

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Área de Investigación

Trabajo Final de Graduación

***Non Refoulement*: el primer derecho fundamental de los refugiados; análisis de su naturaleza jurídica como norma perentoria *ius cogens*, y su evolución en los distintos ámbitos de protección internacional creados por la comunidad de naciones.**

Por:

Fabián Fernández Gutiérrez

991530

Martes 29 de agosto 2006.

Facultad de Derecho

17 de agosto del 2006.

Doctor
Rafael González Ballar
Decano
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del estudiante:

FERNANDEZ GUTIERREZ FABIAN


Titulado: "NON REFOULEMENT: EL PRIMER DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS REFUGIADOS ; ANALISIS DE SU NATURALEZA JURIDICA COMO NORMA PERENTORIA IUS COGENS, Y SU EVOLUCION EN LOS DISTINTOS AMBITOS DE PROTECCION INTERNACIONAL CREADOS POR LA COMUNIDAD DE NACIONES "

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente: LICDA. LAURA NAVARRO BARAHONA
Secretario: LICDA. MELISSA SALAS BRENES
Informante: DR. PEDRO SUAREZ BALTODANO
Miembro: LIC. FRANK ALVAREZ HERNANDEZ
Miembro: MSC. JERRY CAMPOS MONGE

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fijó para el día 04 de setiembre o del 2006, a las 18:00 p.m. en la Sala de Juicios.


Dr. Daniel Gadea Nieto
Director



Señores
 Área de Investigación
 Facultad de Derecho
 Universidad de Costa Rica

Estimados señores:


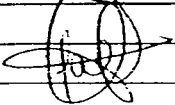
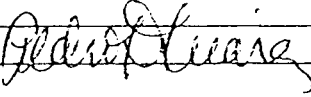


Para los efectos reglamentarios correspondientes, nosotros los profesores: DR. PEDRO SUAREZ BALTODANO, LICDA. LAURA NAVARRO BARAHONA, LICDA. MELISSA SALAS ERENES, MS. JERRY CAMPOS MONGE, LIC. FRANK LAVAREZ HERNANDEZ miembros del tribunal examinador del egresado de esta Facultad:

FERNANDEZ GUTIERREZ FABIAN 991530

Hacemos constar que en la fecha abajo indicado, hemos recibido un ejemplar de Trabajo Final de Graduación de dicha (s) estudiante (s) titulado:

Titulado: "NON REFOULEMENT: EL PRIMER DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS REFUGIADOS ; ANALISIS DE SU NATURALEZA JURIDICA COMO NORMA PERENTORIA IUS COGENS, Y SU EVOLUCION EN LOS DISTINTOS AMBITOS DE PROTECCION INTERNACIONAL CREADOS POR LA COMUNIDAD DE NACIONES "

y en consecuencia, estamos de acuerdo en que la réplica sea el día 04 de setiembre del 2006, a las 18:00 p.m en la SALA DE JUICIOS.

Tribunal	Firma	Fecha de Recibido
LICDA. LAURA NAVARRO B. Presidente		24/08/06
LICDA. MELISSA SALAS B. Secretario		24/08/06
DR. PEDRO SUAREZ B. Informante		25/8/06
MSC. JERRY CAMPOS M. Miembro		24/8/06
LIC. FRANK ALVAREZ H. Miembro		25/8/06

Lunes 7 de agosto del 2006

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor director:

En mi calidad de director del trabajo final de graduación del estudiante Fabián Alonso Fernández Gutiérrez, carnet 991530, titulado: “***Non Refoulement: el primer derecho fundamental de los refugiados; análisis de su naturaleza jurídica como norma perentoria ius cogens, y su evolución en los distintos ámbitos de protección internacional creados por la comunidad de naciones***”, hago constar que lo he revisado, y lo encuentro conforme, según los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Por lo tanto, me permito manifestarle mi aprobación para este trabajo final de graduación.

· Sin más por el momento, me despido cordialmente.



Dr. Pedro Suárez Baltodano.

Jueves 10 de agosto del 2006

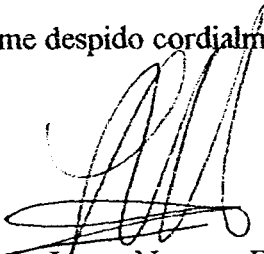
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor director:

En mi calidad de lectora del trabajo final de graduación del estudiante Fabián Alonso Fernández Gutiérrez, carnet 991530, titulado: "*Non Refoulement*: el primer derecho fundamental de los refugiados; análisis de su naturaleza jurídica como norma perentoria *ius cogens*, y su evolución en los distintos ámbitos de protección internacional creados por la comunidad de naciones", hago constar que lo he revisado, y lo encuentro conforme, según los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Por lo tanto, me permito manifestarle mi aprobación para este trabajo final de graduación.

Sin más por el momento, me despido cordialmente.



Licda. Laura Navarro Barahona.

Lunes 7 de agosto del 2006

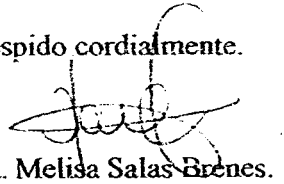
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor director:

En mi calidad de lectora del trabajo final de graduación del estudiante Fabián Alonso Fernández Gutiérrez, carnet 991530, titulado: *“Non Refoulement: el primer derecho fundamental de los refugiados; análisis de su naturaleza jurídica como norma perentoria ius cogens, y su evolución en los distintos ámbitos de protección internacional creados por la comunidad de naciones”*, hago costar que lo he revisado, y lo encuentro conforme, según los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Por lo tanto, me permito manifestarle mi aprobación para este trabajo final de graduación.

Sin más por el momento, me despido cordialmente.



Licda. Melisa Salas Brenes.

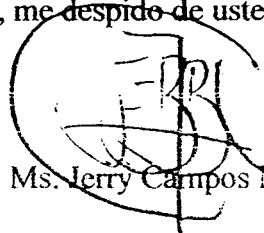
Miércoles 9 de agosto del 2006

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor director:

Por este medio, le comunico atentamente mi aceptación para participar como profesor miembro del cuerpo colegiado evaluador del trabajo final de graduación del estudiante Fabián Alonso Fernández Gutiérrez, carnet 991530, titulado: *Non refoulement: el primer derecho fundamental de los refugiados; análisis de su naturaleza jurídica como norma perentoria ius cogens, y su evolución en los distintos ámbitos de protección internacional creados por la comunidad de naciones.*

Sin más por el momento, me despido de usted cordialmente.



Ms. Jerry Campos Monge.

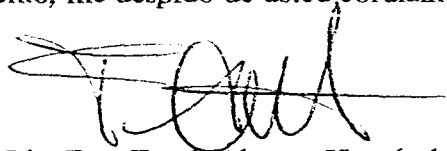
Viernes 11 de agosto del 2006

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

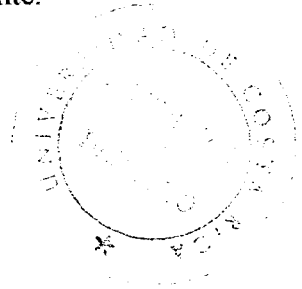
Estimado señor director:

Por este medio, le comunico atentamente mi aceptación para participar como profesor miembro del cuerpo colegiado evaluador del trabajo final de graduación del estudiante Fabián Alonso Fernández Gutiérrez, carnet 991530, titulado: *“Non refoulement: el primer derecho fundamental de los refugiados; análisis de su naturaleza jurídica como norma perentoria ius cogens, y su evolución en los distintos ámbitos de protección internacional creados por la comunidad de naciones.”*

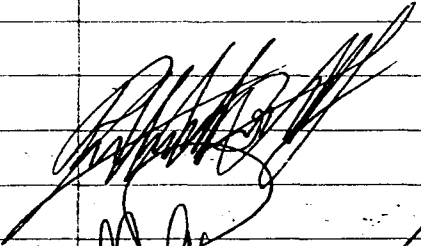
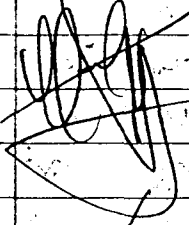
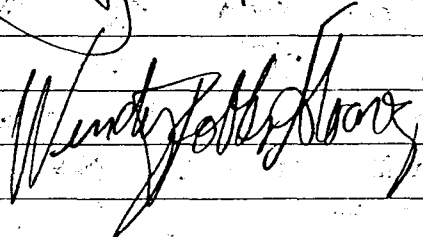
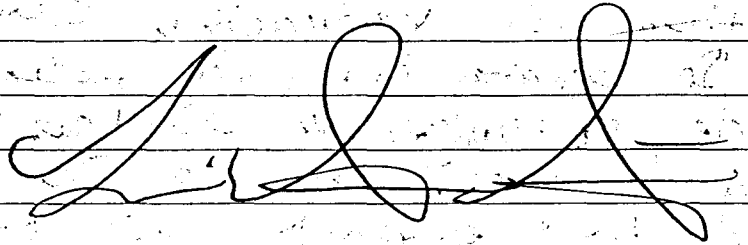
Sin más por el momento, me despido de usted cordialmente.



Lic. Esp. Frank Alvarez Hernández



como informantes. El Presidente concede a los postulantes treinta minutos para que expongan las tesis centrales de su trabajo de investigación. Finalizada la exposición, los miembros del Tribunal Examinador formulan a los postulantes las preguntas que consideren necesarias. Posteriormente, el Tribunal delibera en secreto. Finalizada la deliberación, acuerda: Aprobarla. El Presidente del Tribunal Examinador otorga a los postulantes el grado académico de licenciados en Derecho. Se lee el acta y firma el acta a las diecinueve horas y cuarenta y cinco minutos del primero de setiembre del año dos mil seis.

 Juan Carlos
 Juan Carlos
 Juan Carlos
 Juan Carlos

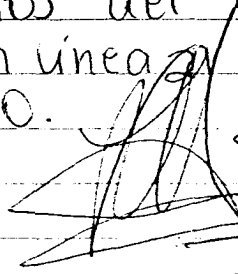
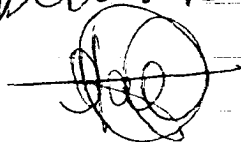
En la Facultad de Derecho, al ser las dieciocho horas con quince minutos del día Lunes cuatro de Setiembre del año dos mil seis se constituye el Tribunal Examinador del Trabajo Final de Graduación titulado "Non refoulement: el primer derecho fundamental de los refugiados: análisis de su naturaleza jurídica como norma perentoria ius cogens, y su evolución en los distintos ámbitos de protección internacional".

creados por la comunidad de naciones, elaborado por el estudiante Fabian Fernández Gutiérrez. El Tribunal se encuentra integrado por los profesores Licda. Laura Navarro Barahona, quien preside, Msc. Melissa Salas Brenes, en condición de secretaria, el Dr. Pedro Suárez Baltodano como informante, y los miembros Lic. Frank Alvarez Hernandez y Msc. Jerry Campos Monge. La presidenta le otorga al sustentante, el plazo de veinte minutos para que exponga las principales conclusiones de su investigación, una vez finalizado este periodo se procede a la fase de preguntas gestionadas por el Tribunal. Terminada esta fase el Tribunal procede a deliberar de acuerdo: APROBARLA con DISTINCION, por el nivel de originalidad, profundidad del tema, seriedad de la investigación y el uso preciso del lenguaje que revela claridad y precisión y conocimiento del tema investigado. Posteriormente el postulante y el resto del público procede a ingresar nuevamente a la Sala. La Presidenta procede a leer el acta y en nombre del Decano de esta Facultad otorga al postulante el grado académico de Licenciado en Derecho. En línea 16 lea después de investigado "Se recomienda su investigación por el aporte que hace al desarrollo del derecho en este campo y se recomienda que previa a la publicación amplie su trabajo en los temas que se discutieron durante la defensa de la misma". Es todo dado en la Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, al ser las veinte y veinte minutos del cuatro de setiembre del año dos mil seis. En línea 17 después de recomendar lea publicación. ES TODO.

(16)



Pedro Suárez



Fabian Fernández

Palabras claves:

Refugiados.

Refugio.

Non refoulement.

Principio de No Devolución.

Ius Cogens.

Normas perentorias del Derecho Internacional.

Normas de conciencia internacional.

Derechos Fundamentales

Derechos Humanos.

Filosofía de los Derechos Fundamentales.

Protección internacional.

Desplazamiento humano forzoso.

ACNUR.

Comité Ejecutivo del ACNUR.

Instrumentos internacionales sobre refugiados.

Ficha bibliográfica:

Fernández Gutiérrez (Fabián Alonso). *Non Refoulement*: el primer derecho fundamental de los refugiados; análisis de su naturaleza jurídica como norma perentoria *ius cogens*, y su evolución en los distintos ámbitos de protección internacional creados por la comunidad de naciones. Trabajo final de graduación para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. 2006.

Resumen:

El Principio de No Devolución, denominado universalmente "*Non Refoulement*", es el primer derecho fundamental, y sobre todo humano, que ostentan los refugiados, no por el estatus migratorio de excepción del refugio, sino por su condición de seres humanos.

Además, el *Non Refoulement* reviste la naturaleza jurídica de una norma perentoria o de conciencia internacional, denominadas universalmente bajo el latín "*Ius Cogens*". Siendo así, el *Non Refoulement* puede ser considerado como una norma imprescriptible, inderogable, aplicable en todo lugar y en cualquier momento, obligando a los Estados a respetarlo, aun si no existen compromisos expresos.

Además, gracias a esta naturaleza jurídica del *Non Refoulement* como norma *Ius Cogens*, la responsabilidad por sus violaciones puede ser perseguida por cualquier Estado, gracias a la denominada "*jurisdicción universal*".

Por último, es usual que al *Non Refoulement* se le restrinja a los instrumentos internacionales más conocidos y aplicados sobre refugiados. Sin embargo, existen múltiples ámbitos de protección del *Non Refoulement* que son poco conocidos y aplicados. En el presente trabajo final de graduación, esos múltiples ámbitos de protección serán rescatados nuevamente.

Índice general:

Índice específico para el capítulo primero:	I
Índice específico para el capítulo segundo:	V
Índice específico para el capítulo tercero:	VIII
Índice específico para el capítulo cuarto:.....	XI
Introducción:	i
Capítulo primero: de derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos:.....	1
1. Evolución histórica de la teoría general de los derechos fundamentales:.....	2
2. Evolución jurídica filosófica de la teoría general de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos:	27
Capítulo segundo: <i>non refoulement</i> como norma <i>ius cogens</i> instrumental para la tutela de los derechos fundamentales de los refugiados.....	69
1. Evolución histórica del <i>ius cogens</i> :	71
2. Evolución jurídica filosófica del <i>ius cogens</i> , su carácter perentorio y su incidencia directa en la naturaleza jurídica del <i>non refoulement</i> :	89
Capítulo tercero: del refugio.....	109
1. Historia antigua del refugio: breve introducción y advertencia sobre el empleo el término " <i>refugio</i> ":.....	110
2. Historia post moderna del refugio: un derecho fundamental enmarcado en el contexto de la comunidad internacional agitada por las guerras del siglo XX. .	113

Capítulo cuarto: evolución en la protección jurídica del <i>non refoulement</i> como un derecho fundamental de los refugiados y como norma <i>ius cogens</i> de Derecho Internacional de los Refugiados.	142
Sección primera: evolución del <i>ius cogens</i> en los principales instrumentos jurídicos de carácter universal, referentes al refugio como derecho fundamental.	143
Sección segunda: evolución del <i>non refoulement</i> en los principales instrumentos jurídicos de carácter regional, referentes al refugio como derecho fundamental.	155
Sección tercera: conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR como visión integral en la evolución progresiva del <i>non refoulement</i> como derecho fundamental de los refugiados.	217
Sección cuarta: hacia una teoría general del <i>non refoulement</i>	233
Conclusiones y recomendaciones: hacia una política de protección integral y coherente del <i>non refoulement</i>	i
Bibliografía.	I

Índice específico para el capítulo primero:

Capítulo primero: de derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos:	1
1. Evolución histórica de la teoría general de los derechos fundamentales:	2
A. Historia antigua: ordenaciones teosóficas como primeros sistemas de reconocimiento de ciertos derechos fundamentales.....	2
B. Historia media: reconocimientos jurídicos de origen laico y limitación del poder, como garantías plenas de protección a los derechos fundamentales.....	7
I. La Carta Magna de 1215: prueba histórica del reconocimiento evolutivo de los derechos fundamentales, impulsado por la presión social del Medioevo.	8
II. El Libro de las Leyes: obra humanista y primer esfuerzo compilatorio de los derechos fundamentales reconocidos por el derecho romano, el derecho canónico, y fueros y costumbres castellanas.....	10
III. Primicias del refugio eclesiástico, jurídicamente regulado como un derecho fundamental, y otras garantías progresistas.	12
C. Historia moderna: la etapa histórica evolutiva más productiva de la teoría general de los derechos fundamentales.	14
I. La Reforma, una Iglesia católica romana confundida, y la persecución religiosa en Europa: el costo evolutivo de la libertad de culto como derecho fundamental.	15
II. Una nueva nación, creada a partir de la búsqueda de protección internacional: primeras concesión de derechos fundamentales en tierras ultramarinas americanas.	17
III. Declaración de Independencia de las trece colonias británicas: libertad e igualdad como valores supremos que justifican el reconocimiento de derechos fundamentales en el primer gobierno republicano independiente de América...	19
V. La revolución francesa del siglo XVIII: clímax histórico evolutivo insuperable en la teoría general de los derechos fundamentales, esencialmente humanos.	20

V. La lucha de la burguesía por instaurar un orden igualitario general, y la legitimación popular dada a los Estados Generales para asegurar la eficacia del reconocimiento de los derechos inalienables de cada ciudadano.	21
VI. Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: revolución jurídica más importante de cara a los derechos fundamentales.....	22
D. Historia post moderna en la evolución de los derechos fundamentales:	25
I. Siglo XX: cópula en la evolución histórica de la teoría general de los derechos fundamentales y la evolución histórica de los derechos humanos de los refugiados como derechos fundamentales particulares:.....	26
2. Evolución jurídica filosófica de la teoría general de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos:.....	27
A. Los derechos fundamentales en Luigi Ferrajoli:.....	28
I. Definición propia y aproximaciones preliminares:	29
II. Utilidad universal y primeros acercamientos a la igualdad jurídica:	29
III. Categorías preliminares de derechos fundamentales: de la personalidad, de la ciudadanía, primarios y secundarios.....	30
IV. Categorías definitivas de derechos fundamentales:.....	31
i. Derechos humanos:	32
ii. Derechos públicos:.....	32
iii. Derechos civiles:	32
iv. Derechos Políticos:	33
V. Fundamentaciones teóricas tradicionales para las categorías definitivas de derechos fundamentales y la ubicación del <i>non refoulement</i> dentro de ellas: ...	33
B. Otfried Höffe y los derechos fundamentales según la filosofía política:	35
I. Constante crítica moral sobre la justicia política:	35
II. La legitimación " <i>normativa axiológica</i> " del Estado	37
III. No basta la legitimación normativa ni la pragmática individualista:.....	38
IV. Pragmatismo del beneficio colectivo:	40

C. Los derechos fundamentales y las “ <i>fundamentaciones teóricas de las libertades</i> ”:	41
I. Fundamentación historicista: la fuerza imperativa de la historia.	42
II. Fundamentación individualista:	44
III. Fundamentación estatalista:	46
D. Los derechos fundamentales según la teoría de los “ <i>status</i> ” de Jellinek:	48
I. Estatus pasivo: la sumisión.	48
II. Estatus negativo: la libertad jurídicamente irrelevante.	50
III. Estatus positivo: capacidad jurídica para exigir la acción estatal.	51
IV. Estatus activo: competencia ciudadana.	51
E. Los derechos fundamentales desde la perspectiva de la filosofía analítica:	53
I. Estilos tradicionales de filosofar: continental y analítico.	53
II. Utilidad del estilo analítico:	54
III. Los derechos fundamentales no se dan por sentados: se crean, se actualizan, son dinámicos.	54
IV. Igualdad, justicia y ontología moderada:	56
F. Karl Larenz, filosofía del “ <i>derecho justo</i> ” y su vinculación con la teoría de los derechos fundamentales:	57
I. Principios jurídicos: no son normas por sí mismas, sino pensamientos directores de éstas, y necesitan concreción.	58
II. Reconocimiento del “ <i>derecho justo</i> ” por medio de sus principios, no de sus normas:	58
III. La causa última del “ <i>derecho justo</i> ”: la justicia, una labor interdisciplinaria.	59
IV. ¿Por qué recalcar de más la esencia “ <i>justa</i> ” del derecho?	60
V. Justicia en el derecho: justificación objetiva de la pretensión de vigencia normativa.	60
VI. Puente extendido entre el derecho natural y el positivismo:	61
VII. “ <i>Reglas de derecho relativamente justas</i> ”: examen de la justificación objetiva de la vigencia de las normas.	62
VIII. Derecho injusto: aquel que no ofrece ninguna alternativa de protección.	63
IX. Contenido de la justicia: la igualdad relativa.	64

Índice específico para el capítulo segundo:

Capítulo segundo: <i>non refoulement</i> como norma <i>ius cogens</i> instrumental para la tutela de los derechos fundamentales de los refugiados.	69
1. Evolución histórica del <i>ius cogens</i> :.....	71
A. Primeras nociones del <i>ius cogens</i> en el derecho romano:.....	71
I. Ulpiano y las primeras referencias de un interés colectivo inderogable:.....	71
II. Biondi y su interpretación del “ <i>statum rei romane</i> ”: inderogabilidad.....	72
B. Evolución del <i>ius cogens</i> en los clásicos del Derecho Internacional:.....	73
I. Francisco de Vitoria: <i>ius cogens</i> en el siglo XVI; misma naturaleza inderogable del derecho natural.	73
II. Hugo Grocio: <i>ius cogens</i> en el siglo XVII como <i>lex rationis</i>	74
III. Rescate y transmisión de la noción del <i>ius cogenes</i> : una labor napoleónica.	75
IV. Windscheid: el padre del término “ <i>ius cogens</i> ”:.....	76
V. Introducción del <i>ius cogens</i> en la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional:	77
El juez Schucking: clara aplicación del <i>ius cogens</i> como limitación a la voluntad de los Estados.	77
i. El orden público internacional debe determinar la actitud del juez internacional:	78
VI. Vinculación del <i>ius cogens</i> con el orden público internacional según la Corte Internacional de Justicia: principios que van más allá de vínculos convencionales.	78
VII. La temprana presencia del <i>ius cogens</i> en jurisprudencia nacional alemana, visto norma arraigada, normas indispensable y normas de acción popular:.....	80
VIII. Las Naciones Unidas: prohibición del uso de la fuerza como norma <i>ius cogens</i> positivizada, y otras propuesta directas para acoger un <i>ius cogens</i> internacional bajo el principio de buena fe en los tratados internacionales	82

IX. Proyecto de Convención sobre el derecho de los tratados: cúspide evolutiva en la historia del <i>ius cogens</i> internacional, hasta nuestros días.	64
i. <i>Ius cogens</i> versión Lauterpacht: la sanción de nulidad.	85
ii. <i>Ius cogens</i> versión Fitzmaurice: invalidez sustancial <i>ab initio</i> y primicias del <i>ius cogens</i> superveniente.	86
iii. <i>Ius cogens</i> versión Waldock: tipificación de actos contrarios al <i>ius cogens</i> . .	86
v. <i>Ius cogens</i> versión Briggs: críticas a la tipificación y al empleo del latinajo “ <i>ius cogens</i> ”, y aprobación final del proyecto de norma.	87
2. Evolución jurídica filosófica del <i>ius cogens</i> , su carácter perentorio y su incidencia directa en la naturaleza jurídica del <i>non refoulement</i> :.....	89
A. Francisco de Vitoria: gran primer emisario de la causa última y más radical del <i>ius cogens</i> internacional, la voluntad el “ <i>totus orbis</i> ” y el rompimiento de las barreras impuestas por la cosmovisión antagónica “ <i>cristianos vs no cristianos</i> ” del siglo XVI.	90
I. Las dos vertientes de la voluntad del <i>totus orbis</i> : el <i>ius dispositivum</i> y el <i>ius cogens</i> :	91
B. El carácter perentorio del <i>ius cogens</i> : su naturaleza jurídica.	92
I. El pensamiento de Kelsen y el <i>ius cogens</i> : exigencia inexcusable.....	92
II. Breve crítica al <i>ius cogens</i> como norma positiva:	93
III. <i>Ius cogens</i> es imperativo por su carácter predominantemente consuetudinario, pero podría ser estrictamente convencional, en atención a las necesidades imperantes sobrevinientes de la comunidad internacional.....	94
IV. <i>Ius cogens</i> regional: respuesta jurídica más efectiva para las imperiosas necesidades particulares de protección de derecho humanos en determinada región del mundo.	96
V. Contenido axiológico y material del <i>ius cogens</i> :.....	98
i. Algunos valores mínimos detrás el <i>ius cogens</i> y la edificación de una sociedad internacional de derecho:.....	99

ii. El elemento material o inmediato del <i>ius cogens</i> : el campo de especialización de las normas perentorias del Derecho Internacional.....	99
C. Implicaciones del carácter perentorio del <i>ius cogens</i> para la tutela de las obligaciones generales ineludibles en el derecho de la comunidad internacional:	101
I. Inviabilidad en la constitución de la voluntad autónoma de los Estados, contraria al <i>ius cogens</i> , la como fuente suprema del Derecho Internacional: ..	101
II. El <i>ius cogens</i> internacional forma parte integrante de la juridicidad constitucional: el caso costarricense.....	102
III. Ninguna ley ni poder de decisión estatal inferior puede modificar el <i>ius cogens</i> en Costa Rica:.....	103
IV. El <i>ius cogens</i> permite el ejercicio de la justicia universal:	104
El ejercicio de la justicia universal, más que una potestad, es un deber de los Estados: recuerdos del caso Pinochet.....	105
V. Gravedad en la violación de una norma perentoria del Derecho Internacional, <i>ius cogens</i> : Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos.	107
i. Calificación de la gravedad:	108

Índice específico para el capítulo tercero:

Capítulo tercero: del refugio.	109
1. Historia antigua del refugio: breve introducción y advertencia sobre el empleo el término “ <i>refugio</i> ”:.....	110
A. Etapa religiosa: la función protectora de los templos y la temprana concepción teosófica del refugio.....	111
B. Etapa política: el asilo diplomático.	113
2. Historia post moderna del refugio: un derecho fundamental enmarcado en el contexto de la comunidad internacional agitada por las guerras del siglo XX.	113
A. Nansen y la Sociedad de las Naciones: primer Alto Comisionado para los refugiados rusos.	114
I. La demanda de atención se amplía: cuarenta millones de desplazados.	114
B. Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción: buenas intenciones silenciadas por la pugna “ <i>capitalistas vs comunistas</i> ”.....	115
I. Labor de repatriación y la presión del elemento extranjero: una comunidad internacional intolerante.....	116
II. Militarización de una labor humanitaria: falta de humanización en el tratamiento del desplazamiento humano.	117
III. La ignorancia y las primeras violaciones reconocidas al <i>non refoulement</i> ..	117
IV. Denuncias, inoperancia y retiro económico: el fin de la UNRRA.....	118
C. Organización Internacional de Refugiados: implementación reasentamiento como solución duradera.....	118
I. Una gran decisión, más que genial, obvia: la eliminación de las repatriaciones forzosas, y críticas al programa de reasentamiento.....	119
II. Un problema creciente sin contingencia alguna:.....	120
D. El ACNUR: la herramienta más duradera, hasta ahora.	121

I. La presión de la opinión pública y las convulsiones geopolíticas de la “Guerra Fría”: aumento exponencial de los millones de desplazados que atender.....	121
II. De guerras civiles, descolonización e intromisiones a la soberanía nacional ajena: más desplazados como tónica constante en la segunda mitad del siglo XX.....	122
III. La necesidad rodea los procesos de negociación para crear una nueva y más eficiente agencia para los refugiados:.....	123
IV. El ACNUR: eclecticismo de posiciones encontradas.....	125
V. Utilidad teórica del ACNUR:	126
VI. Prejuicios del gobierno más rico y la filantropía como único medio de salvación del ACNUR:	127
VII. Cuestionamientos y puntos a favor de la política de protección internacional de refugiados seguida por las Naciones Unidas, desde 1951:	128
i. La Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York: su misión.	128
ii. Radiografía general:.....	129
iii. No todo ha sido color rosa:.....	129
iv. Bodas de oro, pero con poco oro:	130
v. La Convención tiene límites claros: puntos de defensa.	131
vi. Efectos secundarios no deseados:.....	131
vii. El costo de la burocracia:	132
viii. Restricciones de la Convención de 1951 y el papel del Protocolo de Nueva York de 1967:.....	133
ix. Política de asilo hecha a la medida:	134
x. Persecución sin contenido:	135
xi. Agentes de persecución no estatales:.....	136
xii. El refugio protege individualmente, no en forma masiva:	137
xiii. Desinterés por la administración pública del refugio: en Latinoamérica, un efecto secundario del cáncer de la corrupción.....	138
xiv. ¿Acusado desinterés del mismo ACNUR, o falta de recursos económicos?; un desinterés reflejo de toda la comunidad internacional.	139

xv. Fuerte actitud de diálogo y escucha: tablas de salvación para la Convención de 1951..... 140

Índice específico para el capítulo cuarto:

Capítulo cuarto: evolución en la protección jurídica del <i>non refoulement</i> como un derecho fundamental de los refugiados y como norma <i>ius cogens</i> de Derecho Internacional de los Refugiados.....	142
Sección primera: evolución del <i>ius cogens</i> en los principales instrumentos jurídicos de carácter universal, referentes al refugio como derecho fundamental.....	143
1. Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951 y Protocolo de Nueva York sobre el estatuto de los refugiados de 1967:.....	143
A. Una época jurídica internacional propicia para la universalización de los derechos fundamentales de los refugiados, incluyendo el <i>non refoulement</i>	143
B. Una comunidad de naciones más sensata y madura: el principio de solidaridad internacional aplicado al refugio.....	144
C. El ingreso ilegal de desplazados perseguidos, flexibilidad del <i>non refoulement</i> y el peligro de los conceptos jurídicos indeterminados:.....	145
D. Plenitud normativa del <i>non refoulement</i> : más conceptos jurídicos indeterminados comprometiendo la intangibilidad del <i>non refoulement</i>	146
E. Países expresamente afiliados a la Convención de 1951:.....	148
2. Declaración de las Naciones Unidas sobre asilo territorial:.....	148
A. Reafirmación universal del asilo como derecho humano y como práctica solidaria internacional:	149
B. El respeto del asilo territorial sólo resulta efectivo con el respeto al <i>non refoulement</i> :.....	149
C. Solidaridad internacional: clave para la integridad del <i>non refoulement</i>	150
D. Segunda reafirmación universal del <i>non refoulement</i> :	150

3. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra:.....	151
A. La guerra limpia y la protección de la población desplazada: anticipo de la “definición ampliada” del refugio.	152
B. Un <i>non refoulement</i> específico : libre salida del país ocupado.	153
C. Los itinerantes forzados por la guerra no son sujetos bélicos beligerantes: ...	153
D. <i>Non refoulement</i> reafirmado y extendido a categorías especiales de desplazados por la guerra:	154
 Sección segunda: evolución del <i>non refoulement</i> en los principales instrumentos jurídicos de carácter regional, referentes al refugio como derecho fundamental.	155
1. Primera etapa evolutiva regional del <i>non refoulement</i> como un derecho fundamental de los refugiados: desde 1889 hasta 1939.....	156
A. Tratado sobre derecho penal internacional de Montevideo, 1889:.....	156
I. Un <i>non refoulement</i> genérico y algo básico: protección internacional contra la persecución política y traducido como agotamiento de procedimientos de extradición:.....	157
II. Temprana convocatoria sólo a nivel del Cono Sur:.....	157
B. Convención sobre asilo, La Habana, 1928:	158
I. Reiteración del principio de legalidad y del debido proceso, como instrumentos de resguardo del <i>non refoulement</i> latinoamericano “ <i>versión 1928.</i> ”	158
II. <i>Non refoulement</i> en aeronaves y embarcaciones:.....	159
III. Setenta y siete años de no asumir los compromisos de esta Convención:.	160
C. Tratado sobre asilo y refugio político de Montevideo de 1939:.....	160
I. Confirmación de la inviolabilidad del <i>non refoulement</i> por la voluntad de las “ <i>Altas Partes Contratantes</i> ”:.....	160

II. Protección internacional <i>sui generis</i> : un <i>non refoulement</i> que va más allá del estatus de refugiado.	161
III. <i>Non refoulement</i> enfocado a la salida segura del país de origen: visión de avanzada.	162
IV. El Cono Sur: un paso adelante en materia de refugio y preservación del <i>non refoulement</i>	163
2. Segunda etapa evolutiva regional del <i>non refoulement</i> como un derecho fundamental de los refugiados: desde 1954 hasta 1999.	163
A. Convención sobre asilo territorial suscrita en Caracas el 28 de marzo de 1954:	163
I. Protección internacional contra persecución por móviles políticos:	164
II. Países comprometidos con esta versión del <i>non refoulement</i>	165
B. Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, Pacto de San José de 1969:	165
I. <i>Non refoulement</i> , “ <i>versión San José</i> ”:	166
II. Países americanos expresamente comprometidos con el <i>non refoulement</i> del Pacto de San José:	167
C. Convención de la Organización de la Unión Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de Addis Abeba de 1969:	168
I. El contexto africano:	168
II. Inclusión de una manifestación particular del <i>non refoulement</i> : prohibición de cerrar fronteras.	169
III. Repartición de las cargas y solidaridad internacional: claves para evitar el cierre de fronteras.	170
IV. <i>Non refoulement</i> violentado por la insegura colocación de los campamentos de refugiados y por cuestionables repatriaciones: eventual responsabilidad del país de asilo y del mismo ACNUR.	170

V. Responsabilidad de los medios de comunicación:	171
VI. Compromisos africanos:	172
D. Convención interamericana sobre extradición: 1981.	172
I. Actualización con la política universal de protección internacional: prohibida la extradición para refugiados.....	173
II. De nuevo, el Caribe queda debiendo en las obligaciones derivadas del <i>non refoulement</i> ante eventuales extradiciones:.....	173
E. Declaración de Cartagena sobre Refugiados:1984.....	174
I. Centroamérica: “ <i>pochimbo</i> ” de EUA y la extinta URSS.....	174
II. El desplazamiento humano centroamericano y la situación jurídica de su tratamiento:.....	175
III. Erradicación de las repatriaciones involuntarias y el principio de distribución de cargas como pilares de la política de protección internacional centroamericana:	176
IV. Definición ampliada de refugio: nuevos ámbitos de aplicación del <i>non refoulement</i>	177
V. Reconocimiento expreso del <i>non refoulement</i> como norma <i>ius cogens</i> : único así efectuado por un sector de la comunidad internacional.	178
F. Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica de Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en fronteras comunes:.....	179
I. Razón de ser y necesaria coherencia de la política migratoria con la protección internacional de refugiados promovida por la ONU:	179
II. Inadmisibles la no in admisibilidad de solicitudes de refugio: otra forma indirecta de violentar en <i>non refoulement</i>	180
III. Única forma legítima de obviar el <i>non refoulement</i>	181
G. Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina: 1989.	182
I. Sin fuerza vinculante, pero sí muy orientadora y modeladora de soluciones duraderas al problema del desplazamiento humano centroamericano:.....	182

II. “El principio de no devolución constituye la piedra angular del sistema internacional de protección al refugiado y es el más fundamental de los derechos de los refugiados.”	183
III. <i>Non refoulement</i> como cita de nuestra propia Constitución Política costarricense:.....	183
IV. <i>Non refoulement</i> “versión centroamericana”: de las más completas definiciones en el mundo.	184
V. Segunda afirmación, en un instrumento jurídico internacional, del <i>non refoulement</i> como norma <i>ius cogens</i> , y extensión de su protección internacional incluso dentro del país de origen:	185
VI. Repatriación voluntaria: la solución por excelencia.	185
VII. Información verás, independiente y objetiva sobre las verdaderas condiciones de seguridad para emprender la repatriación voluntaria:	186
VIII. La verificación personal sobre las condiciones de seguridad en el país de origen, también es una expectativa jurídica de los refugiados:.....	187
H. Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas: 1990.....	188
I. El punto más básico y elemental de la protección internacional: determinar la competencia del país de refugio.	188
II. Evadir la responsabilidad de examinar solicitudes de refugio: eventual violación indirecta al <i>non refoulement</i>	188
III. El Derecho no es un fin en sí mismo: los criterios de definición de la competencia se pueden obviar, en razón de la seguridad del solicitante de refugio.	190
IV. Readmisión de una solicitud de refugio rechazada: protección comunitaria europea de avanzada para el <i>non refoulement</i>	190
V. La Decisión 1/97: el principio de legalidad estrictamente vinculado con las expulsiones de refugiados.	191
VI. Exención de pruebas para determinar el país competente: seguridad reforzada para el <i>non refoulement</i>	192

VII. Países comprometidos:	192
I. Declaración de Río de Janeiro sobre la institución del refugio: 1991.	193
J. Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas: 1994....	194
I. Diez años después de Cartagena: la migración continúa siendo forzosa, pero ahora por la economía.	194
II. Un pequeño logro y nuevos grandes retos: la persecución política caribeña y desplazamiento interno colombiano.....	195
III. Reafirmación del <i>non refoulement</i>	196
IV. Por analogía, se recomienda aplicar el <i>non refoulement</i> a desplazados internos, y su reafirmación como derecho fundamental (humano) de éstos:...	198
K. Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados en América Latina y el Caribe: 1999.	198
I. Un final de milenio en Latinoamérica plagado de causas de persecución:...	198
II. Apoyo a la tesis del <i>ius cogens</i> detrás del <i>non refoulement</i> : un derecho fundamental de los refugiados.	199
III. Los derechos humanos inherentes a la condición de desplazado con temor fundado de persecución, como el <i>non refoulement</i> , son independientes al empleo de los términos “refugio” y “asilo”:.....	200
IV. Por analogía, los desplazados internos también se ven protegidos por el <i>non refoulement</i>	201
V. La principal recomendación para el principal de todos los derechos fundamentales de los refugiados: alta pertinencia y grado especial del <i>non refoulement</i>	201
3. Tercera etapa evolutiva regional del <i>non refoulement</i> como un derecho fundamental de los refugiados: desde el 2002 hasta nuestros días.	202
A. Declaración de Quito sobre migraciones, democracia, desarrollo y derechos humanos: 2002.	202
I. Carácter privilegiado de los derechos fundamentales de los desplazados, incluyendo el <i>non refoulement</i> , concordancia con el <i>ius cogens</i>	203

II. Subdesarrollo e iniquidad social: motor de las migraciones forzosas y caldo de cultivo para muchos grupos subversivos agentes de persecución.	204
III. De Colombia y políticas paranoicas de seguridad nacional estadounidense: los refugiados de por medio.....	204
IV. El coyotaje de refugiados: una realidad, una necesidad, una consecuencia.	206
V. Fronteras perjudicialmente militarizadas: un obstáculo para la protección internacional ampliada de Cartagena.	207
VI. La más importante demanda de Quito: libre circulación <i>inter</i> fronteriza, una bendición para el <i>non refoulement</i>	208
VII. Compromiso y creatividad legislativa: ver más allá del refugio, tal como se le concibe hoy.....	208
B. Declaración y Plan de acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina: 2004.....	210
I. Declaración de México del 16 de noviembre del 2004:.....	210
i. Nuevo y más reciente apoyo internacional a la tesis: el <i>non refoulement</i> es <i>ius cogens</i>	210
ii. Doble discriminación, doble peligro de persecución:.....	211
iii. Cartagena vigente:	212
iv. Tamiz de separación entre los refugiados y los itinerantes económicos:....	212
v. Reafirmación del carácter voluntario de las repatriaciones programadas en Latinoamérica: incidencia en el <i>non refoulement</i>	213
II. Plan de acción para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina:	214
i. Ignorancia: la raíz de todas las violaciones al <i>non refoulement</i>	214
ii. Programa Integral de Fronteras Solidarias: acciones concretas para preservar el <i>non refoulement</i> como derecho fundamental de los desplazados colombianos.	216
iii. Tres prioridades fundamentales: conocer la crisis, educar a los actores, y sensibilizar a los nuevos vecinos.	217

Sección tercera: conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR como visión integral en la evolución progresiva del <i>non refoulement</i> como derecho fundamental de los refugiados.....	217
1. Sin fuerza vinculante, pero altamente relevante: voz oficial de la política de protección internacional.	217
2. <i>Non refoulement</i> aplicado a refugiados con ingreso ilegal: la cárcel como segundo peligro de persecución.	219
3. <i>Non refoulement</i> aplicado a refugiados como pasajeros clandestinos:	220
4. <i>Non refoulement</i> aplicado a refugiados en “ <i>gran escala</i> ”:	221
5. <i>Non refoulement</i> aplicado en el rechazo de solicitudes de asilo:	222
A. No es requisito agotar instancias previas de solicitud de refugio en terceros países:	222
B. Las solicitudes de refugio son informales; queda prohibido rechazarlas por incumplimiento de las formas:.....	222
C. Historia moderna: la etapa histórica evolutiva más productiva de la teoría general de los derechos fundamentales.	14
C. <i>Non refoulement</i> garantizado con una consulta previa a la autoridad central (o, el deber de notificación sobre la presencia de solicitantes de refugio):	223
D. <i>Non refoulement</i> aplicado a refugiados reconocidos jurídicamente como tales y que nuevamente experimentan temores fundados de persecución:.....	224
6. <i>Non refoulement</i> extendido aun sobre cláusulas de cesación vigentes:	224
7. <i>Non refoulement</i> aplicado a solicitantes de refugio interceptados:.....	225

8. <i>Non refoulement</i> aplicado en los procedimientos de reconocimiento del refugio:	227
9. <i>Non refoulement</i> garantizado con una segunda instancia en el proceso de reconocimiento del refugio:.....	228
10. <i>Non refoulement</i> aplicado a refugiados en campamentos o asentamientos temporales: responsabilidad del ACNUR y del Estado de refugio.	228
11. <i>Non refoulement</i> aplicado a refugiados extraditados:.....	229
12. <i>Non refoulement</i> aplicado en los programas de repatriación voluntaria:	230
13. <i>Non refoulement</i> como norma inderogable <i>ius cogens</i> :	230
14. Definición integral y contemporánea del <i>non refoulement</i> por parte del Comité Ejecutivo del ACNUR.....	231
 Sección cuarta: hacia una teoría general del <i>non refoulement</i>	 233

*“A los refugiados se les somete a vejaciones que no tienen nombre.
Se les apila como a basura y se les rodea con alambre de púas, para que no
escapen de esta nueva ‘libertad’.
Para poder optar al estatus de ‘exiliado político’ se les interroga una y veinte veces
más hasta establecer que las cicatrices internas y externas son verdaderamente el
resultado de la tortura.
Aquellos que no logran convencer a sus ‘nuevos interrogadores’ son colocados en
secciones y celdas separadas previo a ser deportados.
Un largo proceso de apelación sigue, si se tiene suerte, y la libertad continúa
detrás de cuatro paredes, guardias y rejas.
Muchos han intentado suicidarse o lo han logrado obteniendo así la única libertad
que se les ofrece.
Recuerdo el caso de un nacional de Nigeria que fue separado de su familia,
denegado asilo político, aunque poseía un dossier impresionante que incluía el
haber sido torturado, y colocado en una celda aislada previo a su deportación a
Nigeria, lo cual constituía una sentencia de muerte.
La apelación le llevó a una depresión profunda y dos intentos de suicidio.
Finalmente fue transportado al aeropuerto en donde, bajo custodia, logró terminar
con esta tortura colgándose.
Como este caso hay cientos en todo el mundo ‘desarrollado’ que responde ante
los refugiados como quien responde ante una plaga. (...)”¹*

¹ **Herrera Taracena (Guillermo).** *Una guerra no declarada y otros poemas en prosa.* Editorial Dicelibros. San José-Costa Rica. 2003. Página 92.

Introducción:

Era un martes de septiembre, hace casi ya cinco años. Iban a ser las nueve de la mañana. Estábamos en el segundo año de carrera, en una lección algo aburrida de Derecho Privado II. Ese día, mi papá me había prestado su viejo radio localizador, pues el día anterior el ICE le había activado su línea telefónica celular, todo un *"boom"* para aquella época. Al punto de comenzar una pequeña caricatura del profesor en el margen de mi cuaderno, en un intento efímero por matar el aburrimiento, de repente el pequeño radio localizador vibró en mi bolsillo, como si el artefacto padeciera de una contracción intensa e involuntaria de todos sus circuitos; era el servicio de noticias *"de última hora"* de Radio Mensajes: *"Atentado en el Centro Mundial de Comercio en Manhattan."* No le di mucha importancia, pensé que se trataba de otro coche bomba en el parqueo subterráneo, como sucedió en 1993.

