶⁰"Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons", 189 *United Nations Treaty Series* (1954), p. 146; o in *Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos*, vol. I, Ginebra, ACNUR, 1992, pp. 142-147.

⁶¹Grahl Madsen, *supra* nota 53, p. 145.

⁶²Arboleda, *supra* nota 35, pp. 66 y 85.

mentación doméstica, las cuales, aparte de contener la definición de la Convención de 1951, también tengan el concepto recomendado por la Declaración de Cartagena. Esto consolidaría y armonizaría la definición de refugiado que ya se aplica en la práctica por toda la región y que ha encontrado apoyo en distintas instancias.

4. Procedimientos para determinar el estatuto de refugiado en América Latina

4.1 Necesidad de regionalización y de armonización de los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado

Un procedimiento para determinar el estatuto de refugiado es un acto o mecanismo por medio del cual una autoridad competente evalúa las condiciones particulares de un individuo, que reclama ser un refugiado, con el objeto de establecer de si él efectivamente califica como tal. Es un acto legal

o mecanismo sobrecargado de una gran responsabilidad de carácter humanitario, debido al impacto que tiene sobre el destino individual⁶³. Además, la existencia misma de procedimientos para la determinación del estatuto tiende a garantizar, en general, tanto el non-refoulement como el tratamiento de acuerdo con los instrumentos internacionales relevantes.

La Convención de 1951 no regula la determinación del estatuto de refugiado debido a las dificultades en lograr procedimientos globales homogéneos. Las particularidades constitucionales, legales y administrativas entre los distintos países de la comunidad internacional sugieren que cada estado establezca los procedimientos que considera más apropiados y adapta los elementos cardinales mínimos a sus propias circunstancias. Este patrón mínimo se establece en las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, tales como las Conclusiones No. 8 (XXVIII), No. 28 (XXXIII) y No. 30 (XXXIV)⁶⁴.

⁶³J. Vallés R., "Procedimiento para la Determinación de la Condición de Refugiado", in J. Irigoin B. (ed.), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1993, p. 126.

⁶⁴Estas conclusiones se refieren, *inter alia*, a la orientación necesaria a quienes buscan protección por parte de oficiales competentes que deben actuar de acuerdo con los instrumentos relevantes sobre refugiados; a la existencia de una autoridad claramente identificada que examinará las peticiones y tomará decisiones en primera instancia; a las facilidades necesarias, tales como un intérprete y la oportunidad de contactar un representante del ACNUR; a la documentación emitida al solicitante de la condición de refugiado; a la necesidad de establecer un procedimiento de apelación; y al problema de las solicitudes infundadas o abusivas.

Aunque solamente un número limitado de Estados Partes de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 han establecido procedimientos para la determinación formal del estatuto de refugiado, se puede argumentar que los Estados Partes se ven obligados a otorgar derechos en igualdad de condiciones para quienes buscan la condición de refugiado, al menos respecto de las audiencias que lleven a cabo en procedimientos de expulsión o deportación, y cuando los Estados involucrados también sean partes del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966⁶⁵.

Como los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado difieren ampliamente, existe una considerable falta de uniformidad y de consistencia en la aplicación de los instrumentos pertinentes. Como consecuencia de ello, los porcentajes de aceptación de los solicitantes varían considerablemente de un país a otro, aún dentro de la misma región; esto

puede ser tanto una ventaja como una desventaja, dependiendo de cada caso. Por ejemplo, algunos países han adoptado un proceso que, aunque tiene la intención de ayudar a los solicitantes con las máximas garantías procesales, abre las puertas a tan alto nivel de tecnicidad y de complejidad, que la profesión legal está mejor servida que los refugiados necesitados de protección⁶⁶. En muchos casos, la aplicación de la Convención de 1951 se ha convertido en demasiado legalista y la realidad personal de quien solicita la condición de refugiado, la cual es crucial en la determinación de su estatuto como refugiado, se encuentra subvalorada. A muchos procedimientos para la determinación del estatuto les falta una orientación más "humana" así como una evaluación objetiva y competente de los hechos, tanto por quienes toman decisiones como quienes abogan por los derechos de los refugiados. Obviamente esto es peligroso, porque los sistemas de determinación son vulnerables a la politización⁶⁷.

⁶⁵Ver artículos 13, 2 y 7 del PIDCP/66.

⁶⁶Arboleda, *supra* nota 35, p. 84.

⁶⁷*Ibid.*, p. 83

Dada la imposibilidad virtual de contar con modelos válidos para su aplicación a escala mundial, pareciera que la mejor opción es el de enfocar el problema desde perspectivas regionales, y a partir de ello intentar llevar a cabo una armonización de los procedimientos, de manera que se eviten discrepancias y que se logre un mayor nivel de uniformidad o por lo menos de consistencia. Los diferentes enfoques de la política regional deben ser coordinados a la luz, inter alia, de las conclusiones y líneas generales establecidas por Comité Ejecutivo y el ACNUR mismo, así como por organizaciones regionales (tal como el Consejo Europeo, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana). El papel supervisor del ACNUR en los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado es también muy importante, en particular por su potencial rol en la armonización de decisiones de elegibilidad⁶⁸.