Pero el inquieto *"beeper"* volvió a convulsionar violentamente en mi bolsillo: *"Avión de pasajeros se estrella contra las Torres Gemelas, se presume ataque terrorista."* Y pocos minutos después vibró por tercera vez: *"Segundo avión se estrella contra el Centro Mundial de Comercio en Nueva York, las Torres Gemelas arden en llamas."* La información me parecía un poco confusa, pero ya me empezaba a asustar tremendamente; por supuesto, el aburrimiento de aquella soleada mañana era historia. Algunos compañeros que ya tenían teléfono celular, fueron alertados por sus familiares y amigos sobre el suceso, con frases como: *"Busque un 'tele' y ponga el canal siete, dos aviones se estrellaron contra las Torres Gemelas."* Durante el receso de las nueve de la mañana, un grupo de amigos fuimos hasta el edificio de la Oficina de Registro e Información de la universidad, contiguo a nuestra facultad, pues nos acordamos que en las cajas donde pagamos la matrícula habían un televisor con *"cable"* para que el público se distrajera viendo Discovery Channel mientras hacía fila. Llegamos, y todos los empleados del lugar estaban ya presenciando frente al televisor la dantesca escena, transmitida en vivo por CNN En Español: de las dos torres salían densas columnas de humo, y papel de oficina volaba libremente por el cielo despejado de *Manhattan*; de pronto, un *"zoom"* hecho por un camarógrafo hacia los pisos que

sobrevivieron por encima de la incisión de uno de los aviones, nos dejó sin respiración: vimos, *“en vivo y a todo color”*, cómo una mujer, en un intento desesperado por escapar de las llamas, saltaba al vacío; luego saltó un hombre, luego otra mujer.

Nuestro cerebro difícilmente podía procesar lo que nuestros ojos estaban viendo, y, como si esto no fuese suficiente horror, de repente algo más espantoso sucedió: en una toma directa hacia la parte superior de la llamada *“Torre Sur”*, casi por el arte de efectos especiales digitales, de repente vimos como ésta desapareció; inmediatamente, cambiaron a otra toma más amplia hecha desde una calle del Centro Mundial de Comercio, y vimos como, poco a poco, piso por piso, el coloso edificio iba desplomándose, y en su lugar iba quedando una gigantesca estela de polvo y humo. Todos los que estábamos presentes permanecimos en silencio, quizás porque, instintivamente, guardábamos el debido respeto a las miles de personas que, bien sabíamos, acababan de morir. Unos minutos más tarde caería la *“Torre Norte”*, la primera en ser impactada. ¿La función estelar de este circo de horror había terminado ya? Dolorosamente no. Apenas empezaba, porque, a la fecha, aun no ha terminado.

Inmediatamente, quizás como una reacción también instintiva de un gobierno estadounidense que fue sorprendido y burlado tan fácil y rápidamente, y puesta en evidencia su *“inseguridad nacional”*, se vinculó lo ocurrido con extremistas islámicos. El adjetivo *“islámico”*, con el paso de los días, se relacionó, de nuevo y a semejanza de décadas anteriores, con otros adjetivos odiosos: *“terrorista”*, *“peligroso”*, *“asesino”*, *“anti democrático”*, y no faltó un fanático xenófobo religioso que lo vinculara también con *“anti Cristo”*.

En una campaña armada por encontrar al supuesto autor intelectual del atentado ocurrido el terrible *“Nine Eleven”*, un tal Osama Bin Laden, el gobierno de los Estados Unidos de América invadió la soberanía territorial de cierto país en Medio Oriente, y, casi como una reacción de causa y efecto inmediata, la crisis de los desplazados a causa del conflicto bélico estalló una vez más, en un foco territorial específico. Ya, desde muchos años antes, veíamos en nuestros televisores el desarrollo de viejas crisis de desplazados por la guerra, la

conmoción nacional o por graves perturbaciones al orden público, en otras regiones del mundo: Colombia, el Caribe, en la región de los Balcanes, en Ruanda, en la República Democrática del Congo, y en prácticamente en toda Centroamérica durante la década de los ochenta. Incluso, una de las fotografías más aclamadas en todos los tiempos, publicada por la revista *National Geographic*, y que casi todos hemos visto por lo menos una vez en nuestra vida, es del rostro de una niña refugiada afgana, aquella de profundísimos ojos verdes.

Con ese fatídico once de septiembre, la paranoia y la xenofobia contaminó incluso la misma política occidental de protección internacional para personas forzosamente desplazadas fuera de su país de origen, denominadas, casi uniformemente desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, como “refugiados”. De por sí, el elemento extranjero tradicionalmente ha sido marginado por las sociedades occidentales, y, en el caso de los refugiados, esta marginación no se hizo esperar después de los atentados en Nueva York.

Las violaciones graves a los derechos fundamentales de esta población, repuntaron; las fronteras se empezaban a cerrar; los criterios de selección para conceder protección internacional en países “desarrollados”, se tornaron aun más estrictos y poco tolerantes frente a determinadas nacionalidades. Y, en general, el esquema de política de protección internacional que venía manejando la comunidad de naciones a lo largo de cincuenta años, se puso en entre dicho.

Este fenómeno mundial no permaneció ajeno al interés académico y social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, mi centro de estudios. En un esfuerzo por brindar una mano de ayuda estudiantil al tratamiento del desplazamiento humano forzoso que afronta también nuestro país (caracterizado tradicionalmente por ser un lugar relativamente seguro y acogedor para refugiados), y para fomentar un esquema de re educación y nueva conciencia sobre el carácter privilegiado y excepcional de los derechos fundamentales de estos itinerantes forzosos, gracias a la iniciativa de profesores de avanzada como Gioconda Ubeda Rivera y Laura Navarro Barahona, entre otros, al apoyo de entes no gubernamentales como ACNUR Costa Rica y ACAI, y también gubernamentales como la Dirección General de Migración y Extranjería, se creó el

Trabajo Comunal Universitario denominado “*Fortalecimiento de la Protección de los Refugiados y Migrantes Vulnerables en Costa Rica*”¹, en el cual fui admitido como estudiante, introducido en la materia del refugio, y preparado para colaborar en el (lamentablemente) extinto Departamento de Refugiados de la Dirección General de Migración y Extranjería, donde se terminó de consumir mi gran interés por el tema del refugio y los derechos fundamentales de la población extranjera cobijada bajo este estatus jurídico y condición migratoria de excepción.

Precisamente, es uno de estos derechos fundamentales de los refugiados en el que centró mi atención para la realización de este trabajo final de graduación: el principio de no devolución, o *non refoulement* según su denominación universal abreviada. No puedo dejar de agradecer a la entonces directora de este “TCU”, Gioconda Ubeda Rivera, el haberme orientado y sugerido el desarrollo del tratamiento de este derecho fundamental excepcional.

Este *non refoulement*, es el más importante de todo el elenco de derechos fundamentales privilegiados que ostentan los refugiados; al menos eso pretendo demostrar bajo la comprobación de la hipótesis que fundamenta la presente investigación: “*el non refoulement es un derecho fundamental de carácter excepcional que reviste las características e implicaciones de una norma ius cogens del derecho internacional.*”

Como se verá en el desarrollo de la investigación, esta idea o hipótesis ha sido propuesta por voceros oficiales de la comunidad internacional con respecto al tratamiento del desplazamiento forzoso; por lo tanto, mi labor constituye una mera comprobación de la misma; comprobación que, según se verá, efectivamente sostuvo tal afirmación, y la reforzó.

¹ Con respecto a los fines originarios de este “*tcu*”, debo adicionar lo siguiente: desde antes de los serios cuestionamientos, agudizados en grado considerable después del “*Nine Eleven*” y arremetidos contra la política de protección internacional “*cincuentona*” que promueve la ONU (puntos que serán ampliados en el capítulo tercero), Costa Rica ya venía enfrentando muy serios problemas con el tratamiento de los refugiados colombianos, quienes, en determinado momento, llegaron a nuestro país en gran escala, en razón del despunte de violencia y persecución que caracterizan el conflicto interno de Colombia, tornándose entonces insuficientes los elementos humanos y administrativos necesarios para brindar la debida atención a las demandas mínimas de protección para con esta población extranjera en situación especial. Ante estas necesidades evidentes, este trabajo comunal universitario también fue, en un comienzo, ideado para preparar debidamente a la población universitaria, para brindar una mano de ayuda específicamente destinada para la población colombiana merecedora del estatus del refugio.

¿Por qué esta hipótesis? Gracias a la orientación de varios profesores y personas vinculadas con el estudio y el tratamiento del desplazamiento humano, llegué a comprender que, para hacer un análisis coherente de la figura jurídica del refugio, para analizar su necesidad y legitimación, elementos cada vez más cuestionados por los países desarrollados después del once de septiembre del dos mil uno, resulta imprescindible emprender primero un análisis de las bases o cimientos prácticos del refugio; analizar el para qué sirve una figura jurídica tan burlada como el refugio en nuestros días; combatir la tendencia que lo desprecia y lo subestima como instrumento de protección internacional, entendiendo su sentido inmediato y básico, que no es nada menos que este: el refugio sirve para poner a salvo a un extranjero perseguido¹.

Para ello, la comunidad internacional creó una herramienta jurídica adicional llamada *non refoulement*, el cual impide que este extranjero perseguido sea alcanzado nuevamente por el peligro que lo obligó a salir de su país de origen o residencia habitual, peligro que lo constituyó en un errante del mundo, en un itinerante con una sola necesidad básica: poner a salvo su propia vida, e incluso la de su propia familia.

Para llegar al análisis del *non refoulement* como fundamento básico de toda la política de protección internacional para personas forzosamente desplazadas, también resulta necesario entender su naturaleza jurídica, ya que el *non refoulement* es una norma creada por la comunidad internacional. Como tal, posee una característica que la diferencia de otras normas que protegen derechos fundamentales de extranjeros en situación especial: su fuerza perentoria, identificada bajo el latinajo "*ius cogens*".

Necesariamente, tuve que pasar por este análisis del *ius cogens* para tratar de entender el *non refoulement* y rescatar las implicaciones jurídicas que el primero dona al segundo. Estas implicaciones, venidas de las características particulares de las normas con carácter *ius cogens*, constituyen armas de grueso calibre para conseguir la pretendida "*protección integral y coherente del non refoulement*" en toda la comunidad internacional, empezando, por supuesto, por

¹ Perseguido, no por ser un prófugo de la justicia, sino, precisamente, por la falta de ésta a su favor.

casa, por la política nacional costarricense de protección de personas amparadas por el estatuto del refugio.

En síntesis, el presente trabajo de investigación fue planteado y desarrollado bajo este objetivo general: evaluar la naturaleza jurídica del *non refoulement*. Partiendo de aquí, esta tesis se extiende a lo largo de cuatro objetivos específicos, todos derivados de cuatro palabras claves presentes en la hipótesis planteada:

Primero: analizar la naturaleza jurídica del *non refoulement* como un derecho fundamental, lo que implica adentrarse en el análisis de la evolución histórica y filosófica de éstos derechos. Segundo, y del mismo modo, analizar la naturaleza jurídica de las normas perentorias del derecho internacional, aquellas que revisten el carácter *ius cogens*, partiendo de su evolución histórica y filosófica. Tercero, evaluar el refugio como figura jurídica, sus antecedentes a lo largo de la historia de la humanidad, hasta nuestros días; Y cuarto, describir la figura del *non refoulement*, no por medio de un informe de las más comunes formas en que se suele violar, pues esta era mi intención en un primer momento, sino centrado en las formas jurídicas en que la misma comunidad internacional ha venido protegiéndolo desde fechas tempranas, demostrando con ello que el *non refoulement* no es un instrumento jurídico olvidado o de poca o ninguna pertinencia en el mundo actual, especialmente después del once de septiembre del dos mil uno; el *non refoulement* está vivo, presente y en constante revisión; tiene muchas formas o previsiones jurídica para su protección.

Cada uno de los cuatro objetivos específicos derivará el desarrollo de cada uno de los cuatro capítulos que conforman la presente investigación, la cual se desarrolló bajo una metodología exploratoria y descriptiva, y con un método de investigación científica inductivo, obteniendo "*conclusiones o leyes universales que explican o relacionan los fenómenos estudiados a partir del estudio de casos particulares.*"¹ En este caso, a partir de teorías particulares (*derechos fundamentales e ius cogens primordialmente*).

¹ Gadea Nieto (Daniel). Instructivo para estudiantes próximos a graduarse. Área de Investigación, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el viernes cinco de agosto del dos mil cinco.

Y la consulta de las fuentes fueron primordialmente secundarias: doctrina, tanto jurídica como filosófica e histórica, instrumentos normativos de diferente naturaleza, opiniones consultivas y recomendaciones de foros internacionales especializados en el tema del refugio, y jurisprudencia constitucional vinculada directamente al tema de los derechos fundamentales, primordialmente humanos, de los refugiados, tanto nacional como internacional.

Espero que este trabajo final de graduación sea de su agrado, estimado lector, y sobre todo espero en Dios que mi humilde esfuerzo como estudiante, aporte aunque sea un *“pequeño grano de arena”* en el fortalecimiento de la protección de la población extranjera más vulnerable de todas: los refugiados. ¿Quién lo sabe? A lo mejor el día de mañana usted o yo nos veamos obligados a dejar nuestro hogar atrás para salvaguardar nuestras vidas; si hay algo de lo que tengo certeza, es que la vida constantemente cambia, y la mala fortuna de unos puede ser compartida por otros en el futuro. Aunque frecuentemente lo olvidamos, debemos tener presente que, como seres humanos, todos somos hermanos, y nos debemos a los demás, siempre, incluso con nuestros trabajos finales de graduación.

Fabián Fernández, viernes 14 de julio del dos mil seis.

Capítulo primero: de derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos:

“Existen tres formas de discurso alrededor de los derechos humanos: ‘con’, ‘de’, y ‘para’. Primero, existen los que viven ‘con’ los derechos humanos, los que se aprovechan de sus garantías jurídicas para vivir; la mayoría de nosotros pertenecemos a este grupo. Segundo, existen los que viven ‘de’ los derechos humanos, es decir, toda la masa de funcionarios internacionales pertenecientes a alguna ‘ONG’, que ‘hablan’ de los derechos humanos. Y tercero, existen los que trabajan ‘para’ los derechos humanos, aquellos que arriesgan el pellejo en la defensa de los derechos humanos; éstos, más bien, son los legitimados para ‘hablar’ de derechos humanos, los que se arriesgan por ellos.

¿Es cínico que nosotros, catedráticos de escritorio, discutamos sobre derechos humanos y no caigamos en el ‘de’?

Sobre lo que no se puede hablar, es mejor callar.”¹

¹ Gallardo (Elio). *“Fundamento y efectividad de los derechos humanos.”* Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciclo “Diálogos de fin de mes sobre Derecho, Filosofía y sociedad.” A cargo del Dr. Mino E. Salas. Lunes 31 de octubre del 2005. Sala de Conferencias de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

1. Evolución histórica de la teoría general de los derechos fundamentales:

Al igual que el *ius cogens* internacional, como se detallará en el capítulo segundo, la teoría general de los derechos fundamentales¹ arrastra una evolución histórica y filosófica similar. Ambas evoluciones, la del *ius cogens* y la de los derechos fundamentales, incluyendo los derechos humanos², responden a los mismos grandes impulsos sociales que han generado radicales cambios en las estructuras clásicas de la civilización occidental principalmente, a lo largo del tiempo; todos han sido impulsos encaminados hacia la maximización de la dignidad humana, en determinado lugar y época. El *ius cogens*, desde un frente jurídico en específico, y la teoría general de los derechos fundamentales, desde el frente sociológico, político e histórico; dos frentes de lucha que, en determinado momento, han izado al unísono el estandarte en pro de los desplazados en busca de protección internacional.

A. Historia antigua: ordenaciones teosóficas como primeros sistemas de reconocimiento de ciertos derechos fundamentales.

*“Antes de que el nombre de derechos humanos existiera, generaciones y generaciones de seres desdichados habían luchado por ellos.”*³ Así es, hablar de “los derechos humanos” no es exclusivo de corrientes sociales de nuestros tiempos post modernos. Por diversas razones, el “chaos” social eterno, la tendencia constante hacia el cambio en el orden colectivo, históricamente se ha encaminado hacia la construcción de un mundo más justo, más libre, y más solidario.

¹ *“Alexy define una teoría general de los derechos fundamentales como aquella que fija un esquema explicativo aplicable a todos los derechos fundamentales de una determinada Constitución o a todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, (...) Una teoría general de los derechos fundamentales es una teoría ideal que trata de resolver de una manera integrativa (en un único esquema de explicación) los diversos problemas que plantean los derechos fundamentales.”* Gavara de Cara (Juan Carlos). Derechos fundamentales y derecho legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Prólogo de Francesc de Carreras. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid-España. 1994. Página 75.

² Para esta investigación, he decidido afiliarme a la división de los derechos fundamentales hecha por el profesor Luigi Ferrajoli, siendo los derechos humanos una de estas divisiones o subcategorías. Este punto será desarrollado en apartado “A.” del apartado “2” del presente capítulo.

³ Marina (J.A.) y de la Válgoma (M). La lucha por la dignidad. Revista Anagrama. Año 2000. Tomado de Amnistía Internacional Catalunya, Grup d'educació. Publicación electrónica. URL: <http://www.amnistiacatalunya.org/educadors/es/historia/inf-s19.html>

“Los Derechos Humanos que actualmente están protegidos por el Derecho Internacional han sido producto de luchas de miles de personas, de pueblos y naciones enteras; gracias a ellos, ahora podemos abrir una constitución y encontrar una efectiva protección a tales derechos a nivel nacional, como una protección mediante convenciones internacionales.”¹

Y para conocer adecuadamente la evolución histórica de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos humanos, nos tendríamos que ver obligados a elaborar un estudio cronológico exhaustivo de la misma historia de cada pueblo y nación civilizada, y analizar sus usos y costumbres, sus sistemas éticos y sus sistemas jurídicos, todos a través del tiempo. Por efectos prácticos, obedeciendo a la naturaleza y objetivo principal de la presente investigación, me abocaré a referirme únicamente a los principales hechos e instrumentos normativos históricos que mayoritariamente han sido considerados como esenciales en su aporte crucial hacia la evolución de la actual teoría de los derechos fundamentales; evolución que, a la fecha y de acuerdo al comportamiento del mundo actual, aún no ha terminado y continúa escribiéndose día tras día.

Así pues, tradicionalmente se considera que las primeras tendencias jurídicas reivindicatorias de la dignidad del ser humano, claramente identificadas, parten desde la proclamación del ancestral Código de *Hammurabí*², rey de la antigua Babilonia (1790-1750 a.C.), quien, según se relata en el mismo código, recibió órdenes de *Samash*, dios de la justicia, para entregar a su pueblo un conjunto de leyes escritas que recogiesen los diferentes estatutos existentes en las numerosas ciudades del reino babilónico.

Con ellas, se buscó poner un alto a la justicia tomada por la propia mano y conveniencia particular de cada ciudadano agraviado por sus semejantes, y garantizar así la igualdad de todos los súbditos frente a la ley general,

¹ Sagastume Gemmell (Marco Antonio). Los Derechos Humanos: proceso histórico. Editorial EDUCA / CSUCA. San José – Costa Rica. 1997. Página 17.

² “Desde el Código de Hammurabi, la problemática de los valores del ser humano se ha reflejado en el ordenamiento jurídico.” Jiménez Reyes (Alfonso). El desarrollo de los derechos humanos: los derechos económicos, sociales y culturales. Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado. Publicación electrónica. Url: <http://www.coladimx.org/docs/articulos/derechos-esc.pdf>

consagrándose así una de las formas primigenias del derecho fundamental contemporáneo de la igualdad y el acceso a la justicia pronta y cumplida.

*"Entonces, Anum y Enlil me designaron a mí, Hammurabi, príncipe piadoso, temeroso de mi dios, para que proclamase en el País el orden justo, para destruir al malvado y al perverso, para evitar que el fuerte oprima al débil, para que, como hace Samash, Señor del Sol, me alce sobre los hombres, ilumine el País y asegure el bienestar de las gentes. (...) Puse en la lengua del País la ley y la justicia y así fomento el bienestar de las gentes. Por eso he dispuesto."*¹

Por otra parte, el mismo ahínco en la búsqueda de la equidad y la justicia, cuya ancestral ausencia ha producido la vulneración de la dignidad del ser humano desde el inicio de los tiempos, también fue enarbolado por los profetas de la deidad Adonay en "el pueblo escogido" de Israel:

*"¡Pobres de aquellos que dictan leyes injustas y ponen por escrito los decretos de la maldad. Dejan sin protección a los pobres de mi país; roban a los pequeños de sus derechos, dejan sin nada a la viuda y despojan al huérfano!"*²

La misma concepción del valor supremo del individuo, consustancial a su naturaleza y que determina la existencia, a su vez, de la dignidad de cada ser humano, de cara a un ser supremo y de cara a las leyes civiles, se proclama desde el primer libro que compone el llamado "Pentateuco" judío, extraída de la actitud de diálogo y negociación entre el patriarca Abraham y su Dios:

"Al interceder por los justos que, según él cree, residen entre los pecadores de Sodoma y Gomorra (Génesis XVIII, 16-33), Abraham se siente con derecho a enfrentarse a Dios, derecho que se deriva de la dignidad conferida a alguien que se supone creado a Su imagen y semejanza y que por lo mismo es -en palabras del salmo N° 8- 'poco menor que Dios'. El no fundamenta su pedido de justicia en abstracciones como conciencia, derechos humanos, el derecho a la vida, la

¹ Primeras líneas labradas en el Código de *Hammurabi*, monolito o estela de piedra tallada, actualmente conservada en el Museo de *Louvre*, París, Francia. Para consultar una traducción integral al español del código, ver: Lara Peinado (Federico). *Código de Hammurabi*. Editorial Nacional. Madrid-España. 1982.

² Libro de Isaías. Capítulo diez, versos del 1 al 2. Versión: *La Biblia. Traducida, presentada y comentada para las comunidades cristianas de Latinoamérica y para los que buscan a Dios*. XI edición. Editorial Verbo Divino. España. 1995. Página 662.

oposición a la práctica del castigo colectivo. Sin embargo, si estos no fueran los valores que sustentan sus palabras, la historia perdería todo significado.”¹

Por último, resulta “*justo y necesario*” rescatar también el grandísimo aporte de la revelación monoteísta proveniente del Islam, a la temprana construcción de la teoría general de los derechos fundamentales, del mismo modo en que se puede desprender este aporte de la cultura judía antigua. El Islam es rico en reconocer muchos derechos al individuo, en razón de su naturaleza como creación de Dios *Allah*.

El derecho fundamental más desarrollado en la antigua revelación al profeta *Muhammad*, es, sin dudas, el derecho a la igualdad. Desde sus inicios, el Islam ha rechazado la concepción de favorecer a ciertos individuos o naciones, debido a sus riquezas, poder o raza. Virtud civil inexistente en otras culturas antiguas, como la greco romana y su tolerancia a la servidumbre forzada, hoy llamada “*esclavitud*”. E incluso, en la judía, en donde, a sujetos poderoso como el sumo sacerdote o pontífice de turno, les eran reconocidos derechos adicionales que no gozaban otros compatriotas de “*casta*” inferior. Según el Islam, Dios creó a los seres humanos como seres iguales, que deberán ser distinguidos entre sí, tan solo basándose en la piedad y la fe de cada quien.

*“¡Oh Pueblo! Vuestro Dios es Único, y tu progenitor también fue uno. Ustedes son todos descendientes de Adán, quién fue creado del barro. El más respetado de ustedes ante Allah, es aquel que más Le teme. Ningún Árabe tiene preferencia sobre un no Árabe; como tampoco lo tiene quién no es Árabe sobre el Árabe, la preferencia, de existir, tiene que ser sobre la base del temor de Allah”.*²

La prosperidad de la igualdad en la cultura islámica, tiene relación directa con el desarrollo del derecho fundamental al refugio y a la no proliferación de causas, que hoy conocemos como “*tradicionales*”, por las cuales un extranjero se ve obligado a salvaguardar su vida en territorios ajenos a su madre patria;

¹ Horada (Raquel). *La biblia y los derechos humanos: una opinión poco ortodoxa*. Departamento de *Hagshama*, Organización Sionista Mundial. Publicación electrónica del primero de septiembre del 2001. URL: <http://www.wzo.org.il/es/recursos/view.asp?id=349>

² Extracto del último mensaje de *Muhammad*, pocos meses antes de morir, a la edad de 63 años, pronunciado en el Monte *Arafat*, actual Arabia Saudita, hacia el año 632 d. C..

específicamente, estoy haciendo referencia a la nacionalidad y a la raza, como causas directas de persecución:

“Desde la época del profeta (Muhammad), el Islam ha sido un vívido ejemplo de como el racismo puede ser acabado. El peregrinaje anual a la Meca (Hayy) nos muestra la verdadera hermandad islámica de todas las razas y naciones, cuando cerca de dos millones de musulmanes de todas partes de mundo se reúnen en la Meca para realizar el peregrinaje.”¹

Por último, el desarrollo de la igualdad humana como derecho fundamental que reconoció tempranamente el Islam para todo hombre, sea considerado hijo de Allah, de Adonay, sea romano, griego, egipcio, etc, fue enormemente impulsado por la prohibición a toda forma de rasismo o desigualdad en virtud de la nacionalidad, etnia, religión o color de piel, que, de parte de Dios, el profeta Muhammad hizo extensa a todo el pueblo:

“Hombres! Os hemos creado a partir de un varón y de una hembra y os hemos hecho pueblos y tribus distintos para que os reconocierais unos a otros. Y en verdad que el más noble de vosotros ante Allah es el que más le teme. Allah es conocedor y está perfectamente informado.”²

Bien se podría hacer referencia al aporte histórico que realizaron otras diversas culturas en la época antigua de la humanidad; hechos y sentencias éticas perdurables que fueron estructurando los cimientos de la teoría general de los derechos fundamentales en distintas regiones del mundo conocido. Recordemos las justas leyes del arconte de Atenas, Solón (639 a.C.-560 a.C.); los diez mandamientos de Moisés³ (siglo XII o siglo XI a.C.), pilares fundamentales de la ética hebrea, musulmana y cristiana; el budismo de Siddharta Gautama Sakyamuni (563 a.C.-483 a.C.) y su búsqueda por cultivar, no en el individuo, sino

¹ Autores varios. Una Breve Guía Ilustrada para entender el Islam. Capítulo 3: Información General sobre el Islam. Los Derechos Humanos y la Justicia en el Islam. Publicación electrónica. URL: <http://www.islam-guide.com/es/ch3-12.htm#footnote4>.

² Mahoma. El Corán. Editorial M.E. Editoriales. España. 1995. Sura 49:13. Página 368.

³ Los Diez Mandamientos, contenidos en la Torá, o “*Pentateuco*” hebreo, también incluidos en el Antiguo Testamento de la Biblia cristiana y en la enseñanza del Corán islámico, constituyen otro antecedente en la historia de los derechos fundamentales, y los humanos especialmente, ya que, mediante el establecimiento de prohibiciones claras y precisas, se estaban reconociendo valores fundamentales en los seres humanos, como el derecho a la vida, en el conocido l “no matarás”, por ejemplo.

en la humanidad como conjunto, la paz, el alivio, la ética firme, la reconciliación, las buenas relaciones y una vida más feliz para los oprimidos; y la reivindicación de la dignidad humana impulsada por los evangelios de Jesús de *Nazareth* y las epístolas de sus discípulos como Pablo de Tarso (¿?- 67 d.C.).

Todas redundan en la maximización de la dignidad del ser humano, y, sin detrimento de una adecuada investigación, bien podemos adelantarnos a tiempos medios y modernos de la historia de la humanidad, en los cuales se suscitaron luchas sociales que estructuraron aún más la actual teoría general de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos como el *non refoulement*.

B. Historia media: reconocimientos jurídicos de origen laico y limitación del poder, como garantías plenas de protección a los derechos fundamentales.

Después de la “caída”¹ del Imperio Romano de Occidente, y hasta el año 1453 de nuestra era, fecha en la que los historiadores han situado el fin de la Edad Media y el inicio de la Edad Moderna, continuó, aunque con menor constancia que en la antigüedad, la lucha por la dignificación del ser humano y el rescate de valores supremos que, a través de la religión, la filosofía y las sublevaciones periódicas de clases tradicionalmente oprimidas, la humanidad venía experimentando.

En la época medieval, las desigualdades afincadas desde la Antigüedad, constituyeron el motor principal para que la sociedad occidental europea experimentara nuevos cambios o ajustes al sistema monárquico unificador, instaurado tras el caos del Oscurantismo, tras la ausencia de la administración de territorios ejercida por la otrora Roma imperial.

¹ El término “caída”, no es fiel a la realidad histórica y política acontecida. Esta “caída” del Imperio Romano de Occidente, más bien puede ser vista como una asimilación o filtración progresiva de la presencia bárbara en el territorio del Imperio, su cultura y nuevo orden político y militar, y no como una extinción radical y súbita de Roma y el dominio del Emperador; fue un proceso paulatino, transcurrido entre el año 395 y el 476 de nuestra era. Un período verdaderamente identificado de transición de casi ochenta años, no exentos, por supuesto, de ciertas confrontaciones bélicas entre el Imperio y los llamados “bárbaros”.

I. La Carta Magna de 1215: prueba histórica del reconocimiento evolutivo de los derechos fundamentales, impulsado por la presión social del Medioevo.

En el año 1215, “(...) debido a una serie de manifestaciones públicas del pueblo de Inglaterra y que fueron promovidas por un importante sectores de la nobleza, el Rey Juan se vio obligado a conceder una serie de normas jurídicas a favor de los nobles (las cuales se fueron ampliando paulatinamente a los sectores populares). El gran avance de este documento consiste en que el poder absoluto de Rey estará sujeto a estas disposiciones legales”.¹

Ya desde antes, las presión social de la Inglaterra medieval habían obligado a sus monarcas, al momento de ser coronados, para que firmaran cartas de libertades y derechos concedidos por reyes anteriores, y así conservar el orden por medio de la limitación al poder del rey. Antes de 1215, ya se habían promulgado cartas juradas por Enrique I, al suceder en el trono a Guillermo II en el año 1100; también existieron las antiguas leyes del rey Eduardo “*El Confesor*”, reformadas posteriormente por Guillermo “*El Conquistador*”. Y fue al rey Juan I de Inglaterra (1167-1216), conocido también como Juan “*Sin Tierra*”, quien nuevamente se vio forzado a suscribir nuevas y más ampliadas libertades, organizadas bajo el título “*Capitula quæ barones petunt et dominus rex concedit*”, más conocidas en la actualidad bajo el nombre abreviado de “*Carta Magna de 1215*”.

Esta Carta Magna de 1215, posee un carácter especial y diferenciador con respecto a los otros compromisos jurídicos de monarcas anteriores a Juan “*Sin Tierra*”; no se postuló en ella que los derechos reconocidos serían exclusivos para los nobles por debajo del rey y para los gremios de comerciantes. La protección de la vida, de la libertad y de otros derechos fundamentales, se extendió y se hizo aplicable a todos los hombres del territorio, incluyendo (teóricamente) a siervos y personas tradicionalmente consideradas como inferiores. Aunque, en la práctica, esta igualdad de derechos tornó más tiempo en hacerse palpable y relativamente efectiva (ni siquiera en nuestros días “*post ONU*” ha sido plenamente efectiva).

¹ Sagastume Gemmell (Marco Antonio). Obra citada. Página 18.

“Ningún hombre será arrestado o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”, sentencia el artículo 39 del documento asumido por Juan “Sin Tierra”.

La Carta Magna representa una de las primeras conquistas históricas por conseguir una limitación jurídica y determinante al poder del Estado, cuya soberanía residía en la figura del rey; limitación que se impone moralmente, con el reconocimiento del valor superior de la persona humana. Por más poder que el rey detente, (en términos teóricos normativos) no puede pisotear la dignidad de *“ningún hombre”*; no puede irrespetar su valor como ser humano, ejerciendo sobre él la tortura y los tratos degradantes; el rey no puede pretender que sus súbditos, sometidos a su gobierno, sean considerados como cosas, objetos de su propiedad; el rey no puede divertir a sus cortes ni complacer a sus amantes, encarcelando injustamente a un hombre inocente; no se repetiría la historia de Herodes Antipas, quien apaciguó la pasión desenfrenada de su amante e hijastra, colocando la cabeza del profeta que denunciaba las iniquidades de la realeza en una bandeja de plata.

Esta Carta del rey Juan I de 1215, permanece actual y vigente, tras setecientos noventa y un años de su promulgación. Ha sufrido algunas modificaciones, pero su contenido esencial proteccionista permanece intacto, como fiel reflejo de la conquista social alcanzada en la Inglaterra medieval del siglo XIII. En 1628, el rey Carlos I confirmó las garantías de la Carta, mediante la firma de un instrumento jurídico conocido como *“Petition of Rights”*; y sesenta y un años después se publicó un documento adicional que amplió ciertos derechos no incluidos en la Carta de 1215, ampliación titulada bajo el nombre *“Bill of Rights”*.

II. El Libro de las Leyes: obra humanista y primer esfuerzo compilatorio de los derechos fundamentales reconocidos por el derecho romano, el derecho canónico, y fueros y costumbres castellanas.

Algunos años después de confeccionada la Carta Magna de 1215, en el reino ibérico de Castilla y León se experimentaría un proceso técnico jurídico, impulsado por un exigido cambio social, similar al de Inglaterra, con implicaciones directas en la evolución histórica de la teoría general de los derechos fundamentales.

Entre el 26 de junio de 1256, y hasta el 28 de agosto de 1265, una comisión de juristas castellanos, desde un principio bajo la dirección del mismo rey Alfonso X, apodado "*El Sabio*", confeccionó la obra jurídica normativa más significativa para la historia del derecho ibérico, y posteriormente americano, incluso hasta nuestros días, ya que tuvo vigencia continua hasta el siglo XIX. A dicho cuerpo normativo se le dio el nombre de "*Libro de las Leyes*", y conservó el mismo título hasta el siglo XIV, cuando pasó a llamarse bajo su actual denominación: "*Las Siete Partidas*".

Muchos lo califican, no como un simple cuerpo normativo, de carácter operativo, sino como la verdadera enciclopedia jurídica de la edad media. Su carácter es esencialmente humanista, pues abarca temas vinculados con la filosofía, la moral, e incluso la teología de la época. Sin embargo, también bien cabe clasificar esta obra como un instrumento jurídico, pues se creó como idea normativa compilatoria, ante la dispersión, sobre abundancia y confusión legislativa imperante para aquel entonces. Recordemos que la desmembración de las antiguas provincias romanas aún repercutía y provocaba gran atomización del poder, y de los ordenamientos jurídicos también.

En cuanto a sus fuentes y orígenes, el Libro de las Leyes básicamente es un compendio sobre el derecho común romano, el derecho canónico y el derecho feudal lombardo, vigentes todos a la vez en el año 1256. Abarca parte del Código de Justiniano¹, en cuanto derecho romano, así como las "*Decretales*" del Papa

¹ También conocido bajo el latín "*Corpus Iuris Civilis*", representa un esfuerzo codificador del derecho civil romano, ordenado por *Flavius Petrus Sabbatius Justinianus*, Justiniano I (482-565 d.C.), emperador del Imperio Romano de Oriente, quien, rodeado de un impresionante equipo de juristas y glosadores, como

Gregorio IX y los trabajos compilatorios de San Raimundo de Peñafort¹, sin dejar por afuera la transcripción de algunos fueros y costumbres de Castilla y León.

Además, el “*Libro de Alfonso X*”, como también se le llama, contiene elementos de importancia para fundamentar la existencia de ciertos derechos y valores superiores en torno al ser humano que, desde antes, el derecho romano, canónico y lombardo reconocían y protegía. Estos elementos no son normativos: comprenden algunas obras filosóficas de los mismos Aristóteles (384-322 a.C.) y Lucio *Anneo* Séneca (4 a.C.-65 d.C.); tratados doctrinales sobre conceptos filosóficos extraídos de la Biblia cristiana, y de textos de la teología patristica²; incluso se incorporó doctrina del célebre Tomás de Aquino (1225-1274).

Triboniano (¿?-545 d.C.), dirigió la recolección de cuerpos normativos romanos en una sola obra, incluyendo el “*Codees*”, el “*Digesta*” y el manual “*Institutiones*”, junto con otras nuevas leyes denominadas “*Novella Constituciones*”.

¹ En el caso del Libro de Las Leyes de Alfonso X, las “*decretas*” que se incluyeron dentro de su recopilación, corresponden a las constituciones o disposiciones pontificias dictadas por el Papa Gregorio IX (1145-1241), llamadas en latín “*Decretalium Gregorii IX compilatio*”; dirigidas, a su vez, para crear una recopilación y codificación del derecho canónico, de sus principales conocimientos teóricos y prácticos de la época, sumamente disperso y atomizado. Esta labor fue encomendada por el pontífice al jurista y clérigo español, cofundador de la Orden de la Merced, Raimundo de Peñafort (1180-1275). Las “*decretas*” de Gregorio IX poseen la virtud de codificar todo el derecho canónico creado desde el papa Alejandro I, quien fuese pontífice católico desde 107 hasta 115, siendo también elogiadas por su elaboración sistemática y su técnica legislativa. Actualmente son consideradas como las codificaciones más importantes en la evolución del derecho canónico.

² El fin no justifica los medios: la teología patristica proviene de los argumentos de los llamados “*padres de la Iglesia*”, quienes pretendieron justificar teológicamente los principales dogmas de la fe cristiana, principalmente los defendidos hoy por los cristianos de rito oriental y los católicos romanos. Estos dogmas, a parte de unificar criterios y “*verdades reveladas*” en cuanto a la fe, buscaron, en su momento, el equilibrio político del Imperio Romano, convertido al cristianismo a partir del año 316. La historia está así: el emperador Teodosio se vio envuelto en una discusión que terminó con medidas trágicas; el senador *Symmacus*, practicante de la antigua religión del Imperio, persona tolerante y de mente abierta, imploraba ante el emperador para que aboliese el carácter oficial del cristianismo, bajo el argumento de que existen muchos caminos para llegar al conocimiento de Dios, cualquiera que fuese su concepción, y no sólo uno, como pretendían los cristianos. A estos razonamientos se le oponían los elaborados por Ambrosio, hoy conocido como “*San Ambrosio, obispo de Milán*”, quien defendía la exclusividad del cristianismo como única vía de salvación y de Jesucristo como único Dios revelado. Estas discusiones hacían mella en la unicidad y armonía del Imperio, situación que agravaba aún más los peligros de disolución ante las invasiones bárbaras. Teodosio resolvió mantener el cristianismo como religión oficial y exclusiva, y, lo más grave del caso, auspició la persecución para todo aquel que practicase religiones diferentes. Persecución que contemplaba prácticas que iba desde el destierro, hasta la muerte. De esta manera, se garantizó cierta estabilidad en el Imperio, al poner punto final, “*a punta de espada y destierro*”, a tales discusiones en el Senado, que poco a poco también fue asumiendo un carácter eminentemente clerical cristiano; tanto así, que las enseñanzas del mismo Jesucristo fueron ablandadas, y su sentido políticamente desvirtuado, siendo ahora que al César, al mismo Emperador, se le daba lo mismo que a Dios, paradójicamente (recordemos la división que el mismo Jesucristo recalcó: “Al César, lo que es del César, y a Dios, lo que es de Dios”). La unión entre Estado e Iglesia estaba decretada.

En cuanto al contenido de las Siete Partidas, segundo denominación oficial del Libro de las Leyes, y los valores y derechos fundamentales que protege y recoge de forma unitaria, cabe decir que éstos pueden ser clasificados, en primer lugar, en un nivel de derecho constitucional, visto como un ámbito normativo de protección superior claramente establecido, en donde se encuentran los derechos más sensibles de la persona humana, como la vida y la libertad. El segundo gran ámbito de derechos protegidos, corresponden a los esbozados por el derecho civil romano, y por el derecho mercantil de la época medieval. Por último, la compilación de Alfonso X contempla derechos, regulaciones y garantías de tipo procesal.

III. Primicias del refugio eclesiástico, jurídicamente regulado como un derecho fundamental, y otras garantías progresistas.

En la primer partida, titulada con la letra “A”, a pesar de contener gran parte del derecho canónico compilado y destinado para la administración de la Iglesia, sus dogmas y sacramentos, también contiene regulaciones tajantes que deben configurar la conducta del “*buen legislador*”; de éstas, la más importante es la posposición del derecho que ordena, ante el cambio social y el desfase con respecto a las ideas temporales de justicia y equidad.¹ Enfoca la ideal del derecho, las leyes y el ordenamiento jurídico, como un medio, y no como un fin; idea

Unión que se fortaleció aún más con la elaboración de nuevos dogmas y la convocatoria a nuevos concilios para fomentar la unicidad en los conceptos de la fe, mismos que sustentaban ahora el orden político estatal, es decir, en la Iglesia misma con institución. Dogmas y concilios contruidos por medio de la doctrina “*oficial*” de los “*grandes padres de la Iglesia*”, doctrina que ahora conocemos como “*teología patristica*”. Pues bien, lo cierto es que nuevamente vemos un ejemplo histórico de la encarnación de la célebre sentencia de Maquiavelo: “*el fin justifica los medios*”: la teología patristica, en términos generales, defendía ideales nobles: los ideales cristianos de igualdad, fraternidad, dignidad humana y perdón. Ideales que configuran, en gran parte, aunque de manara más laica o secular, la teoría general de los derechos fundamentales. Pero esta teología de los grandes padres auspició, y fue cómplice, de una campaña “*anti herejes*”, violenta, intolerante, y violatoria de los derechos humanos de aquellos que no eran cristianos y se atrevían a ver a Dios de forma diferente con respecto a los dogmas patristicos. Lo cierto es que, para efectos de la inclusión de esta teología en el Libro de Las Leyes de Alfonso X, sus postulados, valores fundamentales y reconocimientos en pro de la maximización de la dignidad del ser humano, son sumamente valiosos; pero, a la luz de la verdad, de la claridad en la historia, los medios no teóricos, la puesta en práctica de la teología patristica proveniente del cristianismo, no fueron los más adecuados; de hecho, fueron los peores que se pudieron haber empleado: la intolerancia, la persecuta, el destierro, e incluso la muerte, todo por “*revolver las fincas Estado-Iglesia*”. Lo que empezó siendo cristiano, terminó contradiciendo las mismas enseñanzas fundamentales del Dios de los cristianos: “*Al César, lo que es del César, y a Dios, lo que es de Dios*”.

¹ Este punto es ampliado en los puntos “E” y “F” del apartado “2” de este capítulo primero.

altamente novedosa para la edad media, y que, incluso en nuestro días post modernos, no se hace escuchar en ciertas situaciones.

Y en relación directa con el tema del refugio, como derecho fundamental y valor protegido por las Siete Partidas, en sus regulaciones especiales del derecho canónico contenidas en esta primer partida, encontramos las reglas específicas de la época para conceder protección a personas perseguidas en los templos cristianos.¹

Por otra parte, en la partida cuarta, titulada con la letra “O”, se da un pequeño paso para la evolución histórica en la teoría general de los derechos fundamentales, especialmente beneficiosa para los derechos humanos, al recogerse ésta, de forma novedosa en la Edad Media, la opinión doctrinal de que la esclavitud debe ser reconocida como “*la más vil cosa de este mundo después del pecado*”². Además, se insta a eliminar toda hostilidad y a fomentar la amistad entre los diferentes estamentos, religiones y nacionalidades. Se llama a hombres libres, esclavos, hidalgos, personas comunes, clérigos, laicos, hijos legítimos e ilegítimos, cristianos, moros, judíos, varones, mujeres, vasallos y señores feudales, a fomentar esta actitud de amistad y tolerancia.

Por último, la séptima partida titulada, nuevamente con la letra “O”³, abarca parte del derecho procesal recopilado. Y, para efectos de los aportes de las Siete Partidas a la evolución histórica de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los humanos, cabe rescatar la restricción, casi⁴ total, del empleo del tormento, hoy conocida como “*tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes*”, como medio de prueba en un proceso judicial, autorizándola únicamente ante la insuficiencia de otras pruebas para demostrar la existencia de delito, bajo requisitos rigurosos para su procedencia.

¹ Este punto será ampliado en el punto “A” del apartado “1” del capítulo tercero.

² Cuarta partida, título vigésimo segundo, ley octava.

³ Las siete letras juntas que titulan cada partida, forman el nombre del rey y director de la comisión compiladora: “*A-l-f-o-n-s-o*”.

⁴ Y digo “*casí*”, por las mismas las limitaciones del pensamiento humanista del medioevo, a pesar de existir, en aquellos tiempos, instrumentos jurídicos garantistas como Las Siete Partidas. Como bien reza el dicho: “*No se le pueden pedir peras al olmo*”.

C. Historia moderna: la etapa histórica evolutiva más productiva de la teoría general de los derechos fundamentales.

Nos encontramos en la llamada “*Edad Moderna*”. Europa continúa siendo el centro del mundo occidental “civilizado” y, como nunca antes, desde la Antigüedad, la Edad Media y el Renacimiento, los ecos de revolución, vientos de cambio y evolución jurídica, se harán sentir e impulsarán, de forma inédita, la conformación de la teoría general de los derechos fundamentales, en cuanto a sus elementos dogmáticos y filosóficos más fuertes.

A partir del siglo XVI, con las deslumbrantes luces humanistas del Renacimiento, el cambio en la mentalidad y en la visión del mundo, la “*weltanschauung*”¹, evidente e inevitablemente, cambió. Empezando por el giro del sistema económico feudal, tremendamente estancado, ahora substituido por el mercantilismo y un mundo altamente dinámico de finanzas, impulsado en gran parte por un afincamiento progresivo y estable de la burguesía en el poder urbano, y por la explotación ultramarina comercial que hacen potencias de la época, como España, Portugal, Inglaterra, Francia y Países Bajos, en América, el Caribe, y parte de Asia y África.

La estructura de poder que sostenía al rey y a los señores feudales en el pináculo del obelisco social medieval, también atraviesa cambios nunca antes sufridos. Las monarquías absolutas en Inglaterra, Francia y España llegan a su plenitud, y los signos de unión y concordia nacional que inspiraron la figura del rey europeo unificador, en vez de caer con el concepto feudal, más bien evolucionaron y cobraron mayor fuerza, en términos de administración política de las naciones.²

¹ Término constantemente rescatado por nuestro querido y siempre recordado profesor de Filosofía del Derecho, Ramón Madrigal Cuadra. La U.C.R. no es la misma sin él.

² “*Quien realmente se asienta en el poder es el rey, ya que se difunde el modelo de monarquía absoluta. La nobleza se somete a la autoridad del rey y se hace cortesana, abandonando sus costumbres guerreras, y sus señoríos feudales, de los que solamente obtendrán recursos económicos.*” Pastrana (Santiago). Historia/ La edad moderna/ Los enfrentamientos políticos y religiosos del siglo XVI/ Los cambios en la mentalidad y el desarrollo del capitalismo. Publicación electrónica: URL: <http://www.pastrancc.net/historia/moderna/xvicambios.htm>

I. La Reforma, una Iglesia católica romana confundida, y la persecución religiosa en Europa: el costo evolutivo de la libertad de culto como derecho fundamental.

La concepción teosófica cristiana del mundo occidental, también sufre enormes cambios en esta época, con incidencia más que directa en la evolución en la libertad de credo y otros derechos fundamentales. La historia moderna en este aspecto empieza así:

Un joven sacerdote agustino de la localidad sajona de *Eisleben* y abogado graduado de la Universidad de *Erfurt*, llamado (en castellano) Martín Lutero (1486-1546), denunció con firmeza los abusos de una Iglesia romana cuya jerarquía temporal, “*de turno*”, era decadente; cuyo sumo pontífice, el de aquel entonces, se rebajaba al extremo indigno de “*vender el perdón de los pecados*” a cambio de financiamiento para terminar la construcción de la “*Nueva Roma*”, edificada junto al antiguo circo de Nerón, en la llamada “*Colina de los Poetas*”.

Estos jefes de turno de la Iglesia romana, ante el temor de perder sus privilegios políticos, sociales y fiscales, debido a las fuertes críticas del joven clérigo alemán, (quizás sin intención) sumieron a la Iglesia en una tormenta de confusión entre “*el deber y el poder*”, haciendo que ésta, en virtud de su naturaleza dual¹, obedeciera más a su instinto “*pecador*”, desatendiendo el “*trascendente*”, y convirtiéndola, irónicamente y como institución, en un agente de persecución, semejante en su totalidad con los agentes de persecución contemporáneos de corte racista, nacionalista, xenofóbico, etc, que vemos en la actualidad.

Se dirigió así, en nombre de la “*Santa Madre Iglesia*”, una campaña de acoso en contra de los llamados “*reformadores*”, siendo el mencionado Martín Lutero uno de los detractores de Roma más perseguidos de la historia moderna, obligado a refugiarse, igual que un desplazado actual en busca de protección internacional, en el castillo de Juan Federico III duque de Sajonia (1463-1525).

¹ “*La Iglesia está en la historia, pero al mismo tiempo la trasciende (...) Es propio de la Iglesia ‘ser a la vez humana y divina, visible y dotada de elementos invisibles, entregada a la acción y dada a la contemplación, presente en el mundo.’* Catecismo de la Iglesia Católica. 770 y 771. Editorial San Pablo. Bogotá-Colombia. Páginas 271 y 272.

Lo cierto del caso, es que fue la misma Iglesia quien tomó la iniciativa de separar a Lutero de sus filas, y propició, por primera vez, que se hablara de la existencia real de un cisma cristiano romano; al excomulgar en 1520 al sacerdote agustino que denunciaba su usura y alejamiento de las rigurosas exigencias que deben abrazar los portadores del evangelio cristiano¹, se daban las condiciones necesarias para la bifurcación histórica entre católicos y “*protestantes*”, lo que, naturalmente y en atención a la tradición segregacionista de la sociedad europea de la época, provocó conflictos, guerras y, por supuesto, más desplazados y más perseguidos.

Ante el cisma propiciado por la misma Roma, algunos príncipes alemanes acogieron la propuesta reformista de Martín Lutero, de constituirlos a ellos como cabeza de las nuevas iglesias nacionales, por encima del Papa romano, situación que favoreció enormemente la expansión y protección de la reforma cristiana.

En 1534, años después del inicio del movimiento de reforma en Alemania, ahora Inglaterra sería de nuevo el epicentro de cambios y desequilibrios en el orden social, vinculados a la religión y al ordenamiento del Estado, esta vez en virtud del rey Enrique VIII (1491-1547), al auto proclamarse como cabeza de la nueva iglesia cristiana estatal anglicana.

En este punto, las persecuciones en contra de quien defendiese una de las tres religiones europeas en disputa: el cristianismo católico romano, el cristianismo luterano expandiéndose rápidamente por Alemania, Suiza, Francia y Holanda, y el anglicanismo como profesión de fe de la Iglesia estatal de Inglaterra, no se hicieron esperar y provocaron un fenómeno significativo de inmigrantes hacia el “*Nuevo Mundo*”, al otro lado del Atlántico.

Incluso el cisma y la persecución no sólo afectó las relaciones entre cristianos católicos romanos y todas las otras vertientes personificadas por

¹ Opinión personal: si Jesús (me refiero al llamado “*Jesús histórico*”) fue pobre por elección, quienes predicar su mensaje, también deben serlo: “*Mientras iban de camino, alguien le dijo: ‘Maestro, te seguiré adondequiera que vayas.’ Jesús le contestó: ‘Los zorros tienen cuevas y las aves tienen nidos, pero el Hijo del Hombre ni siquiera tiene donde recostar la cabeza.’*”(Lucas 9-57) Y el vender el perdón de los pecados para financiar la construcción del mayor templo de la cristiandad en la actualidad, y el recibir remuneración por ser portador del evangelio cristiano, en cualquier tiempo y lugar, por sí, dejan de ser actitudes cristianas: “*Ustedes lo recibieron sin pagar, denlo sin cobrar*”. (Mateo 10-8). Tomado de: La Biblia. Obra citada. Páginas 33 y 182.

luteranos, calvinistas, anglicanos, etc; la división también sucumbió las filas de esta última profesión de fe cristiana estatal inglesa: de entre sus filas, surgió un movimiento llamado “*puritanismo*”, quienes acusaban fuertemente al anglicanismo de estar extremadamente ligado aún al catolicismo romano, en cuanto a la liturgia¹, y en cuanto a su vinculación, tan estrecha, con el poder central del Estado, siendo incluso que el rey inglés, arbitrario, hacía las veces de sumo pontífice, como el Papa² romano.

A principios del siglo XVII, los puritanos, que ahora se dividían a su vez en “*presbiterianos*”, siguiendo la estructura eclesial de John Calvin (1509-1564), y en “*congregacionistas*”, quienes propugnaban por una organización local e individual de cada iglesia, impulsaron una nueva reforma en la iglesia anglicana para amoldarla a sus postulados (la autoridad suprema en los asuntos humanos es Dios, no el rey), lo que, naturalmente, provocó la pronta reacción del poder central del anglicanismo, traducida en persecución y migración forzosa hacia nuevas tierras hacia el Noroeste del Atlántico.

II. Una nueva nación, creada a partir de la búsqueda de protección internacional: primeras concesión de derechos fundamentales en tierras ultramarinas americanas.

Al mismo tiempo que un primer grupo de colonos, comerciantes ingleses, llegaban a las costas de tierras ultramarinas, rebautizadas bajo el nombre de “*Nueva Inglaterra*”, con el propósito de desarrollar la explotación de metales que, con el tiempo, se transformó en explotación de tabaco, empezaron a arribar a

¹ “*Orden y forma con que se llevan a cabo las ceremonias de culto en las distintas religiones*”. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe. Vigésima primera edición. Tomo II. 1992. Página 1266.

² Mera cultura general: el significado de la palabra “*Papa*” es desconocido por la mayoría de las personas. En tiempos recientes, con la elección del Papa Benedicto XVI, no pude encontrar en ningún medio de comunicación social, una explicación sobre la semántica de este nombre tan empleado en la actualidad, pero tan desconocido en cuanto a su significado. Así que, a manera de acotación, como un simple aporte a la cultura general de los lectores de este trabajo, encontré que la palabra “*Papa*” tiene dos significados aceptados en la actualidad. El primero sostiene que las cuatro letras que forman la palabra “*Papa*” son las iniciales del latinajo: “*Petri Apostoli Potestatem Accipiens*”, que se ha traducido como “*el que recibe la potestad del apóstol Pedro*”. El otro significado es más sencillo, indica que la primera sílaba del nombre viene de “*Pater*”, y la segunda sílaba viene de “*Pastor*”, que juntas forman “*padre y pastor*”.

estas nuevas tierras, grupos de desplazados puritanos en busca de libertad religiosa, escapando del asedio del Estado anglicano que los perseguía.

En una tierra que ya venía siendo efímeramente explotada por navegantes escandinavos desde el año 1000 d.C. provenientes el Norte, por los españoles desde el Sur a partir de 1565, y por los primeros inmigrantes ingleses y sus exploraciones en busca de metales cotizados, los puritanos perseguidos, disidentes del anglicanismo, encontraron refugio y protección contra la persecución sufrida a causa de su religión, y se asentaron en los nuevos territorios a partir de 1620.

Junto con los antiguos colonos, consiguieron el progresivo reconocimiento de derechos y estatutos jurídicos especiales, por parte del monarca inglés; por ejemplo, la reina Isabel I de Inglaterra (1535-1603), hija de Enrique VIII y Ana Bolena, entregó al explorador inglés sir Walter Raleigh (1552-1618), la administración del ejercicio y control de las llamadas “*cartas políticas de libre asentamiento*”, que, entre otras cosas, garantizaban el disfrute de derechos básicos en la colonia ultramarina de Virginia.

Así, desde 1774, los representantes de las trece colonias norteamericanas¹ se organizaron en el primer “*Congreso Continental*”, designando al primer gobierno y primer general de las fuerzas militares locales, George Washington (1732-1799). El 15 de mayo de 1775, constituido el segundo congreso, con más firmeza política que el primero, se edificaron las bases deliberativas necesarias para considerar plenamente la existencia del primer poder republicano de América.

¹ Las trece colonias británicas en el territorio norteamericano eran: Virginia, Nueva York, Nueva Jersey, Massachussets, Nueva Hampshire, Delaware, Georgia, Maryland, Conneticut, Rhode Island, Carolina del Norte, Carolina del Sur, y Pennsylvania.

III. Declaración de Independencia de las trece colonias británicas: libertad e igualdad como valores supremos que justifican el reconocimiento de derechos fundamentales en el primer gobierno republicano independiente de América.

Este primer poder republicano de América, aprobó la llamada *“Declaración de Independencia”* del 4 de julio de 1776, regida bajo dos valores fundamentales de suma importancia para el desarrollo de la evolución histórica de los derechos fundamentales, tal como se conciben actualmente: los principios de libertad y de igualdad, evidentemente influenciados en el pensamiento norteamericano por la ilustración francesa del siglo XVIII. Así resulta evidente en la ideología de los redactores del texto:

“Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que lo impulsan a la separación.”¹

En suma, esta independencia jurídica de los pueblos del norte extremo América, constituye la consagración de enormes valores supremos que configuran, en la Edad Moderna, las nociones clásicas de democracia y emancipación popular. Por sobre cualquier otra jerarquía axiológica, la novedad del proceso independentista norteamericano consiste en colocar, como valores superiores, las mismas libertad e igualdad de cada individuo y su derecho fundamental a decidir el rumbo de su propia historia.²

¹ Departamento de Estado de Estados Unidos. Programas de Información Internacional. Declaración de Independencia, 4 de julio de 1776. Publicación electrónica. URL:

http://usinfo.state.gov/esp/home/topics/us_society_values/fundamental_documents/declaration_of_indep.html

² *‘Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.’* Como se aprecia, su emblema como nación nueva, joven e independiente, obedeciendo a los orígenes históricos que configuraron su formación como pueblo de inmigrantes, perseguidos y comerciantes, se puede resumir en la premisa filosófica ilustrada de que todos los hombres son iguales, y que el origen de la misma sociedad radica en un simple contrato, por el cual

Esta Declaración de Independencia del 4 de julio es eminentemente teísta y, por ende, *iusnaturalista*; Dios es el creador de todos los individuos, y les confirió derechos y dignidad propios; estos derechos son de carácter universal, vinculantes, no sólo para el gobierno de la nueva nación independiente, conformada por las trece colonias británicas, sino que obligan a todos los gobiernos de todo el mundo.¹ Otros principios que rigen la política occidental en la actualidad, como la soberanía del pueblo, la Constitución escrita, la supremacía de la ley, la división de poderes y el federalismo, también fueron grandes aportes de la Declaración de Independencia de las trece colonias británicas.

IV. La revolución francesa del siglo XVIII: clímax histórico evolutivo insuperable en la teoría general de los derechos fundamentales, esencialmente humanos.

Con sangre y revolución violenta, con fusil de chispa y mujeres de valor ineludible, con filosofía humanista y “*sin la ayuda de Dios*”², la concreción dogmática de la teoría de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos, experimenta avances a pasos de gigante, y llega a tal punto de evolución que, incluso hasta nuestros días, adquiere y mantiene las bases filosóficas y jurídicas, de alcance universal, para decretar la existencia insalvable de valores y derechos fundamentales, inherentes a la condición humana y necesarios para la vida en sociedad civilizada.³

Como todos los movimientos históricos coyunturales que han alimentado la dogmática filosófica y jurídica de los derechos fundamentales, especialmente los

nadie puede arrogarse el poder político de forma autócrata; y que, sin embargo, siempre será necesario que esta sociedad se ordene con un gobierno que sea determinado por el poder político popular democrático.

Ibidem.

¹ Esta es una primicia al tema del *ius cogens*, el cual será tratado a partir del capítulo segundo.

² Como se verá, las concepciones teosóficas serán las grandes ausentes en esta revolución, y la Iglesia católica romana, una de las grandes presas en la casería por erradicar los privilegios económicos, sociales y políticos.

³ “(...) *El desarrollo conceptual de los derechos humanos individuales alcanza su mayor riqueza en las ideas liberales de la Revolución Francesa en 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en donde se expresa el carácter universal de los derechos humanos y su pertenencia al hombre por ser humano. Esta Revolución se dio en momentos en que millones de personas eran objeto de opresión*”

COFAVIC. Organización No Gubernamental para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, República Bolivariana de Venezuela. Historia de los derechos humanos. Publicación electrónica. URL: <http://www.cofavic.org.ve/p-ddhh-historia.htm>.

llamados “*humanos*”, en el caso de la revolución francesa, existe un inexcusable contexto histórico que no puede ser obviado.

V. La lucha de la burguesía por instaurar un orden igualitario general, y la legitimación popular dada a los Estados Generales para asegurar la eficacia del reconocimiento de los derechos inalienables de cada ciudadano.

Para este entonces, segunda mitad del siglo XVIII, la sociedad francesa se dividía en tres estamentos: la nobleza, el clero, y un tercer estamento general compuesto por comerciantes burgueses, campesinos y otras agrupaciones sociales minoritarias. Los dos primeros estamentos gozaban de exenciones fiscales desproporcionadas, que eran amortizadas en la balanza económica general, con abrumadores impuestos y cargas impuestas sobre la sola contribución del tercer estamento.

Después del rechazo, por parte de la nobleza y el clero, de reformas fiscales y presupuestarias que defendían la distribución igualitaria de los impuestos, las consecuentes críticas y presión social de la burguesía, víctima también de estos abusos de poder económico, no se hicieron esperar, y “(...) *constituyeron el verdadero comienzo de la revolución francesa, de la cual se dirá, posteriormente, que fue una revolución burguesa.*”¹

Marie-Joseph-Paul Motier (1757-1834), más conocido como el marqués de *La Fayette*, un joven militar y político francés, perteneciente a la aristocracia pero extrañamente afiliado a la política económica liberal, quien había participado en el proceso independentista de las trece colonias británicas en América, y que volvía a su país como portador de esta ideología de libertad e igualdad, impulsó enérgicamente la convocatoria de los llamados “*Estados Generales*”, pues esta era la única y más legítima forma para que los representantes auténticos de la nación, y no solamente el rey, la nobleza y el clero, podrían aprobar una reforma fiscal de tal envergadura como la pretendida con los proyectos y presupuestos rechazados.

¹ Godechot (Jacques Leon). Las revoluciones, 1770-1799. Tercera edición. Editorial Labor. Barcelona-España. 1977. Página 28.

Ante la petición de *La Fayette* de convocar a los Estados Generales, la cual encontró apoyo en los sectores burgueses y, por supuesto, en los demás componentes sociales inferiores, el rey Luis XVI, acosado por tanta presión social, cedió a convocar la reunión de los Estados Generales, para el primero de mayo de 1789.

Para la nobleza y el clero, como primeros dos estamentos sociales superiores, no sería tarea difícil escoger sus representantes en la reunión de los Estados Generales. Pero, para el tercer Estado, compuesto por la burguesía, los gremios artesanales y "*demás plebe*", sí requeriría mayor discernimiento y precaución. Sin embargo, los mismos sectores de población que no estaban incluidos dentro de los burgueses, propusieron que sus diputados representantes fuesen, precisamente, ciudadanos pertenecientes a este grupo burgués, entre los que habían comerciantes, juristas, notarios públicos, banqueros, etc, todos hombres ilustrados, en el sentido extremo de que sabían leer y escribir, y podrían defender mejor los principios de igualdad y libertad, económicas principalmente, que un campesino o un artesano analfabeta.

VI. Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: revolución jurídica más importante de cara a los derechos fundamentales.

El 7 de julio de 1789, la reunión de los Estado Generales acordó preparar la redacción de una Constitución Política, cuyo preámbulo sería una declaración de derechos generales, basados todos en la libertad y en la igualdad para todos los ciudadanos. Este es el clímax de la reunión de los Estados Generales, punto de viraje en la historia de Francia, y que trascendería a toda la historia occidental y definiría, de forma invariable hasta nuestros días, la orientación de la teoría general de los derechos fundamentales.¹

¹ Lo curioso es que los principales motivos para proclamar la libertad y la igualdad de todas las personas, como ya se ha indicado, fueron de índole económico y fiscal, todos encaminados a derribar los privilegios de la Iglesia y la nobleza con respecto al pago de impuestos. De ahí que tenga razón la frase popular: "*lo que más duele es el bolsillo*". En fin, cualquier motivación fue buena y debe reconocerse como la mecha que inició la bomba explosiva del reconocimiento de derechos inherentes a todo ser humano, a partir de la Revolución Francesa.

Este hito histórico y jurídico constituiría la caída formal del antiguo régimen estamental, ya que la asamblea de los Estados Generales era reconocida, como lo proponía *La Fayette*, la voz auténtica del legítimo representante del pueblo¹, que ordenaba del rey su sometimiento al ordenamiento jurídico revolucionario, estructurado por una nueva Constitución Política, una declaración de derechos fundamentales, y nuevas leyes. Aquí inicia lo más importante para efectos de la evolución histórica de los derechos fundamentales, como teoría y práctica universal: inicia una auténtica revolución, ya no por las armas, sino por las fuentes jurídicas constitucionales.

Para este propósito, la asamblea de los Estados Generales llegó a la decisión de constituir, en su mismo seno, una asamblea constituyente, como lo solicitaba *La Fayette* desde antes de las revueltas populares, encargada de redactar un borrador de Constitución, construido sobre la base de los valores fundamentales que se pretendían proteger con la extinción del antiguo régimen. Al mismo tiempo, se decidió que dicha Constitución llevaría un prefacio formado por la que después pasó a llamarse "*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*".

A parte de reconocer y definir la existencia de la libertad individual, en sí, como un derecho fundamental², aunque no irrestricta, propia de cada persona humana, la Declaración universal también reconoce la existencia de la igualdad, como derecho fundamental, como valor fundamental, y como hecho fundamental que se debe sostener y mantener en la realidad social por parte de todos los gobiernos, en todo tiempo y lugar.

¹Esta legitimación popular de la reunión de los Estados Generales, quedó de manifiesto en el preámbulo de la misma Declaración: "*Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.*"

² "*La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.*" Ibidem, artículo cuatro.

Así fue reconocido desde el primer artículo de la Declaración: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común*”. Igualdad jurídica que, según lo determinaron las circunstancias históricas y políticas de la época de la revolución y obedeciendo a la intención de los Estados Generales de abolir del todo los privilegios del antiguo régimen, también se extiende a las responsabilidades para con el fisco.¹

Y en cuanto a la nueva teoría de Estado que se pretendía edificar², cimentada sobre la base del respeto de los derechos inherentes a cada quien, reconocidos con esta Declaración, los Estados Generales consiguieron extirpar del poder ostentado por los monarcas franceses hasta Luis XVI, el ejercicio arbitrario de la llamada “soberanía”, al jactarse éstos frecuentemente de ésta, con frases absolutistas como “*el Estado soy yo*”.

Ahora, la autoridad suprema del poder público, la alteza y excelencia no superada en cualquier orden inmaterial, el orgullo, la soberbia y la altivez nacional, no residiría todas en un sujeto voluble, “*pecador*” y arbitrario, sino que habitaría, de ahora en adelante, en “*El Pueblo*”, en “*La Nación*” como sujeto colectivo.³ También, los redactores de la Declaración dispusieron ordenar democráticamente (concepto innovador) la separación de poderes administradores del Estado, colocando como el primero de los tres al legislativo, concebido ahora como el poder que emana de todos los ciudadanos, y que se ejerce directamente a través de los representantes de éstos, escogidos popular y participativamente.⁴

Una vez sancionados ambos documentos, la Constitución y la Declaración, siendo el segundo preámbulo del primero, fueron promulgados oficialmente el 14

¹ “*Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común: ésta debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, proporcionalmente a su capacidad.*” Ibidem, artículo trece.

² Teoría el Estado que constituyó, junto con el reconocimiento de los derechos inherentes a cada ciudadano, la herencia más perdurable y útil para ordenar el sistema democrático tradicional de occidente.

³ “*El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella.*” Ibidem, artículo tres.

⁴ “*La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.*” Ibidem, artículo seis.

de septiembre de 1791. Con ellos, Francia empezó un proceso de reestructuración social, política y administrativa, tras las desgracias heredadas por el extinto Antiguo Régimen, substituido por una nueva construcción estatal más coherente, clara, uniforme y aproximada a lo justo, en los términos de las obligaciones fiscales y de frente a la extinción de los privilegios de la Iglesia y la nobleza, desterrados del “*juego de poder*”.

Lo más importante de todo, es que este proceso de cambio no se estancó en Francia ni en su época, sino que inyectó toda la visión contemporánea del ser humano frente al Estado en la sociedad occidental, siendo aun un régimen general de cosmovisión jurídica y humanista que rige incluso en nuestros días.

D. Historia post moderna en la evolución de los derechos fundamentales:

Pues bien, en este punto mi tesis hará una pausa histórica, con el debido respeto a los estimados lectores. Esta es mi razón: bien es cierto que, durante el siglo XIX, igualmente continuaron los movimientos sociales, filosóficos y jurídicos para lograr la maximización de la protección de la dignidad humana, para restablecer el orden de los derechos fundamentales oprimidos, éstos aportan mayores elementos de análisis para entender el clímax actual con respecto a la evolución histórica, filosófica y jurídica de estos derechos fundamentales.

Es hasta en décadas del siguiente siglo XX donde, a semejanza del siglo XVIII en Francia, el paso evolutivo de estos derechos, ahora sí con especialísimo énfasis en los llamados derechos humanos, tomará nuevos bríos, no gracias a la actitud de avanzada de los gobernantes y jurisconsultos de los países potencia de Occidente, sino por la mera necesidad de sobrevivencia.

Nuevamente, el ser humano se estaba autodestruyendo. Nuevamente, las naciones se veían enfrentadas, y, nuevamente, tomaba mayor fuerza la desprotección de derechos fundamentales, humanos muy específicos y particulares, que con anterioridad no gozaban de mayor protección jurídica ni construcción filosófica humanista. Es el caso, por ejemplo, de los derechos humanos de los refugiados, incluyendo el *non refoulement*.

I. Siglo XX: cópula en la evolución histórica de la teoría general de los derechos fundamentales y la evolución histórica de los derechos humanos de los refugiados como derechos fundamentales particulares:

En este punto, ambas evoluciones históricas, la de los derechos fundamentales y la de los derechos humanos de los refugiados, incluyendo el *non refoulement* como el más importante de éstos, toman un mismo camino. No tiene caso que dedique una nueva sección, seguida de la presente, a los aportes específicos que la misma historia incluyó en la actual teoría general de los derechos fundamentales, y tratar por separado la evolución del *non refoulement* y de la protección jurídica internacional de los derechos humanos de los refugiados.

Ambas vertientes llegan a la misma desembocadura histórica, para luego mezclarse en el mar jurídico dogmático¹; esto es lo más importante del caso. Es una realidad (y parte fundamental de mi hipótesis): el advenimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo pasado, respondió a los mismos impulsos de vida social internacional, incluso a las mismas convulsiones colectivas de los tiempos post modernos, que alimentaron el advenimiento del *non refoulement*, la política internacional del refugio, y los derechos humanos, como parte de los derechos fundamentales, que alcanzan su cúspide jurídica y evolutiva en esta parte de la historia de la humanidad, y que, sin embargo, no fue la última cúspide por escalar como sociedad internacional: los atropellos a los derechos fundamentales, en general, continúan aún después del siglo XX, han continuado en los primeros años de nuestro siglo XXI, y lastimosamente continuarán, sin ninguna intención de ser pesimista, más bien con la intención de ser un poco analítico del pasado de la humanidad, buscando en él las posibles conductas de las naciones en el futuro.

¹ Esto, precisamente, es lo que sucede en la actualidad: “*Los nexos que vinculan el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos son tan estrechos como los que relacionan el derecho internacional de los refugiados con el derecho internacional humanitario.*” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 3019-2002, de las once horas con trece minutos del veintidós de marzo del dos mil dos.

Por esto, hasta aquí llegaré con el análisis individual de la evolución histórica de la teoría general de los derechos fundamentales, como un tema separado. Los hechos históricos y los avances jurídicos acontecidos con la revolución francesa en el siglo XVIII, como ya lo indiqué, marcaron el paso de la protección jurídica de los derechos fundamentales, hasta que los hechos históricos del siglo XX, algunos dolorosamente vividos por la humanidad, principalmente en Europa (las dos Guerras Mundiales), junto a la consagración del derecho internacional gracias al contexto mundial caracterizado por organizaciones de alcance universal (Sociedad de las Naciones y Organización de Naciones Unidas), definieron nuevos rumbos evolutivos, mismos que seguimos experimentando (con relativa estabilidad) en nuestro siglo XXI.

A partir de ahora, la evolución histórica de los derechos fundamentales quedará postergada, para ser retomada con la evolución histórica del refugio, en el capítulo tercero, con especial participación del *non refoulement*. Por el momento, pasaré con el análisis de la evolución filosófica, y ya no histórica, de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos, como el *non refoulement*.

2. Evolución jurídica filosófica de la teoría general de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos:

Una vez comprendida la evolución histórica de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos humanos, es oportuno entrar en el análisis de esta misma evolución, pero desde la vertiente filosófica, del derecho primordialmente. Resulta imprescindible abordar dicha evolución, entrando por las causas últimas, los fundamentos racionales y argumentativos que sostienen, no sólo desde el punto de vista histórico, sino como una especulación jurídica abstracta, la existencia de estos derechos de valor superior.

En sentido pitagórico, todos los que pasamos por las aulas de la Facultad de Derecho, e incluso cualquier interesado en conocer un poco más a fondo el desarrollo de lo que ha significado “*ser humano*” a lo largo del tiempo, y hasta los que viven analizando el día a día de este mundo imperfecto, deberíamos tener ese

“*amor por la sabiduría*” subyacente tras las luchas de siglos y siglos en defensa de los valores fundamentales que encierra la misma condición de mujeres y hombres, seres dignos y racionales. Ninguna propuesta de análisis de estos derechos fundamentales, en especial con respecto a derechos más específicos como los llamados “*humanos*” como el *non refoulement*, sería integral sin una dosis de filosofía en torno al tema específico.

A diferencia del tema histórico, la siguiente vertiente iusfilosófica en torno a los derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos humanos, como el *non refoulement*, no conlleva un orden cronológico. Partiré con el profesor Luigi Ferrajoli y sus importantísimos aportes a la filosofía de los derechos fundamentales; en mi caso, sigo la definición que ha postulado el profesor Ferrajoli de los derechos fundamentales, y la división que ha hecho de éstos, incluyendo una especial para los llamados “*derechos humanos*” donde bien cabe situar al *non refoulement*. Posteriormente, seguiré la línea de pensamiento de unos de los más influyentes filósofos del derecho del siglo pasado, que más han contribuido a fortalecer, por medio de sus cuestionamientos y construcciones analíticas, la teoría general de los derechos fundamentales, como Karl Larenz, Georg Jellinek, entre otros. No pretendo ofrecer una lista exhaustiva de todos los filósofos del derecho que han ofrecido sus aportes al tema, sería casi imposible y, sobre todo, inoportuno. pero sí es muy representativa y, sobre todo, selecta para el gusto de aquellos lectores que disfruten de la genialidad de los filósofos del derecho alemanes del siglo XX, principalmente.

A. Los derechos fundamentales en Luigi Ferrajoli:

No puede existir un análisis integral de las causas últimas de la teoría de los derechos fundamentales, sin antes pasar por Luigi Ferrajoli.¹ Los aportes hechos por Ferrajoli a la teoría contemporánea de los derechos fundamentales, también resultan imprescindibles para analizar la naturaleza jurídica del *non refoulement*

¹ Luigi Ferrajoli: ex juez italiano, profesor de filosofía del derecho y de teoría general de derecho, rector de la Facultad de Jurisprudencia y director del Instituto de Estudios Históricos, Jurídicos, Filosofía y Política de la Universidad de Camerino, y actual profesor de la Facultad de Jurisprudencia en Universidad de *Roma Tre*.

como herramienta jurídica para la protección de los inmigrantes en situación de peligro especial y sus derechos más sensibles, como la vida y la libertad mismas.

I. Definición propia y aproximaciones preeliminares:

El análisis de las ideas propuestas por Ferrajoli con respecto al fortalecimiento filosófico y doctrinal de la teoría contemporánea de los derechos fundamentales, debe ser emprendido, preliminarmente, desde la definición básica que hace el profesor italiano del concepto “*derechos fundamentales*”:

“(…) Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del ‘status’ de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”¹

Interpretando esta definición del profesor Ferrajoli, resulta necesario aclarar que estos son derechos subjetivos que corresponden a mujer y hombre, mientras ostenten uno de los tres estatus jurídicos propios de su naturaleza humana: estatus de persona, estatus de ciudadano, y estatus derivado de la capacidad de obrar; o bien, que ostenten una conjunción de estos tres: sea uno, dos, o los tres a la vez; ninguno es excluyente entre sí.

II. Utilidad universal y primeros acercamientos a la igualdad jurídica:

El propósito de Ferrajoli, es que esta definición estructural de derechos fundamentales, sea válida y aplicable en cualquier ordenamiento jurídico y con cualquier forma de gobierno estatal. “*Es una definición perteneciente a la teoría general del derecho. En cuanto es independiente de los bienes, valores y necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales; es,*

¹ Ferrajoli (Luigi). Derecho y garantías, la ley del más débil. Prologo de Prefecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta. Cuarta edición. Roma-Italia. 2004. Página 37.

además, ideológicamente neutral. Así, es válida cualquiera sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática.”¹

En base a la definición formal dada por el profesor Ferrajoli, es posible identificar que la piedra angular, jurídica y filosófica, que sostienen la existencia y preservación de los derechos fundamentales, incluido el *non refoulement*, es la igualdad de todos los seres humanos. Esto es así por la universalidad de los titulares de los derechos fundamentales, característica que, a su vez, deriva de la indisponibilidad e inalienabilidad de los intereses protegidos por medio de estos derechos; intereses que, según la historia del constitucionalismo moderno, se conquistaron con sangre y revoluciones sociales, como ya lo hemos visto. Y tal como dice Ferrajoli, *“tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía (...) dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos.”²*

Ferrajoli es consciente de que esta universalidad de los derechos fundamentales no es absoluta, aunque suene contradictorio. La igualdad existe y debe existir entre iguales, es decir, derechos iguales entre personas, ciudadanos, *“status”* o condiciones jurídicas iguales. *“Si la intención de la igualdad depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos, como derechos fundamentales, la extensión de la igualdad y, con ello, el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento, depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de status que las determinan.”³*

III. Categorías preliminares de derechos fundamentales: de la personalidad, de la ciudadanía, primarios y secundarios.

Los tres elementos estructurales de la definición de derechos fundamentales que da el profesor Ferrajoli (persona, ciudadanía y capacidad de obrar) se pueden tomar como los parámetros para medir la igualdad y desigualdad

¹ Ibidem. Página 38.

² Ibidem. Página 39.

³ Ibidem.

en el ejercicio y protección del interés jurídico contenido en los derechos fundamentales. Prueba de ello ha sido la misma evolución histórica y jurídica de éstos derechos subjetivos, limitados desde el principio por cuestiones relativas al género, instrucción, lugar de nacimiento, raza, casta, linaje, estrato social, etc. A partir de estos tres elementos, nace la gran utilidad de la definición de derechos fundamentales del profesor Ferrajoli, pues de ellos se constituyen puntos de partida analítica para edificar tres grandes divisiones o categorías aún más especiales de derechos fundamentales:

Los dos primeros elementos estructurales de la definición de derechos fundamentales, es decir, la personalidad y la ciudadanía, derivan dos categorías especiales: los derechos fundamentales de la personalidad, que corresponden a todas las personas, ostenten o no el estatus de ciudadano particular de determinado Estado; y, naturalmente, los derechos fundamentales de la ciudadanía, que corresponden exclusivamente a los titulares del estatus de ciudadano. Y el tercer elemento estructural de la definición de derechos fundamentales, es decir, la capacidad de obrar, deriva dos categorías más: derechos fundamentales primarios o sustanciales, correspondientes a todas las personas, con o sin capacidad de obrar, según lo determine cada ordenamiento jurídico; y derechos fundamentales secundarios, instrumentales o “*de autonomía*”, ostentados exclusivamente por sujetos con capacidad de obrar plena.

IV. Categorías definitivas de derechos fundamentales:

La versatilidad de la definición de derechos fundamentales propuesta por el profesor Ferrajoli, permite combinar las categorías anteriores derivadas de la personalidad y la ciudadanía (derechos fundamentales de la personalidad y derechos fundamentales de la ciudadanía) y de la capacidad de obrar (derechos fundamentales primarios y derechos fundamentales secundarios), para crear cuatro categorías definitivas de derechos fundamentales, dentro de las cuales encontraremos el lugar propicio para colocar el *non refoulement* como derecho fundamental supremo de los titulares y solicitantes de la condición de refugiado. Estas son:

i. Derechos humanos:

Es la primer categoría definitiva de los derechos fundamentales. Son derechos primarios, pertenecientes a todas las personas, sustanciales e independientes a la ostentación de la capacidad de obrar. Aquí, Ferrajoli utiliza la Constitución Italiana para ejemplificar estos derechos humanos, que de igual forma pueden ser ejemplificados con la mayoría de las constituciones democráticas, con instrumentos internacionales, e incluso con derechos no previstos en normas positivas de derecho internacional o nacional, pero que forman parte del *ius cogens* internacional.¹ En esta categoría entra el derecho humano a la vida, por supuesto; el derecho a la integridad personal, así como las garantías penales y procesales.

ii. Derechos públicos:

También son derechos primarios o sustanciales, pertenecientes a todos los individuos, sin importar si tienen o no capacidad de actuar; pero que, además, son derechos de la ciudadanía, exclusivamente de los ciudadanos así reconocidos por el ordenamiento jurídico particular. Los ejemplos ofrecidos por el profesor Ferrajoli van desde el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, el derecho de reunión, de libre asociación, hasta derechos sociales como al trabajo y a la subsistencia en caso de incapacidad.

iii. Derechos civiles:

Son derechos secundarios, instrumentales o "*de autonomía*", exclusivos de todas las personas con capacidad de obrar, con plena capacidad para realizar negocios jurídicos. Los ejemplos dados por el profesor Ferrajoli son la libertad de contratación, derecho a accionar en juicio, y todos los derechos que involucren libre manifestación de la voluntad privada, dentro de los límites comunes impuestos por el ordenamiento jurídico, por supuesto. Además, son derechos de la personalidad, de todas las personas, incluso de las que no tienen el estatus de

¹ Tema ampliamente tratado a partir del capítulo segundo.

ciudadano de determinado país según las leyes de su Estado, siempre y cuando cumpla con los requisitos para adquirir la capacidad de obrar.

iv. Derechos Políticos:

En primer lugar, son derechos secundarios, instrumentales o “*de autonomía*”, exclusivos de sujetos con capacidad para obrar plena, pero referida a la libertad de la voluntad privada manifestada a través de derechos subjetivos vinculados con la participación del individuo con el Estado: derecho de elegir y ser electo, básicamente los que resumen el ejercicio de la autonomía política individual que fundan la representación popular y la democracia participativa.

V. Fundamentaciones teóricas tradicionales para las categorías definitivas de derechos fundamentales y la ubicación del *non refoulement* dentro de ellas:

Como corolario de lo anterior, de todas estas categorías de derechos fundamentales y de la misma definición de éstos, el profesor Ferrajoli sostiene que existen cuatro fundamentaciones filosóficas tradicionales que permiten argumentar toda su posición, las que resultan pertinentes conocer para elaborar conceptos derivados de los derechos fundamentales, como el sistema de democracia constitucional.

La primera de estas tesis, es la que sostiene que los derechos fundamentales los tenemos todos los seres humanos que pisamos esta tierra, a diferencia de los derechos patrimoniales, por ejemplo. Los derechos fundamentales, por tanto, y tomando en cuenta el binomio ya referido: “*derechos iguales a personas iguales*”, se aplican a clases enteras de sujetos iguales entre sí. La ascendencia histórico filosófica de esta teoría de la igualdad, desgranada ampliamente por Karl Larenz, tal como posteriormente será analizado,¹ la podemos encontrar en la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII.

¹ A partir del punto “F” del apartado “2” del presente capítulo.

La segunda fundamentación teórica de los derechos fundamentales, según el profesor Ferrajoli, la cual deriva directamente de la anterior, es la llamada “*dimensión sustancial de la democracia*”, traducida como la igualdad jurídica, real y eficaz, que sienta, a su vez, las bases para una posterior dimensión política de la democracia participativa. Esta dimensión sustancial se manifiesta por medio de las garantías dadas por el Estado de Derecho, concebido para tutelar las libertades individuales, forjadas desde el Estado Moderno pos revolucionario, fortaleciendo estas tutelas gracias al reconocimiento jurídico de éstas como derechos de orden constitucional.

Mientras que la tercera de estas fundamentaciones, está basada en la tesis que propone la naturaleza supra nacional de casi todos los derechos fundamentales, principalmente los que Ferrajoli clasifica dentro de la categoría definitiva de derechos humanos; esto es así gracias a que la ciudadanía, como uno de los tres elementos estructurales de la definición de derechos fundamentales dada por el profesor Ferrajoli, sólo abarca parte de éstos. En su mayoría (prácticamente absoluta), las constituciones democráticas reconocen la existencia de derechos fundamentales, por lo menos los humanos y la gran parte de los civiles, con independencia de la ciudadanía, en especial las constituciones creadas a partir del advenimiento del Derecho Internacional, la creación de la ONU y de sus principales instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, incluyendo los de los refugiados, como sucede con nuestra última Constitución Política de 1949.¹

La cuarta de las tesis es la más importante para el profesor Ferrajoli, y se basa simplemente en la relación existente entre derechos y garantías. Los derechos fundamentales, como parte de los derechos subjetivos, no son más que expectativas, constituyendo al titular del derecho en la parte pasiva de una obligación jurídica, ya sea de prestación, también llamadas “*expectativas jurídicas positivas*”, y expectativas de prohibición, naturalmente llamadas “*expectativas jurídicas negativas*”, como, por ejemplo, la prohibición de expulsión de personas refugiadas, el mismo *non refoulement*.

¹ Refiero a la parte “III” del apartado “G” de la sección segunda del capítulo cuarto.

B. Otfried Höffe y los derechos fundamentales según la filosofía política:

Desde el siglo XIX, la filosofía cedió la labor de delimitación de la noción de justicia y el análisis de la legitimación del Estado, a los juristas tradicionales, quienes únicamente se preocuparon por los problemas sustantivos que implican los conceptos, hasta ese entonces elaborados, de justicia. Reaccionando ante algunos dogmas no científicos del lenguaje jurídico y la falta de fundamentación de los enunciados éticos, la filosofía volvió a retomar su competencia disciplinaria para hacer nuevas y refrescantes reflexiones y críticas en torno al papel de la justicia y el Estado, principalmente dirigidas hacia la corriente jurídica occidental que vincula todo el discurso normativo y ético, a partir de la segunda mitad del siglo XX: los derechos fundamentales (especialmente los derechos humanos, según la clasificación del profesor Ferrajoli).

Otfried Höffe, quien nació en Leobschütz, Alemania en 1943, actualmente es un reputado especialista en la filosofía moral de Aristóteles y en el pensamiento de Kant, y que, además de esta formación filosófica clásica, posee un amplio conocimiento de la filosofía política contemporánea. Esta orientación política de la filosofía, es precisamente la que retoma su rol en la crítica y escudriñamiento de la causa última de la justicia en manos del Estado y la manera en que afecta su concepción actual a las libertades individuales. Preliminarmente, Höffe sostiene que, según la filosofía política, los seres humanos no sólo necesitan conocer el fundamento institucional del orden coactivo del Estado, sino que, además, tienen el legítimo y comprensible interés en que dicho orden esté conformado de acuerdo a principios universalmente justificables, y no arbitrarios, inventados "*al calor del capricho*".

I. Constante crítica moral sobre la justicia política:

A partir de las formas políticas clásicas de organización del Estado en la antigua Grecia, ya parecía inaceptable y poco prudente aplicar determinada forma "*prefabricada*" de gobierno, sin que previamente se le sometiese a evaluación sobre el posible desencadenamiento de perjuicios mayores a los experimentados en la situación actual que necesitaba ajustes, es decir, si esa fórmula de gobierno

tendía potencialmente a crear injusticias. De esta forma, y desde la antigüedad, *“las relaciones políticas son sometidas a discusión conceptual-argumentativa y se convierten, así, en objeto de crítica filosófica.”*¹

Es así pues, que la idea de justicia política contemporánea, enfrascada en las leyes y la organización estatal, es sometida a crítica, la cual, desde la perspectiva de Höffe, debe ser una crítica de carácter moral. Esto debe ser así, ya que la justicia política plantea también un aspecto de moralidad inserto en el derecho y en el Estado como fuerza coercitiva de organización civil. *“Por medio de ella (la moral) se discriminan las formas legítimas del derecho y del Estado de las no legítimas, de manera que la justicia política constituye el elemento fundamental de una crítica moral de tales instituciones.”*²

Höffe retoma la alegoría de Leviatán, gigante *cuasi* filisteo que utilizó Thomas Hobbes (1588-1679) para representar el poder absoluto del Estado y su omnipotencia. Las fibras musculares y las extensiones neurológicas de este gigante soberano no son más que sujetos ordinarios, mujeres y hombres como nosotros, que extienden sus brazos y se unen unos con otros; individuos que, según Hoppes, encuentran su plena realización en el Estado todopoderoso, en este ser ficticio pero a la vez aplastante y poderoso; Höffe recuerda también el carácter dual de Leviatán, quien no sólo empuña en una mano su don de mando, símbolo de su poder, siendo que en la otra empuña fielmente el cayado del pastor, el báculo del guía y del protector.