Otra forma posible de supervisión y posible armonización de procedimientos y prácticas en diversos países dentro de la misma región podría ser el establecimiento de un organismo internacional, tal como una Corte, Comisión o Junta⁶⁹, o la utilización de lo que ya existe dentro del dominio de las organizaciones de derechos humanos (tal como las comisiones o cortes regionales de derechos humanos). Esto podría ser promovido por diversos actores, como la Organización de Estados Americanos y el ACNUR. Solamente después de una armonización de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado es que el tema de la armonización del término "refugiado" podrá ser enfrentado.

4.2 América Latina: buenas iniciativas, pero hay mucho camino por andar

En América Latina solamente un número muy limitado de países ha establecido legislación para la

⁶⁸G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 33.

⁶⁹Ver European Consultation on Refugees and Exiles, "Fair and Efficient Procedures for Determining Refugees Status: a proposal", 3 *International Journal of Refugee Law* (1991), p. 118.

protección de los refugiados, así como procedimientos para el reconocimiento formal de esta condición jurídica. Entre ellos se encuentran Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Perú, los cuales han establecido órganos colegiados que evalúan las peticiones de los solicitantes y deciden acerca de su elegibilidad como refugiados. En la mayoría de los otros países el reconocimiento es llevado a cabo bajo el mandato del ACNUR, que recomienda los casos a los gobiernos en cuestión, como se describe anteriormente. Las autoridades nacionales pueden legalizar al solicitante a partir de los instrumentos internacionales relativos a la condición de refugiado, o simplemente bajo las estipulaciones migratorias, como es el caso en Cuba, país que no ha ratificado ni la Convención de 1951 ni el Protocolo de 1967. Por un lado, este procedimiento es conveniente porque da lugar a un nivel bastante alto de uniformidad; por otra parte se puede argüir que debe ser evitado porque el ACNUR no es responsable de la puesta en vigor de la Convención de 1951, si no que más bien de su supervisión.

Por lo tanto pareciera deseable que legislaciones nacionales que

contengan una definición armonizada de "refugiado", que preferiblemente incluya el concepto ampliado de la Declaración de Cartagena de 1984, sean establecidas en todos los países de América Latina. Estas legislaciones nacionales también deberán consagrar las estipulaciones que regulan los procedimientos a ser seguidos cuando un individuo reclama ser un refugiado.

Por supuesto que el procedimiento no debe verse restringido al establecimiento de un organismo de decisión acerca de elegibilidad, sino que debe comprender, entre otros, lo siguiente: (1) las normas relacionadas con los oficiales y autoridades responsables para la iniciación de la solicitud para el estatuto de refugiado; (2) suministro de facilidades y de asistencia; (3) documentación provisional, así como la que debe emitirse una vez que la persona es reconocida como refugiado; (4) procedimientos de apelación, (5) marco temporal; (6) principios aplicables a casos de reunificación familiar, cláusulas de cesación y/o de exclusión, medidas excepcionales (tales como la cancelación y renuncia del estatuto de refugiado).

Por su parte ACNUR ya ha comenzado a diseñar, sobre una base

sub-regional, líneas generales para la armonización de la legislación y procedimientos nacionales, a la luz de las normas y principios del Derecho de los Refugiados⁷⁰. A su debido tiempo, esta iniciativa debería ampliarse a toda la región latinoamericana.

Los enfoques de política regional, así como la armonización de medidas relativas a la protección del refugiado, se pueden ver facilitados aún más dentro del marco de las iniciativas regionales existentes en América Latina, tal como lo es el Mercosur⁷¹ (que comprende a la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y que probablemente incluya pronto a Chile y Bolivia). De nuevo, es de interés de los Estados el evitar las políticas no reguladas, y todo apunta a la necesidad que tiene la región de comenzar a darle una atención apropiada al fenómeno de la migración

en general, y a los movimientos de refugiados en particular.

Un buen ejemplo de esto lo constituye la ley brasileña sobre refugiados⁷², la cual se hizo efectiva el 23 de julio de 1997 y estableció un procedimiento completamente nuevo para la determinación del estatuto de refugiado en el país⁷³.

De acuerdo con la Ley 9.474/97, el gobierno de Brasil toma la plena responsabilidad de los asuntos referentes a los refugiados, que se dividen en: la iniciación del procedimiento, entrevista de elegibilidad, documentación provisional y definitiva, así como decisiones acerca de elegibilidad – la mayor parte de las cuales eran llevadas a cabo anteriormente por ACNUR. En lo que respecta a la decisión de elegibilidad, un órga-

⁷⁰Ver Módulo de Capacitación: *Pautas para la Armonización de Legislación y Procedimientos Nacionales con Normas y Principios del Derecho Internacional de Refugiados*, Buenos Aires, ACNUR, 1996.