El mismo Estado, el Leviatán, es equilibrado: el comandante en jefe y el pastor; ambas facetas regidas por el derecho y la legitimación, elementos que son sometidos a crítica bajo la rúbrica de la justicia política, objetos de la filosofía política, especialización filosófica que no es más que la crítica ética de la relación entre Leviatán y los individuos que lo conforman y los que se ven afectados por su poder.

Resulta, pues, necesario para la filosofía política buscar las condiciones y criterios para la existencia del *“poder justo”*, distinguiendo para ello las formas

¹ Höffe (Otfried). *Justicia Política*. Introducción de Juan Carlos Velasco. Editorial Paidós. I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona-España. 2003. Página 43.

² *Ibidem*.

justas e injustas del poder estatal, identificando a la vez los límites de Leviatán, conformados por los argumentos morales que crean las barreras entre los “antojos” del gigante y los derechos de los “pequeños hombrecitos” que viven en sus dominios: eh aquí, para la filosofía política, el punto de partida para el fundamento y edificación de los derechos humanos: “En el ámbito de la justicia política hay que tomar en consideración ambos distanciamientos y volver a reconciliar, por una parte, la filosofía con la teoría del derecho y del Estado y, por otra, ambas con la ética. Sólo de esta manera se puede estar otra vez en condiciones de limitar los poderes del Leviatán, desde una perspectiva moral y proporcionar argumentos racionales a favor de dicha limitación.”¹

II. La legitimación “normativa axiológica” del Estado:

Como se indicó anteriormente, uno de los principales puntos sometidos a crítica por parte de la filosofía política, es la legitimación del Estado para configurar normativamente la relación entre sí y los individuos. Por ejemplo, aplicado al caso de la relación refugiados-poder estatal, con la filosofía política se pueden trazar puntos de crítica para medir el grado de legitimación del Estado para denegar una solicitud de reconocimiento como refugiado, o determinar el cese de la protección internacional, vulnerando así el *non refoulement*.

Este problema de la competencia coercitiva, de la legitimación estatal, debe enmarcarse dentro de una dimensión moral, es decir, en palabras de Höffer, dentro de una “dimensión de justicia”.² Resulta necesario verificar la semántica aplicada a este caso: la legitimación implica acreditar o probar la conformidad de esta competencia coercitiva, de acuerdo al derecho y la moral; es decir, plantear su adecuada justificación en torno a lo justo y lo moral. Esta justificación tradicionalmente se ha hecho mediante la remisión a normas pertinentes, tanto las del ordenamiento jurídico aplicable, como a las normas de alcance universal (*ius cogens*).

¹ Ibidem. Página 46.

² Ibidem. Página 76.

Sin embargo, no basta un análisis jurídico positivista de la legitimación del Estado para ejercer coerción social; el respaldo de la taxatividad y del principio de legalidad de las actuaciones públicas para limitar las libertades individuales y colectivas, no es el punto de análisis de la filosofía política. Ésta va más allá y se concentra en una legitimación crítica, también denominada por Höffer como legitimación “*normativa axiológica*”, a partir de argumentos pre y supra positivistas. El análisis de estos argumentos valorativos develará si es mejor o peor vivir en sociedad bajo la coerción que ejerce el Estado y que limita a los individuos. Además, dirá si el Estado tiene la suficiente legitimación para ejercer dicha coerción, cuando los elementos a favor de ésta sean mayores a los elementos en su contra. “*Si consideramos los argumentos a favor como beneficios y los contrarios como costes, la cuestión de la legitimación se resuelve en un balance de costes y beneficios.*”¹ Para ello, se deben tener en cuenta tres tipos de costes, o beneficios, según la perspectiva y el resultado final: estos son, de carácter técnico, pragmático y moral (relativo a la justicia).²

III. No basta la legitimación normativa ni la pragmática individualista:

El análisis de los tres niveles es imprescindible para la filosofía política: el origen de la coerción que ejerce el Estado necesita ser legitimada, respaldada satisfactoriamente, ya que limita las libertades individuales (incluyendo la libertad de buscar protección internacional en caso de persecución); libertades individuales que encierran la esencia misma del significado del ser humano: el libre albedrío. Y esta legitimación no resultaría suficiente únicamente basándose en el primer nivel de análisis, el técnico, entendido mejor como normativo positivista. La letra de la ley no le da, por sí misma, ningún derecho ni legitimación suficiente al Estado para ejercer coerción, porque, como dice popularmente nuestro pueblo, el Estado “*puede decir misa*”, que puede crear normas positivas arbitrarias, sin ningún sustento de justicia política.

¹ Ibidem. Página 78.

² “*En consecuencia, una institución social como el derecho y el Estado puede ser considerada ‘buena’, o ‘legítima’ en tres sentidos: técnico, pragmático (social) o moral.*”. Ibidem.

*“Mientras que los argumentos técnicos y estratégicos por sí mismos no proporcionan una legitimación política suficiente, sí pueden hacerlo los argumentos pragmáticos (...)”*¹ o socialmente necesarios. Es decir, que la coerción aplicada por el Estado sí podría tener mayores niveles de legitimación cuando se logre demostrar que ésta proporciona mayores beneficios a los individuos que, a la vez, se ven limitados o afectados por su presencia que por su ausencia. Al mostrarse el Estado y su fuerza coercitiva más ventajosa que perjudicial, éste quedará llanamente visado para ser titular de la limitación a los derechos individuales, que, en términos pragmáticos, podría utilizarse para proteger otros derechos individuales, lo que en términos cristianos podría resumirse así: *“que yo disminuya para que el otro crezca.”*

Sin embargo, este segundo argumento apenas dará una legitimación llanamente satisfactoria, porque siempre resultará controvertido el análisis posterior del lugar donde radica ese bienestar o beneficio para los individuos ante la coerción del Estado. Conceptos como *“auto conservación”, “tranquilidad”, “felicidad”,* no siempre son justificaciones cabales para legitimar la existencia de un perjuicio para algunos y el beneficio o otros. En base a la escala de la felicidad o la tranquilidad como bienestar, *“resulta muy difícil realizar el balance de costes y beneficios necesarios para la legitimación pragmática de la coacción social”*², asegura Höffe.³

Los conceptos de felicidad, de bienestar, etc, continuarán siendo heterogéneos, insuficientes, insatisfactorios y poco legitimadores para sostener la coerción en manos del Estado sobre pilares sólidos, capaces de ofrecer la necesaria justificación social para el sacrificio de la libertad de unos y el crecimiento de ésta para los otros. Hasta ahora, hablar de un fundamento pragmático de felicidad y bienestar, no sustenta el origen y razón de ser de los

¹ Ibidem. Página 79.

² Ibidem. Página 80.

³ Por ejemplo, argumentar que una deportación o expulsión de un solicitante de refugio se lleva a cabo en base a la felicidad y tranquilidad (tremendamente subjetivas) del jefe del departamento de refugiados de determinada dirección nacional de migración y extranjería, únicamente porque el solicitante *“le cayó mal”* o *“tiene pinta de delincuente”*. De modo tal que se limita a libertad el solicitante extranjero de buscar protección internacional en el país de refugio, para aumentar o garantizar la libertad del jerarca de sentirse bien y no tener que lidiar con personas que le caen mal.

derechos más básicos de los individuos y la potestad y deber del Estado para protegerlos.

Pero estos efectos sólo se han visto en términos del individuo, de la felicidad y beneficio particular. Cuestión que colisiona con los efectos generales, no particulares, de la coerción estatal, porque ésta afecta a, como mínimo, un grupo social, y no se justifica de cara a los individuos por separado. Pensar únicamente en el bienestar o la felicidad particular, asegura Höffe, complica la legitimación y hace que resulte insuficiente la perspectiva normativa exclusivamente pragmática, situación que sería incompatible con el tercer ámbito de análisis de la legitimación estatal frente a la limitación de las libertades públicas para justificar la protección de otros derechos básicos; es decir, que desde el punto de vista moral, no es legítimo el bienestar individual para justificar la coerción aplicada sobre todos.

IV. Pragmatismo¹ del beneficio colectivo:

Pero el argumento de los costos y beneficios no necesariamente debe ser del todo desechado. Eliminando las ventajas individuales, extremadamente subjetivas y difíciles de medir, bien podría hacerse un balance entre la coerción estatal de cara a conceptos colectivos como *“bien común”* o *“interés social”*, más acordes con la justicia política defendida por Höffe. *“Cabría pensar en un primer momento que en el caso de un grupo bastará realizar un balance social de costes y beneficios en lugar de uno individual; (...) En este marco resultan legítimos un derecho y o un Estado o, en general, una institución social, en la medida en que contribuye al bien de la comunidad correspondiente: salus populis supreme lex.”*²

Este punto de análisis para legitimar la acción coercitiva del Estado, a pesar de su virtud argumentativa en comparación con el punto de vista técnico positivista y pragmático individualista, en ciertas situaciones resultaría medianamente suficiente y el problema de la legitimación necesitaría adicionales

¹ *“Método filosófico según la cual el único criterio válido para juzgar la verdad de toda doctrina científica, moral o religiosa, se ha de fundar en sus efectos prácticos. Propensión a adaptarse a las condiciones reales.”* Real Academia Española. Obra citada. Página 1652.

² Höffe (Otfried). Obra citada. Página 81.

replanteamientos y matices. Por ejemplo, no se debe perder la perspectiva sobre las diferencias existentes entre los distintos grupos sociales; resulta utópico pensar en una colectividad cien por ciento homogénea, ya que la misma libertad y demás derechos fundamentales, meollo de toda esta discusión sobre la legitimación estatal, producen diferentes colores de opinión, religión, cultura, etc.

Pero eso requerirá el análisis de cada caso en particular. Por el momento, puede decirse que el enfoque colectivo del bienestar resulta suficiente (en términos generales, como criterio básico que eventualmente necesitaría “*tropicalizarse*”) para legitimar la coerción social, para dar fundamento primario y básico a la existencia de derechos fundamentales, entre ellos los humanos según lo explica el profesor Ferrajoli, que nacen de la reciprocidad entre la renuncia de libertades de unos y la reivindicación que hace el Estado para con las libertades oprimidas ilegítimamente de otros.¹

En suma, Otfried Höffe presenta el fundamento de los derechos humanos (fundamentales en general) como reflejo de una legitimación del Estado y de su competencia coercitiva, sustentada sobre la idea de la justicia política, conseguida principalmente con una medición positiva entre las ventajas y las desventajas de llevar, por un lado, una vida social limitada por la presencia el Estado pero que, a la vez, ofrece protección y seguridad jurídica, y, por otro lado, una vida inmersa en el “*estado de la naturaleza*”.

C. Los derechos fundamentales y las “*fundamentaciones teóricas de las libertades*”:

Mauricio Fioravanti (1952), uno de los máximos exponentes europeos de doctrina constitucional actual, y perteneciente a la llamada Escuela de Florencia, especializada en historia del derecho y en el estudio del pensamiento jurídico

¹ Por lo menos, en términos aplicados al *non refoulement*, en comparación con términos extremadamente subjetivos como felicidad o tranquilidad de un oficial de fronteras prejuicio, o simplemente porque “*las tablas de la ley*” así lo ordenan, sin mayores consideraciones, podría decirse que el cese del estatus migratorio de excepción del refugio sería más legítimo (o menos ilegítimo, como se quiera ver) si obedece a un interés social mayor ante la delincuencia evidente y manifiesta de un refugiado, por ejemplo. Cada caso requiere un análisis exhaustivo y particular, pero resulta aceptable partir de fundamentos colectivos como “*bien común*” o “*interés social*” para una eventual vulneración (cercana a ser) legítima del principio de no devolución, en estricta aplicación de las cláusulas de cesación del artículo primero de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951.

constitucional europeo, desarrolló el análisis histórico y filosófico de las denominadas “*fundamentaciones teóricas de las libertades*”. Son tres formas de abordar las causas últimas que sustentaron los sucesos históricos, jurídicos y políticos que condujeron nuestra concepción actual de los derechos fundamentales, incluyendo los derechos humanos. Ninguna de ellas rige con supremacía y exclusión por encima de las demás.

Son útiles herramientas que contribuyen a expandir el conocimiento y la comprensión de la actual teoría de los derechos fundamentales; sometidas a una aplicación particular, las tres fundamentaciones resultan útiles para predicar y justificar el carácter supremo del principio de no devolución de personas refugiadas, sol temático alrededor del cual circundan las presentes exposiciones filosóficas de los derechos fundamentales.

I. Fundamentación historicista: la fuerza imperativa de la historia.

La primer fundamentación de las libertades individuales que propone Fioravanti es la llamada “*doctrina*” o “*fundamentación historicista*”, cuya principal tesis defiende la indisponibilidad de los derechos de los individuos por parte del poder político. Se trata de concebir el desarrollo y fundamento de las libertades, según la ubicación que se haga de ellas en la historia, y, una vez situadas, abstraerlas o separarlas, lo más posible, “*de las intromisiones arbitrarias de los poderes constituidos.*”¹

De esta forma, esta posición historicista propone a las llamadas “*libertades civiles*”, como las más básicas y más fundamentales de todo el elenco de derechos que ostenta el individuo, incluyendo el derecho más básico, por excelencia, de las personas desplazadas en busca de protección internacional: el *non refoulement*. Estas libertades, según el pensamiento de Fioravanti, se ejercen por medio de una capacidad de obrar exenta de todo impedimento u obstáculo, dentro de una esfera delimitada y autónoma frente al poder estatal constituido.

¹ Fioravanti (Mauricio). Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Editorial Trotta. Cuarta Edición. Madrid-España. 2003. Página 26.

La fuerza imperativa de estas libertades negativas, como también las denomina Fioravanti, se explica mejor con el concepto de los derechos adquiridos por el uso y el tiempo, es decir, por su ejercicio a través de la historia (de ahí el término “*historicista*”). Y para ser consecuente con su propuesta, Fioravanti ofrece su propio ejercicio de situar el nacimiento conceptual de estas libertades negativas, para entender mejor su desarrollo y su fundamento filosófico e histórico, en un momento dado de la vida europea, justo en el tiempo de constitución y consolidación del Estado Moderno, suscitado entre la extinción del Estado Absoluto y el futuro advenimiento del Estado de Derecho.

En este Estado Moderno, con propiedad puede declararse la plena existencia del verdadero sujeto político que reúne en sí las potestades de imperio, capaz de realizar esas “*intromisiones arbitrarias de los poderes constituidos*”, y que, sin embargo, obedeciendo a su origen revolucionario (la caída del antiguo régimen europeo), era influenciado por la necesidad social, histórica y jurídica de circunscribir y tutelar las libertades de los individuos en instrumentos normativos positivistas (por ejemplo, la Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano y la Declaración de independencia de las colonias británicas en Norte América).

Al concebir el origen de estas libertades de forma abstracta con respecto a las intromisiones del poder constituido, se logra individualizar una norma general, un derecho objetivo radicado en la costumbre, en la historia, en la naturaleza de las cosas que asigna a cada uno sus derechos y deberes. Cada uno reclama para sí su esfera de autonomía, sus derechos adquiridos, confirmados y establecidos por el uso, por el tiempo, adquiriendo la misma fuerza normativa que brinda la costumbre. Es decir, la fundamentación historicista de las libertades, incluyendo la libertad básica de buscar protección internacional en territorios extranjeros, predica el origen de éstas en la esencia de un “*ius involuntarium, que radica en las cosas, y que, por lo tanto, no depende de ningún poder constituido*”¹, en su existencia y determinación.

¹ Ibidem. Página 29.

Fioravanti señala además que, a diferencia de la Edad Media, e incluso durante la vigencia de los Estados Absolutos estamentales (rey, nobleza, clero, y el resto del “*populacho*”), los derechos fundamentales, las libertades tuteladas con el advenimiento del Estado Moderno revolucionario, son aplicados a los individuos precisamente por ser individuos. Anteriormente existía cierto reconocimiento de derechos para los individuos, eso no se puede negar, pero únicamente los ostentaban en el tanto pertenecieran a algún grupo social o estructura corporativa, patrimonio feudal o comunidad. Esos derechos pertenecía al individuo únicamente si éste estaba inmerso en una esfera colectiva pero, a la vez, unitaria y jurídicamente reconocida y protegida como un conglomerado, con excepción del rey como concentración unipersonal del poder.

II. Fundamentación individualista:

Fioravanti afirma que esta segunda fundamentación o sustento histórico-filosófico de las libertades individuales, también nace en la época revolucionaria del siglo XVIII en Europa, con el advenimiento del Estado Moderno. A pesar de coincidir en el tiempo con la fundamentación historicista, y recordando que Fioravanti no postula la exclusión entre ambas, la doctrina individualista no se apoya en la no intromisión arbitraria el poder constituido (mediante la tradición europea de la limitación al “*poder de imperium*”), sino en la destrucción radical del “*antiguo régimen*” y de la forma feudal de gobierno y sociedad, en la que, como ya se indicó, los individuos ostentaban ciertas libertades jurídicamente protegidas según su pertenencia a determinado grupo o comunidad, propio de un “*orden estamental del derecho*.”¹

Como ya se indicó, el fundamento histórico-filosófico de esta segunda fundamentación de las libertades, coincide en tiempo y lugar con la más grande concentración de poder: Estado Moderno, de la mano de su legislador

¹ Por orden estamental del derecho, Fioravanti entiende “*aquel tipo específico de orden característico del medievo, en el cual los derechos y deberes son atribuidos a los sujetos según su pertenencia estamental. Tenemos así no sólo la imposibilidad lógica, además de histórica, de los derechos del hombre, o del ciudadano, o de la persona, abstractamente entendidos, sino también un derecho que concretamente impone regímenes jurídicos distintos según la pertenencia estamental: una propiedad de nobles, una de burgueses ciudadanos y una de labriegos.*” Ibidem. Página 36.

revolucionario ilustrado, quien consagró, como el deber más importante de las constituciones nacionales modernas, la garantía de la libertad y de los derechos frente a la arbitrariedad del poder, utilizando precisamente esta magna concentración de poder, el cual se encontraba disperso, manoseado e infectado por múltiples focos de corrupción previa a esta concentración. Leviatán nuevamente se levantaba sobre una única superficie sólida, ahuyentando a los ambiciosos sátiros del poder.

Esta concentración tiene nueva conciencia sobre la dimensión y la función del poder estatal, y libera al individuo de las antiguas sujeciones del régimen estamental, reconociéndolo ahora como titular de derechos, individualmente, por sí mismo, y no por su membresía a determinada comunidad social. Siendo entonces un solo poder que gobierne igual para todos. En base a dicha única concentración, nace un derecho armónico, consecuente y equilibrado, suscitado entre el individuo y su relación con el único "*imperium*": el derecho supremo de rechazar toda pseudo autoridad diferente al Estado, titular único y concentrado del poder, de la capacidad normativa y de la coacción social.¹

En suma, el origen, el fundamento filosófico e histórico de la actual teoría de los derechos fundamentales, incluyendo derechos básicos, pero a la vez especializados, como el *non refoulement*, radica en el empleo autónomo de la libertad individual que se ve auto garantizada en el Estado, máxima concentración del *imperium*, quien debe ser garante de la igualdad, del restablecimiento y la continuidad de la libertad personal. En términos contractualistas e idealmente democráticos, diríamos que los individuos ceden parte de su libertad por medio del consenso, en concierto armonioso del desprendimiento de las libertades individuales, para crear un único poder político, el mismo Estado, capaz de ejercer coacción social, sujeto jurídicamente ficticio encargado de velar por todos y para el beneficio de todos.

¹ Aplicado al *non refoulement*, la fundamentación individualista bien podría utilizarse para reafirmar la exclusividad del Estado para ejercer el control de legalidad de los procesos de reconocimiento del estatus de refugiado y la potestad reglada de rechazar solicitudes y vulnerar legítimamente la prohibición de devolución. Siendo entonces inalcanzables dicha potestad y reconocimiento para cualquier ente privado ajeno al poder estatal. Nadie, fuera del Estado, puede reconocer el estatus del refugiado ni decidir sobre el cese de dicho estatus.

No es la historia, ni el uso ni la costumbre del ejercicio reiterado de derechos y libertades, sino la existencia de la autoridad suprema del Estado; cuestión que, en principio, nos haría identificar la doctrina individualista con la tercera de ellas que aun falta por desarrollar, pero que, según su postulante Maurizio Fioravanti, no poseen identificación alguna, más bien son distintas, como se verá a continuación.

III. Fundamentación estatalista:

Esta es la tercer doctrina o fundamentación histórico-filosófica que plantea Fioravanti para fundamentar la existencia actual de las libertades individuales como derechos indisponibles y supremos, incluyendo el *non refoulement*. Su visión de Estado y el papel que desempeña éste en relación con las libertades individuales, es totalmente diferente a la postulada por las doctrinas individualista e historicista. Esta vez, la fundamentación estatalista no ve la necesidad tradicional (europea) de limitar el poder del Estado para que existan libertades, ni tampoco lo concibe únicamente como la máxima concentración del "*imperium*", sino que va más allá.

Aquí, el Estado debe ser más que un instrumento de tutela; es la condición necesaria, el requisito *sine qua non* para el nacimiento efectivo de derechos y libertades individuales; para que éstos sean auténticas garantías y expectativas jurídicas subjetivas que ostentan las personas. Esta posición es la antítesis de la doctrina individualista, la cual considera como una acción anterior a la creación del Estado (Moderno), el desprendimiento de la libertad individual para crear una autónoma concentración de poder con capacidad de proteger a sus artífices, un arma jurídica de tutela y garantía de seguridad. La visión estatalista va en sentido contrario. Las libertades no son anteriores al Estado, no lo engendran, sino que éste las engendra.

Y, al igual que las anteriores doctrinas o fundamentaciones, la estatalista puede encontrarse a partir del derrumbamiento del antiguo orden estamental y el afloramiento de las ideas propias de la cultura y la filosofía que edificaron el Estado Moderno, especialmente respaldado por los aportes del filósofo político

ingles Thomas Hobbes (1588-1679), interpretado desde una óptica diferente, no tradicional. Resulta paradójico: tradicionalmente, Hobbes es abordado como uno de los más grandes acérrimos representantes del contractualismo social, eminentemente enraizado en la fundamentación individualista. Según Hobbes, el hombre en “*estado natural*” es un ser salvaje y egoísta, conductas que son inhibidas cuando se establece la vida en sociedad y surge el Estado (éste es posterior a las libertades). Sin embargo, la sumisión de los individuos a éste sólo puede nace del temor y de las medidas coercitivas que impone la fuerza estatal, originada de un contrato para vigilar y reprimir los impulsos salvajes propios del “*estado de la naturaleza*”.

Pero, en el caso propuesto por Fioravanti, el “*bellum ominium contra omnes*” de Hobbes (la guerra de todos contra todos, el irrestricto uso de al libertad que puede perjudicar terceros y que finalmente mueve a organizarse políticamente por medio del Estado) es reinterpretado por la fundamentación estatalista al prescindir ésta del derecho natural preexistente al Estado. Ahora, el “*bellum ominium contra omnes*” implica la ausencia de libertad (garantizada o tutelada). Esta noción de libertad, valga la redundancia, libre y segura, sin peligro de ser suprimida por otro “troglodita suelto” e irrefrenable en sus instintos, únicamente existe gracias a la fuerza impositiva de una organización social de carácter político, único ente o medio organizacional capaz de delimitar y orientar las expectativas jurídicas subjetivas, positivas y negativas.

“No existe por lo tanto ninguna societas antes del único y decisivo sometimiento de todos a la fuerza imperativa y autoritativa del Estado: la societas de los individuos titulares de derechos nace con el mismo Estado, y sólo a través de su presencia fuerte y con autoridad.”¹

Pues bien, como bien lo concibió Mauricio Fioravanti, ninguna de estas tres fundamentaciones o doctrinas teóricas de las libertades, pretenden excluirse entre sí; todo lo contrario, se complementan para formar así un sustento teórico para entender, en un marco de histórica aderezada con filosofía, el camino que nos ha conducido hasta los niveles de construcción actuales de la teoría de los derechos

¹ Ibidem. Página 48.

fundamentales. Un sustento teórico que ofrece tres rostros, tres puertas que nos llevan hacia un camino único: la supremacía y la indisponibilidad de los derechos más básicos de los individuos y necesarios para vida organizada alrededor del Estado, sea que éste se entienda como previo, posterior o consustancial a las libertades individuales.

D. Los derechos fundamentales según la teoría de los “*status*” de Jellinek:

Georg Jellinek (1851-1911), jurisconsulto alemán, autor de varias obras sobre filosofía del derecho y ciencia jurídica, y profesor en las universidades de Basilea y de Heidelberg, desarrolló la llamada “*Teoría del Status*”, enmarcada dentro de las distintas posiciones que se han esbozado sobre la naturaleza jurídica del “*derecho fundamental*”. Sin más rodeos, cabe decir que Jellinek sostiene la existencia de diferentes “*status*” o relaciones directas del sujeto frente al Estado. Concretamente, Jellinek habla de cuatro relaciones o estatus:

I. Estatus pasivo: la sumisión.

También denominado “*status subiectiones*”, surge a partir del sometimiento del sujeto con respecto al Estado, basado en una relación de obligaciones y prohibiciones que el primero debe cumplir y respetar, en una vida social y civilizada administrada por el segundo. Esta posición asume la existencia de una relación sostenida a partir de la “*sumisión al Estado, (...) dentro de la esfera del deber individual.*”¹ Simplemente significa que existen mandatos jurídicos y prohibiciones de diversa índole, dictados por el Estado de forma legítima, digamos, democráticamente, con la justa competencia² para afectar la esfera individual de las personas.

Sostiene Jellinek que este estatus o relación jurídica, permanece estable aun cuando surgen modificaciones en los mandamientos o prohibiciones que, dentro de una legítima y democrática competencia, el Estado puede dictar y que

¹ Wolf (H.J.) y Bachof (O). *Verwaltungsrecht*. Volumen I. Página 32 IV a. Citado a su vez por: Alexy (Robert) *Teoría de los derechos fundamentales*. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. España. 2001. Página 249.

² Posteriormente se analizará la posición de Karl Larenz con respecto a estos temas sensibles de “*competencia justa*” y “*legitimación*”. Por ahora, no entraremos a analizar estos términos en el pensamiento de Jellinek.

afectan al individuo. Es más, dicho estatus dejará de existir únicamente si se derogan todas estas prohibiciones. Por ende, sólo un supuesto de hecho es necesario para determinar la posición pasiva, subordinada, del sujeto frente al poder estatal: la existencia de cuanto menos una sola restricción.

Esta inmutabilidad del estatus pasivo frente a las modificaciones de los mandatos o prohibiciones que determinan su existencia, necesariamente abre la posibilidad de separar, por un lado, el contenido, y, por otro, el objeto de este estatus. Esta separación de Jellinek encuentra eco en destacados filósofos del derecho, como el alemán Robert Alexy¹, quien confirma que este contenido puede ser identificado con la puntualización de un haz de posiciones del tipo indicado.² Es decir, que existen diferentes contenidos en el estatus pasivo de un solo individuo frente al Estado; en tanto que el objeto permanecerá invariable y constante, sin importar el contenido, el tipo de prohibición y la forma en cómo se ejecuta ésta por parte del Estado. Por ejemplo, la prohibición más sencilla de entender: “no matarás”. El contenido de esta prohibición podrá variar en cuanto a los términos de la pena que el infractor debe cumplir por violar esta prohibición, o las situaciones agravantes que se le puedan añadir; pero el objeto siempre será el mismo: la protección de la vida humana y su valor superior.³

¹ Robert Alexy está considerado entre las principales personalidades del pensamiento jurídico. Su tesis doctoral “*Teoría de la Argumentación Jurídica*”, publicada hace más de 25 años y traducida a numerosos idiomas, le sitúa entre los grandes expertos mundiales en filosofía del Derecho. Desde que fue publicada su tesis se convirtió en una de las obras más influyentes en su materia.

² “Por lo tanto, el concepto de *status pasivo* es una abstracción de determinadas posiciones totalmente describibles con la ayuda de modalidades presentadas y, en este sentido, reducibles a las modalidades normativas”, afirma Alexy (obra citada, página 250). Esto, porque Jellinek concibe el “derecho fundamental” como un haz de posiciones de diferente contenido y estructura, el elemento variable del estatus pasivo. Por ello, se clasifica la teoría de los estatus de Jellinek dentro de las llamadas “*posiciones totales abstractas*”, capaces de separar o abstraer el contenido del objeto de las relaciones individuo-Estado.

³ En el caso del *non refoulement*, esta separación puede ser entendida de la misma forma a la prohibición del “no matarás”: pueden existir distintos contenidos o formas de regulación para garantizar la eficacia de la prohibición de devolución de solicitantes y titulares del estatus migratorio de excepción del refugio, pero el objeto de dicha prohibición, por más “adorno” legislativo o reglamentario que posea el instrumento jurídico legal que contemple el *non refoulement*, siempre permanecerá (o deberá permanecer) intacto: la protección de la vida, la libertad y la dignidad humana del extranjero que arriba al país de refugio en busca de protección internacional ante el peligro de la persecución.

II. Estatus negativo: la libertad jurídicamente irrelevante.

Comúnmente, en el ámbito de las obligaciones jurídicas, relacionamos el adjetivo “negativo” con “no hacer”, haciendo referencia a derechos que derivan de acciones prohibitivas para el Estado. Sin embargo, Georg Jellinek difiere de esta “tradición jurídica literaria”, y se refiere a un nuevo concepto de acciones negativas: “Al miembro del Estado le corresponde, pues, un status en el cual es señor, una esfera libre del Estado, que niega el Imperium. Es la esfera individual de la libertad, del status negativo, del status libertatis, en el cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción a través del acto libre del individuo.”¹ (...) Esta esfera individual, resume Jellinek, la forman “las acciones de los súbditos jurídicamente irrelevantes para el Estado.”²

El sentido de estas acciones jurídicamente irrelevantes para el Estado, lo vemos si éstas no llega a producir un efecto relevante para el mismo ordenamiento jurídico. Jellinek dio varios ejemplos bucólicos: disfrutar de la cerveza que compramos honestamente en la licorería, o salir a correr en una tarde dominguera de verano. Esta irrelevancia ante el Estado, entendida como una liberación de todo efecto jurídico, en palabras de Alexy, “es lo mismo que la libertad jurídica no protegida.”³ Son los actos humanos que subyacen en el limbo ubicado entre lo permitido y lo prohibido por el ordenamiento jurídico.

En concreto, este estatus se puede caracterizar por la existencia de “derechos de no impedimento frente al Estado, es decir, con respecto a lo que comúnmente es llamado ‘derecho de defensa’ ”.⁴ Por ejemplo, bajo este enfoque se puede comprender la existencia de un “status libertatis”, sinónimo empleado por Jellinek para este estatus negativo, como el derecho que tiene el individuo de ser reconocido como ser libre, y ninguna autoridad estatal está legitimada para perturbar esa libertad “no prohibida”, ni tampoco ordenada. Y, al igual que en el caso del estatus pasivo antes visto, el negativo también puede ser abstracto,

¹ Jellinek (Georg). *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Página 87. Citado por Alexy. Obra citada. Página 251.

² Ibidem. Página 104.

³ Alexy. Obra citada. Página 252.

⁴ Ibidem.

siendo que su contenido puede variar, pero su objeto siempre seguirá siendo el mismo: la libertad individual jurídicamente irrelevante.

III. Estatus positivo: capacidad jurídica para exigir la acción estatal.

Llamado por Georg Jellinek también "*status civitatis*", es una situación especial en la relación individuo-Estado en la que a las personas se les reconoce cierta capacidad jurídica mínima para exigir de las instituciones de la nación, la reivindicación de sus derechos. En palabras de Jellinek, "*en este status es colocado el individuo a quien el Estado le reconoce la capacidad jurídica para reclamar para sí el poder estatal, para utilizar las instituciones estatales, es decir, otorgar al individuo pretensiones positivas.*"¹

Bien se pueden entender esta posición de Jellinek cuando el Estado facilita los medios y las garantías jurídicos necesarios para la ejecución de las pretensiones positivas de los individuos frente al Estado; este caso da a suponer, por un lado, la existencia constante de un derecho, una expectativa de reivindicación a la situación deseada legítimamente por el individuo frente al Estado; y, por otro lado, implica precisamente esa legitimación o imposición competente del individuo para su exigencia, siendo esta competencia, según Jellinek, la condición única y necesaria para que el individuo transite por este "*status civitatis*".² Ambos sentidos pueden reunirse en la equiparación de este estatus positivo con "*la capacidad jurídica protegida para exigir pretensiones positivas del Estado.*"³

IV. Estatus activo: competencia ciudadana.

Este es el cuarto estatus jurídico que plantea Georg Jellinek para sostener el origen del "*derecho fundamental*" que puede surgir en la relación de los

¹ Jellinek. Obra citada. Página 121. Citado por Alexy. Obra citada. Página 256.

² Resulta más que clara la perfecta ubicación del *non refoulement* dentro de este "*status civitatis*": el individuo, a pesar de ser extranjero, cuenta con la legitimación y capacidad jurídica suficiente (según lo amerita la situación de persecución vivida) para reclamar del Estado de refugio, la ignición de la maquinaria estatal que le brinde y garantice protección internacional mientras se reconoce efectivamente su estatus migratorio de refugiado, y de continuar prestando dicha protección internacional una vez reconocida dicha condición. El refugio, como tal, puede verse como una pretensión jurídica positiva de los individuos (extranjeros) en su relación con el Estado que les brinda protección internacional.

³ *Ibidem*.

individuos frente al Estado, ya sea de forma pasiva, negativa, positiva, y ahora activa, o, como también se le conoce, dentro del “*estatus a la ciudadanía activa.*” Jellinek ya planteó el origen del derecho básico mediante el mandamiento o prohibición de afectar al individuo; en los actos individuales no prohibidos ni ordenados; en la competencia para exigir derechos frente al poder estatal; y ahora lo hace con respecto a otro tipo de competencia, no para exigir, sino para ejercer la ciudadanía activa. “*A fin de que el individuo sea colocado en este status, tiene que ‘otorgársele capacidades que se encuentran fuera de su libertad natural’, por ejemplo, el derecho al sufragio.*”¹

Debe distinguirse esta “*competencia ciudadana*” a la competencia jurídica necesaria propia del estatus positivo. Si se fusionasen sin distinción alguna, podría pensarse que la competencia, por ejemplo, para celebrar contratos, derivaría de la relación ciudadano-Estado que subyace en el estatus activo, y esto no es acorde con las intenciones de Jellinek, quien sostuvo que, dentro de este estatus, sólo deben derivarse las libertades individuales que generan algún tipo de participación directa con la dirección del Estado, que contribuyan a orientar la voluntad estatal.²

Este estatus activo converge de forma más evidente con los otros tres estatus; por ejemplo, el ejercicio de la competencia ciudadana, de esta participación en la dirección del Estado, como el sufragio, siempre estará ordenada o prohibida (el caso de los menores de edad y los extranjeros), siendo una vinculación más que estrecha con el estatus pasivo. De igual modo, el ejercicio de estas competencias ciudadanas de participación estatal, pueden constituir una libertad jurídica no protegida, al ser la libre voluntad del ciudadano mayor de edad quien determina en última hora, volviendo al ejemplo del sufragio, si acude a las urnas electorales o no; fiel testimonio de esta vinculación del estatus negativo y activo lo vemos en los índices de abstencionismo electoral que se reflejan en nuestro país cada cuatro años. Lo mismo sucede con respecto al estatus positivo, ya que el ciudadano puede exigir su derecho al voto frente a las

¹ Ibidem. Página 260.

² En todo caso, en situaciones aplicadas como el *non refoulement*, resulta totalmente incoherente tal fusión, ya que la exigencia de la protección internacional, como pretensión jurídica positiva frente al Estado de refugio, procede de extranjeros que no ostentan la condición de ciudadano.

instituciones estatales, con plena competencia para pedir la debida garantía a este derecho fundamental, y con plena competencia ciudadana para ejercerlo y participar de lleno en el nuevo rumbo que el Estado podría tener como fruto de las elecciones.

E. Los derechos fundamentales desde la perspectiva de la filosofía analítica:

I. Estilos tradicionales de filosofar: continental y analítico.

Tradicionalmente, se han identificado dos tipos o estilos de hacer filosofía, de filosofar. El primero de ellos, es el que responde al nombre de "*Filosofía Continental*", estilo que atiende más al pensamiento filosófico basado en la historia y la tradición filosóficas estudiadas a través de clásicos como Aristóteles, Emmanuel Kant, Georg Hegel y Friedrich Nietzsche. Los filósofos continentales, a partir de este conjunto de tradiciones filosóficas, elaboran visiones del mundo y del pensamiento en torno a temas igualmente tradicionales como la epistemología y la ética.

El segundo "*estilo de filosofar*" tradicional, es el elaborado a través de la llamada "*Filosofía Analítica*", bautizada así por el alemán Gottlob Frege (1848-1925) a finales del siglo XIX, cuyos seguidores han apuntado a la búsqueda de la claridad y la precisión argumentativa, utilizando libremente las herramientas de la lógica identificadas con ciencias como la matemática y no tanto con las llamadas "*humanidades*". Los filósofos analíticos adoptan un paradigma de investigación en el cual, de forma individual, cada postulante aporta una pequeña solución para llegar al fondo de un problema filosófico reconocido como tal por cierta generalidad. Tienden a comprometerse con "*reglas de juego filosófico*" comunes para todos los que participan en la propuesta, procurando alcanzar dichas respuestas a temas humanistas, a través de un método científico, analítico, tradicionalmente no humanista.

II. Utilidad del estilo analítico:

A raíz de este método, más cercano a la objetividad de pensamiento, muchos han tachado el modo de filosofar analítico como aburrido, frío y calculador, lo cual no es necesariamente cierto. La filosofía analítica encuentra su riqueza en el planteamiento detallado y cuidadoso de preguntas clave, de la búsqueda de la clarificación objetiva de significados subjetivos, preocupándose por desarrollar una adecuada técnica argumentativa, pertinente y necesaria, probando y cuestionando los mismos puntos de vista que se aportan para llegar a la mejor solución de determinado problema o planteamiento. Y, por lo general, en temas como los derechos fundamentales (incluyendo los humanos, por supuesto), que atañen a la misma esencia de lo que se merece el ser humano por su condición de humano, es donde salta "*la grandeza, riqueza y sustancia intelectual de nuestro tema*"¹, el tema de la importancia y utilidad de la filosofía analítica.

III. Los derechos fundamentales no se dan por sentados: se crean, se actualizan, son dinámicos.

Así es: el tema de los derechos más básicos que tienen los seres humanos, ha sido introducido al esquema de pensamiento de la filosofía analítica, como un problema a resolver por medio de las ideas y discusiones de sus exponentes, quienes patrocinan nociones de estos derechos desde un punto de vista más allá de la existencia de normas positivas que los constituyen y los traen a la vida jurídica, siendo más bien invocados por una "*exigencia intelectual y plenamente iusfilosófica (y hasta moral) de trascender ese ámbito de lo meramente fáctico.*"² Por ejemplo, Herbert Hart³ (1907-1992) propuso que el más fundamental de estos

¹ Tyler (Burge). *Filosofía del lenguaje y mente: 1950-1990*. Revista Philosophical Review. Número 101. Sage School of Philosophy. Nueva York-Estados Unidos. 1992. Página 51.

² Beuchot (Mauricio) *Derechos Humanos, historia y filosofía*. Editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México D.F.-México. 1999. Página 9.

³ Herbert Hart, conocido también como H.L.A. Hart (Herbert Lionel Adolphus Hart) actualmente es reconocido como uno de los más influyentes filósofos del derecho más influyentes del siglo anterior, gracias a autorías como su teoría el positivismo jurídico, enmarcada dentro del pensamiento y método de la filosofía analítica. Además, fue profesor de jurisprudencia en la Universidad de Oxford.

derechos es la libertad, en contraposición con la igualdad ante la ley, defendida por Ronald Dworkin (1931)¹.

Éste último ha basado sus argumentación analítica en los trabajos de John Rawls (1921-2002), uno de los teóricos políticos más influyentes del pasado siglo, quien adopta un modelo de ética “*constructivista*”, la cual deja de suponer que los principios y leyes morales se encuentran intuitivamente en la realidad, contradiciendo el llamado “*modelo natural*” que da por sentado, por ejemplo, que la existencia de los derechos fundamentales ya está dada y sentada y que para que éstos existan en la vida jurídica, simplemente se deben reconocer. En cambio, según Rawls, éstos deben ser construidos, constituidos, de forma objetiva, al paso de la argumentación jurídica, la cual resulta flexible, adaptable y no estática, más bien dinámica conforme el devenir de los tiempos y las necesidades sociológicas.²

Los filósofos analíticos llegan a una concepción de que los derechos fundamentales, así como el derecho en general, deben ser concebidos apoyándose en la teoría política global que se tenga. Es la idea de un contrato original, ideado por una vinculación con una filosofía política basada en derechos, como bien lo proponía Thomas Paine (1737-1809), y no en fines ni objetivos como planteaba Aristóteles, ni en obligaciones como proponía Kant, pertenecientes al modo de filosofar continental:

*“Dentro del modelo constructivo, por lo menos, el supuesto de derechos naturales no es metafísico ni ambicioso. No exige más que la hipótesis de que el mejor programa político, dentro del sentido de dicho modelo, es el que considere fundamental la protección de ciertas opciones individuales, que no es adecuado subordinar a ningún objetivo o deber o combinación de ellos.”*³

¹ Ronald Dworkin actualmente es un renombrado filósofo estadounidense, profesor en University College London y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York. Se le reconocen especiales aportes a la filosofía del derecho, filosofía política y filosofía moral, especialmente por su teoría del “*derecho como integridad*”.

² Al respecto cabe citar a Mauricio Beuchot: “*Y es que a Rawls y Dworkin les preocupa que en el modelo natural no se podría hacer correcciones, no se podría dar marcha atrás, pues se supone que todo está dado y acabado. En cambio, lo que se necesita es poder hacer correcciones y mantener el equilibrio de manera dinámica. (...) Y el modelo natural permite poca diversidad y poco cambio.*” Obra citada. Página 10.

³ Dorkin (Ronald) *Teoría de la Justicia*. Editorial FCE. México.1985. Página 267.

IV. Igualdad, justicia y ontología moderada:

En la elaboración de la “*lluvia de ideas*”¹ de la filosofía analítica para determinar cual es el derecho fundamental, el más básico que ostenta el ser humano, encontramos, como ya se indicó, que Dworkin devela que el derecho natural primigenio no debe ser la libertad, como propuso Hart, porque es de construcción posterior a uno aún más fundamental: el derecho humano al trato igualitario, equitativo, sobre todo ante la ley del Estado, lo que responde más a la orientación política filosófica de Dworkin y Rawls: el igualitarismo, enfrentado con el liberalismo. En fin, esto es sólo un ejemplo del desarrollo de la filosofía analítica en torno a los derechos fundamentales.²

Siendo iusnaturalistas, Rawls y Dworkin ofrecen la hipótesis de que la justicia, entendida como equidad, como trato igualitario, descansa sobre la existencia de un derecho perteneciente a toda mujer y todo hombre a ser considerados por igual y con respeto, derecho que no se ostenta en virtud de su nacimiento, sus logros, sus características particulares, sino simple y llanamente por ser humanos, nada más. Este iusnaturalismo, reconocen, debe ser necesariamente aceptado por cualquier sociedad, a pesar de las reticencias que algunos manifiestan ante la existencia de un derecho natural, no derivado de una norma positiva ni de los usos y la costumbre, para poder edificar un sistema de derecho que contemple y proteja la existencia del “*derecho fundamental*”, básico, mínimo.

¹ Lluvia o tormenta de ideas, en inglés conocido bajo el concepto de “*brainstorm*”, es una herramienta comparable a la empleada por la filosofía analítica, que facilita el surgimiento de nuevas ideas sobre un tema o problema determinado. Fue un método creado en el año 1941, por el estadounidense Alex Faickney Osborne (1888-1966), dando la oportunidad de sugerir sobre un determinado asunto muchas ideas sueltas y originales, estimulando la participación y aprovechando la capacidad creativa de los participantes en un ambiente relajado.

² Aplicando la propuesta de Dworkin al *non refoulement*, encuentro coherente afirmar que los casos de violación a este derecho humano (por supuesto, derecho fundamental) de los refugiados, obedece a un trato desigual arbitrario. Es cierto, la libertad del desplazado juega un papel importantísimo en el *non refoulement*, porque ésta también es un derecho humano que nace de la necesidad de buscar libremente el país de asilo que mejor ofrezca protección internacional y amparo ante la situación de persecución de la cual se huye. Pero esta misma libertad puede verse obviada o puesta en segundo plano, ante la fuerza coercitiva de la necesaria igualdad ante la ley del Estado de refugio, el cual puede eclipsar esta igualdad con sus arbitrariedades y trato diferente, al ofrecer protección internacional a unos desplazados y a otros no. Como uno de los derechos fundamentales protegidos por medio del carácter instrumental y tutelar del *non refoulement*, la igualdad se ve beneficiada antes que la libertad; naturalmente, por encima de ambas rige el derecho fundamental a la vida del perseguido, especialmente en situaciones de desplazamiento forzado apremiantemente violentas y peligrosas.

Bajo este esquema, los derechos humanos deben irse vertebrando a partir del derecho natural fundamental, defendido por ellos como la igualdad en el trato para cada individuo, igualdad que, a su vez, irá articulando otros derechos humanos, como la libertad defendida por Hart como derecho originario o primigenio; en cambio, con el esquema analítico de Rawls y Dworkin, éste sería precedido y concebido por la igualdad, vista también como la justicia, relación de equidad frente a la *polis*.

“Tanto Rawls como Dworkin aceptan que tiene que haber una ontología detrás de estos derechos humanos; una ontología sobria, no extrema, que a veces ha querido ser desechada, y fundar los derechos humanos no en una ontología, sino en una praxis política, como si allí no estuviera presupuesta una ontología. (...) Es una concepción del hombre centrada en la igualdad, igualdad de dignidad, e igualdad ante la ley.”¹

F. Karl Larenz, filosofía del “derecho justo” y su vinculación con la teoría de los derechos fundamentales:

El profesor Dr. Karl Friedrich Larenz (23/4/1903-24/1/1993) fue un gran civilista y filósofo del derecho alemán, de las figuras más influyentes en estas disciplinas en el siglo anterior. Ha pesar de tener una cierta faceta controversial² para muchos, los aportes de Larenz para la edificación de una sólida ética jurídica, son de necesaria mención en el presente trabajo de investigación, y de especial utilidad para el fortalecimiento doctrinal del *non refoulement*. Es ampliamente conocido por trabajos como “*Metodología de la ciencia del derecho*”, “*Tratado de derecho civil alemán*”, de gran utilidad para la comprensión civilista de la Ley Fundamental de Bonn y los aportes de ésta en el desenvolvimiento del derecho privado contemporáneo, y “*Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*”, principal herramienta doctrinal en nuestro caso referente a derechos fundamentales.

¹ Beuchot. Obra citada. Página 15.

²A Karl Larenz se le suele catalogar como uno de los más importantes juristas nazis.

I. Principios jurídicos: no son normas por sí mismas, sino pensamientos directores de éstas, y necesitan concreción.

Sin más pormenores, cabe introducir la filosofía del “*derecho justo*” de Karl Larenz como aquella que sostiene, antes de cualquier otra formulación, que los principios generales del derecho, y de cualquier otra rama de estudio social, son pensamientos directores de determinada regulación, y no son normas por sí mismos; que, necesariamente, deben traducirse en concreciones, en realidades actuales y pertinentes. Esto cae como anillo al dedo para el principio de no devolución; muchos teóricos y dogmáticos de los derechos fundamentales de los refugiados, proclaman el *non refoulement* como un principio, nada más, sin llegar a establecer claras concreciones de su aplicación o señalando casos de violación de éste. “*Las concreciones se van realizando poco a poco, en un trabajo que es parcialmente casuístico y parcialmente generalización de esa casuística. (...) La concreción no es pura deducción de carácter lógico, sino que subsigue a un planteamiento que es al mismo tiempo valorativo y problemático.*”¹

II. Reconocimiento del “*derecho justo*” por medio de sus principios, no de sus normas:

Partiendo de esta visión especial de los principios que inspiran las instituciones jurídicas en general, incluyendo el *non refoulement* y su rol en el Derecho Internacional de los Refugiados, Larenz empieza a esbozar su idea del, que así llama, “*derecho justo*”, el cual no es un derecho establecido, fijo e innegable, poco rígido e inmutable, sino todo lo contrario. Como bien apunta el profesor Luis Díez-Picazo: “*El Derecho Justo no admite soluciones concretas y casuísticas. Lo justo es que las soluciones concretas se encuentren en una determinada zona. (...) La imposibilidad de una determinación casuística del Derecho Justo obliga a pensar que el Derecho Justo sólo se reconoce a través de*

¹ Larenz (Karl). Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas. Madrid-España. 1993, Página 15.

sus principios."¹ Reconocido por medio de sus pensamientos rectores, no de las normas que parecen "*justas*", materialización positiva de la coerción social.²

III. La causa última del "*derecho justo*": la justicia, una labor interdisciplinaria.

Por supuesto, el punto medular para saber si determinada aplicación de una institución jurídica, como el *non refoulement*, calza dentro del concepto de derecho justo, necesariamente hay que encontrar la misma filosofía de éste, es decir, la razón y causa última del derecho justo: la misma justicia. Esta labor debe ser de carácter interdisciplinario, sostenida principalmente entre juristas y filósofos. Labor de filósofos, porque desde Platón, el tema de la convivencia social ordenada por el concepto y contenido de la justicia, ha sido el mismo problema central de especializaciones filosóficas, como la ética. Y de juristas, porque éstos, como operadores del derecho, no pueden satisfacer sus expectativas profesionales con la mera aplicación simplista de las normas positivas, sin que, previo a ello, se vean atrapados por el dilema intelectual y por el cuestionamiento sobre la justicia o injusticia de las normas que aplican y los preceptos que éstas ordenan.³

¹ *Ibidem.*

² En este caso, la aplicación, o no aplicación (permitida) de la prohibición de devolución o interceptación de refugiados, será parte del "*derecho justo*" cuando obedezca más a su fin propio como instrumento jurídico humanitario de protección de los derechos fundamentales de los refugiados, fin que no debe responder (tanto o necesariamente) a situaciones preestablecidas en la normativa, en casuística concreta, sino, más bien, a este pensamiento director de tutela, de protección de la vida, la libertad y la dignidad humana del refugiado, sea cual sea la situación o casuística (muchas veces imprevisible) que orbite alrededor del drama del refugiado en busca de seguridad.

³ Personalmente sostengo, o me allano a la opinión de muchos juristas aventajados en sabiduría, la pertinente necesidad de que cada operador del derecho debe preocuparse por nutrir su intelecto y prudencia a través del estudio constante de la filosofía, de la ética, del cuestionamiento ordenado de temas clave como la justicia de las instituciones jurídicas. Las facultades de derecho serias, hacen bien en incluir la filosofía como uno de sus cursos requisito. La misma formación humanista que caracteriza a esta Universidad de Costa Rica, debería instar, no sólo a las carreras de las llamadas "ciencias sociales", sino a todas en general, a incluir una dosis más sustanciosa de filosofía en su *curriculum* académico. Como bien aprendí en el Curso de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Costa Rica, la filosofía, complementada con cualquier campo profesional, expande la inteligencia y fortalece los vínculos morales existentes entre el ejercicio profesional del derecho, o de cualquier disciplina, y su conjugación con la escala de valores individuales del profesional.

IV. ¿Por qué recalcar de más la esencia “*justa*” del derecho?

Los orígenes del término “*derecho justo*”, de esta misma denominación, también hay que tenerlos en cuenta, para partir de ahí hacia el mismo concepto de justicia. ¿Por qué esta noción especifica que el derecho puede ser justo, si, en principio, partimos que todo el derecho debería ser justo? ¿Acaso existe el derecho injusto, y por ello resulta conveniente separarlos? ¿El derecho injusto no sería, más bien, un “*anti derecho*”?

Antes de Larenz, ya alguien había considerado pertinente hacer tal distinción. Volviendo al término “*derecho justo*”, nuestro autor de base recuerda que no fue él quien lo empleó por primera vez; anteriormente, el término había sido utilizado por el filósofo del derecho Rodolfo Stammler (1853-1938), considerado, junto con Hans Kelsen (1881-1973), uno de los representantes más importantes del positivismo jurídico.

V. Justicia en el derecho: justificación objetiva de la pretensión de vigencia normativa.

Para Stammler, un derecho justo “*es un derecho positivo cuyo contenido volitivo posee características de la justicia.*”¹ Larenz reafirma la tesis de Stammler, la comparte, al subrayar que el derecho justo debe ser derecho positivo, en el sentido de existir, no tanto en una norma escrita, sino en un ámbito de vigencia de tiempo y espacio, indicando adicionalmente que no todo el derecho positivo es derecho justo, reconociendo así que no todos los productos sociales normativos, incorporados al ordenamiento jurídico, ya sea por norma escrita o resolución administrativa o judicial, tienen contenido de justicia. “*La cuestión de la ‘justicia’ de un derecho equivale a la de si está ‘internamente fundada’ o si está objetivamente justificada su pretensión de ser obedecido o su pretensión de vigencia normativa (...)*”², complementa Larenz.

Para ir aterrizando en el concepto de justicia, que, como se verá, no es unánime (de hecho, hasta ahora nunca lo ha sido y así daré ejemplo de ello), bien

¹ Larenz. Obra citada. Página 21.

² *Ibidem*.

vale la pena ver qué pensaba Stammler¹, punto de partida del mismo Larenz para el planteamiento del “*derecho justo*”. La justicia no es una justeza² lógica, o una justeza del pensamiento, sino una justeza normativa, que significa la justificación de una pretensión de vigencia o la justificación de un acto. Es decir, la justicia (del derecho) se obtiene mediante una reflexión filosófica, o mejor dicho, ética, sobre la vigencia objetiva, la pertinencia y necesidad de una norma, de una institución jurídica o de una decisión judicial, etc. Como bien apuntó Larenz, “*en el lenguaje kantiano, diríamos que no es una cuestión de la razón teórica o cognoscitiva, sino de la razón práctica o razón que legisla la moral.*”³

VI. Puente extendido entre el derecho natural y el positivismo:

Por último, para pasar a otras concepciones de justicia, cualidad de contenido del “*derecho justo*”, cabe señalar que esta propuesta de Stammler, bien puede tomarse como un puente doctrinal extendido entre los planteamientos (muchas veces “*estratosféricos*”) del derecho natural, que se supone válido por sí mismo, invariable, independiente del tiempo y el espacio (acercamiento al tratamiento del *ius cogens*), muchas veces difícil de entender y “*aterrizar*”, y entre el positivismo normativo.

El mismo Stammler considera necesario trazar este “*puente*”, por los defectos que achaca al derecho natural, tan defendido en el campo de los derechos humanos. Al ser absolutamente válido y dado “*per se*”, el método y los

¹ El *derecho es un medio para lograr fines: desarrollando un poco la propuesta de Stammler, cabe señalar su tendencia de “aplicar estrictamente el método formalista, que prescinde de los contenidos, necesariamente limitativos y no universales de los ordenamientos jurídicos particulares. Desde esta perspectiva la vida social aparece como la ‘acción conjunta reglada de los hombres’, y el orden jurídico como ‘un medio para el logro de fines’. Al concepto de hombres vinculados socialmente debe unirse la idea de la vinculación de fines. El concepto de derecho supone un orden jurídico entendido como un medio para el logro de fines, por lo cual la noción del derecho puede ser comprendida y concebida sólo mediante una referencia a los fines humanos y a sus medios adecuados. El criterio para distinguir el derecho justo del que no lo es se encuentra para Stammler en la idea de derecho, definida como ‘la noción de la armonía incondicionada de todo contenido jurídico’. La idea de derecho justo se relaciona con el concepto de ideal social, y no entendido como una utopía o una situación jurídica que debe lograrse. Aquí el ideal social no es un fin sino la armonía absoluta de todos los posibles querer jurídicos.” Fuentes (Marcelo Adrián) (Web master). Positivismo. Educar-Argentina. Publicación electrónica. URL: <http://www.educar-argentina.com.ar/OCT2005/educ108.htm>*

² Sinónimo de “*justedad*”, la cualidad de justo. Real Academia Española. Obra citada. Página 1215.

³ Larenz. Obra citada. Página 22.

resultados del derecho natural serán estáticos, cualidad que no siempre ha convenido para bien, porque las necesidades humanas obligan a cambios inevitables de las regulaciones normativas de la vida en sociedad. Y, como debe quedar claro según las ideas de Stammler y Larenz, no existen las proposiciones jurídicas absolutamente justas, incuestionables, ya que la misma justicia del derecho implica constante reflexión filosófica sobre la vigencia objetiva de estas proposiciones jurídicas.

VII. “Reglas de derecho relativamente justas”: examen de la justificación objetiva de la vigencia de las normas.

Pero, ¿cómo examinar la objetividad, pertinencia o necesidad en la vigencia de estas proposiciones jurídicas? Aquí es donde Larenz propone “reglas de derecho relativamente justas”, criterios que ayudan a entender en cuáles condiciones dadas por el momento histórico concreto, se considera satisfecho el rasero de lo que debe considerarse como justo en el ámbito jurídico. “Las particulares reglas de derecho o regulaciones¹ pueden ser justas o injustas relativamente, en relación con las circunstancias de la época con la posibilidades existentes. (...) Las circunstancias temporales² cambian.”³

Es decir, las reglas de derecho dejarán de ser justas y su vigencia objetiva será una situación fáctica superada, si los nuevos modos de vida en sociedad, a diferencia de otros tiempos, reclaman nuevas reglamentaciones que las sustituyan. Antes eran llamadas “medidas coercitivas justas” con facilidad, pero ya no lo son. Claro está que el derecho, como instrumento de paz y justicia, únicamente puede seguir los cambios y adaptarse a ellos a cierta distancia temporal, por la misma naturaleza evolutiva y mecanismos metabólicos de las fuentes del derecho.

¹ Incluyendo resoluciones administrativas o judiciales que deniegan el estatus migratorio de excepción del refugio y que levantan los mecanismos de protección internacional por medio de la garantía del *non refoulement*.

² Así como las necesidades humanas.

³ Larenz. Obra citada. Página 29.

VIII. Derecho injusto: aquel que no ofrece ninguna alternativa de protección.

En síntesis aportada por el mismo Larenz, *“la posibilidad por la que el legislador se decide, puede considerarse como ‘Derecho Justo’, siempre que sea razonablemente consecuente. Por eso es que no sólo existe una sola decisión justa, pueden existir varias sobre un mismo caso. Es injusto, cuando no ofrece ninguna protección ni solución alguna.”* Y extrapolando al plano del derecho de refugiados, diríamos que sería injusta si una solicitud de refugio es rechazada, obedeciendo a tecnicismos de leguleyos¹, no ofreciendo mayor alternativa a la situación de peligro del desplazado, como el reasentamiento² por ejemplo.

Tan fuertes han sido los ecos de la necesidad de que el derecho sea justo, tan perenne la necesidad de, que de alguna manera, ofrezca soluciones coherentes a las necesidades humanas mutantes, que han sido acogidos por uno de los más respetables tribunales constitucionales de Europa: el TS Federal Alemán, demostrando, con creces, que el planteamiento del derecho justo no es mera teoría, y que se debe poner en práctica jurisprudencial y legislativa, de forma constante, revisando la objetiva vigencia de las normas. Claro ejemplo de ello lo da Larenz con respecto al derecho justo aplicado a los contratos: *“ (El derecho justo) Ha jugado un papel decisivo en la jurisprudencia del T.S. Federal sobre el problema de la validez de las cláusulas insertas en las condiciones generales de la contratación, que dejan al comprador desprovisto de todo derecho en el caso de defectos de las cosas vendidas. Frecuentemente –esto hay que dejarlo claro- hay varias soluciones que son todas ‘justas’; pueden existir opiniones diversas sobre cuál de ellas es preferible. Al mismo tiempo que hay otras soluciones que son inequívocamente injustas.”*³

¹ Persona que trata de leyes no conociéndolas sino vulgar y escasamente. **Real Academia Española**. Obra citada. Página 1241. Por ejemplo, un oficial de elegibilidad para la condición de refugio que cuente con mediocre preparación y que, por ello, expone al los solicitantes al eventual peligro de la expulsión por la irregularidad de su estatus migratorio.

² Remito a la primera cita al pie de página del apartado “3” de la sección tercera del capítulo cuarto.

³ Larenz. Obra citada. Página 31.

IX. Contenido de la justicia: la igualdad relativa.

¿Qué es exactamente la justicia? Es muy difícil saberlo, pero siempre son válidas todas las aproximaciones que nos acerquen objetivamente a ella. Los ejemplos de dichas aproximaciones los encontramos en situaciones cotidianas, muchas veces desapercibidas por la rutina y la mecanización del pensamiento y la falta de observación. Por ejemplo, según lo señala Larenz, la pintoresca escena pueril de un niño disgustado por el trato diferente que se le da con respecto sus hermanos o amigos, nos da claras luces de un acercamiento cotidiano a la esencia de la justicia.

La justicia en la creación legislativa del derecho, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico, depende de muchísimos factores, tantos como el número de relaciones jurídicas que el legislador debe considerar, sumamente variadas. Debe contemplar los efectos proyectados, así como los no proyectados pero racionalmente previsibles, producto de su decisión legislativa. Por ello, resultaría imposible insertar “*en seco*” cualquier intento por edificar un nuevo ordenamiento totalmente justo, mesiánico, con una constitución política totalmente justa de cabo a rabo, porque, como bien señaló Larenz, el derecho no ha alcanzado su punto máximo de evolución, y, de hecho, nunca lo hará: “*Son ideas que aquí hay que dejar de lado, preguntándonos por la justicia realizable, que, por ello, es siempre relativa.*”¹

Sin embargo, claramente se puede observar cierta tendencia en la media de los filósofos del derecho preocupados por el tema de la justicia, de vincular el contenido de ésta con cierta aproximación a la igualdad relativa. Es bueno siempre conocer estas posiciones; por ejemplo, según Chaim Perelman (1912-1984), filósofo polaco erradicado en Bruselas, “*todos están de acuerdo en que lo justo significa un trato igual para todos los seres que son iguales en un aspecto determinado.*”² Esta posición de justicia como igualdad relativa, encuentra eco en Heinrich Henkel, quien, según interpreta el mismo Karl Larenz, “*subraya dos máximas, que ‘desde antiguo’ se engloban en el principio de justicia: ‘dar a cada*

¹ Ibidem. Página 48.

² Perelman (Chaim). Justicia y razón. Editorial Universidad de Bruselas. Bruselas-Bélgica. 1972. Página 27.

uno lo suyo' y 'tratar en forma igual a lo esencialmente igual y a lo desigual desigualmente en proporción con la desigualdad'."¹

Nuestra propia jurisprudencia constitucional se afilia a esta segunda acepción de justicia, pero aplicada al contenido del principio también constitucional de igualdad, a propósito de un recurso de amparo relativo a la desigualdad sufrida por un grupo de titulares del estatus migratorio de excepción del refugio: *"Estima este Tribunal razonable que en aras de garantizar el principio de igualdad, principio que dispone que, deben de ser tratados los iguales como iguales y los desiguales como desiguales, a los recurrentes se les debe de dar un trato excepcional; pues al no encontrarse en la misma situación que el resto de los extranjeros, que sí tienen un apoyo y una relación de cooperación con su país de origen, no puede ser tratados en igualdad de condiciones."*²

X. Otras aproximaciones:

Otros como el profesor Dr. Hans Ryffel, orientan este mismo contenido de igualdad encerrado en la justicia del *"derecho justo"* de Larenz y Stammler, hacia la norma positiva creada por el legislador, y no tanto a una decisión venida de autoridad judicial o administrativa (caso de nuestro sistema administrativo para el otorgamiento del estatus jurídico migratorio de excepción del refugio). Para Ryffel, este contenido de justicia fundamental se encuentra en la idea (y puesta en práctica) de un *"ordenamiento correcto extraído a la arbitrariedad humana según el cual se ha de regir el comportamiento de los hombres"* por medio de la justicia, entendida como *"el procedimiento de la igualdad normativa"*³.

Por otra parte, para Ilmar Tammelo (1917-1982), el derecho que se puede catalogar como *"justo"*, incluyendo (para efectos del presente tema) decisiones administrativas o judiciales con incidencia directa en el respeto del *non refoulement*, es aquel cuya creación y aplicación conservan (intacta) determinada

¹ Henkel (Heinrich) *Introducción a la filosofía del derecho*. Segunda edición. Munich-Alemania. 1977. Páginas 395. Citado por Larenz. Obra citada. Página 48.

² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 3019-2002, de las once horas con trece minutos del veintidós de marzo del dos mil dos.

³ Ryffel (Hans). *Problemas fundamentales el derecho y la filosofía del Estado: antropología filosófica de la política*. Editorial Luchterhand. Neuwied-Alemania. 1969. Página 220.

cualidad axiológica de carácter tripartito: social, ética y positiva; cualidad que refiere a cada quien ciertas relaciones correlativas de derecho y de deber.¹

La justicia para Tammelo, será un elemento axiológico del derecho, primeramente social y no individual, porque su *“primer punto de partida es el rechazo de toda visión subjetivista acerca de qué sea lo justo.”* Será, en segundo lugar, ético, porque la justicia *“no es una ‘cosa’, un dato establecido, un ser equiparable a los objetos de la naturaleza y que se pueda comprender como prefijado al margen o con anterioridad a toda convención lingüística”*, pues, para digerirla, se necesitan ciertas dosis de sana y nutritiva filosofía. *“De ahí que, para Tammelo, el tema de qué sea lo justo no es propiamente cuestión de conocimiento, en el sentido en que, por ejemplo, conocen las ciencias naturales, sino que es objeto de opinión o adhesión.”* Y positivo, porque *“la justicia no es un valor que exista por sí mismo de modo intemporal y al margen de todo contexto o situación particular”*, como sería el estar al margen de la existencia temporal de un ordenamiento jurídico integral, ajeno a la justicia (si no, ese ordenamiento jurídico sería *“anti justicia”*, y la justicia, ajena al ordenamiento jurídico, sería *“anti derecho”*, al menos en nuestro sistema costarricense legislativo).²

Otra opinión rescatable es la John Borden Rawls (1921-2002), gran filósofo estadounidense, también de especial mención y recordatorio por parte de Karl Larenz, quien se une a las voces filosóficas modernas que sintetizan la igualdad relativa (que bien puede ser resumida como *“trato igual para gente igual en igualdad de condiciones”*) aproximada al concepto de *“derecho justo”*, en el siguiente extracto: *“Hombres con ideas diferentes pueden, sin embargo, estar de acuerdo en que las instituciones son justas si al atribuir los derechos y los deberes fundamentales no se establece diferencia arbitraria entre hombres y si las reglas producen equilibrio suficiente para las pretensiones concurrentes para el bien de la vida social.”*³

¹ Para ampliar sobre la visión de justicia de Ilmar Tammelo, se puede consultar: Tammelo (Ilmar) *Theorie des Gerechtigket*. 1977.

² García Amado (Juan Antonio). *Teoría e la justicia y argumentación en Ilmar Tammelo*. Publicación electrónica. URL: <http://www.geocities.com/jagamado/pdfs/Tammelo.pdf>

³ Rawls (John). *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. 1975. Página 21 y siguientes. Citado por Larenz. Obra citada. Página 48.

En fin, todas estas aproximaciones de la justicia vinculada con la igualdad relativa¹ se pueden resumir a los términos más conocidos de "*justicia material*" y "*justicia igualitaria*", empleados por el Dr. Wolfgang Fikentscher, del Instituto Max Planck y profesor de derecho comparado en la Universidad de Munich. El primer término, justicia material, se resume en la implicación de que el comportamiento de todos nosotros debe ser juzgado bajo las mismas reglas, exiliando toda arbitrariedad o favoritismo en ello, siendo necesaria la existencia de un mismo rigor para todos. Mientras que el segundo término, justicia igualitaria, como ya mucho se ha dicho hasta ahora, implica edificar la concepción, lo menos subjetivamente posible, de que todos somos iguales ante la ley (principio constitucional) y que, por tanto, ninguno de nosotros puede reclamar para sí privilegio alguno de carácter arbitrario.

Es válido continuar con las aproximaciones que se han desarrollado en torno al contenido real de la justicia, por ejemplo: unos más hablan de "*justicia distributiva*", conocida por ser resumida bajo la expresión "*dar a cada quien lo que le corresponde*". O la "*justicia social*", concebida bajo el conjunto de decisiones, normas y principios considerados razonables por un colectivo social determinado. O la "*justicia vindicativa*", mediante la cual se impone al súbdito una pena igual a su delito, y se restituye a la nación el honor que éste le privó. O bien la "*justicia legal*", "*general*" o, en términos religiosos, "*observancia regular*", no por derivar de la ley, sino por orientarse hacia la preservación del "*bien común*" o general.

Pero ninguna de ellas se ajusta tan bien al tema de la violación del principio de no devolución de refugiados como la justicia igualitaria. Es el mejor de los fundamentos filosóficos, no sólo para asegurar el respeto de los derechos fundamentales de las personas en busca de protección internacional, sino para la mayoría de derechos humanos. La historia así lo demuestra: las mayores injusticias y atropellos a la dignidad humana, responden a un trato desigual, a

¹ Relativa, porque se ha postulado por todos estos filósofos del derecho, como una igualdad no absoluta, sino "*tropicalizada*", matizada bajo el esquema: trato igual sobre personas iguales en igualdad de condiciones, lo que nos hace suponer que existen tratos diferentes entre personas diferentes y en circunstancias diferentes, siendo que la única igualdad aplicable en estos segundos casos sería una de carácter absoluto, la cual no es viable.

arbitrariedades, y, al parecer, seguirá este tema siendo la tónica en el futuro de la lucha por la reivindicación de los derechos fundamentales.

Capítulo segundo: *non refoulement* como norma *ius cogens* instrumental para la tutela de los derechos fundamentales de los refugiados.

“Ya sea que se trate de refugiados políticos o económicos¹, todos somos seres humanos y como seres humanos tenemos derechos inalienables que lamentablemente no son reconocidos en su totalidad por los países desarrollados.”²

¹ Entiéndase “*desplazados económicos*”.

² Herrera Taracena (Guillermo). Obra citada. Página 92.

Para darle continuidad al esquema con que el lector se ha familiarizado desde el capítulo anterior, utilizaré la misma metodología para este segundo capítulo: análisis de la evolución jurídica vista desde la historia y desde la filosofía, dedicada ahora a ese latinajo un poco extraño para algunos, pero tan necesario y vital para muchos más solicitantes de refugio que ven vulnerado su derecho humano a no ser devueltos a la misma situación de peligro que los obligó a desplazarse; estoy hablando del esencial *ius cogens* internacional.

En este caso, lo he calificado como “*instrumental*”, sin pretender crear una nueva categoría de *ius cogens*, sino simplemente queriendo dar a entender que éste debe ser visto, en el caso de los solicitantes y titulares del estatus migratorio de excepción¹ del refugio, como un mecanismo jurídico de protección, un instrumento de tutela de otros derechos fundamentales de estos extranjeros (o incluso desplazados internos²) que se ven en jaque ante una eventual devolución: empezando por la misma vida del desplazado, seguida por la libertad, la integridad física, etc.

¹ En este punto, considero oportuno aclarar el por qué la utilización del término “*excepción*” para referirme al refugio como estatus migratorio, por lo menos en el caso de Costa Rica: es una frase que escuché del Dr. Pedro Suárez Baltodano, profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, y me gusta reproducirla porque, en esa sencilla frase, se reúne la característica esencial del refugio, como instrumento de protección internacional, materializado este carácter instrumental sobre todo en el *non refoulement*; son excepcionales las necesidades del refugiado, y ello lo diferencia de cualquier otro extranjero (como los llamados “*desplazados económicos*”); es excepcional su decisión de venir a nuestro país (no viene a, como dice nuestro pueblo, “*turistiar*”, sino que viene, nada más y nada menos, que a poner a salvo su vida); y es excepcional el deber del Estado para brindar efectiva protección internacional a quien la solicita por enfrentar un temor fundado de persecución en su país de origen o residencia habitual. Este carácter excepcional del refugio como estatus migratorio, ha sido reafirmado claramente por la misma Sala Constitucional de nuestro país: “*Se desprende de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, aprobado por Costa Rica mediante la Ley 6079, que a las personas que se encuentra en la situación que allí se regula debe ser tratada en algunas situaciones dentro de un régimen excepcional.*” Voto 3019-2002, de las once horas con trece minutos del veintidós de marzo del dos mil dos.

² La protección relativa a los desplazados internos, será referida en la “*Segunda etapa evolutiva regional del non refoulement como un derecho fundamental de los refugiados: desde 1954 hasta 1999*”, en el capítulo cuarto.

1. Evolución histórica del *ius cogens*:

A. Primeras nociones del *ius cogens* en el derecho romano:

La terminología actual de "*ius cogens*", resulta tan antigua como los mismos albores del derecho romano; la noción detrás de estas dos vocablos en latín, se ha caracterizado, desde entonces, por la constante evolución, siendo que las primeras utilidades de esta denominación, fueron tan diversas y distantes con respecto al empleo actual, circunscrito en el contexto del Derecho Internacional.

I. Ulpiano y las primeras referencias de un interés colectivo inderogable:

A partir de La Instituta que despejó, por primera vez, las vertientes pública y privada del derecho romano, encontramos la primer noción de *ius cogens* que se conoce, entendido éste de una forma muy básica y cercana a la concepción que rige en nuestros días, según se analizará más adelante. Esta prístina alusión es atribuida al jurisconsulto Domiciano Ulpiano (150-228), quien dijo:

"Publicum ius est quod ad statum rei romane spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem." Esto es, según es entendido por el jurista y filósofo mexicano Antonio Gómez Robledo (1908-1994), de esta manera: *"que el correlato del uno o del otro sea la cosa pública o, por el contrario, la utilidad de los particulares."*¹

De esta primera noción, no se debe desprender el tradicional antagonismo entre Estado y particulares. Es posible que en algunas sociedades actuales sea así, pero no en la antigua Roma de Domiciano Ulpiano, en donde estas dos vertientes, pública y privada del derecho romano, tutelan en todo momento el bien común de la República (bueno, "*El Imperio*" en épocas de Ulpiano). De esta forma, el derecho público no subordina al privado, existiendo, antes bien, una unión pragmática entre ambos, debida a que ambos comparten el mismo fin.

¹ Gómez Robledo (Antonio) *El ius cogens internacional. Estudio histórico crítico.* Universidad Nacional Autónoma de México. México-México. 1982. Pág. 10

II. Biondi y su interpretación del “*statum rei romane*”: inderogabilidad.

De acuerdo con el romanista Biondo Biondi, el derecho público no es únicamente el *ius populi*, que concierne únicamente al “*statum rei romanae*”, según lo dicho por Ulpiano. Abarca determinadas relaciones entre particulares, en razón del predominio del interés colectivo sobre el interés individual, en dichas relaciones particulares.¹

El mismo Biondi cita el ejemplo del derecho penal, el cual comprende, en sí a toda la colectividad y su interés en la persecución y sanción de los delitos, a pesar de ser sujetos particulares, con intereses privados, los que protagonizan los pormenores de los delitos, por ejemplo, derivados en ilicitudes de la contratación privada.² “*De este predominio del interés público deriva la máxima ‘ius publicum privatorum pactis mutari non potest’ (D.2.14.38), la cual conlleva la absoluta inderogabilidad de las normas que se definen como ius publicum, y que no tendría sentido si se refiriera al derecho público entendido como ius populi.*”³

Estas palabras de Biondi fueron tomadas en cuenta para destacar, posteriormente, la principal característica del *ius cogens*, como norma positiva, en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁴: la inderogabilidad de estas normas mediante convenio o composición.

Igualmente existieron otras manifestaciones del *ius cogens* en el *ius publicum* romano, que evocan su inderogabilidad frente a los pactos privados, como, por ejemplo, la sanción de nulidad para los acuerdos contrarios a leyes fundamentales como las buenas costumbres.

¹ Ibidem. Páginas 10 y 11.

² “*En todos estos casos, se afirma el interés de la república (rei publicae interest) en que la ley se aplique inflexiblemente, y que no pueda eludirse por convenio o composición entre los particulares.*” Ibidem. Pág. 11.

³ Biondi (Biondo) *Il diritto romano*. Bologna-Italia. 1957. Pág. 136. Ibidem.

⁴ Esta Convención será tratada a partir de la parte “IX” del apartado “K” del punto “1” del capítulo segundo.

B. Evolución del *ius cogens* en los clásicos del Derecho Internacional:

I. Francisco de Vitoria: *ius cogens* en el siglo XVI; misma naturaleza inderogable del derecho natural.

En la siguiente sección profundizaré más el pensamiento de Francisco De Vitoria (1485-1546), su obra y alcances de su aporte esencial al tema del *ius cogens* internacional, enfocado desde sus causas últimas. Pero, por ahora, como parte de la evolución histórica del mismo, cabe señalar los siguientes datos referenciales:

Considerado tradicionalmente como “*el padre del Derecho Internacional*”, De Vitoria vinculó muy tempranamente la noción y naturaleza del *ius cogens*, con el “*derecho natural*”. Según él, ambos compartían la característica de ser normas de carácter superior, e inderogable. Aunque, como se señalará, el *ius cogens*, por virtud del artículo 53 de la Convención de Viena del derecho de los tratados, puede ser suprimido por una norma posterior del mismo carácter.

De los textos del célebre teólogo español, se desprende la existencia de un *ius cogens* natural o necesario, bajo la idea de que *el “derecho de gentes”, o es derecho natural, o se deriva del derecho natural*; recalcando, con esto, la supremacía del “*ius naturale*”, equivalente, en este sentido, a la noción del *ius cogens*, en todo caso inderogable.

Por otra parte, también de Francisco De Vitoria se desprendió la existencia de un *ius cogens* positivo o voluntario, promulgado por la voluntad y la conciencia de la comunidad internacional:

“El derecho de gentes no sólo tiene fuerza de pacto y convenio entre los hombres, sino que tiene fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes.(..) En asuntos graves, por tanto, ningún Estado puede darse por no obligado por el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad del orbe.”¹

¹ Vitoria (Francisco De) *De potestate civili*. Edición de Teófilo Urbanz. Editorial BAC. Madrid-España. 1960. Páginas 191-192. Citado por Mate (Reyes). Orden mundial y estado de excepción. Groupe D'Etudes Et

Este *ius cogens* voluntario del que habla De Vitoria, contrario a un *ius cogens* natural o necesario (aquél más cercano a la noción y efectos el derecho natural), sí puede ser sujeto de derogación, pero únicamente por el acuerdo unánime de toda la comunidad internacional: “*el orbe todo*”. Requisito *sine qua non* que fue tomado en cuenta en la incorporación del *ius cogens* internacional, como instrumento y como norma, en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

II. Hugo Grocio: *ius cogens* en el siglo XVII como *lex rationis*

El jurista, escritor y poeta holandés, Hugo Grocio (1583-1645) también transportó la estafeta del derecho natural, aplicado a las primeras construcciones de un Derecho Internacional, esta vez entendido el primero como el “*dictado de la recta razón, según el cual hay ciertos actos, por su conveniencia o inconveniencia con la naturaleza racional, una torpeza o, por el contrario, una necesidad moral, (...) prohibidos u ordenados por Dios, autor de la naturaleza.*”¹ Esta es sólo una visión *confessoris* del derecho natural.

Sin embargo, el mismo Grocio se encargaría de poner a Dios “*entre paréntesis*” en esta misma definición, al idear supuestos posteriores, en los cuales, Él no existía o no se preocupaba por las cosas humanas; en lugar de Dios, intervendría este derecho natural dictado por la recta razón.

Según esta línea de pensamiento “*grociano*”, la naturaleza, por sí misma, impone una ley, una norma superior. Esto va de acuerdo con ideas como las de Charles Louis de Secondat, más conocido como el Barón de Montesquieu (1689-1775), quien sostenía que toda ley, en términos generales, obedece a “*relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas. Y la razón natural, al describir estas relaciones, se da a sí misma su propia ley; por ende la lex naturalis pasa a convertirse, para el hombre y la conducta humana, en la lex rationis.*”²

De Recherches Sur Les Mondialisations. Publicación Electrónica.

URL:<http://www.mondialisations.org/php/public/art.php?id=18672&lan=ES>

¹ Grocio (Hugo) *De iure belli ac pacis*. Volumen I. Capítulo I. Página 10. Citado por Gómez Robledo. Obra citada. Página 19.

² Gómez Robledo (Antonio). Obra citada. Página 19. Si se desea profundizar en esta visión de Charles Louis de Secondat, se puede consultar: Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Editorial Porrúa S.A. México, 1992.

La supremacía de la ley natural, un “*ius cogens necesario*” para De Vitoria, derivada de la razón; esta idea, acogida también por otros clásicos como el civilista francés George Ripert, pasó a ser calificada, ya no como una facultad psicológica simple, sino como una fuerza superior que hace posible la existencia de un derecho universal, inmutable, inderogable ante el antojo de mentes arbitrarias individualistas, y vinculante para todas las naciones.

Y la supremacía de una ley dada por el “*orbe todo*”, “*ius cogens voluntario*” para De Vitoria, el derecho voluntario de gentes, cobró fuerza al identificarse como la ley que deriva de la fuerza obligatoria de la voluntad de todos los Estados, o de muchos entre ellos. Ambos, el “*ius naturale*” y el “*ius necessarium*” según Grocio, recogen la función desempeñada por nuestro actual *ius cogens*.

III. Rescate y transmisión de la noción del *ius cogenes*: una labor napoleónica.

Con el rescate del derecho romano en la época de Napoleón Bonaparte (a partir de 1779), estos pensamientos rectores para la constitución de normas imperativas, de imposible derogación por convenio, fueron incorporadas en el proceso de codificación jurídico existente.¹

Con esta incorporación, las barreras impuestas por las buenas costumbres y el orden público, impidieron a los particulares, entendidos dentro de éstos a los mismos Estados como personas nacidas de una ficción jurídica, el establecer pactos, acuerdos o acciones que contradigan este derecho imperativo, este interés de la colectividad, como se concebía en el derecho romano, posteriormente denominando “*ius cogens*” en los debates para la creación de la Convención sobre el derecho de los tratados que páginas adelante serán citados.

Estas disposiciones fueron transmitidas a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países influenciados por el código Napoleón, y fueron ampliamente desarrolladas y discutidas por civilistas franceses como Marcel Planiol (1853-

¹ Por ejemplo, en el título preeliminar del Código Civil Francés de 1804 (Código de Napoleón), titulado “*De la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general*”, en su artículo sexto, se estableció: “*No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres.*”

1931), quien describió dos acepciones de orden público: una de ellas, que evoca el conjunto de leyes pertenecientes al derecho público, al Estado y a las obligaciones de los particulares para con éste. La otra, vinculada directamente con la inderogabilidad, ante el intento de un eventual acuerdo entre partes (incluyendo al mismo Estado como persona jurídica), de ciertas normas; inderogabilidad que nace en virtud del interés colectivo, noción cercana al actual *ius cogens* internacional.¹

Esta segunda acepción de orden público de Marcel Planiol, es la que ofrece mayor utilidad para hacer referencia al conjunto de normas que, no sólo conciernen directamente al funcionamiento y organización de un Estado, sino que también envuelven un interés colectivo en su cumplimiento, siendo este impostergable, inderogable, e indisponible por acuerdo de voluntades particulares.

IV. Windscheid: el padre del término “*ius cogens*”:

Sin embargo, antes de Planiol, el pandectista alemán Bernhard Windscheid (1817-1892) ya se aventajaba en el campo de las normas perentorias de orden público, empleando por primera vez, hasta donde se conoce, el término en latín “*ius cogens*” para denominar dichas normas, identificadas también con un “*ius publicum*”, y diferenciadas de un antagónico “*ius dispositivum*”.²

*“Fue sobre todo Windscheid quien trató de definir el ius cogens como el conjunto de reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas; reglas que se aplican y se imponen aún en la hipótesis de que las partes quisieran excluirlas.”*³

¹ “Una ley puede pertenecer al derecho privado, y ser sin embargo, de orden público. Así ocurre cuando quiera que la disposición de la ley motivada por la consideración de un interés general que se encontraría comprometido si los particulares fueran libre de impedir la aplicación de la ley.” Planiol (Marcel) Tratado elemental de derecho civil. Tomo I. París-Francia. 1928. Página 114. Citado por Gómez Robledo (Antonio). Página 13.

² Para profundizar más en este primer empleo del término “*ius cogens*”, se puede consultar: Windscheid (Lehrbuch) Des Pandektenrechts. Volumen I. 1892.

³ Guggenheim (Paul). Tratado de derecho internacional público. Volumen I. Editorial Georg. Ginebra-Suiza. 1967. Página 128.

V. Introducción del *ius cogens* en la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional:

En el contexto de la desaparecida Sociedad de las Naciones, encontramos ya que muchos consideran la primera aparición de la noción del *ius cogens* vinculada con la existencia de un posible “*orden público internacional*”, plasmada en una resolución de una corte de justicia internacional.

En esta primer aparición, se plantea la sanción de la nulidad, de pleno derecho, para todo aquel tratado o convenio internacional que vaya en contra de este interés general, ahora, existente entre las naciones, como primeros sujetos planteados del temprano Derecho Internacional.

i. El juez Schucking: clara aplicación del *ius cogens* como limitación a la voluntad de los Estados.

Es en la resolución del caso visto por esta Corte, presentado por el gobierno británico a favor de un nacional suyo de nombre Óscar Chinn, en contra del gobierno belga que administraba la concesión de transportes del Río Congo, en la actual República Democrática del Congo, en donde se estableció una opinión salvada del juez alemán Walter Schucking (juez internacional 1931-1935), quién expresó:

“Lo que yo no puedo imaginar, es que la Sociedad de Naciones hubiera podido comenzar los trabajos de codificación del derecho internacional, si desde el principio no le hubiera sido posible crear, en este dominio, un ius cogens al efecto de que, cuando los Estados han convenido en ciertas reglas jurídicas y se han obligado igualmente a que estas reglas jurídicas no puedan modificarse por algunos de entre ellos únicamente, todo acto efectuado en contravención a esta obligación es nulo de pleno derecho.”

Estas palabras representan una de las expresiones más claras e inequívocas de la existencia de un *ius cogens* voluntario, convencional, según las palabras de De Vitoria, que envuelve el acuerdo de la mayoría de las naciones, y que vincula su cumplimiento estricto para todos, aunque no se pertenezca a dicha mayoría. Ni siquiera se contempla la posibilidad de una nulidad relativa para actos

o acuerdos contrarios a esta voluntad colectiva internacional, al ser señalados por el juez Schucking como “nulos *de pleno derecho*”.

ii. El orden público internacional debe determinar la actitud del juez internacional:

Continúa el voto salvado del juez Schucking en esta resolución del 12 de diciembre de 1934: “*Jamás, por ejemplo, la Corte podría aplicar una convención cuyo contenido sea contrario a las buenas costumbres; (...) el juez en este caso, se encuentra en las misma situación en la que, a consecuencia de un vicio original, una convención invocada por las partes es, en realidad, nula y sin efecto. Es la idea del orden público internacional la que debe determinar la actitud del juez en un caso semejante.*”

Así, es en el entendimiento de toda la comunidad internacional, en los alcances de un acuerdo unánime o, por lo menos, mayoritario, existente entre las denominadas “*naciones civilizadas*”, donde reside el poder para crear, cambiar o suprimir estas normas internacionales imperativas, vinculantes para todos los Estados, estén o no en esa mayoría de voluntades globales confabuladas. Este orden público internacional. De evidente “*avanzada*” el pensamiento visionario del juez Schucking.

VI. Vinculación del *ius cogens* con el orden público internacional según la Corte Internacional de Justicia: principios que van más allá de vínculos convencionales.

La jurisprudencia y opiniones consultivas de las que se pueden echar mano para precisar más el génesis histórico evolutivo del *ius cogens* en el seno de la Corte Internacional de Justicia, no resultan bastas. Pero sí resultan suficientes y adecuadas para tal fin, y también para describir la orientación del *ius cogens* planteado por De Vitoria y Grocio hacia una idea más clara de un verdadero orden público internacional, prácticamente incuestionable y ampliamente aceptada en nuestros días post modernos.

En la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio, la CIJ afirmó categóricamente: *“Los principios reconocidos que sirven de base a la convención, son principios reconocidos por todas las naciones civilizadas, aún fuera de todo vínculo convencional.”*

Esto implica, necesariamente y en el caso aplicado, la aceptación de la prohibición del genocidio de manera generalizada por todas las naciones, o por la mayoría de éstas, encuadrándose esta idea en el *ius cogens* voluntario defendido por De Vitoria. Y esto es confirmado por la CIJ en la misma opinión consultiva, al recalcar *“el carácter universal de la condenación del genocidio y de la cooperación necesaria para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso.”*

Por otra parte, el punto que más aporta a la teoría del *ius cogens* internacional en esta opinión consultiva del año 1951, radica en la afirmación de que la prohibición del delito de genocidio, como adelanto de un claro ejemplo de normas perentorias el Derecho Internacional (mismo *ius cogens*), por los valores superiores que protege, y por el consenso general del concierto de las naciones que entraña, obedece a un interés máximo, colectivo y universal. Así lo sentenció la Corte: *“Los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente todos y cada uno, un interés común: el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención.”*¹

Difícilmente, la Corte pudo expresar de mejor manera la existencia real de un orden público internacional, pues esta opinión recalca claramente el valor absoluto del respeto por la dignidad del ser humano víctima del delito de genocidio; esto es así, no por inventiva o artificio de la Corte, sino por el dictado de la razón, de la ley natural, de la supremacía de la voluntad del orbe, la que, a su vez, constituye una auto limitación a la autonomía de la voluntad de los Estados.