⁷¹Ver J.H. Fischel de Andrade, "O Refugiado à Luz do Direito Internacional e do Direito Brasileiro", in *O Advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais*, Brasília, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1997, pp. 151, 153 y 154; y, en general, J.H. Fischel de Andrade, "Regionalização e Harmonização da Definição e dos Procedimentos para a Determinação da Condição de Refugiado no âmbito do Mercosul", in *P.B. Casella (coord.), Mercosul – Integração Regional e Globalização*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, pp. 63-98.

⁷²Ver Ley 9.474, del 22 de julio de 1997, publicada en el *Diário Oficial da União* (Gazeta Oficial), No. 139, del 23 de julio de 1997.

⁷³Ver J.H. Fischel de Andrade, "La Protección de Refugiados en Brasil y la Ley 9.474/97", in *XXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (Rio de Janeiro, VIII.97), Washington, Organización de los Estados Americanos/Secretaría General, 1999, pp. 385-391; J.H. Fischel de Andrade, "Protección de Refugiados y la Nueva Ley sobre Refugiados de Brasil", *Refugee Participation Network/Red de Comunicación sobre Refugiados*, Refugee Studies Programme, Oxford/Universidad del País Vasco, Bilbao, n° 24, sep. 1997, p. 15; J.H. Fischel de Andrade, "A Lei Brasileira de Proteção aos Refugiados", *Caderno Direito & Justiça - Correio Braziliense*, 29 sep. 1997, p. 01; J.H. Fischel de Andrade, "La Situación de los Refugiados en Brasil", *Refugiados - Especial España: América*, n° 95/I, 1997, pp. vi-vii.

no Colegiado, el Comité Nacional para los Refugiados (CONARE), es responsable de decidir sobre las solicitudes de la condición de refugiado. Iniciativas como esta deberían florecer por toda la región, siendo que deberán ser guiadas tanto por los patrones internacionales como por las peculiaridades regionales.

5. Conclusiones

El Derecho de los Refugiados ha evolucionado a un paso dinámico, pero no ha sido bien coordinado, lo que se debe a las disparidades existentes a nivel internacional, regional y nacional. Para detener el desarrollo de eventos nacionales que puedan ir en contra o contradecir los principios internacionales de protección a los refugiados, se requieren enfoques de política regional armonizada. Estos enfoques, sin embargo, deben estar de acuerdo con los estándares más altos establecidos a nivel global.

El proceso para divisar e implementar enfoques regionales armonizados es de dos vías: primero es necesario regionalizar, y, en segundo término, armonizar la protección de los refugiados. En lo que respecta a la regionalización, instrumentos, definiciones y

procedimientos regionales requieren ser compatibles con los de tipo universal, y su implementación debería conformarse a los principios globales. Como consecuencia, los enfoques de política regional no se impondrán, si no que complementarán lo que ya ha sido logrado en el dominio universal.

La armonización de la protección a los refugiados es una etapa que se dará de forma simultánea o, más probablemente, después de diseñar enfoques de política regional. En otras palabras, después de regionalizar los instrumentos, definiciones y procedimientos, su implementación requiere ser armonizada. La armonización va más allá, por lo tanto, de la aplicación de políticas regionales. Comprende un esfuerzo concertado que incluye la voluntad política, diplomática y jurídica de todos los Estados de una determinada región.

En lo que respecta a los países de América Latina, la regionalización y la armonización de la protección de los refugiados deben tomar en cuenta los instrumentos jurídicamente vinculantes que establecen un estatuto legal distinto al de refugiado, y, en segundo término, los instrumentos originales de

carácter no-obligatorio que recomiendan una definición mas amplia del término "refugiado" que aquél establecido en la Convención de 1951. El hecho de que solamente un número limitado de países ha adoptado legislación sobre refugiados también debe ser un factor a tomar en consideración. Por lo tanto, lo que se requiere en América Latina es el establecimiento de legislación doméstica de protección a los refugiados, concebida para enfrentar los problemas de la región. Esto no significa que los logros globales no serán tomados en consideración. Por el contrario, siempre deberán servir como una guía, como una base de principios y estándares mínimos. La legislación doméstica sobre refugiados debe establecer, a parte de la definición de refugiado de la Convención de 1951, el concepto recomendado por la Declaración de 1984, ya que, aparte de reflejar

una actualización pragmática sobre la definición clásica de refugiado, el concepto se aplica de jure o de facto prácticamente en toda la región.

Finalmente, la legislación doméstica sobre refugiados debe comprender procedimientos similares para la determinación de la condición de refugiado, toda vez que estos procedimientos juegan un papel significativo en la interpretación de la definición de refugiado. Por lo tanto, si lo que se desea es una interpretación armonizada, los procedimientos de determinación del estatuto deben ser armoniosos y análogos. Para asistir en dicho proceso se puede recurrir al conocimiento y experiencia del ACNUR, así como de instituciones y organizaciones regionales, tales como: la OEA, y la Comisión, y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.