Esta opinión consultiva de 1951, *“delata desde entonces uno de los criterios más fidedignos de identificación de una norma iuris cogentis* (otro nombre dado a las normas perentorias del derecho internacional), *como lo es el de que ésta*

¹ Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio. La Haya-Paises Bajos. 1951. Página 23.

*encarna no un interés particular de los Estados, sino un 'interés común' de la comunidad internacional."*¹

VII. La temprana presencia del *ius cogens* en jurisprudencia nacional alemana, visto norma arraigada, normas indispensable y normas de acción popular:

Los aportes de la jurisprudencia nacional en las tempranas eras del *ius cogens* internacional, antes de la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados, no es numerosa. Es más, el autor mexicano Antonio Gómez Robledo, uno de los pocos autores con más estudios y experiencia en nuestro tema, en su capítulo referente a la historia del *ius cogens*, únicamente hace referencia a una sola sentencia: de la Corte Suprema Constitucional Alemana, de fecha 7 de abril de 1965. Pero bien resulta pertinente hacer cita de ella.

El caso es el siguiente: una empresa helvética con intereses económicos en Hamburgo, evadió el pago de determinado impuesto destinado para el socorro de las víctimas de la guerra finalizada en 1945. Esto, a pesar de mediar un instrumento internacional celebrado entre Suiza y la antigua Alemania federal, donde se acordaba que los nacionales de ambas naciones estarían sujetos, por igual, a la obligación de contribuir con las cargas fiscales, tanto en Suiza como en Alemania Federal.

La empresa plantea una acción ante el Tribunal Constitucional de la antigua República Federal de Alemania, argumentando que esta convención existente entre ambos países, no puede aplicarse en este caso por contravenir una norma de Derecho Internacional (fuera del acuerdo suscrito entre ambos países), consistente en la exención para los extranjeros de contribuir con una obligación producto de la guerra del país donde se impone, en este caso, dicho arancel.

Al analizar la situación, el Tribunal Constitucional dictaminó que no se estaba en presencia de una norma perentoria de Derecho Internacional, nuestro actual concepto del *ius cogens*, estimando tal situación bajo los siguientes principios:

¹ Gómez Robledo (Antonio). Obra citada. Página 27.

“Únicamente un pequeño número de normas jurídicas elementales pueden considerarse como normas de derecho internacional consuetudinario que no pueden derogarse por un tratado. Este carácter lo tienen solamente aquellas normas perentorias que están firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de naciones y que son indispensables a la existencia del derecho de las naciones como un orden jurídico internacional, cuya observancia puede exigirse por todos los miembros de la comunidad internacional.”¹

Si bien, la Corte Federal vincula la necesidad de normas superiores, inderogables, indisponibles en el Derecho Internacional, en su criterio éstas sólo se presentan en un número limitado y, por ende, se reduce la posibilidad y frecuencia de que la autonomía de la voluntad de los Estados se vea limitada por estas normas perentorias.

Además, en este pronunciamiento sólo se reconoce un *ius cogens* venido de la costumbre internacional, *“normas perentorias que están firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de las naciones”*, dejando, sin consideración, la existencia de un *ius cogens* voluntario.

Sin embargo, esta decisión de la Corte Suprema Constitucional Alemana sí afianza la noción y existencia de un *“orden jurídico internacional”*, que vincula a todas las *“naciones civilizadas”* y exige de ellas el estricto cumplimiento de estas normas perentorias del Derecho Internacional.

A pesar de esta jurisprudencia de avanzada y visionaria, la autonomía de la voluntad de los Estados, en términos generales, permaneció sin límite impuesto por la existencia declarada, por medio de una norma internacional positiva, del *ius cogens*. Por ejemplo, en la Convención sobre tratados acordada en la Sexta Conferencia Internacional Americana de La Habana de 1928, aún persistían ideas como la plasmada en su artículo 18, que eliminaban la posibilidad de la instauración plena de un *ius cogens* internacional:

¹ Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania. Sentencia del 7 de abril de 1965.

“Dos o más Estados pueden convenir en que sus relaciones se rijan por otras reglas que no sean las establecidas en convenciones generales celebradas por ellos mismos con otros Estados.”¹

En efecto, la noción de un *ius cogens* no se impone firmemente, sino hasta el momento histórico en la geopolítica de la humanidad, en el cual se acepta la existencia evidente de un verdadero orden mundial, tanto en el campo jurídico como político, tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial en 1945.

VIII. Las Naciones Unidas: prohibición del uso de la fuerza como norma *ius cogens* positivizada, y otras propuesta directas para acoger un *ius cogens* internacional bajo el principio de buena fe en los tratados internacionales

Específicamente, este orden jurídico internacional se consagra con la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Anteriormente, la comunidad internacional organizada (bajo figuras como la extinta Sociedad de Naciones) sólo abarcaba países ubicados entre el Atlántico: Europa y América, ya que en África y Asia era mínimo el número de naciones soberanas.

Y este hito histórico, trajo consigo la primer intención expresa de la comunidad internacional organizada, de auto limitar su propia voluntad y soberanía, pues en artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, se plasmó uno de los preceptos internacionales que, indiscutiblemente, mejor reflejan una norma perentoria con carácter *ius cogens*: la prohibición del empleo de la amenaza o uso de la fuerza contra otra nación.

*“No sólo se trata de un precepto inequívocamente de *ius cogens*, como lo reconocen todos los juristas, sino que, como observa Abi-Saab, una vez establecida una limitación tan capital de la soberanía, el camino está abierto para otras muchas, por lo que la expresada prohibición, en concepto del citado jurista egipcio, fue un viraje fundamental (turning-point) en la evolución del *ius cogens*.”²*

Esta afirmación resulta lapidaria.

¹ Citada por Gómez Robledo. Obra citada. Página 19.

² Gómez Robledo (Antonio). Obra citada. Página 30.

Por otro lado, cabe señalar que la primer introducción en el Derecho Internacional positivo de la noción actual del *ius cogens*, aunque no se utilizó bajo esta misma denominación, se presentó en la Conferencia de San Francisco de 1945, convocada para la creación de la que después se denominaría “*Organización de las Naciones Unidas*”, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Específicamente, la incorporación y patrocinio del tema es atribuido a Jesús María Yepes, internacionalista y delegado de Colombia para esta ocasión.

Yepes impulsó la incorporación en el proyecto de actual Carta de las Naciones Unidas, del principio de buena fe en los tratado internacionales, y cuestionó ampliamente la evidente ilicitud en el objeto de ciertos acuerdos existentes a la fecha. Por ejemplo, hoy podemos ver que antiguos tratados que ordenaban a la repartición de territorios soberanos en manos de grandes potencias, evidencian dicha ilicitud en su objeto, como la Declaración de Yalta y de Postdam, durante y finalizada la Segunda Guerra Mundial.

Con esta propuesta, se buscaba que el principio de buena fe internacional, se constituyera en una norma suprema que rigiera la vida y las relaciones futuras suscitadas en la comunidad internacional. Con ello, se lograría que todos los tratados internacionales se ajustaran, en todo momento, a un fin u objeto lícito, y que, en caso de no tenerlo, se considerasen totalmente inválidos.

Estas consecuencias jurídicas no son otras que las presentes tras una violación de una norma con carácter *ius cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo. Y la propuesta del delegado colombiano se afilia a la fuerza impositiva que posee el *ius cogens* actual de limitar la autonomía de la voluntad de los Estados, al estar sometidos éstos a un sistema de normas imperativas, sostenidas por la ley racional superior, por la que (posteriormente se dirá) es la voz de la conciencia internacional, la cual rige por encima de esta libre voluntad de los Estados.

Yepes propuso adicionalmente que esta invalidez de los tratados internacionales que cobijaran un objeto o fin ilícito, contrario a esta conciencia internacional superior, a este principio de buena fe, fuese declarada por el

secretario general de la nueva ONU, y que, en caso necesario, recurriese a una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia.¹

IX. Proyecto de Convención sobre el derecho de los tratados: cúspide evolutiva en la historia del *ius cogens* internacional, hasta nuestros días.

Como expuse páginas atrás, fue a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, en agosto de 1945, cuando, indiscutiblemente, se considera el nacimiento de un verdadero orden político y jurídico internacional, propicio para intentar cimentar, de una vez y para siempre, sobre las bases seguras de la buena fe, la justicia y la solidaridad entre las naciones, las reglas claras de las relaciones internacionales futuras.

Dichas relaciones, tradicionalmente se han fundado sobre la construcción de tratados o acuerdos que rigen los derechos y deberes existentes entre los Estados. El siglo XX dejó una estela de destrucción e inequidad, producto de tratados internacionales cuyo objeto rayaba en la ilicitud y en el atropello a la soberanía de otras naciones, en especial cuando estos tratados giraban en torno a la repartición de países enteros, bajo la mentalidad neo colonialista y de post guerra, cuando los vencedores deciden el destino de los derrotados.

Para evitar en lo sucesivo estas desigualdades atroces, a lo interno de la Organización de Naciones Unidas se consideró fundamental continuar la tradición jurídica de la constitución de tratados internacionales, como fuente de derecho, para regir las relaciones entre los Estados, pero enfocados hacia el desarrollo de la cooperación internacional pacífica y justa.

Para ello, se encontró idóneo realizar un proceso de codificación y recopilación de los principales institutos, reglas consuetudinarias y principios generales existentes en el Derecho Internacional, según se dejó ver en el mismo

¹ El texto íntegro del artículo propuesto por Yepes establecía: “*Para ser válido un tratado, en el sentido de esta convención, debe tener un objeto lícito según el derecho internacional. En caso de controversia sobre la licitud de un tratado, la Corte Internacional de Justicia podrá pronunciarse sobre este punto a petición de todo Estado directa o indirectamente interesado, o de las Naciones Unidas. Un tratado cuyo objeto no es lícito, no puede registrarse en la Secretaría de las Naciones Unidas. El secretario general de la Organización de las Naciones Unidas solicitará una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia, siempre que tenga dudas sobre la licitud de un tratado presentado para su registro.*”

preámbulo de la que posteriormente se llamaría “*Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*”, firmada el 23 de mayo de 1969.¹

i. *Ius cogens* versión Lauterpacht: la sanción de nulidad.

Pero, para llegar a obtener este producto final plasmado en la Convención, desde los años cincuenta la Comisión de Derecho Internacional, creada en 1947 por la Asamblea General de la ONU, recibió proyectos de convención para ser estudiados, y entre ellos se encontraba el presentado por Sir Hersch Lauterpacht (1897-1960), quien fuese miembro la Corte Internacional de Justicia de La Haya, y creador del llamado “*artículo 15*” de su propuesta personal, que presenta la misma sanción de nulidad que conlleva una violación actual del *ius cogens* internacional, para aquellos tratados que impliquen ilegalidad declarada por la CIJ.²

El propósito principal de Lauterpacht era recalcar que, si los tratados que causan un daño a terceros Estados están afectados de nulidad en la cláusula o cláusulas lesivas, es simplemente porque tienen por objeto un acto ilícito ante el Derecho Internacional consuetudinario. Esto también nos permite pensar en otros actos igualmente ilícitos que, aunque no afecten directamente los intereses de otros Estados, si afectarían a grupos sociales en específico, como, por ejemplo, los tratados tendientes a fomentar el tráfico de esclavos, o situaciones semejantes que violenten las normas más básicas sobre derechos fundamentales, incluyendo, claro está, derechos humanos individuales.³

. “*El ius cogens, de hecho si no de nombre, está claramente presente en el pasaje anterior (artículo 15 de proyecto de Lauterpacht) , o sea el conjunto de normas imperativas que enfrentan y condicionan la libertad de contratación – las*

¹ “*Convencidos de que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados logrados en la presente Convención contribuirán a la consecución de los propósitos de las Naciones Unidas enunciados en la Carta, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional;*”. Así se dejó constar en el séptimo párrafo de dicho preámbulo.

² Establecía dicha propuesta el artículo 15: “*Es nulo todo tratado o toda disposición de un tratado, cuya ejecución implique un acto que el derecho internacional considera como ilegal, siempre que esta situación haya sido declarada así por la Corte Internacional de Justicia.*”

³ Para efectos de la presente investigación, piénsese también en un tratado, al menos bilateral, que suprima los derechos fundamentales de los refugiados, como el *non refoulement*, y los sustituya por un régimen antojadizo o arbitrario de relativa (o irrisoria) protección internacional, brindada únicamente a ciertos solicitantes de ciertas nacionalidades, amigos o pertenecientes a los países que llegan a semejante cuerdo internacional.

cuales son designadas ya como principios superiores de derecho internacional (*overriding principles of international law*), o bien como principios de orden público internacional (*principles of international public policy*), términos, al parecer, perfectamente sinónimos.”¹

ii. *Ius cogens* versión Fitzmaurice: invalidez sustancial *ab initio* y primicias del *Ius cogens* superveniente.

Otra propuesta que impulsó la incorporación del concepto de “*normas imperativas del Derecho Internacional*” en el proyecto de convención estudiado por la Comisión de Derecho Internacional, fue la presentada por el juez Sir Gerald Fitzmaurice, relator especial en la misma elaboración de este proyecto, quien propuso su versión del “*Ius cogens internacional*”, ya así denominado como tal, en el llamado “*artículo 21*” de su ante proyecto de 1959, el cual contiene una posición que se afilia a la defendida por Sir Hersch Lauterpacht y Jesús María Yepes:

“1. *Una obligación convencional que en el momento de la conclusión del tratado, es incompatible con una norma o una prohibición de derecho internacional general (Ius cogens) carece de validez sustancial ab initio.*”

A lo que se le agrega la novedad de la figura del llamado “*Ius cogens superveniente*”, incorporada por el juez Fitzmaurice en el inciso segundo del presente proto artículo 21, figura que será descrita y analizada posteriormente²:

“2. *Una obligación convencional cuya observancia es incompatible con una nueva norma o prohibición de derecho internacional (Ius cogens) justifica, e inclusive exige, la no ejecución de esta obligación convencional.*”

iii. *Ius cogens* versión Waldock: tipificación de actos contrarios al *Ius cogens*.

Por último, se presentó un proyecto de convención sobre el derecho de los tratados ante la Comisión de Derecho Internacional, por parte de Sir Humphrey Waldock, profesor de la Universidad de Oxford y presidente de la Corte

¹ Gómez Robledo (Antonio). Obra citada. Página 37.

² En la parte “III” del apartado “B” del punto 2 del presente capítulo.

Internacional de Justicia desde el año 1979, hasta su muerte en 1981. En su carácter de relator especial ante la Comisión, Waldock apoyó las propuestas anteriormente expresadas sobre la incorporación de un *ius cogens* internacional, como norma jurídica positiva, previendo la eventual nulidad de todo tratado o acuerdo entre Estados que vaya en contra de estas normas perentorias, tal como lo establecía el inciso primero del artículo 13 de su ante proyecto:

“1. Un tratado será contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de ius cogens.”

Pero la aportación más significativa del trabajo de Sir Humphrey Waldock, sin duda radica en el intento de tipificación de ciertas acciones concretas que derivarían de estos tratados contrarios al *ius cogens* internacional, tal como lo especifica en el inciso segundo del presente artículo 13:

“2. En particular, un tratado será contrario al derecho internacional y nulo, si su objeto o ejecución entraña:

- a. El uso o la amenaza de la fuerza en contravención de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.*
- b. Cualquier acto u omisión calificado por el derecho internacional de delito internacional; o*
- c. Cualquier acto y omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional. (...)”*

Este esfuerzo de tipificación de acciones violatorias—del *ius cogens* internacional, encontró férrea oposición en la misma Comisión de Derecho Internacional; esto, a pesar de la alentadora aparente unanimidad que existía entre sus miembros de aceptar la incorporación del *ius cogens* en el proyecto final para la Convención sobre el derecho de los tratados.

iv. *Ius cogenes* versión Briggs: críticas a la tipificación y al empleo del latinajo “*ius cogens*”, y aprobación final del proyecto de norma.

Parte de esta oposición fue manifestada por el profesor Herbert W. Briggs, representante estadounidense en la Comisión de Derecho Internacional, quien

estimó necesario el retiro de todos los numerales del inciso segundo del artículo 13 propuesto en el proyecto de Sir Humphrey Waldock, “*estimando, y con razón, que era mejor no ejemplificar el ius cogens en casos concretos, no fuera a creerse que otros casos no listados allí no podrían ser igualmente, a despecho de dicha omisión, iuris cogentis.*”¹

Al mismo tiempo, el representante Briggs impulsó la supresión, no de la noción del *ius cogens*, ya que, como se indicó, el consenso para incorporarlo como un instituto del Derecho Internacional de los tratados, era suficiente, sino de la denominación misma “*ius cogens*”, pues, según él dedujo, los defensores del mismo, de estas normas perentorias del Derecho Internacional que reflejan la voz de la conciencia de la comunidad de naciones, no encontraron otro término mejor para tal fin, empleando este latinajo que, en realidad no, refleja toda la dimensión jurídica detrás de este instituto, detrás de esta naturaleza jurídica internacional.²

Y para afianzar más su posición, el profesor Briggs aportó su propio prototipo de *ius cogens* como norma positiva, con la intención de ser agregado al proyecto de convención sobre el derecho de los tratados, y sustituir, con ello, el artículo ofrecido por Waldock, sin perder la esencia en el *ius cogens* de éste, pero ya sin el empleo de esta denominación y sin la tipificación del mismo anteriormente criticada. Así lo propuso el representante estadounidense:

“*Un tratado será nulo si su objeto está en contradicción con una norma perentoria de derecho internacional general que no permita excepciones, salvo en virtud de una norma de derecho internacional general aceptada ulteriormente.*”

Y, tal como lo propuso Briggs, así se aprobó finalmente la incorporación del *ius cogens* en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratado de 1969,

¹ *Ibidem*. Página 41. Notas aparte, esta crítica del profesor Briggs, considero, fue visionaria y previsor, ya que otras acciones violatorias de normas o principios de derecho internacional perentorio vital para la protección de ciertos derechos fundamentales especiales, como los actos violatorios o acuerdos internacionales contrarios al *non refoulement*, corrían el peligro de no ser incluidas en esta lista taxativa.

² Personalmente, discrepo y rechazo esta crítica sobre el empleo recurrente del término “*ius cogens*”. Quizás el profesor Briggs no contaba con los mecanismos de investigación necesarios para conocer la larga historia del empleo de este término, mismo que no fue una invención u ocurrencia de los defensores del *ius cogens* en la Comisión de Derecho Internacional. Como ya señalé en esta misma sección, se considera al alemán Bernhard Windscheid, el primero en denominar estas normas perentorias del derecho internacional, bajo el nombre “*ius cogens*”, o “*ius cogentis*”, bautizo realizado, por lo menos, sesenta y siete años antes de la presentación de proyectos para la futura Convención sobre el derecho de los tratados.

quedando, como norma positiva de forma perdurable, en el artículo 53 de esta Convención, únicamente con algunas adhesiones aclaratorias sobre lo que debe entenderse como una norma perentoria de Derecho Internacional.¹

2. Evolución jurídica filosófica del *ius cogens*, su carácter perentorio y su incidencia directa en la naturaleza jurídica del *non refoulement*:

Analizada la evolución histórica y normativa del *ius cogens* internacional, resulta pertinente adentrarse, de la manera más apropiada y acorde con los efectos de la presente investigación, en los mismos pensamientos y principios más relevantes que organizan y orientan la *philosophía*, es decir, el sustento y las causas últimas de la realidad de este instituto jurídico estabilizador de las relaciones internacionales más variadas, desde las de carácter humanitario (como el caso de la atención de extranjeros en busca de protección internacional), hasta las estrictamente diplomáticas. El *ius cogens* se enfocará, esta vez, como una herramienta jurídica y filosófica estricta para la tutela debida de los derechos fundamentales, en este caso, de los refugiados, con referencia directa al derecho fundamental (y, sobre todo, humano) del *non refoulement*, el más importante de los mecanismos de protección internacional para personas víctimas de persecución o conmoción general, guerra o alteraciones graves al orden público de su país de origen.²

No resulta pertinente en este punto desarrollar las principales ideas filosóficas que alimentaron las incipientes nociones de un orden público internacional, vinculadas con el concepto actual de *ius cogens*, elaboradas desde el apogeo del derecho romano, ni en lo sucesivo de la Antigüedad, pues, con la descripción de la evolución histórica que de ellas se hizo en páginas anteriores, bien basta. Además, como se dirá a continuación, las mismas “*últimas causas*

¹ Así es como quedó finalmente redactado este artículo 53: “*Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*”

² Estos puntos serán profundizados en el tratamiento de la llamada “*definición ampliada del refugio*”, especialmente en los puntos referidos a la Declaración de Cartagena de 1984, en el capítulo cuarto.

filosóficas” que en ellas se reunieron, fueron retomadas en la época moderna y post moderna, empezando con el pensamiento de los primeros internacionalistas como Francisco de Vitoria (1486-1546), de quien ya se ha hecho referencia también.

A. Francisco de Vitoria: gran primer emisario de la causa última y más radical del *ius cogens* internacional, la voluntad el “*totus orbis*” y el rompimiento de las barreras impuestas por la cosmovisión antagónica “*crístianos vs no crístianos*” del siglo XVI.

En la conciencia progresista del jurista y teólogo español, considerado por muchos como el precursor del Derecho Internacional, evolucionó la idea de que este derecho de gentes, conserva su fuerza de ley más allá del pacto o convenio suscitado entre las naciones, y que, eventualmente, quisiesen alterarlo. La concepción vitoriana de que el mundo formaba una mega república, capaz de dictar normas equitativas y adecuadas a las necesidades de todos los individuos, es la pieza clave de su racionalidad jurídica en torno a esta supremacía del derecho de gentes, inmovible por su objeto y razón última: el respeto de la voluntad del “*orbe entero*” y su poder para dictar normas equitativas de carácter superior.

Por encima de las diferencias que los Estados pudiesen tener entre sí, como, en nuestro caso costarricense, la confesión de una fe religiosa a nivel constitucional, o los diferentes sistemas legislativos que maneje cada quien, incluso por encima de la barrera del idioma y la cosmovisión local, De Vitoria concibe la posibilidad de un orden jurídico universal, común para todos los individuos, que sobrepasa credo y nacionalidad, y que vincula a todos los Estados, por encima de la cultura particular que los define y distancia; es un puente de unión que se sobrepone a las particularidades de pensamiento que, en muchas ocasiones, torna insostenibles las relaciones internacionales. Este puente se llama “*voluntad del totus orbis*”. He aquí la gran genialidad el clérigo español De Vitoria,

su gran avance, tomando en cuenta los tiempos y el contexto geopolítico en que vivió.¹

I. Las dos vertientes de la voluntad del *totus orbis*: el *ius dispositivum* y el *ius cogens*:

Y, en el ejercicio de este poder universal, de esta voluntad suprema del *totus orbis* de Francisco de Vitoria, es donde radica la posibilidad de promulgar leyes equitativas para todos en el ámbito del derecho de gentes, el cual se puede desdoblar en dos vertientes ya bien conocidas: el *ius dispositivum*, y nuestro *ius cogens*.

Un *ius dispositivum* que permite la formulación de convenios, pactos, acuerdos y otros productos legislativos derivados de la confluencia de la voluntad de dos o más Estados, los cuales pueden disponer, autónoma y libremente, la modificación de expectativas jurídicamente protegidas, siempre y cuando no afecten derechos ya constituidos o reconocidos de terceros Estados, como ficción jurídica personalizada, o de sus ciudadanos.

Y un *ius cogens* que, precisamente, constituye la barrera a la autonomía de la voluntad de los Estados antes referida; barrera jurídica con fuerza de ley universal inexorable para toda la comunidad internacional. Esta barrera existe porque de ella depende la conservación misma de la comunidad internacional, porque atañe directamente a la estructura misma del "*totus orbis*" organizado: esta es la filosofía vitoriana, la causa última y sustento primero detrás del *ius cogens* del jurista dominico español. Filosofía que, hasta nuestros días, se mantiene.

¹ "La idea del *totus orbis*, de la humanidad concebida como una persona moral que comprende a todos los Estados sobre la base del derecho natural, es sin duda la concepción más grandiosa e innovadora de Francisco de Vitoria. Sin suprimir totalmente la idea de la cristiandad, tan cara a la edad media, y cuyo principio motor era la profesión de una misma fe religiosa, aquella otra concepción se constituye en el eje del sistema de las relaciones internacionales, y por consiguiente, ha permitido la incorporación sucesiva de los Estados no cristianos a la comunidad internacional. Gracias a ella el derecho internacional moderno tiene carácter universal, y por ella, en conclusión, debe ser llamado a justo título el fundador del derecho internacional moderno." **Truyol y Serra (Antonio)** Premisas filosóficas e históricas del "*totus orbis*". En "*Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*". Volumen VII. Página 179

B. El carácter perentorio del *ius cogens*: su naturaleza jurídica.

En este punto, resulta pertinente profundizar en la naturaleza jurídica que subyace tras el *ius cogens* internacional, para develar el por qué de su llamado “carácter perentorio”, como parte de este escrutinio de las causas últimas, aplicando la definición clásica de *philosophía*¹, propias de este instituto pilar del derecho de gentes, que dota de una característica instrumental importantísima al *non refoulement*, eje central de la presente investigación, para la tutela integral de los derechos fundamentales de los refugiados² como itinerantes internacionales de categoría jurídica especial.

I. El pensamiento de Kelsen y el *ius cogens*: exigencia inexcusable.

Hans Kelsen (1881-1973), nacido en Praga, actual República Checa, y catalogado por muchos como el más influyente jurista de nuestros tiempos post modernos, sostenía que, en el derecho de gentes, debía operarse bajo la siguiente premisa: “*ius cogens vel necessarium, ius dispositivum vel voluntarium.*” Esto implica, según el mismo Kelsen, que: “*El poder del Estado para concluir tratados según el derecho internacional general es, en principio, ilimitado. Los Estados son competentes para celebrar tratados sobre cualquier materia que deseen. Pero el contenido del tratado no debe estar en conflicto con una norma del derecho internacional general que tenga el carácter de ius cogens y no el de ius dispositivum*”.³

¹ “Aunque se han propuesto muchas definiciones de filosofía en los diferentes sistemas filosóficos, podemos atenernos a la definición clásica, en la que coincidirán casi todos los filósofos (...): Ciencia de la totalidad de las cosas por sus causas últimas, adquirida pro la luz de la razón.” (...) La filosofía, en cambio, estudia su objeto por las razones últimas o más generales. Cada ciencia parte de unos postulados o axiomas que no demuestra, y ateniéndose a ellos trata su objeto. La filosofía, en cambio, debe traspasar esos postulados científicos y llegar a una visión coherente del Universo por sus razones más profundas. Las cosas se explican fácilmente unas por otras, lo difícil es explicar que haya cosas”. **Gambra (Rafael)**. Historia sencilla de la filosofía. Editorial Rialp. Madrid-España. 1965. Páginas 8 y 10. Incluido en **Colegio de Abogados de Costa Rica, Dirección Académica**. Curso de ética profesional jurídica, antología de textos. San José-Costa Rica. 1999.

² Aprovecho para aclarar que, en sentido amplio, debe entenderse como “refugiado”, tanto a los titulares de este estatus jurídico migratorio de excepción, cuya caso aún se encuentra en estudio, y a los mismos titulares de este estatus, ya reconocidos por el ordenamiento jurídico del Estado de asilo como tales.

³ **Kelsen (Hans)** Principios de Derecho Internacional. Editorial Rinehart & Co. Inc. Nueva York-EUA. 1956. Página 322.

Esta diferencia de normas con carácter *ius cogens* y con carácter *ius dispositivum* que recalca Kelsen, obedece a que las primeras poseen una naturaleza jurídica especial: modo imperativo, o exigencia inexcusable. Esta característica¹ bien fue tomada en cuenta a la hora de trasladar la existencia consuetudinaria del instituto del *ius cogens* internacional, al plano de las normas positivas por medio de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, de la que hice mención en la sección anterior.

II. Breve crítica al *ius cogens* como norma positiva:

Algunos autores como Egon Schwelb² y Alicia Cebada³, que se han preocupado por analizar la naturaleza jurídica del *ius cogens*, opinan que la labor realizada en la Convención de Viena antes citada, se limitó únicamente a reproducir una norma meramente descriptiva, conformándose con una transcripción de lo que, hasta ese momento, era más conocido: las consecuencias jurídicas de la violación a una norma perentoria del Derecho Internacional, sin llegar a representar un esfuerzo mayor por establecer el origen y fundamento filosófico y

¹ Según Lauri Hannikainen, a manera de enumeración esquemática, todas las características del *ius cogens* previsto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, se pueden resumir en los siguientes puntos específicos: 1. Modo imperativo: las normas con carácter *ius cogens*, no pueden ser modificadas ni ignoradas, y obligan en todo su contenido. 2. Igualdad universal: se imponen universalmente y, de forma general, a todos los sujetos internacionales. 3. Supra constitucionalidad: son exigencias de orden moral, ético, político, indispensables para la supervivencia de la comunidad internacional. 4. Evolución histórica: son expresión de necesidades perentorias de la sociedad internacional, en un momento concreto, pero que evolucionan y permanecen las más esenciales a lo largo del tiempo. Para profundizar más en el tema, se puede consultar: **Hannikainen (Lauri) Peremptory norms (ius cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status.** Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988.

² “Como denuncia Schwelb, entre otros, la CV69 se limitaba a constatar la existencia de normas imperativas, pero no determinaba cuáles eran, es decir, no delimitaba el contenido del *ius cogens*, con lo que venía a plantear más que a resolver un problema.” Citado por Cebada Romero (Alicia) Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, número 4, año 2002. Página 1. <http://www.reei.org/reei4/reei.4.htm>

Para profundizar más en la opinión de Schwelb, se puede consultar directamente: Schwelb (Egon). Some aspects of International Ius Cogens as formulated by the International Law Commission. En: AJIL, 1967, Vol. 61, p. 963 y ss.

³ “Por otro lado, aunque en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, de 1969, se recoge una definición de *ius cogens* o derecho imperativo, lo cierto es que es una definición incompleta que se centra en las consecuencias derivadas del carácter imperativo de una norma en los supuestos de colisión con una norma internacional convencional.” Cebada Romero (Alicia) Obra citada. Página 1.

axiológico del por qué se daban dichas consecuencias, como la nulidad de tratados o actos violatorios a estas normas perentorias.¹

III. *Ius cogens* es imperativo por su carácter predominantemente consuetudinario, pero podría ser estrictamente convencional, en atención a las necesidades imperantes sobrevinientes de la comunidad internacional.

Una de las causas últimas que se han encontrado para justificar el carácter perentorio o imperativo de las normas con carácter *ius cogens* en el Derecho Internacional, es la naturaleza predominantemente consuetudinaria, y no convencional, de las mismas. Y como complemento a lo anterior, también se identifica otra virtud o efecto jurídico, a parte del modo imperativo, presente en las normas *ius cogens*: siempre conllevan obligaciones “*erga omnes*” en su cumplimiento.

Sin embargo, esta afirmación de que el modo imperativo deriva de la naturaleza consuetudinaria del *ius cogens*, puede ser puesta en entredicho, precisamente porque esta esencia de las normas perentorias del Derecho Internacional, se ha mezclado y diluido con una naturaleza convencional, argumento que encuentra su asidero en el ejemplo del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.²

Esto es así puesto que, como personalmente considero, se puede calificar como consensual, convencional o acordada, la presencia del *ius cogens* internacional como una norma positiva, o, si se quiere ver así, como norma escrita, plasmada en este artículo 53, y ya no calificada como norma consuetudinaria. Y es que la misma posibilidad que brinda esta Convención de Viena de poder derogar

¹ Sin embargo, como opinión personal, considero que agotar el espacio de un instrumento internacional en el análisis de los orígenes y fundamentos filosóficos de las normas plasmadas en él, no es procedente. La excesiva puntualidad y letra sucinta en un texto normativo, muchas veces resulta perjudicial por las múltiples interpretaciones que de él sean necesarias, ante la falta de contenido. Sin embargo, recaer en el otro extremo, también resultaría inapropiado, ese otro extremo de dejar constancia de los procesos deliberativos, de los argumentos en pro y en contra de la incorporación de determinada norma, corresponde a espacios más apropiados, como para una labor de investigación separada, y no para la misma redacción del texto normativo.

² En lo conducente, cabe recordar que este artículo establece que una norma perentoria de derecho internacional, “*sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*”

una norma perentoria de Derecho Internacional, con otra norma posterior de igual naturaleza, me hace pensar también que sólo a través de los medios convencionales, consensuales, o “*escritos legislativos*” de la comunidad internacional organizada, es como dicha derogación podría tener lugar, y no por las fuerzas de la costumbre internacional, que durarían años en ser aceptadas; las necesidades humanas internacionales no pueden esperar tanto tiempo. Como bien se dice en la jerga jurídica: “*las normas se modifican y/o derogan de la misma forma que se crearon*”, y, en este caso, al parecer es por la vía del consenso, y no por la vía consuetudinaria, como se puede modificar, e incluso derogar, una norma *ius cogens*.

Todo esto viene al caso puesto que, usualmente, las normas convencionales del Derecho Internacional, no gozan (en la opinión de muchos, incluyendo juristas internacionalistas, e incluso mandatarios y jefes de Estado) de la misma fuerza perentoria el *ius cogens* estrictamente consuetudinario; es decir, carecen de fuerza imperativa, y pueden (según ellos) ser obviadas con argumentos como: “*mi país no ha firmado ese tratado internacional*”, excusa empleada para evadir responsabilidades mayores en estricto apego a la llamada “*conciencia internacional*”, como las que obligan al respeto del *non refoulement*. Una norma internacional de naturaleza convencional, según mi criterio, perfectamente puede ser dotada del carácter perentorio del *ius cogens*.¹

¹ Un *ius cogens* de naturaleza dual: La citada autora Alicia Cebada, así también lo ha considerado, aunque sin desprenderse totalmente de la predominante naturaleza consuetudinaria de estas normas perentorias del derecho internacional: “*El ius cogens propiamente dicho tiene una naturaleza consuetudinaria, aunque no tiene por qué ser exclusiva. En este sentido puede haber normas que compartan una naturaleza convencional y consuetudinaria, aquellas cuya formación se ha producido a través de la interacción entre costumbre y tratado. Sin embargo es la naturaleza consuetudinaria de la norma la que se corresponde con su carácter imperativo.*” **Cebada Romero** (Alicia). Obra citada. Página 6.

IV. *Ius cogens* regional: respuesta jurídica más efectiva para las imperiosas necesidades particulares de protección de derechos humanos en determinada región del mundo.

Las posibilidades de que existan normas imperativas de Derecho Internacional estrictamente de nacimiento convencional a la vida jurídica, van más allá. Usualmente, se encuentran referencias directas al carácter universal del *ius cogens*, una de sus grandes virtudes, junto con su carácter perentorio; pero, ¿podría existir un *ius cogens* que sólo obligue a ciertos Estados y no a la totalidad de la comunidad internacional?

Es aquí donde, para responder a esta pregunta, se trae a la mesa de la discusión la posible existencia de otros dos tipos diferentes de *ius cogens* (diferenciados, no tanto por su modo convencional, consuetudinario o ecléctico de nacimiento a la vida jurídica internacional, sino por su ámbito de aplicación territorial), que bien pueden ser identificados en nuestra realidad geopolítica actual, influenciada en gran parte por el poderoso orden jurídico comunitario de la nueva Europa unida. Claramente se pueden identificar, en primer lugar, un llamado *ius cogens* universal, y, en segundo lugar, un *ius cogens* regional.

Del primero, el *ius cogens* universal, ya mucho he dicho y citado; lo más importante es recalcar nuevamente su carácter predominantemente consuetudinario, y por ello, su modo imperativo por sobre otras normas del derecho internacional y nacional. Y seguirá teniendo dicha fuerza imperativa, sin importar que haya sido trasmutado a un instrumento jurídico convencional, como sucedió con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Del segundo, el *ius cogens* regional, bien puede ser producto de la interacción entre las normas consuetudinarias, presentes en determinada región del mundo, y un tratado internacional, pero estrictamente reservado a una región geopolítica específica del mundo. Por ejemplo, citando nuevamente el ejemplo de la Unión Europea, en su ordenamiento jurídico pueden existir normas

con carácter de *ius cogens*, de rango supra constitucional, pero sin igualdad universal en su aplicación, sino sólo regional.¹

Como lo señalaré en próximas secciones, el *ius cogens* desempeña un papel imprescindible en la protección de los derechos fundamentales de ciertos grupos sociales, como sucede con el caso de los refugiados y su derecho fundamental, y, sobre todo, humano, a la no devolución, piedra angular de toda la política de protección internacional de personas refugiadas, y también de la presente investigación.

Este papel del *ius cogens*, en general, como instrumento de protección, precisamente cobra mayor interés con la noción de un *ius cogens* regional. La historia nos indica que, en determinadas regiones del mundo, se acentúan aún más las violaciones sistemáticas a los derechos humanos de determinados grupos sociales, como sucede con los refugiados en África o en Asia, por ejemplo.

Con esta teoría del *ius cogens* regional, cabe la posibilidad de incorporar el modo imperativo o perentorio, a ciertas normas particulares, regionales, incluso de naturaleza consuetudinaria pero confirmada a través de procesos convencionales normativos, como un tratado suscrito entre varias naciones con cercanía geográfica, que mejor responden a las necesidades de esta región, para así garantizar mayor y más efectiva protección, “*hecha a la medida*”.

Cabe señalar una última particularidad del *ius cogens* regional, que lo diferencia del universal: si, eventualmente, se llega a derogar esta norma imperativa regional con los medios previstos en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, es decir, utilizando otra norma de igual naturaleza, esta supresión no afectaría radicalmente el orden público

¹ “El concepto de *ius cogens* regional o particular, en cualquier caso, se debe diferenciar claramente del concepto de *ius cogens* general. El primero no puede producir efectos más allá de aquellos Estados que han aceptado el carácter imperativo de la norma, es decir, carece del rasgo de la universalidad propio y definidor del auténtico *ius cogens*.” Ibidem.

Como referencia y para ampliación del punto, bien se puede referir al Dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 1/91, Rec. 1991, pp 1-6084-6113, en donde se defiende la existencia, en el contexto europeo, de un “*ius cogens* comunitario”, el cual agrupa un conjunto de valores esenciales para la propia supervivencia de la Unión Europea, tal como se encuentra ésta configurada. También se puede consultar: Acosta Estebes (José). La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario europeo. Anuario mexicano de derecho internacional. Volumen V. Año 205. Páginas 13. Publicación electrónica. URL: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/5/art/art1.pdf>

internacional general, el “*universal*”, que está por fuera del orden regional ahora transformado mediante esta derogación local.¹

Cabe indicar también que el *ius cogens*, sea universal o regional, resulta también imperativo por el objeto jurídico que protege. Como parte de la filosofía detrás del *ius cogens*, es importante señalar como causas últimas de éste, los valores amparados, el sentido de humanidad y el interés general que configuran este objeto de protección, y que dotan a esta categoría especial de normas, con lo que se ha denominado el “*modo imperativo*”, que las coloca como fundamentos del orden público internacional (regional o general), indispensable para la vida de la comunidad de las naciones, y para la dignificación del ser humano como individuo frente al Estado.

V. Contenido axiológico y material del *ius cogens*:

Como ya indiqué, la importancia de estas normas radica en la especial naturaleza del objeto que protegen. Por ejemplo, son normas que se suelen encontrar en la prohibición de ciertos delitos internacionales como el genocidio, el terrorismo, aquellos que buscan el respeto de la soberanía estatal, y, en nuestro caso, en figuras especiales de derecho humanos como *non refoulement* de personas refugiadas. Hoy en día, incluso, el objeto de una norma *ius cogens* puede ser la protección del medio ambiente, ¿por qué no?

De ejemplos como estos, se puede desprender la existencia de un elemento axiológico, y otro material, dentro de cada norma con carácter *ius cogens*. Cada elemento puede configurar, a su vez, otros tipos especiales de *ius cogens* (a parte de los ya vistos: *ius cogens* consuetudinario, convencional, dual, universal y regional), dependiendo de la óptica desde donde se le aprecie.

¹ “La norma de *ius cogens* regional podría ser derogada si los Estados interesados convienen en ello, sin que de esta circunstancia resulte una transformación radical de la comunidad internacional en su conjunto.”
Cebada Romero (Alicia). Obra citada. 6.

i. Algunos valores mínimos detrás el *ius cogens* y la edificación de una sociedad internacional de derecho:

Estos valores también envuelven principios abstractos que llegan a trascender los intereses particulares, para convertirse en testamentos perdurables del sentido de humanidad y responsabilidad internacional, producto de la conciencia de las naciones, en determinado momento de su historia. Estos valores pueden ser identificados con conceptos de orden público, paz social, seguridad jurídica, seguridad internacional, la igualdad frente al ordenamiento jurídico, la justicia, la dignidad humana, el respeto por la vida y la libertad, entre muchos otros propios de una “*sociedad internacional de derecho*”.

El contenido axiológico del *ius cogens* permite garantizar la estabilidad e intangibilidad del *status quo* consolidado que poseen ciertos derechos fundamentales, y humanos principalmente como el *non refoulement*, históricamente alcanzados por la comunidad internacional.¹ Permite pasar del plano formal, al plano pragmático de ciertas instituciones jurídicas, a la hora de su estricto cumplimiento por parte de los países, como resulta de la aplicación de la fuerza vinculante, o modo imperativo, del *ius cogens*, que subyace tras el principio de no devolución de refugiados.

ii. El elemento material o inmediato del *ius cogens*: el campo de especialización de las normas perentorias del Derecho Internacional.

Y, de los mismos ejemplos de normas bien catalogadas como *ius cogens*, como el delito que tipifica el genocidio, que prohíben el terrorismo y el *non refoulement* de refugiados, también se puede desprender la existencia de un elemento material o inmediato, que complementa el elemento axiológico de las normas perentorias del Derecho Internacional.

Este contenido inmediato hace referencia directa a los intereses materiales (no abstractos) que constituye parte del objeto de tutela de las normas con carácter *ius cogens*. Se puede relacionar con las diferentes materias o campos de

¹ Recordemos la posición historicista de Maurizio Fioravanti, en el punto “I” del apartado “C” de la evolución filosófica de los derechos fundamentales, en el capítulo primero

acción específicos sobre los cuales operan estas normas perentorias del Derecho Internacional. Al igual que el elemento axiológico, el ámbito material del *ius cogens* representa una evolución histórica en la regulación de diversas especies o ámbitos; regulación que se convierte, necesaria y pertinente, conforme la humanidad se desenvuelve, avanza o retrocede en determinado campo jurídico sociológico.

Este elemento inmediato o material del *ius cogens*, lo identificamos con los ámbitos tan variados en los cuales pueden ser clasificados los objetos de protección de estas normas imperativas del Derecho Internacional, que representan, en su mayoría, viejas¹ especializaciones jurídicas nacidas en el progreso de la historia de la comunidad internacional, como el derecho diplomático, el consular, la prohibición del uso de la fuerza contra otro Estado, en el campo del comercio exterior, en el Derecho Internacional Humanitario (entendido como “*reglas de la guerra*”), el derecho de la autodeterminación de los pueblos, en el Derecho Internacional de la Protección de Datos Informáticos, en la regulación universal de la protección al medio ambiente, en el Derecho Penal Internacional, en los nuevos ámbitos de responsabilidad internacional, y por supuesto, en el Derecho Internacional de los Refugiados.

¹ Para ser coherente con mi posición, personalmente considero que no siempre resultará conveniente encasillar una norma *ius cogens* internacional, dentro de estos campos de especialización jurídico sociológicas tradicionales, en estas “*viejas escuelas*”, por la misma naturaleza enteramente convencional de ciertas normas “*nuevas*” creadas por la conciencia de la comunidad internacional, dotadas de modo imperativo, y que responden a una nueva necesidad imperiosa sobreveniente, en un momento y región dadas. Estas nuevas normas con carácter *ius cogens*, bien pueden abrir las puertas para considerar la creación de una nueva especialización jurídica de pensamiento y profesionalización que mejor se ajuste a las características especiales del nuevo *ius cogens* convencional. Pensar en posibles ejemplos de dichas especializaciones, sería tan difícil como adivinar el futuro de la comunidad internacional y el comportamiento sistemático (pero a veces errático) de las violaciones a los derechos fundamentales, incluyendo, por supuesto, los derechos humanos. Ofrecer nombres o denominaciones de estas especializaciones jurídicas, como el derecho consular, el derecho informático, etc, sería una mera especulación, y no resulta pertinente en este punto, pero considero válida la aclaración.

C. Implicaciones del carácter perentorio del *ius cogens* para la tutela de las obligaciones generales ineludibles en el derecho de la comunidad internacional:

I. Inviabilidad en la constitución de la voluntad autónoma de los Estados, contraria al *ius cogens*, la como fuente suprema del Derecho Internacional:

La primer consecuencia jurídica del *ius cogens* que debe ser tomada en cuenta, deriva directamente de su naturaleza anteriormente descrita, y de sus características especiales (inderogabilidad, supra constitucionalidad, igualdad universal y, por supuesto, modo imperativo¹), elementos reunidos que tornan imposible, o inviable, que se llegue a consolidar la tesis que coloca a la autonomía de la voluntad de los Estados, como fuente originaria, principal o superior, del Derecho Internacional general.

El *ius cogens* impone un orden jurídico que se coloca frente a los Estados de manera obligatoria, independientemente de que éste no esté acorde con la voluntad de los mismos. De hecho, el *ius cogens* internacional, en la mayoría de las ocasiones, encuentra oposición a nivel nacional, al ser totalmente contrario a los intereses particulares estatales, carentes de una visión de comunidad internacional regida por un orden público universal, construido por estas normas perentorias.

El *ius cogens* internacional puede, y debe (especialmente en el caso de derechos humanos) regir con total independencia de la libre voluntad de los Estados, por ejemplo, aún antes de la ratificación de algún tratado, convención, o cualquier instrumento jurídico internacional que incluya normas que integran el catálogo del *ius cogens*; es más, rigen con posterioridad a la denuncia de dicho instrumento internacional. Incluso, el *ius cogens* rige por encima del derecho constitucional nacional, como su misma característica de “*supra constitucionalidad*” lo describe claramente.²

¹ Recordemos que éstas son las características resumidas del *ius cogens*, según Hannikainen, referidas en cita al pie del apartado “*El pensamiento de Kelsen y el ius cogens: exigencia inexcusable*”.

² “*Se sustenta con ello una primera tesis(...); de concebir la supremacía del derecho internacional en general y del imperativo en particular, sobre toda norma de derecho interno incluyendo el derecho positivo*”

II. El *ius cogens* internacional forma parte integrante de la juridicidad constitucional: el caso costarricense.

Las normas con carácter *ius cogens* del Derecho Internacional, también pueden (y deben, en el caso de nuestro país) ser incorporadas al ordenamiento jurídico de los Estados, no del modo descrito en el punto anterior, independientemente de la voluntad de los mismos, sino por medio de procedimientos formales de firma y ratificación de instrumentos jurídicos internacionales que contengan dichas normas imperativas del Derecho Internacional.

El artículo 7 de nuestra actual Constitución Política del 1949, establece claramente que los instrumentos jurídicos internacionales, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, primer poder de la República, tendrán, desde su promulgación o desde el día que se designe, autoridad superior a las leyes.¹ A consecuencia de esta norma, también forman parte de nuestro ordenamiento jurídico supra legislativo, la Convención de Viena sobre el derechos de los tratados de 1969, la cual contiene la figura, características y consecuencias del *ius cogens* internacional, en su artículo 53 ya citado páginas atrás; instrumento internacional incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley número 7615 del 24 de septiembre de 1996.²

constitucional. Las normas de derecho internacional referidas a los derechos humanos, cualquiera sea el grado de su generación, integran el plexo del derecho imperativo inderogable.” Sánchez de Bustamante (Teodoro). Globalización, economía y derechos sociales. Los derechos humanos son acumulativos, imprescriptibles e irreversibles. Artículo publicado en “*La Insignia*”. 29 de mayo del 2003. Publicación electrónica. URL: http://www.lainsignia.org/2003/mayo/der_041.htm

¹ En lo que nos interesa, este artículo siete dispone: “*Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.*”

² De igual forma sucede con el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951, el cual contiene el principio del *non refoulement*, integrado a nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley número 6079 del 29 de agosto de 1977.

III. Ninguna ley ni poder de decisión estatal inferior puede modificar el *ius cogens* en Costa Rica:

Este rango superior a las leyes, otorgado por el artículo 7 de nuestra Constitución, elimina la aplicación del principio conocidos bajo el latinajo “*lex posterior derogat priori*”, en el tanto que leyes internas, inferiores a los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, no pueden derogar, modificar o excepcionar dichos tratados vigentes, y, por ende, no pueden derogar, modificar o excepcionar principios jurídicos de origen consuetudinario, e incluso exclusivamente convencional (según la opinión a la que me allano al respecto expuesta páginas atrás) propios del *ius cogens*, refrendados por estos tratados vigentes.

Cabe señalar también lo establecido en el artículo 129 de nuestra Constitución Política¹, referente a la ineficacia de todo acto de renuncia o argumento de desconocimiento de las leyes de la República, vigentes después de diez días de su publicación en el diario oficial La Gaceta, o a partir de la fecha establecida en las mismas leyes, las cuales incluyen aquellas leyes que incorporan tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico, como las leyes 7615 y 6079 antes citadas.

Al existir una norma constitucional que permite la incorporación de normas con carácter *ius cogens* por medio de instrumentos jurídicos internacionales, y al conferirles la misma Constitución el rango superior por encima de las leyes, se puede considerar como consecuencia inmediata que, tanto otras normas inferiores como todo acto jurídico emanado del mismo Estado y de todo particular sujeto a su ordenamiento jurídico, se sometan y acomoden a estas normas imperativas del

¹ “Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice. No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa. La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o practica en contrario.” Reza dicho artículo 129 de nuestra Constitución Política.

Derecho Internacional, convertidas ahora en derecho nacional, y así se facilite la existencia de un respeto integral a la juridicidad constitucional.¹

IV. El *ius cogens* permite el ejercicio de la justicia universal:

Actualmente, existen ciertas normas del Derecho Internacional que van identificándose, cada vez más, como pertenecientes al grupo especial del *ius cogens*: aquellas que tipifican tipos penales internacionales, como el delito de genocidio, el crimen de tortura, y, en general, todos los catalogados como delitos de lesa humanidad y de guerra.²

¹ Cabe también tomar como ejemplo lo estipulado en el artículo 96, inciso primero, de la Constitución Española actual, del 27 de diciembre de 1978, el cual posee las mismas ordenanzas del artículo 129 de nuestra Constitución Política, anteriormente citado, con incidencia directa en las normas *ius cogens* que se incorporen al ordenamiento jurídico nacional, tal como lo explica el autor español Lorenzo Peña: “Violan la juridicidad constitucional, así definida, aquellos actos jurídicos del gobierno real que vulneren el *ius cogens* internacional, y la Convención de Viena sobre los tratados, y que por consiguiente infrinjan el valor directamente normativo de esa Convención como ley española (art. 96.1), de aplicabilidad preferente respecto a las leyes internas (corolario de la inderogabilidad del tratado mediante una simple ley interna: art. 96, m. 1 y 2).”¹

² El *non refoulement* como delito internacional: la tipificación de la violación del *non refoulement* como un delito internacional, considero personalmente, resulta necesaria. Es claro: un poder de coerción directo, ejercido por la voluntad y la conciencia de la comunidad internacional organizada, daría mucha mayor efectividad a la protección de este derecho fundamental, y, sobre todo, humano, exclusivo de los refugiados. A pesar del pretendido carácter *ius cogens* del *non refoulement*, éste continúa siendo violado sistemáticamente por los Estados, e incluso por particulares, una y otra vez. El carácter *ius cogens* debería ser suficiente, pero existen situaciones graves en las que parece no existir respeto alguno por esta norma perentoria del derecho internacional. El seguimiento de la responsabilidad por estos delitos internacionales, en un ámbito de jurisdicción universal, daría pie para crear una mayor conciencia con respecto a la intangibilidad de la prohibición de devolución. Las condiciones jurídicas del *non refoulement* permiten que sus violaciones sean consideradas como delitos internacionales, según mi criterio, en virtud de su naturaleza jurídica de norma perentoria del derecho internacional: “Estos crímenes son violaciones gravísimas a normas del Derecho Internacional imperativo (*ius cogens* en latín); no son, por lo mismo, prescriptibles, y no admiten amnistía ni indulto; y pueden ser juzgados por cualquier Estado, sin importar de qué nacionalidad son o dónde se cometieron.” Neira Fernández (Enrique) *Los delitos internacionales*. Anuario de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes. Mérida-Venezuela. 1998. Publicación electrónica. URL: <http://www.saber.ula.ve/db/ssaber/Edocs/grupos/observatorio/publicaciones/monografias/tomoiv/delitos.pdf>. Con respecto al carácter perentorio el *non refoulement*, haré referencia específica, en la sección segunda del capítulo cuarto, de la interpretación hecha por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados al respecto, principal defensor de esta naturaleza jurídica perentoria del *non refoulement*. Por ahora, para confirmar esta opinión, cabe citar el Diccionario de Cooperación Humanitaria y Desarrollo, con respecto a su definición del *non refoulement* dada por la Dr. María Teresa Gil Bazo, actual responsable de asuntos referentes al refugio en Amnistía Internacional para la Unión Europea: “(...) Generalmente se admite que la norma que impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario (*ius cogens*), y como tal obligatoria para todos los Estados de la comunidad internacional (el término en paréntesis no pertenece al original, es simple aclaración).” Gil Bazo (María Teresa). *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*. Editoriales Icaria y Hegoa. 2000. Publicación electrónica. URL: <http://dicc.hegoa.efaber.net/>. Por otro lado, basta con analizar los tipos penales internacionales ya existentes, para encontrar un posible espacio para la

Estos tipos penales internacionales, derivan su existencia de los mismos preceptos que alimentan jurídica y filosóficamente el *ius cogens*, y comparten sus características particulares: supra constitucional, evolución historia consuetudinaria (predominantemente, aunque bien ambos pueden ser enteramente convencionales, tal como lo sostuve páginas atrás), modo imperativo e igualdad universal en su aplicación. En especial, estas dos últimas características conjugadas, justifican la existencia de la llamada "*Jurisdicción Universal*", término desarrollado ampliamente por el conocido juez español Baltasar Garzón Real. Este "*principio de justicia universal*", como también es llamado el derecho de jurisdicción universal, perfectamente también puede ser contemplado expresamente en los mismos instrumentos internacionales que incorporan, como normas positivas, los delitos de *lesa humanidad*, tortura, genocidio, etc.

i. El ejercicio de la justicia universal, más que una potestad, es un deber de los Estados: recuerdos del caso Pinochet.

La consecuencia jurídica práctica más poderosa e inmediata del principio de justicia universal, derivado del carácter imperativo de los delitos internacionales que pretende perseguir, redundando en el derecho y, sobre todo, el deber, de todos los países del mundo, de ejercer dicha persecución judicial sobre estos delitos internacionales, en caso de que el país del lugar de comisión de los mismos, no asegure su debida persecución.¹

persecución universal de la responsabilidad por las violaciones al *non refoulement*, en sus diferentes manifestaciones; por ejemplo, los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que tipifican los delitos internacionales, contemplan tipos de lesa humanidad como el ataque sistemático contra población civil (incluyendo campamentos fronterizos de refugiados), el secuestro y la desaparición forzosa (eventualmente en frontera), o crímenes de guerra y otras violaciones graves al derecho internacional humanitario, como la toma de rehenes (incluyendo personas desplazadas en busca de protección internacional), y la provocación hostil del mismo desplazamiento forzado de población civil; todos ellos pueden traducirse como violaciones (quizás indirectas, pero siempre graves y reales) al *non refoulement*. Considero que, como mínimo, debería existir un delito de violación a este principio, en el derecho penal nacional de cada país en particular.

¹ Lo que a continuación citaré para el caso de España, puede ser perfectamente aplicado en los demás países: "*Así pues, el crimen de tortura (por poner un ejemplo de un tipo penal internacional) no sólo está sometido a la Jurisdicción Universal por la Convención, sino también por su naturaleza de 'ius cogens', y por ende España no sólo tiene el derecho sino más específicamente el deber de enjuiciar la conducta descrita, existan -que las hay-, o no existen víctimas españolas entre los torturados.*" Auto de Procesamiento 10.12.98 contra Augusto Pinochet Ugarte. Procedimiento: Sumario 19/97 Terrorismo y Genocidio."Operación Cóndor".

Cabe señalar también que este principio de justicia o jurisdicción universal, elimina todo impedimento jurídico frente a los Estados para el ejercicio de esta potestad, que tiende a convertirse, con la evolución del tema, en una responsabilidad y obligación impuesta por la conciencia de la comunidad de naciones, para impedir que estos delitos internacionales permanezcan impunes; tipos penales que revisten, recalcándolo una vez más, el carácter normativo del *ius cogens*.

Por ejemplo, esta idea es aplicada con frecuencia al delito de genocidio, tipo penal internacional que se deriva del mismo *ius cogens*, según los términos de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio del 9 de diciembre de 1948. Recordemos que este punto fue uno de los principales argumentos que llevaron a la detención del ex dictador chileno César Augusto Pinochet Ugarte en Londres, en el año 1997, en base al principio de jurisdicción universal.¹

Por último, se ha concluido que esta facultad (que tiende a convertirse en un deber imperativo) de ejercer la jurisdicción universal, prevalece con independencia a la nacionalidad de las víctimas, los actores, y únicamente depende de la falta de persecución previa por parte del Estado en cuyo territorio acontecieron los hechos.²

Juzgado Central de Instrucción Número Cinco. Audiencia Nacional. Madrid. España. Manda y firma el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, Magistrado-Juez.

¹ *"Por otra parte y debido a ese carácter (ius cogens) enraizado en el Derecho Consuetudinario Internacional, es más amplio que la que acoge la Convención de 1948, de modo que partiendo del mínimo básico que ésta contiene los principios recogidos por aquella son obligatorios para todos los Estados incluso fuera su vínculo derivado del propio Convenio, y, de aplicación con base al principio de jurisdicción universal y con exigencia de cooperación asimismo universal por todos y frente a todos (erga omnes). Ibidem.*

² *Estos delitos internacionales "(...) se refieren a 'hechos típicos' con independencia del lugar de comisión o la nacionalidad de la víctima. (...) La aplicación del principio de justicia universal rige con independencia de la nacionalidad de los autores o de las víctimas, ya que estas no constituyen requisito de tipicidad." Ibidem.*

V. Gravedad en la violación de una norma perentoria del Derecho Internacional, *ius cogens*: Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos.

En el año 2001, la Comisión de Derecho Internacional entró al estudio del denominado “*Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos.*”¹ En su segunda parte, titulada “*Contenido de la responsabilidad internacional de un Estado*”, se contemplan disposiciones generales para determinar la existencia de la responsabilidad de aquellos países que incumplieren una norma imperativa del Derecho Internacional; es decir, para responsabilizar a los Estados por las violaciones al *ius cogens* internacional.²

“*Cuando en el artículo 40³ del Proyecto 2001 de la CDI, sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, se habla de obligaciones que emanan de una norma imperativa de Derecho Internacional general, se está haciendo referencia a obligaciones erga omnes que emanan de una norma imperativa, pues ya hemos dicho que de una norma imperativa siempre se derivan obligaciones erga omnes.*”⁴

Este artículo 40 del Proyecto, habla de una violación grave (“*serious breach*”, según la traducción del proyecto en inglés, única disponible) a una norma perentoria del Derecho Internacional, para hacer valer la responsabilidad del Estado infractor. Estas violaciones, por lo tanto, deben cumplir con dos requisitos objetivos para ser tomadas en cuenta: en primer lugar, deben ser normas de naturaleza jurídica especial, pertenecientes al campo del *ius cogens* internacional y reunir sus principales características ya vistas; y en segundo lugar, debe ser calificada como violación grave.

¹ Este proyecto, al momento de realizar la última revisión del presente trabajo de investigación, en julio del 2006, aun se encuentra en estudio en Comisión de Derecho Internacional. Puede ser aquí: URL: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, bajo el nombre: “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.*”

² Incluyendo, según mi criterio allanado al del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, las violaciones al *non refoulement*.

³ Artículo 40: aplicación de este capítulo.

1. Este capítulo impone la responsabilidad internacional por el grave incumplimiento, por parte de un Estado, de una obligación que surja de una norma perentoria del derecho internacional general.
2. El incumplimiento de estas obligaciones se considerará grave, si involucra una flagrante falta sistemática por parte del Estado responsable de dicho cumplimiento.

⁴ Cebada Romero (Alicia). Obra citada. Página 4.

i. Calificación de la gravedad:

Para este último elemento, debe existir un incumplimiento o violación flagrante y sistemático, para poder catalogar dicha vicisitud como grave. Aunque, sin embargo, existirán ciertas situaciones en donde esta gravedad se determine determinada por la importancia suprema del valor protegido por medio de la norma *ius cogens* vulnerada. Por ejemplo:

*“Ocurre así cuando se incumple la obligación de abstenerse del uso de la fuerza. En este caso basta con una única vulneración del principio para que el ilícito sea calificado como grave. (...)Otras veces, en cambio, junto a la esencialidad del valor protegido se exige una particular intensidad de la violación para que esta pueda definirse como grave. Esto es lo que ocurre en relación con la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales. (...)La violación grave a la que se refiere el artículo 40 del Proyecto 2001 puede serlo de cualquier norma de *ius cogens*.”¹* Incluyendo, por supuesto, el *non refoulement*, cuyas violaciones no escapan de la medición de la intensidad de su gravedad.

Y, para extraer al campo de lo realizable lo establecido en este artículo 40 del Proyecto, en el siguiente artículo 41 se establecen obligaciones concretas especiales para la comunidad internacional, para lograr tal propósito. Concretamente, se estipula el deber de cooperar para poner fin a la violación calificada como “grave” a una norma *ius cogens*. Además, se pide no reconocer o no convalidar, ni mucho menos tolerar, la situación generadora de esta violación grave, según los términos del artículo 40.²

¹ *Ibidem*.

² Artículo 41: Consecuencias específicas de una violación grave a una norma perentoria del derecho internacional.

1. Los Estados deben cooperar para dar terminación, por medio de medios lícitos, a cualquier violación grave a una norma perentoria del derecho internacional, referidas en el artículo 40.
2. Ningún Estado debe reconocer, como una situación lícita, aquella suscitada por una violación grave a una norma perentoria del derecho internacional, según lo estipulado en el artículo 40, ni propiciar al mantenimiento de dicha situación.

Este artículo se aplica, sin perjuicio de otra consecuencia por violaciones graves establecidas en este apartado, así como a otras que en el futuro se estipulen y se impongan mediante el derecho internacional.

Capítulo tercero: del refugio.

Refugiado

*“Vengo a ofrecerte mi hombro
el apoyo de la amistad
dos manos para trabajar
la experiencia de la vida
un corazón para caminar.*

*Mi esfuerzo es tuyo
el sudor de nuestras frentes
irrigará tus campos
te doy mi grano de maíz
para sembrar felicidad.
(...) Trabajaré sol a sol
por un futuro nuestro
para ser yo tu hermano
nunca más ni nunca menos.*

*No me cierres las puertas
no me encierres en campamentos
no me culpes de tus errores
ni me tires al olvido.*

*Puedo darte tanto
y juntos recorrer la vida
soy también un ser humano
ciudadano del mundo.*

*Regresaré a mi milpa
a continuar trabajando
sólo quiero que veas en mi
un igual, solidario.”¹*

¹ Herrera Taracena (Guillermo). Obra citada. Página 90.

1. Historia antigua del refugio: breve introducción y advertencia sobre el empleo el término “refugio”:

Primero, resulta imprescindible advertir que, según se ha constatado a través de la historia de las grandes migraciones, el término “asilo” ha sido tomado por muchos autores como “el género”, y el término “refugio” como “la especie” del primero; sin embargo, resulta común encontrarlos indistintamente, en el mismo uso para referirse, específicamente, al tema del refugio, traducido en términos de protección internacional. Más adelante, serán aclarados los alcances jurídicos de estos conceptos.

El siguiente, es un esfuerzo por explicar la evolución histórica y jurídica, en base a una corriente tradicional básica¹, pero no exclusiva, como se verá más adelante, ya no de los derechos fundamentales ni del *ius cogens*, sino del tema general de la presente investigación: el refugio, condición jurídica especial que reviste gran importancia y pertinencia para la comunidad internacional actual, al grado de derivar la existencia particular del “*Derecho Internacional de los Refugiados*.”

Mi ideología, compartida con la de muchos autores aventajados en el tema y, sobre todo, en sabiduría, me obliga a transmitir al lector, la pasión (e imperiosa necesidad, según mi criterio) por conocer a profundidad los orígenes históricos de nuestras actuales instituciones jurídicas, aquellas con las que más nos relacionamos en nuestra vida profesional. “*Desconocer el pasado, es no conocer el presente*”, reza un viejo adagio chileno. Y un análisis del pasado, debe ser imprescindible en toda investigación sobre un tema tan actual, tan pertinente en las relaciones internacionales, y, sobre todo, tan vital para la propia preservación de la vida de muchos refugiados, como el mismo *non refoulement*.

Así pues, cabe empezar diciendo que, desde los primeros tiempos, la humanidad ha vivido sus muchos siglos de edad en medio del tránsito de

¹ Tradicionalmente, “*puede decirse que esta institución (el refugio) ha pasado por dos etapas: la primera puede ser denominada Religiosa, y se practicó entre los hebreos, los romanos y por la Iglesia en la Edad Media. (...) Y la segunda etapa que ha de llamarse Política.*” **Alfaro Barrantes** (Johann) y otros. La Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional humanitario. Análisis de la situación Jurídica de los Refugiados Colombianos en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José-Costa Rica. 2002. Pág. 10.

personas en constante inmigración, muchas de ellas luchando para poner a salvo sus vidas y alejarlas de situaciones de peligro y persecución vividas en determinado territorio. Sin embargo, a pesar de arrastrar varios miles de años de civilización, tanto en oriente como en occidente, es hasta nuestros tiempos post modernos, aunque a veces peligrosamente regresivos, en los que la conciencia universal ha despertado finalmente, y ha ordenado la puesta en marcha de acciones concretas, a partir de la experiencia adquirida con los más fuertes eventos bélicos del siglo XX, todos tendientes a inscribir la siempre urgente atención del problema del desplazamiento humano, en la agenda cotidiana de la comunidad internacional.

Pues bien, antes de entrar a la descripción y análisis de las incidencias de estos eventos históricos del siglo XX, es necesario situarse, aunque sea brevemente, en la historia antigua de la humanidad, para conocer la forma en que se trataba, ya desde entonces, los pormenores del fenómeno migratorio derivado de cuestiones como persecución, amenaza contra la vida, prosecución de delitos, etc.

A. Etapa religiosa: la función protectora de los templos y la temprana concepción teosófica del refugio.

En la antigua Grecia, el refugio era considerado como una potestad de los dioses, tanto así que se edificaron numerosos templos donde los delincuentes fugitivos podían, literalmente, “*refugiarse*” dentro de sus paredes. Muchos de estos templos fueron dados a conocer por la épica griega, y confirmada su existencia por la arqueología moderna, como, por ejemplo, *El Altar de la Misericordia de Atena en Éfeso*, *El Santuario de Esculapio en Epidauro*, el gran *Oráculo de Delfos*, entre otros. Y, en consonancia con la evolución de la sociedad y la política griegas, el derecho del refugio se definía de mejor forma, y se reglamentaba por lo que dictasen las costumbres y las leyes, manteniéndose por mucho tiempo adherido a las creencias, usos y prácticas sociales del pueblo griego.

Ya en la época de dominio del Imperio Romano, el refugio no alcanzó consolidación ni como derecho, ni como costumbre, ni como cortesía existente en

humanidad experimentó el mayor desplazamiento forzoso de población jamás vivido.

A. Nansen y la Sociedad de las Naciones: primer Alto Comisionado para los refugiados rusos.

Ante estos hechos, encontramos la primer manifestación de voluntad de los países organizados en busca de concretas soluciones al problema del desplazamiento humano, a partir de la arquetípica Sociedad de las Naciones, cuando, en el seno de este foro de acción internacional, se designó al Doctor Fridtjof Nansen (1861-1930), diplomático noruego, como el primer Alto Comisionado para los Refugiados Rusos, en el año 1921¹. Para aquel entonces, la situación de los refugiados se definía según diversas categorías específicas en función de su país de origen, como en el caso de los rusos.

I. La demanda de atención se amplía: cuarenta millones de desplazados.

Conforme se fueron suscitando nuevos conflictos armados, en Europa principalmente, el campo de acción de este primer Alto Comisionado fue ampliado y extendido hacia otros desplazados en busca de refugio que no se relacionaban directamente con las consecuencias vividas en la revolución bolchevique y la entronización de la mano de hierro comunista en la antigua URSS. Para 1928, ya habían sido incluidos dentro del campo de acción y atención de este Primer Alto Comisionado, personas desplazadas de origen armenio, asirio, turco, griego, español, y etnias errantes como judíos y gitanos, todos en busca de protección internacional.²

¹ En 1921, el Comité Internacional de la Cruz Roja intercedió ante la Sociedad de las Naciones para que ésta, en representación de la voluntad solidaria de la comunidad internacional, brindara apoyo a los cientos de rusos desplazados, producto de la guerra civil en Rusia (1917-1921).

² Dos años antes de declararse terminada la Segunda Guerra Mundial, se calcula que en Europa había más de cuarenta millones de personas desplazadas. Esto, sin contar en esta cifra las decenas de miles de militares alemanes en huida provocada por el avance del flanco soviético proveniente de las tierras del Este. Estos cuarenta millones incluían los seis compuestos, en su mayoría por judíos alemanes y polacos desterrados o llevados, como ganado, en el *“ferrocarril del olvido y la indiferencia”*; que encontraron su destino final a cientos de kilómetros, *“siempre al Este”* (*Fatherland: It's 1964, y si Hitler hubiese ganado la guerra?*, del director Christopher Menaul y producida por HBO, EUA-Alemania, de 1994. Basada en la novela de Robert Harris. Parte el diálogo sostenido entre la periodista Charlie Maguire (Miranda Richardson) y la actriz Anna Von Hagen (Jean Marsh), cuando la segunda narra lo sucedido con los judíos retenidos en los trenes que

Las tareas principales de este primer Alto Comisionado se concentraban en brindar atención, primordialmente, de carácter jurídico tendiente a la definición del estatus migratorio de excepción de los desplazados internacionales producto de estos conflictos bélicos, así como garantizar el acceso equitativo y expedito al empleo remunerado en el país de acogida, y, una vez que las condiciones así lo permitiesen, garantizar una repatriación segura y estable a los distintos países de origen.

B. Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción: buenas intenciones silenciadas por la pugna “capitalistas vs comunistas”.

Llegado el fin de esta Segunda Guerra Mundial, con la derrota de los nazis y la rendición del emperador japonés, y paralelo al proceso de constitución de la Organización de las Naciones Unidas acontecida en junio de 1945, ciertos países denominados “aliados” como los Estados Unidos de América y la extinta URSS, impulsaron la creación de la, posteriormente denominada, “Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción”, con un mandato específico para asistir, precisamente, en el socorro y la reconstrucción de regiones destruidas tras la retirada de las tropas de Hitler y el avance del ejército internacional aliado en Europa.

Desde el principio, esta *UNRRA* (sus siglas en inglés) fue ideada como una agencia de ayuda internacional para atender y frenar la metástasis del problema de los desplazados que huyeron de países europeos como Polonia, la misma Alemania y otros países europeos agitados por la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, no se abocaba estrictamente a asistir a personas refugiadas bajo el concepto jurídico acordado en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951. La misión de asistencia de la *UNRRA* comprendía

viajaban “siempre al Este”). Otras minorías perseguidas también se unieron al grosor de esta cifra: eslavos, gitanos, homosexuales, testigos de Jehová, comunistas, pertenecientes a disidencias intelectuales, sacerdotes católicos, y todo aquel que fuera catalogado por la paranoia nazi como una “amenaza al Imperio de los Mil Años” de Hitler (y que sólo existió poco más de diez), incluyendo, dentro de estas “amenazas”, a propios alemanes. Todos ellos liquidados en un exilio inhumano, fulminados de las formas irónicamente más creativas: reducidos a cenizas, procesados en jabón, o mutados en transparencias famélicas, víctimas del tifus, el hacinamiento y el gas hidrocianúrico *Zyklon-B*, o consumidos hasta el cansancio extremo por el trabajo forzado y alcanzados por una muerte prematura y cruel, a muchos kilómetros lejos de su hogar. Todos muertos en forzosa migración, todos en doloroso desarraigo del suelo que los vio nacer, crecer, reír y vivir.

el desplazamiento en general, incluso el motivado por la crisis económica, estela inevitable del conflicto armado en cualquier parte del mundo, sin recaer esta crisis en víctimas directas de la amenaza y peligro generados por la guerra.

Sin embargo, los conflictos ideológicos suscitados entre las dos superpotencias que se perfilaban como grandes vencedoras en la Segunda Guerra Mundial, los EUA y la URSS, afectaron directamente la labor pacífica y eficiente de la *UNRRA*. Producto de la rivalidad y desconfianza creciente entre estadounidenses y soviéticos, la *UNRRA* se enfrentaba a múltiples obstáculos para brindar sus servicios de asistencia en territorio de la extinta URSS.

I. Labor de repatriación y la presión del elemento extranjero: una comunidad internacional intolerante.

Como resulta natural después de un conflicto armado, muchos de los miles de desplazados producto de la Segunda Guerra Mundial, decidieron emprender el regreso a sus países y reconstruir sus hogares devastados por la guerra. Es aquí donde la tarea que la *UNRRA* asumió, primordialmente, consistió en la repatriación organizada de los desplazados europeos. En parte, su acción se motivó por presiones de países que sirvieron como esponjas de todo este suceso migratorio, como Italia y Austria, quienes apresuraban la repatriación de elementos extranjeros dentro de sus fronteras.

Ahora, cabe recordar que la mentalidad de los gobiernos no contemplaba tanto el sentido de la cooperación internacional; ni la búsqueda de la solución más adecuada a determinados problemas causantes del deterioro en elementos como la dignidad humana y los derechos fundamentales, en especial los humanos; esta mentalidad muchas veces delataba la presencia de elementos extranjeros, calificándola (casi siempre) como perjudicial, entorpecedora y estorbosa.¹

¹ Ejemplo de ello fue lo acordado en las conferencias de Yalta en Ucrania y Potsdam en Alemania (recordemos las famosas fotografías de Stalin y Churchill con Roosevelt, y luego con Truman) hacia el final de la Segunda Guerra Mundial, donde se determinó la pronta repatriación de los desplazados de origen soviético que se encontraban por toda Europa, víctimas del avance militar alemán y la resistencia del ejército rojo durante el sitio de Leningrado, actual San Petersburgo, desde 1941 a 1944, período en el cual el flujo de desplazados locales fue continuo y caudaloso.

II. Militarización de una labor humanitaria: falta de humanización en el tratamiento del desplazamiento humano.

Durante los seis meses posteriores a la finalización del conflicto armado en Europa en 1945, la *UNRRA* asistió a repatriar cerca de siete millones de desplazados. Sin embargo, sus acciones cayeron en desprestigio por la inevitable subordinación y restricciones que recibía esta agencia por parte del ejército aliado, irónicamente conformado por potencias como los EUA, que apoyaron su creación dos años atrás. *“En el vacío que abrió prematuramente la manifiesta falta de preparación de la UNRRA para realizar una ingente tarea, los militares se hicieron cargo de una parte sustancial de la actividad relativa a los refugiados. Pero los soldados parecían igual de mal para tratar a los desplazados, especialmente a aquellos que no podían o no querían ser repatriados, cuyo número aumentaba sin cesar. Ásperos e impacientes con sus cometidos, los administradores militares consideraban a menudo a los refugiados un escollo que había que salvar.”*¹

III. La ignorancia y las primeras violaciones reconocidas al *non refoulement*:

Un elemento que no fue tomado en cuenta a la hora de llevar a cabo estas repatriaciones poco humanizadas, sin duda fueron las implicaciones de potenciales violaciones al *non refoulement*, instituto jurídico prácticamente perdido en el limbo exclusivo de los estudiosos del refugio, como instrumento de protección internacional, pero carente de materialización práctica y, mucho más, de efectividad real.

Por ejemplo, bajo el afán de separar *“lo comunista de lo capitalista”*, se cayó incluso en xenofobias absurdas (valga la redundancia) en contra de desplazados provenientes de Ucrania, los cuales, ante su temor de regresar a su república socialista de origen, fueron repatriados por la fuerza, en contra de su libertad de decisión, y puestos, por segunda vez, bajo el mismo riesgo para su integridad como seres humanos; ahora, no por amenaza del ejército creado por el megalómano austriaco y artista frustrado de Hitler, sino por la mano de uno de los

¹ Marrus (M.R.) *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century*. Oxford University Press. Nueva York-EUA. 1985. Pág. 321.

asesinos más grandes de toda la historia: Joseph Stalin (1879-1953), de quien se dice mató a veinte millones de personas, y obligó a muchos más de estos repatriados “rebeldes” a ser reclusos en campos de “aislamiento del peligro contra la seguridad nacional”.

IV. Denuncias, inoperancia y retiro económico: el fin de la UNRRA.

“Aunque los países occidentales no se dieron cuenta inicialmente de lo que les estaba ocurriendo a muchos de los que fueron devueltos forzosamente, el gobierno de los Estados Unidos en concreto fue mostrando una actitud cada vez más crítica hacia estas devoluciones.”¹ Así fue, el gobierno de los EUA inició un proceso de denuncias en contra de las blandas políticas de la UNRRA, y suscitó todo un debate internacional tendiente a lograr consenso sobre puntos claves para definir la perpetuación o desaparición de esta agencia de asistencia al problema del desplazamiento humano: cuestiones como si debía o no brindar servicio a los desplazados que no deseaban ser repatriados, o si sólo debía prestar ayuda a los que voluntariamente deseaban regresar a su país de origen o del cual se vieron obligados a salir, por ejemplo.

La gota que derramó el vaso de agua, fue la acusación que recayó sobre la UNRRA por parte del gobierno de los EUA, de cooperar con el sometimiento de los desplazados de las repúblicas socialistas soviéticas para luego ser reclusos en los campos de exterminio humano de Stalin. El aporte económico del setenta por ciento del total de fondos con que contaba la UNRRA para realizar sus actividades fue retirado por los EUA. El final de esta agencia llegó anunciadamente en 1947.

C. Organización Internacional de Refugiados: implementación del reasentamiento como solución duradera.

Nuevamente, por iniciativa del mismo gobierno de los EUA (gran “afectado” por el problema migratorio posterior a la Segunda Guerra Mundial), en el mismo año de 1947 en que se liquidó la UNRRA, se creó la nueva Organización

¹ ACNUR. La Situación de los Refugiados en el Mundo: Cincuenta Años de Acción Humanitaria Editorial ICARIA. Barcelona-España. 2000. Pág. 17

Internacional de Refugiados, otra vez en el mismo seno de la reciente Organización de Naciones Unidas. Esta OIR (sus siglas en español) fue el primer brazo de fuerza internacional organizado específicamente para ejecutar la mayor parte de las tareas inherentes a la atención integral de la población desplazada, incluyendo refugiados e inmigrantes económicos, que no entran en el estatus jurídico migratorio de excepción del refugio.

Labores como identificación, registro, clasificación, asistencia, y repatriación, pero, sobre todo, el reasentamiento y la reinserción, fueron las delegadas a la OIR. Evidenciaban estas dos últimas tareas, el cambio de política suscitado con el tránsito de la extinta *UNRRA* a la OIR: la prioridad se centraba en una decidida política de reasentamiento, para reubicar a los desplazados en terceros territorios; ya no se devolvían a los desplazados a su país de origen o al país en donde se originó el motivo de su salida, lo que anteriormente resultaba reprochable y en plena violación del *non refoulement*.

I. Una gran decisión, más que genial, obvia: la eliminación de las repatriaciones forzosas, y críticas al programa de reasentamiento.

En atención a las malas experiencias vividas con la *UNRRA* y su cuestionado programa de retorno de refugiados, se explicitó ahora que las repatriaciones en las cuales participaría la OIR como asistente, serían siempre voluntarias, prohibiendo, de esta forma, el ejecutar repatriaciones inducidas por la fuerza, y se acordó que era derecho de todo desplazado abstenerse de participar en dichos programas, si manifestase razones válidas para considerar que, en caso de ser repatriado a su país de origen o del cual se vio obligado a salir, su integridad como ser humano sería nuevamente puesta en peligro o bajo amenaza.

Muchos países nuevamente alzaron su voz de protesta en contra de esta nueva política dirigida hacia el reasentamiento, viendo en ella una forma solapada de obtener mano de obra extranjera barata¹; también se acusó a este método de

¹ Resulta natural que en la época de pos guerra, muchos países estuviesen plenamente abiertos a servir como refugio para miles de desplazados que podrían ser empleados en la reconstrucción de las deterioradas economías, principalmente en aquellos territorios que sufrieron más bajas pertenecientes al sector más

reasentamiento, de brindar “*nuevos escondites*” a grupos subversivos que se mezclaban con la población de desplazados sometida a los programas de repatriación y reasentamiento.

Además, se señaló como “*el gran error de la OIR*”, concentrar todos sus esfuerzos en dos tareas específicas: el reasentamiento y la repatriación voluntaria, dejando de lado aspectos claves para el tratamiento integral de la población desplazada, como la atención humanitaria primaria, la coordinación con los Estados para el debido reconocimiento de sus derechos más fundamentales, y la capacitación adecuada de los funcionarios de gobierno relacionados con el desplazamiento humano..

II. Un problema creciente sin contingencia alguna:

La crisis de los refugiados continuó creciendo aún varios años después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial; por ejemplo y en referencia a lo dicho renglones atrás: las predicciones y temores de los ciudadanos ucranianos de regresar a tierras soviéticas, se tornaron reales conforme el mundo se acercaba a la década de los cincuenta. Muchos de los repatriados después de la Segunda Guerra Mundial, se veían nuevamente forzados al desplazamiento, por la presencia de un nuevo agente de persecución doméstico. Ahora, la amenaza y principal razón para que muchos desplazados se negasen a regresar a sus países, sin duda alguna lo constituyó el advenimiento del comunismo “pasivo agresivo”, aquel que silenciosamente violentaba las libertades públicas individuales sobre Europa oriental, utilizando, a su vez, la mano de hierro del militarismo que fungía como su instrumento de su poder.

Ante la incompetencia de la OIR por poner algún tipo de freno al crecimiento del número de los inmigrantes forzosos, o por manifestar la mínima preocupación por los demás problemas más básicos e instintivos de los

productivo de la sociedad: hombres que fueron reclutados por los ejércitos entre los veinte y cuarenta y cinco años, grupo demográfico adecuado para fungir como mano de obra de plena utilidad.

desplazados, en el seno de las Naciones Unidas se decidió su suerte final y se cancelaron todas sus operaciones oficiales. Corría el año de 1952.¹

D. El ACNUR: la herramienta más duradera, hasta ahora.

I. La presión de la opinión pública y las convulsiones geopolíticas de la “Guerra Fría”: aumento exponencial de los millones de desplazados que atender.

Después de la Segunda Guerra Mundial, después de toda esta confusión civil y política heredada en los años cincuenta, la comunidad internacional aún experimentaba para tratar de contener las enormes dificultades humanitarias producto del mayor desplazamiento de seres humanos que jamás haya presenciado el mundo. Y, “gracias” a la explosión de los medios de comunicación masiva, principalmente por medio de la televisión, este drama migratorio ahora era seguido por millones de espectadores alrededor del orbe. La crisis se veía aun más afectada por la opinión pública que arremetía sus críticas y desconfianzas contra la adolescente ONU, que casi nada hacía por atender a los desplazados, número global que continuó creciendo y creciendo inconteniblemente, producto de nuevos sucesos y convulsiones sociales acontecidos desde el fin de la década de los cuarenta, cimentaron las bases históricas del fenómeno geopolítico y sociológico que llamamos “Guerra Fría”.²

¹ Resulta necesario señalar también la creciente indignación de los países que, a parte de los EUA, se comprometieron esta vez a cooperar directamente con el financiamiento de la OIR para el desempeño de sus labores. Estos otros países costeaban ahora dos terceras partes de su presupuesto total, cantidad que, para aquel momento, superaba el presupuesto de cooperación con el financiamiento de la misma ONU. El factor económico, sin duda alguna, siempre resulta decisivo a la hora de medir la permanencia de un organismo internacional como la OIR, y cualquier otro que se le parezca.

² El gran desconocimiento de la historia es el gran pecado de la humanidad, y aún más reprochable en los que se auto denominan “teóricos”, “especialistas” y “defensores” de los derechos fundamentales, especialmente de los llamados “humanos”. Un solo suceso geopolítico, una sola sentencia de un “líder”, de un estadista con poder en determinado punto de la historia mundial post moderna, puede tener muchos efectos en el comportamiento de la humanidad, incluyendo incidencias en este desplazamiento humano continuo y creciente, experimentado desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, y mantenido durante toda esta “Guerra Fría”, teóricamente culminada hasta el final de los años ochenta: Joseph Stalin sentencia que el mundo capitalista y el mundo comunista son incompatibles; Sir Winston Churchill proclama la existencia de la ficción cismática del “Telón de Acero”; estalla la guerra civil en Grecia; comienza la guerra civil en China, entre las fuerzas comunistas de Mao Zedong y las nacionalistas de Chiang Kai Chek; golpe de Estado, por parte de los comunistas, en la extinta Checoslovaquia; se da la “proclamación” del Estado de Israel y el

II. De guerras civiles, descolonización e intromisiones a la soberanía nacional ajena: más desplazados como tónica constante en la segunda mitad del siglo XX.

Otro marco histórico vivido a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, que no entró directamente en el juego geopolítico “*comunismo vs capitalismo*”, pero que sí tuvo relación más que directa en el éxodo humano vivido a partir de entonces, sin duda lo constituyó el proceso de descolonización en África y Asia, bajo el argumento de la “*autodeterminación de los pueblos*”. Conforme más se suscitaba esta liberación de muchas naciones del control colonialista de potencias europeas, la preocupación de la comunidad internacional ya no se centraba tanto en los desplazados de Europa como producto de la Segunda Guerra Mundial, como hasta entonces lo fue, sino en los producidos por este nuevo proceso de reestructuración geopolítica regional.

Es cierto que en algunos países, la transición del poder de las trasnochadas fuerzas colonialistas, a las jóvenes independentistas, se realizó de forma pacífica, sin que por ello existieran pobladores de las colonias obligados a dejar familia y hogar atrás para salvaguardar sus vidas de las guerras de independencia. Sin embargo, éstas sí fueron vividas en la mayoría de los nuevos territorios

inicio de la versión moderna de la “*Guerra Árabe Israelí*”; al igual que la “*proclamación*” de la República Federal de Alemania; Mao Zedong proclama la creación de la gran República Popular China, de corte comunista; Corea del Norte ataca a Corea del Sur y el general Douglas MacArthur inicia la campaña bélica por recuperar los territorios invadidos por los norcoreanos, dándose, a la vez, la intervención de las tropas chinas a favor de estos últimos comunistas; invasión de las fuerzas soviéticas en Hungría; el abogado Fidel Castro derroca a Fulgencio Batista y consagra la revolución, posteriormente auto denominada “*socialista*”, en Cuba; la República Democrática de Alemania, de influencia soviética, inicia la construcción de “*El Muro de Berlín*”, para crear una separación física de la República Federal de Alemania; invasión de las tropas militares estadounidenses en Vietnam; estalla la “*Guerra de los Seis Días*” entre Israel, Egipto, Siria y Jordania; invasión de tropas militares estadounidenses provenientes de Vietnam hacia Camboya; el presidente socialista Salvador Allende se “*suicida*” ante golpe militar del general Augusto Pinochet en Chile, patrocinado por la CIA; militares pro soviéticos toman el poder en Afganistán; estalla la “*Revolución Islámica*” en Irán; el Ejército Popular Sandinista, de corte socialista, derroca al dictador Anastasio Somoza Debayle en Nicaragua, quien es asesinado posteriormente en su exilio en Paraguay; invasión de tropas militares de la extinta URSS a Afganistán; golpe militar en Polonia y encarcelamiento del líder del Sindicato Solidaridad, Lech Walesa; fuerzas militares estadounidenses invaden la isla caribeña de Granada; la implantación la “*Doctrina Reagan*” para brindar colaboración de la fuerza militar estadounidense a todo aquel país “*tercermundista*” que luche en contra del comunismo; y finalmente, Mijaíl Gorbachov es elegido Secretario General del PCUS e inicia la reforma política y económica que pondrá fin a la URSS. De alguna u otra manera, estas convulsiones geopolíticas incidieron en el aumento de los millones de desplazados, en migración constante, alrededor del orbe en la segunda mitad del siglo anterior. Incluso, muchos de sus efectos, los sentimos hoy en día, varios años a la derecha del “*Y2K*”.

emancipados del poder colonial, y, como resulta predecible según la típica conducta de este mundo, la independencia no necesariamente se tradujo en libertad, sino en temor, persecución y exilio.¹

III. La necesidad rodea los procesos de negociación para crear una nueva y más eficiente agencia para los refugiados:

Retrocediendo un poco al momento en que se dismanteló la OIR, y ya con las primeras sombras de este panorama tan desalentador para encontrar prontas y perdurables respuestas al problema del desplazamiento humano a partir de la década de los cincuenta, y tras tres fracasos de organización de la comunidad internacional por conseguir estos objetivos tan postergados a la fecha, encontramos en el seno de las Naciones Unidas gran indecisión para fructificar una posible negociación tendiente a la creación de una nueva organización especializada para abocarse a este problema.

Estas negociaciones se vieron inevitablemente afectas por el choque ideológico entre el bloque socialista y el bloque capitalista, mismo choque que propició las acusaciones de parcialidad y complicidad que dieron al traste con la extinta OIR. Muchos culpaban a los países del bloque socialista, la URSS y sus

¹ Podemos hacer breve referencia a las principales confrontaciones bélicas en África y Asia, vividas a partir de la segunda mitad del siglo XX, motivadas por el germen del espíritu anticolonial, y otras por causas particularmente domésticas, traducidas en guerra civil, y que, en su conjunto, desencadenaron el problema del desplazamiento humano local: Guerra de Indochina, de Francia contra los nacionalistas de Vietnam, país que, tras liberarse del dominio francés, quedó dividido en dos fracciones; primer guerra en Palestina, entre judíos palestinos y árabes palestinos, tras la creación del Estado de Israel; primer guerra entre India y Pakistán; guerra en Argelia, por muchos considerada como la más sangrienta de todas en su género, para lograr la independencia de Francia; guerra civil en Sudán; guerra de independencia de Eritrea contra Etiopía; segunda guerra entre India y Pakistán; guerra civil en Angola; guerra en Afganistán, entre el dominio militar soviético y guerrilleros afganos; guerra entre Irán e Irak, prolongada por ocho años; segunda guerra civil en Sudán; guerra civil en Ruanda, entre hutus y tutsis, por muchos catalogada como el mayor fracaso de asistencia a la población refugiada; primer guerra en el Golfo Pérsico tras, la invasión de Irak a Kuwait y la intervención de los EUA; y guerra civil en el antiguo Zaire, actual República Democrática del Congo, entre el gobierno hutu y rebeldes tutsis. Incluso, la crisis del desplazamiento humano en el siglo XX trascendió los territorios de Europa, África y Asia; también alcanzó nuestras tierras centroamericanas y otras regiones del mundo durante la segunda mitad del pasado siglo, con incidencia más que directa en el inmanejable número de personas desplazadas: guerra civil en Colombia; guerra civil en Guatemala; guerra civil en El Salvador; revolución armada en Nicaragua; guerra en los Balcanes; al independizarse Eslovenia y Croacia de la antigua Yugoslavia; guerra entre musulmanes de Bosnia contra serbios y croatas; guerra separatista entre Chechenia y Rusia; guerra entre Perú y Ecuador; es decir, en poco más de sesenta años, el orden geopolítico explotó, y con él, la crisis más grande y más insostenible de desplazados en busca de protección internacional. Nuestros tiempos post modernos, han sido, sin duda, los más violentos, y los más caudalosos en el río internacional de personas forzosamente desplazadas.

denominados “*países satélites*”, de querer boicotear la creación de este organismo. Sin embargo, resulta justo señalar que, también, los países de corte occidental capitalista lo pretendieron así, entorpeciendo enormemente la creación pronta y necesaria de una agencia que actuara inmediatamente, por voluntad y acuerdo de la comunidad internacional, para atender el apremiante problema del desplazamiento humano.

El gobierno de los EUA atrasaba las negociaciones, puesto que pretendía se crease un organismo temporal, de poco financiamiento y objetivos primordiales, claros pero limitados, concentrado en la protección internacional de los desplazados en busca de refugio que, en su momento, dependían de la actuación de la extinta OIR, protección que quedó paralizada tras su desaparición.

Los EUA, además, proponían que este nuevo organismo no desempeñara las tareas humanitarias de asistencia en emergencias migratorias, eliminándole la posibilidad de solicitar la ayuda de la fuerza armada de las Naciones Unidas en el seno de la Asamblea General para estas intervenciones de emergencia; y en cuanto a su financiamiento, los EUA incentivaban la acogida de la prohibición para este nuevo organismo de pedir contribuciones.

Estas propuestas entraron en confrontación con las ideas esbozadas por países de Europa, principales afectados con el problema del desplazamiento humano vivido a principios de los cincuenta. Además, ya para aquellos años, los conflictos armados se iban intensificando en otras partes alrededor del mundo, extendiéndose el problema a países como Pakistán e India, quienes se sumaron, en el seno de la Asamblea General de la ONU, a combatir la posición asumida por los EUA.

Estos países europeos y asiáticos proponían, más bien, la creación de un organismo de presencia fuerte, lo que implicaba, por supuesto, un fuerte financiamiento; un organismo de carácter permanente, no temporal, tomando en cuenta la mala experiencia vivida con los mandatos limitados otorgados a las predecesoras *UNRRA* y OIR, los cuales se tornaron insuficientes con respecto al ritmo acelerado con que crecía el problema del desplazamiento humano y el poco

entendimiento entre países para lograr una efectiva y pronta ejecución de sus programas de asistencia.

IV. El ACNUR: eclecticismo de posiciones encontradas.

Finalmente, la luz del consenso brilló en la Asamblea General de la ONU. Ambas posiciones tuvieron que ceder, creándose así un organismo híbrido que reunía lo mejor de los puntos propuestos por los EUA y los países europeos y asiáticos que vivían, más intensamente el problema del desplazamiento humano. En el mes de diciembre 1949, la Asamblea General de la ONU decidió, por 36 votos a favor y 11 abstenciones, la designación de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Sin embargo, aún para crear su estatuto y hacerlo operacional, una vez solucionado el problema de su creación, las tensiones ideológicas vividas entre los EUA y los países de Europa, Pakistán e India, se manifestaron nuevamente.¹

Para tratar de evitar acusaciones tan fuertes como las arremetidas contra la extinta OIR, en el estatuto del ACNUR se sentenció permanentemente su carácter apolítico neutral: su labor *“tendrá carácter enteramente apolítico; será humanitaria y social y, por regla general, estará relacionada con grupos y categorías de refugiados.”*²

Muchos de sus defensores rescatan este carácter apolítico del ACNUR en la actuación, para fundamentar el por qué este organismo ha soportado las presiones políticas de la Guerra Fría y demás corrientes ideológicas vividas hasta nuestros días, a lo largo de sus casi cincuenta y siete años de existencia.

Otros, por el contrario, aclaran que el ACNUR sí fue ideado por y para motivaciones políticas, al habersele concebido para encontrar soluciones duraderas al problema del desplazamiento humano producido, sin duda alguna,

¹ *“Las severas limitaciones del ámbito funcional y de la autoridad del ACNUR fueron resultado sobre todo del deseo de los Estados Unidos y de sus aliados occidentales, de crear un organismo internacional para los refugiados que no constituyera una amenaza para la soberanía nacional de las potencias occidentales ni les impusiera ninguna nueva obligación económica.”* Loescher (Gil) American Foreign Policy, International Politics and the Early Development of UNHCR. Dentro de la conferencia The Uprooted: Forced Migration as an International Problem in the Post-War Era. Lund-Suecia. 19-21 Agosto. 1988. Pág. 2-3.

² ONU. Asamblea General. Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Capítulo I. Punto 2. Resolución 428 (V). 14 de Diciembre de 1950.

por la evidente polarización del poder y la política existente en el mundo al momento de su creación, a inicios de la convulsa década de los cincuenta.

Existe una tercer posición que afirma que, dado que el ACNUR es un organismo creado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y atado a ella, como los demás altos comisionados existentes para buscar soluciones a problemas como salud, alimentación, cultura y educación, nunca podrá calificársele como “*totalmente independiente*”, por lo menos nunca de la misma ONU, que es, en sí, un remolino de tirones e influjos de la política venida de todo el mundo organizado.

V. Utilidad teórica del ACNUR:

Las funciones básicas del ACNUR se pueden resumir en dos puntos concretos: primero, el ACNUR deber brindar protección internacional para todo aquel desplazado que la busque, así, en términos sencillos y claros; segundo, debe encontrar soluciones duraderas a los problemas que giran en torno del fenómeno del desplazamiento humano, traducidas más que todo en la necesidad de protección internacional; estas soluciones duraderas se deben garantizar por medio de tareas como: contribución y coordinación de repatriaciones estrictamente voluntarias, dignas, seguras y, en todo momento, garantes de la integridad de la dignidad humana del inmigrante que decide someterse a los programas de repatriación del ACNUR; así como cooperar, en todo momento, en una segura y digna asimilación del desplazado en el país de refugio o en el de reasentamiento.

A pesar de la intención del gobierno de los EUA¹ de impedir que el nuevo organismo pudiese tener derecho a pedir y recibir contribuciones monetarias para el financiamiento de sus actividades de atención a la población refugiada, lo cierto es que sí se le dotó al ACNUR de este derecho de financiamiento externo, según

¹ Competidores del ACNUR: El gobierno de los EUA, insatisfecho por las decisiones adoptadas en el seno de la Asamblea General, se rehusó a colaborar con el fondo previsto para el ACNUR, y decidió emprender sus propios programas de asistencia para los refugiados. “*Programa de Escape de los EUA*”, “Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas”, luego llamado “*Organización Internacional para las Migraciones*”, entre otros ejemplos apartados del ACNUR, fueron la manifestación individualista de los EUA de seguir una ruta de pensamiento diferente al resto de la comunidad internacional, la cual buscaba concentrar nuevamente ciertos esfuerzos y acciones, por medio de un solo organismo consensuado, derivado de lo gestado arduamente en el seno de la Asamblea General de la ONU.

la conciencia de cada país o ente particular de colaboración; sin embargo, se estableció el requisito de la aprobación en la Asamblea General de la ONU de dichos financiamientos y asistencias económicas para que el ACNUR pueda recurrir a ellos; además, se le dio dependencia económica por medio de la estricta aprobación de un presupuesto administrativo, y uno adicional de carácter emergente.

VI. Prejuicios del gobierno más rico y la filantropía como único medio de salvación del ACNUR:

La estocada política final que dio al traste con la posibilidad de que el ACNUR pudiese recibir soporte económico de parte de los EUA, lo dio la obtusa decisión del Congreso estadounidense, de vetar el uso de su dinero para ayudar a cualquier organización, incluso nacida en el seno de las Naciones Unidas, que llevara a cabo su actividad en países situados bajo la ficción radical del denominado "*Telón de Acero*". Siendo, pues, la contribución de los EUA el más fuerte ingreso económico para la atención de la población desplazada, encontrándose dicho ingreso fuera del alcance del ACNUR, éste llegó a experimentar enormes dificultades y limitaciones debido a la escasez de fondos de carácter voluntario; sus esfuerzos resultaban mediocres, pues no pudo superar el plan de repatriación emprendido por la *UNRRA* ni el plan de reasentamiento de la OIR. En tan deplorables condiciones económicas, el ACNUR no podía hacer más que "*administrar miseria*".¹

Ante la falta de cooperación de gobiernos como el de EUA, y las insuficientes donaciones de otros países, quizás influenciadas por la apatía de este gobierno norteamericano, el ACNUR se vio movido a recurrir a organizaciones filantrópicas y de voluntariado para poder desarrollar su actividad.² Con el tiempo, la chispa de la conciencia internacional poco a poco fue calando en

¹ van Heuven Goedhart (Gerrit Jan) Primer Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1951-1956. Citado por el Príncipe Sadruddin Aga Khan, Alto Comisionado Adjunto, discurso pronunciado ante el Consejo Noruego para los Refugiados, 19 de mayo de 1965.

² Por ejemplo, La Fundación Ford inyectó el primer fondo significativo al ACNUR, con una cantidad de tres millones de dólares en 1951, y antes que cualquier gobierno comprometido con la atención de la población refugiada.

el seno de la ONU, y gracias al ejemplo del abastecimiento económico dado al ACNUR venido de organizaciones no gubernamentales, fue que en 1954 se acordó la creación del “*Fondo de las Naciones Unidas para los refugiados.*”

VII. Cuestionamientos y puntos a favor de la política de protección internacional de refugiados seguida por las Naciones Unidas, desde 1951:

i. La Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York: su misión.

El 28 de julio de 1951, fue aprobada en Ginebra, Suiza, la redacción final de la Convención de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados y los apátridas. Ésta se constituyó en la principal base jurídica para respaldar la actividad del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, en cuanto al fondo de dicha actividad, paralela también a los lineamientos dados en su Estatuto como organismo creado por la Asamblea General de la ONU.

Esta Convención alcanza a ser también el principal cuerpo normativo definitorio de la política universal a seguir, a partir de la segunda mitad del siglo XX, con respecto a la atención y manejo de refugiados alrededor del mundo. Esta Convención, en síntesis y sin lugar a dudas, es el primer gran instrumento jurídico de alcance universal, concerniente exclusivamente a la definición y tratamiento de puntos claves directamente relacionados con el desplazamiento humano más sensible, el causado por un temor fundado de persecución, el más cercano al resguardo de la integridad del inmigrante y al respeto de su dignidad humana como persona perseguida.

La misma, desarrolla un listado de derechos fundamentales y, sobre todo, humanos de carácter especial como el *non refoulement*, que tiene todo desplazado en busca de refugio; derechos que deben ser protegidos al mismo nivel que todo el elenco restante de derechos humanos, en general; a un nivel equivalente con respecto a la protección de los derechos de los extranjeros que se encuentren en un país determinado, sean o no refugiados; todo esto siempre bajo el estándar jurídico dado por la protección dignidad humana de toda persona.

ii. Radiografía general:

En términos amplios, la Convención define el significado de “*refugiado*”, como concepto jurídico exclusivo para calificar el estatus migratorio de excepción de ciertos extranjeros, diferenciando así su estado especial con respecto a otros inmigrantes, como por ejemplo los, así llamados, “*inmigrantes económicos*”.

Además de describir los principales derechos fundamentales, pero, sobre todo, humanos de los refugiados (abarcando elementos como la libertad de religión, de movimiento, de empleo remunerado, derecho a la educación y a poder ostentar documentos oficiales de viaje, y, por supuesto, el *non refoulement*), esta Convención, a la vez, establece las principales obligaciones que conlleva esta categoría especial de extranjeros, que deben respetar y cumplir mientras se encuentran en el país de refugio.

Resulta pues, una regulación del comportamiento del refugiado, de carácter integral la que encontramos en esta Convención; ella determina, hacia fuera del refugiado, lo que éste puede esperar de los Estados y demás participantes en su drama migratorio; y, viceversa, determina lo que éstos pueden esperar del comportamiento del refugiado, como extranjero dentro del país de asilo.

iii. No todo ha sido color rosa:

Sin embargo, ante la creciente complejidad de los procesos migratorios a nivel mundial, y después de ciertos hechos que algunos califican como “*fracasos de la política de protección internacional para refugiados*”,¹ muchos gobiernos han puesto en tela de duda la efectividad de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951, la que, en numerosas ocasiones, ha sido considerada como un “*instrumento jurídico obsoleto*”.

Incluso, se ha tomado a la Convención como protagonista, diremos “*culpable*”, de esta imparable complejidad o complicación extrema en la que se ha

¹ Como por ejemplo, el ejemplo más doloroso de los últimos tiempos, Ruanda: “*Cuando la crisis en Ruanda se desató, tuve la oportunidad de hablar con los primeros refugiados y evacuados que llegaron a Kenya. Lo que más me impactó fue el conocer de la política establecida por los Gobiernos Occidentales y de Países Desarrollados de evacuar solamente a sus connacionales dejando a cientos de nacionales, trabajadores de las embajadas, consulados, o personas que buscaron refugio en las embajadas, en manos de la muerte y ciertamente, fueron exterminados.*” Herrera Taracena (Guillermo). Obra citada. Página 93.

visto envuelto el tratamiento del desplazamiento humano (en busca de protección internacional) en los últimos años. Las posiciones más recalcitrantes se han permitido decir que esta Convención es poco ágil, por no decir que se encuentra en estado de total invalidez.

iv. Bodas de oro, pero con poco oro:

Hace cinco años, la comunidad internacional recordó el cincuenta aniversario de la Convención de Ginebra de 1951; a pesar de ello, no existió mayor agasajo ni celebración alguna para este significativo acontecimiento. Las críticas planteadas a algunas de sus disposiciones más importantes oscurecieron este aniversario, aunado al evidente y alarmante incumplimiento de las mismas disposiciones por parte algunos Estados y demás agentes de persecución.

Muchos han sido los gobiernos que, a lo largo de estos cincuenta y cinco años de vigencia de la Convención de 1951, han alzado su voz en busca de un cambio en la política mundial de atención del problema del desplazamiento humano.¹ El mismo ACNUR, como principal contralor del cumplimiento mundial de los preceptos establecidos en la Convención de 1951, no ha escapado de las críticas por su posible incapacidad, compartida con la incapacidad de la Convención, por lograr un tratamiento humanamente manejable del problema de los refugiados, especialmente en países con fuerte absorción, tanto de desplazados en busca de protección internacional como de los millones de inmigrantes de carácter económico que (eventualmente) desvirtúan los fines principales del instituto del refugio.²

¹ Por ejemplo, una queja del gobierno inglés: *“La Convención ya no funciona como sus creadores pretendían(...) Los posibles emigrantes se están aprovechando de un aspecto de la Convención, a saber, que impone la obligación a los Estados de considerar cualquier solicitud de asilo hecha en su territorio, por muy infundada que sea”*. Whitaker Straw (Jack John), citado por Achiron (Marily) Un Tratado Imperecedero Acosado. Revista Refugiados. Número 111. 2001. <http://www.acnur.org>

² *“Se gasta unos centavos al día cuidando a gente en África y nosotros en los países desarrollados nos gastamos cientos de miles de dólares en personas que han viajado con toda libertad y tienen dinero para contratar a un contrabandista(...) Existe un criterio para el ACNUR y otro criterio que ciertos elementos del ACNUR imponen a los países desarrollados, y no creo que eso pueda seguir.”* Ruddock (Philip Maxwell), citado por Achiron (Marily). Obra Citada.

v. La Convención tiene límites claros: puntos de defensa.

Para los defensores de la Convención, resulta injusto achacarle el no haber resuelto ciertos problemas para los cuales no fue diseñado este instrumento jurídico internacional. Resulta cierto que fue ideado como un cuerpo normativo relativo exclusivamente a la inmigración, pero dedicada a un sector particular de la población itinerante: los refugiados. Con ella, nunca se pretendió solucionar permanentemente los problemas surgidos con el desplazamiento humano internacional, a nivel general. El ACNUR y otros sectores afiliados con la defensa de la Convención en nuestros días, consideran inaceptable que la aplicación adecuada de un instrumento jurídico para la protección de los refugiados como este, deje de ser prioritaria frente a otros desafíos que presenta el fenómeno migratorio, que no tienen relación formal o directa con los objetivos que se habían fijado en dicha Convención exclusiva para refugiados.¹

vi. Efectos secundarios no deseados:

Estos ataques, calificados como “políticos” e “ideológicos”, se han podido relacionar directamente con los problemas más sensibles que surgen, como efectos secundarios negativos no deseados, de la misma aplicación de las obligaciones y estipulaciones de la Convención de 1951. Hechos que resultan

¹ El siguiente, es un extracto de uno de los varios comunicados de prensa oficiales que publicó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, en las vísperas del cincuenta aniversario de la Convención de Ginebra de 1951, respondiendo a las fuertes críticas sobre la pertinencia y utilidad de este instrumento: “Las razones detrás de estos ataques a la Convención parecen estar ligados fundamentalmente al creciente número de solicitantes de asilo, al incremento en las redes de tráfico de personas, a la percepción de que la mayoría de los solicitantes de asilo son ‘falsos’ y a los altos costos que implica mantener sistemas de asilo. ‘Estas preocupaciones son comprensibles, pero la crítica de la Convención tiende a ignorar algunos factores vitales básicos,’ dijo el (ex) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Ruud Lubbers. ‘En primer lugar, la razón principal de que los números se hayan incrementado es que hubo tres grandes guerras en Europa durante la década de 1990, además de numerosos conflictos alrededor del mundo. ‘En segundo lugar, el punto central de la Convención es precisamente distinguir entre quienes necesitan la protección internacional que brinda el estatuto oficial de refugiado, y aquellos que no la necesitan. Por lo tanto, es de esperarse que una determinada proporción de solicitantes no logren alcanzar esta protección. Esto no significa que algo esté mal con la Convención. De hecho, es todo lo contrario.’ La Convención ha sido también acusada erróneamente por la falla colectiva en manejar los crecientes números de quienes se identificarían como migrantes económicos. ‘La Convención nunca pretendió resolver todos los problemas de migración en el mundo,’ dijo Erika Feller, Directora Internacional. ‘El problema es que, debido a que virtualmente no hay otra vía migratoria abierta desde los países pobres hacia los ricos, la Convención se ha visto sujeta a presiones que deberían atenderse por vía de herramientas administrativas migratorias alternativas.’” Publicado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el 26 de julio del 2001.

imposibles de minimizar y subestimar, como el número creciente y (casi) inmanejable de solicitantes del estatus de refugiado; el uso y abuso indebidos que de este estatus hacen los Estados, al conceder indiscriminadamente el refugio a todo aquel extranjero que, como sucede en numerosas ocasiones, inventa su propio drama y lo narre “*con lágrimas en sus ojos*”, consiguiendo regularizar su situación migratoria de forma indebida, y sin que las autoridades migratorias lleguen a examinar ni dilucidar claramente si su situación responde, más bien, al “*Némesis*” del refugio: la migración económica.

Tampoco se puede ocultar el sinsabor que dejan los altísimos costos administrativos, enormes despilfarros de recursos, inútiles empleos de dineros públicos, etc; es decir, toda la mala administración de los insumos económicos que brinda cada gobierno y la misma comunidad internacional para la atención de los refugiados, entre otras vicisitudes y obstáculos vividos cotidianamente en la mecánica del refugio adoptada con la Convención de 1951.

vii. El costo de la burocracia:

El ACNUR ha indicado en reiteradas ocasiones, que muchos sistemas administrativos para reconocer el estatus de refugiado, son deficientes y excesivamente burocráticos.¹ Estos problemas encuentran su raíz a lo interno de la organización pública de cada Estado, y escapan, por completo, a lo ordenado en la Convención de 1951. Son complicaciones derivadas del alto nivel burocrático

¹ Extractos de una realidad burocrática: “*Las medidas de seguridad y una burocracia entumecida estorbaban los esfuerzos humanitarios tanto para introducir provisiones en Afganistán como para ayudar a los civiles que conseguían llegar a los países vecinos.*” ACNUR. Ayuda a Afganistán: el diseño de una compleja operación humanitaria. Revista Refugiados número 113. Año 2001. “*En Pakistán, la burocracia y la falta de seguridad impiden a los equipos del ACNUR en el terreno acceder a las zonas fronterizas para observar los posibles movimientos de población o para proporcionar asistencia inmediata a los recién llegados.*” ACNUR. El ACNUR expresa su frustración ante los obstáculos para ayudar a los afganos. Comunicado de prensa. Ginebra-Suiza. 11 de octubre del 2001. “*Pero todo no fue tan sencillo como esperaba. Primero por falta de pruebas y luego por la lentitud de la burocracia, su caso fue finalmente recogido como asilo humanitario, una residencia especial que mezcla protección de asilo y extranjería. Las trabas han sido tantas como largos los trámites.*” Bécares (Roberto). Asilo para un hijo de reyes. Diario El Mundo. Madrid-España. Publicado el 7 de mayo del 2002.

y letargo funcional que todos los administrados vivimos día a día, como sucede incluso a lo interno de nuestra Dirección General de Migración y Extranjería.¹

Esto no sólo redundará en un aumento de los costos en términos de beneficios sociales (como el pago de salarios a funcionarios que realmente no se necesitan o realizan mal su trabajo), sino que también constituye un atractivo para los inmigrantes económicos², fomentando así un círculo vicioso que genera aumento de cifras en el número de solicitudes de refugio, aumento en los costos administrativos en la tramitación de dichas solicitudes, y aumento en el tiempo requerido para resolverlas.

viii. Restricciones de la Convención de 1951 y el papel del Protocolo de Nueva York de 1967:

Desde el momento de su creación, la Convención de 1951 presentaba, en su misma regulación, literales restricciones de carácter temporal en cuanto a su aplicación, lo que resultó evidentemente perjudicial para poder continuar prestando protección internacional a más y más refugiados, con forme avanzaban

¹ Experiencia personal: mi Trabajo Comunal Universitario lo llevé a cabo en el extinto Departamento de Refugiados de la Dirección General de Migración y Extranjería. No es secreto que esta institución, es una de las más disfuncionales y extremadamente burocráticas de todo nuestro aparato estatal costarricense. Fui testigo de ello: vi como muchos funcionarios entraban a las ocho de la mañana, y, mientras desayunaban y acomodaban su escritorio, empezaban sus labores a las ocho y quince; cesaban sus labores a las nueve para tomar café; volvían a las nueve y quince o nueve y treinta; nuevamente detenían su labor a las once y cuarenta y cinco, y se “preparaban” para el almuerzo, al cual dedicaban una hora, más quince minutos para cepillar sus dientes, acomodar nuevamente su escritorio y “prepararse” mentalmente para la faena de la tarde. A las trece horas con quince minutos, empezaban de nuevo sus labores, interrumpidas a las quince horas, para el “cafecito” de media tarde. A las quince con quince retomaban sus labores, para que media hora más tarde, apaguen su computadora, vayan al baño, recojan sus artículos personales, acomodan su escritorio por tercera vez en el día, y salgan a esperar el bus, declarando finalizada oficialmente su jornada laboral, a las dieciséis horas en punto. Por supuesto, no todos los funcionarios laboran bajo este esquema mental; pero sí una gran parte de ellos, los suficientes para sumir a esta Dirección en el letargo administrativo y burocrático actual; lo más grave de todo es que, de por medio, se encuentran los derechos fundamentales de un grupo especial de personas itinerantes: los solicitantes de refugio, cuyos trámites administrativos deben ser los más expeditos y eficientes de todos los extranjeros que los requieren. Tiene mucho en qué pensar y, sobre todo, en qué actuar las nuevas autoridades a cargo de la Dirección General.

² El tiempo transcurrido entre la solicitud del estatus de refugiado y la resolución administrativa que lo deniega o reconoce, puede ser excesivamente largo debido al retraso en la tramitación de expedientes; esto, a su vez, debido al elevado número de solicitudes presentadas, aunado a las deficiencias laborales que, desde hace mucho tiempo atrás, arrastra nuestra Dirección General de Migración y Extranjería. Esta situación es aprovechada por inmigrantes económicos y otros extranjeros que se encuentran con estadia ilegal en nuestro país, y que no califican como refugiados, empleando, de forma abusiva, la residencia temporal conferida a todo solicitante de refugio, vigente eventualmente hasta la denegación de este estatus migratorio de excepción. De esta forma, regulan indebidamente su estatus migratorio, empleando tretas que ni la Convención de Ginebra de 1951 ni ninguna otra normativa referente al estatus del refugio previeron.

los años. Ante esto, la Asamblea General de la ONU adoptó el “*Protocolo de Nueva York relativo al estatuto de los refugiados y apátridas de 1967*”, así denominado en principio. Con él, se eliminaron las aparentes restricciones geográficas de atención a desplazados que dictaba la Convención de 1951.¹

Además, debido a que en este mismo año de 1951 los creadores de la Convención no vislumbraban que la problemática del desplazamiento humano iría muchísimo más allá de las consecuencias directas de la Segunda Guerra Mundial, con este nuevo Protocolo se eliminó la literal restricción temporal que contemplaba la Convención, que restringía la aplicación del refugio sólo a las personas así consideradas por hechos acontecidos antes de 1951.² Resulta justo señalar que ésta es una de las propuestas más efectivas tendientes a lograr mayor adaptabilidad de la Convención de 1951; incorporó claras respuestas a las nuevas complicaciones que, con los años, iba presentando el problema de los refugiados alrededor del mundo.

ix. Política de asilo hecha a la medida:

Otro de los puntos negativos que se señalan en contra de la Convención de 1951, es el hecho de que muchos países, ante la incapacidad de los lineamientos dictados por ésta para solucionar sus propias complicaciones con respecto a la atención de los refugiados que arriban a sus fronteras, se ven obligados a recurrir a medidas locales en busca soluciones alternativas, tanto para arreglar sus problemas de burocracia y excesivas cargas en la atención de refugiados, como

¹ El artículo I.3 del Protocolo de 1967 establece: “*El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo, sin ninguna limitación geográfica;*”. Es cierto que la Convención de 1951 no contemplaba estrictamente dicha restricción, puesto que su Artículo I.B.1).b), contiene la frase “*acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar*”, haciendo referencia a que sería aplicada la Convención, estrictamente a esos hechos, y no a anteriores. Sin embargo, el señalar primero “*Europa*” y después “*en otro lugar*”, pues invitaba a la confusión y a pensar en la eventual existencia de tal restricción geográfica.

² El Artículo I.2 del mismo Protocolo de 1967, establece: “*El término refugiado denotará toda personas comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención (de Ginebra de 1951), en la que se darán por omitidas las palabras ‘como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951’ y las palabras ‘a consecuencia de tales acontecimientos’ que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.*”

para idear ciertas formas de protección internacional temporal o diferente a la planteada por la Convención.¹

En algunas ocasiones, estas medidas elaboradas por cada Administración presentan la eventual ventaja de permitir el ingreso de desplazados en busca de refugio, con un mínimo de requisitos y trámites de corte burocrático. Esto, con el inconveniente paralelo de que los derechos reconocidos a los solicitantes de refugio tienden a ser menores, en cuanto a su calidad en comparación con derechos establecidos en la Convención de 1951.²

x. Persecución sin contenido:

Elemento adicional que integra parte de las críticas emitidas en contra de la Convención de 1951, es la no definición del término “*persecución*”, utilizado para conceptuar, a la vez, al refugiado al “*refugiado*” como “*inmigrante con temor fundado de persecución*”. Ante esta (acusada o pretendida) falta de definición, el contenido de esta “*persecución*” ha sido objeto de las más divergentes interpretaciones a lo largo de estos casi cincuenta y cinco años de vigencia legal de la Convención. La conveniencia política de cada Estado ha justificado su potestad de definir arbitrariamente el contenido de la persecución como parámetro para reconocer el estatus de refugiado.

Por ejemplo, algunos países han alegado que situaciones como la guerra civil, la violencia generalizada o los constantes abusos en contra de derechos humanos principalmente, de forma general en la población, no constituyen temores fundados de persecución por sí mismas. Bajo estos argumentos, se han denegado incontables solicitudes de refugio, en base a interpretaciones arbitrarias como estas, apartadas de la política general que inspira y ordena la Convención

¹ Ejemplos de estas medidas “*caseras*” se dieron durante el drama de los desplazados que huyeron durante los conflictos armados en Los Balcanes a lo largo de la década anterior.

² Por ejemplo, con este refugio *sui generis*, se concedía un tipo de residencia para solicitantes de este estatus migratorio de excepción, de reconocimiento más expedito y menos burocrático, pero peligrosamente más temporal, dando por terminadas las medidas de protección internacional inclusive de forma antojadiza, dejando de lado principios como la misma legalidad. El ACNUR ha señalado que este tipo de protección temporal, creada al margen de la Convención de 1951, no debe incorporarse a las prácticas administrativas de reconocimiento de los derechos de los refugiados. Por mucho, resulta una fragante sustitución antijurídica.

de 1951. Este punto será ampliado al analizar la relación de la Declaración de Cartagena de 1984 con la definición “*extendida*” del refugio.¹

xi. Agentes de persecución no estatales:

Otro argumento que (pretendidamente) socava la pertinencia de la Convención de 1951 en nuestros días, es el que señala que, en el año de su creación, se suponía únicamente que los agentes de persecución eran los gobiernos de los Estados. En base a esto, los detractores de la Convención la acusan de obtusa y anticuada, pues hoy es más habitual que se den desplazamientos humanos en zonas geográficas en las cuales no encontramos ni gobiernos, ni Estados, ni cualquier otra organización administrativa claramente establecida y con la capacidad para patrocinar y dirigir alguna campaña de persecución contra ciudadanos o grupos de ellos en específico.

En estos casos, los agentes de persecución son identificados como organizaciones evidentemente no estatales, al no existir Estado; son agentes o agrupaciones que se manifiestan por medio de pequeñas milicias locales particulares, o grupos paramilitares, entre otros movimientos con poca o ninguna relación con el antiguo gobierno local.

Y, como se indicó en el punto anterior, aprovechándose de la supuesta falta de definición del término “*persecución*” en la Convención de 1951 (la cual permite introducir en su contenido, interpretaciones de todo tipo) sucede que muchos gobiernos de países de asilo han insistido en que los actos cometidos por estas organizaciones que no pertenecen a algún Estado o gobierno, no pueden ser considerados precisamente como persecución que justifique el temor del

¹ Ante estas actitudes, el ACNUR ha reiterado, en los últimos años, que la guerra civil y la violencia generalizada se han empleado cada vez más como instrumentos de persecución directa, y esto se ajusta a lo estipulado por la Convención de 1951. Por ejemplo, en los conflictos armados de la extinta Yugoslavia, al igual que en los acontecidos en la región de los Grandes Lagos en África, se empleó la violencia generalizada deliberadamente para someter a persecución a miembros de comunidades locales en específico. Prácticas de persecución traducidas en la llamada “*limpieza étnica*” o la que involucra elementos religiosos, en términos concretos, constituían el fin último e intención primera de estos conflictos armados. Es decir, configuraban, *per se*, claros instrumentos de persecución directa.

desplazado para buscar la protección internacional brindada con el refugio, como estatus migratorio de excepción.¹

Ante esto, el ACNUR ha insistido que la naturaleza (estatal o particular) de la persecución, no es el factor más importante a la hora de determinar si un extranjero en busca del refugio, merece o no su protección internacional; por ejemplo, si es o no persecución venida de un ente estatal o ajeno a todo vínculo de carácter oficial, como puede ser un grupo identificado de homofóbicos que utilizan la violencia contra la minoría gay², en determinado territorio; o aficionados extremistas del fútbol que amenazan de muerte a jugadores y árbitros.³ En cambio, lo importante, según el ACNUR, es analizar si los malos tratos hacia la persona desplazada, surgen a partir de una de las causas previstas en la Convención para considerar si ésta tiene, objetivamente, un temor fundado de persecución.⁴

xii. El refugio protege individualmente, no en forma masiva:

Es práctica común en algunos Estados, operar bajo el argumento (derivado de una aplicación peligrosamente restrictiva) que la Convención de 1951 es de aplicación exclusiva a refugiados como individuos, y no como grupos de desplazados, según una lectura literal del artículo primero de la Convención: “El

¹ Es decir, si esta *seudo* persecución es protagonizada por entes no estatales, el desplazado supuestamente perseguido no merece la protección internacional con el reconocimiento del estatus del refugio, ya que el (supuesto) espíritu de la Convención de 1951, estableció que el único agente de persecución oficial se encuentra en las ficciones jurídicas de gobiernos y Estados. Una interpretación extremadamente restrictiva.

² Contrario a lo que yo mismo creía, el término “gay” ya está aceptado por la R.A.E. como una palabra incorporada al idioma español. Dice la (última) vigésimo segunda edición de su Diccionario de la Lengua Española: “Gay: 1. adj. Perteneciente o relativo a la homosexualidad.”

³ No es un caso hipotético: el ex jugador de la selección colombiana Andrés Escobar, fue asesinado en su país, tras recibir amenazas de muerte venidas de aficionados que le achacaban al jugador la eliminación de Colombia del campeonato mundial de la F.I.F.A. “Estados Unidos 94”, por un autogol de Escobar.

⁴ Por ejemplo, en el año 2000, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que la persecución sufrida por personas víctimas de agentes u organizaciones no estatales, sigue y seguirá siendo auténtica persecución, capaz de infundir y justificar el temor fundado que exige la Convención de 1951 para merecer el refugio. Y, con referencia específica al *non refoulement* del artículo 33 de la Convención, esta Corte estableció que, exponer por segunda vez a los solicitantes del refugio a una situación en la que puedan sufrir persecución, viola la Convención europea de los derechos humanos, a parte de la Convención de 1951, de orden universal (referencia al carácter *ius cogens* del *non refoulement*), independientemente del origen de esa persecución. Para ampliar más en el tema, se puede consultar: Corte Europea de Derechos Humanos (Sección Tercera). Sesión del 8 de febrero del 2000. Aplicación número 40907/98, por Mohamed Dougoz contra Grecia.

término refugiado se aplicará a cualquier persona (...) Punto. En singular, individualmente.

Por esto, aunque parezca sumamente obtuso, grandes contingentes de desplazados que arriban en forma masiva a las fronteras de algunos de estos países que conciben este apego nocivo a la letra de la Convención, se ven desprotegidos, sin asistencia y sin las garantías que les corresponden como refugiados solicitantes.

Sectores en contra de esta interpretación literal y obstinada de lo establecido en la Convención, sostienen que ésta nunca nos indica que el refugio sea una institución de carácter humanitario que deba ser referida únicamente a individuos, y no a grupos de ellos; antes bien, el espíritu de la Convención fue influenciado por el desplazamiento humano generado por los conflictos bélicos más trágicos del siglo anterior, vividos entre 1914 y 1945; siendo así, en mucho la protección internacional aparejada al refugio fue inspirada en enormes grupos de desplazados, sin dejar por fuera a sujetos individualizados que también sufren temores fundados de persecución, siendo ellos víctimas en concreto.

xiii. Desinterés por la administración pública del refugio: en Latinoamérica, un efecto secundario del cáncer de la corrupción.

A nivel general, existe un desinterés cada vez mayor de los gobiernos, por inyectar los recursos necesarios para mantener funcionales sus dependencias administrativas encargadas del reconocimiento del estatus del refugio. Este fenómeno regresivo lo encontramos tanto en países desarrollados, como en otros pertenecientes aún al tercer mundo, como nuestra Costa Rica.¹

En su mayoría, esto sucede en países que tradicionalmente han absorbido la más grande cuota de los inmigrantes alrededor del mundo, incluyendo a los que responden a motivaciones económicas, así como a los que arrastran un temor

¹ Ejemplo de ello fue la alarmante supresión del Departamento de Refugiados de nuestra Dirección General de Migración y Extranjería, acaecida el año pasado.

fundado de persecución y requieren protección internacional.¹ A nivel latinoamericano, la gran culpable de este desinterés de los gobiernos para invertir en la administración del refugio, y en las instancias públicas de control migratorio a nivel general, lo constituye la creciente y impune corrupción. Lo cual es sumamente criticable, pues el desamparar económicamente la atención de la población refugiada, no es el método adecuado que deben asumir los gobiernos para el combate efectivo de la corrupción que los corroe.

La formación ética de los funcionarios públicos es la más esencial de todas las herramientas para combatir este flagelo social, y no el alejar de sus manos los fondos públicos. La mentalidad del ladrón no desaparece por no tener a su alcance los bienes ajenos.

Al existir menos recursos disponibles para atender a la población refugiada, menor será el número de oficiales de elegibilidad para atender el número de solicitudes de asilo presentadas, y mayor será el tiempo transcurrido entre su admisión, estudio y resolución final. Y, como éste, existen otros elementos en juego que bien pueden poner en jaque los derechos fundamentales, y sobre todo humanos como el *non refoulement*, de la población refugiada en estos países encaminados hacia la reducción administrativa en relación al control migratorio.

xiv. ¿Acusado desinterés del mismo ACNUR, o falta de recursos económicos?; un desinterés reflejo de toda la comunidad internacional.

Si, en ocasiones, se ha señalado que el mismo Alto Comisionado comparte los síntomas de incapacidad que se le achacan a la Convención de 1951, y, en general, a toda la política universal del refugio concebida hasta nuestros días, bien puede deberse a su desabastecimiento económico. La gran causa de esto, lo configura el incumplimiento de muchos países, entre ellos algunos ya en pleno desarrollo económico y social, que en su momento asumieron el compromiso de colaborar con el ACNUR con la inyección de fondos y financiamientos especiales.

¹ El caso de los países desarrollados es el más grave, pues pueden disponer mayores recursos económicos, y bien contar con la capacitación completa y necesaria en sus funcionarios, para lograr una adecuada y digna atención al problema del desplazamiento humano. Su desinterés en los refugiados es creciente y alarmante.

Según lo reportó el mismo ACNUR, a partir del año dos mil, estas naciones poderosas, padrinos económicos solventes de este Alto Comisionado en otrora, no han superado los mil millones de dólares en subvención para llevar a cabo la labor (titánica, diríamos) de asistencia a gobiernos en la atención a refugiados, labor que no es nada barata ni misericordiosa en cuanto a sus gastos.¹

xv. Fuerte actitud de diálogo y escucha: tablas de salvación para la Convención de 1951.

El mismo ACNUR y otros defensores de la Convención, sí han llegado a reconocer la realidad palpable de que dicho instrumento internacional se enfrenta a un listado de desafíos claves que ponen a prueba su entera capacidad, la cual no está, de plano, echada por la borda. Son simplemente puntos de resistencia, y confían en que la Convención los soportará.

Esta actitud de reconocer lo anterior resulta sensata, necesaria, acertada, poco fanática y sí muy propicia para efectuar eventuales replanteamientos en un foro internacional; replanteamientos que conduzcan a ciertos cambios en la formulación de los lineamientos de la Convención más importantes, que se han tachado hoy como deficientes.²

¹ *“Compartimos la preocupación de los estados por los costes y el mal uso del sistema de asilo, la desproporcionada y prolongada carga que algunos países soportan, la no disponibilidad de soluciones oportunas y adecuadas a los problemas de los refugiados... Por supuesto, compartir las cargas no puede ser un pre requisito para cumplir con los compromisos. Éstos, sin embargo, necesitan racionalizarse. Tenemos que reunirnos y encontrar la forma de hacer que la protección funcione y que la Convención (de 1951) siga siendo eje central de nuestro trabajo.”* Feller (Erika). citado por Achiron (Marily). Obra Citada. Este es el llamado del ACNUR, tendiente al compromiso, la lealtad y la solidaridad, herramientas claves para superar los muchísimos problemas y complejidades del desplazamiento humano. Y quizás en estas tres herramientas resida la vigencia y pertinencia de la misma Convención de 1951, aún en nuestros días tan convulsos. El factor económico, desgraciadamente, define “quién se queda y quién se va” en este mundo materialista.

² *“En resumen, aunque la Convención sigue siendo, y ha de ser, el fundamento de la protección de los refugiados, actualmente se le está haciendo mella por todos lados. Debemos preocuparnos por cómo reforzarla, volver a darle su vigor y garantizar su aplicación cabal e inclusiva en los decenios venideros. Todos los interesados en el régimen deben intentarlo. La Convención de 1951 es el único instrumento verdaderamente universal (recordemos el *ius cogens* de sus normas, como el *non refoulement*) en el que se sientan los principios básicos sobre los que debe fundarse la protección internacional de los refugiados: es poco probable reemplazarlo por otro que tenga un valor similar.”* Feller (Erika). Cincuenta Años de Protección Internacional de los Refugiados-Los Desafíos de la Protección Ayer, Hoy y Mañana. Revista Internacional de la Cruz Roja. Número 843. Ginebra-Suiza. 2001. Publicación electrónica. URL: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList516/4B47501F59F86A7FC1256DE1006724DC>

El ACNUR ha buscado dar una dimensión dinámica a la Convención de 1951. Ha invocado, ante los Estados que violentan sus lineamientos, el principio de efectividad de los instrumentos internacionales previsto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, para incentivar una interpretación de la Convención de 1951 conforme al sentido integral, y no restrictivo, de los lineamientos de este instrumento sobre el estatuto de los refugiados, teniendo en cuenta su objeto y fin fundamentales. Y, según el preámbulo de la Convención de 1951, su objeto es el asegurar que los seres humanos gocen de los derechos y las libertades fundamentales sin discriminación, así como garantizar a los refugiados el más amplio ejercicio posible de estos derechos y libertades fundamentales.

La Convención de 1951 no debe verse como un cuerpo normativo estático, sino dinámico; debe interpretarse de manera evolutiva, no restrictiva, adaptando lo estipulado hace más de cincuenta años a las vicisitudes y complejidades del proceso migratorio actual.¹

¹ “Los Estados signatarios se propusieron que la Convención siguiera prestando protección a los refugiados en circunstancias cambiantes del mundo presente y futuro.” Cámara de Lores del Parlamento del Reino Unido, caso “Aden”; diciembre del año 2000. Tomado de Feller (Erika). Obra citada.

Capítulo cuarto: evolución en la protección jurídica del *non refoulement* como un derecho fundamental de los refugiados y como norma *ius cogens* de Derecho Internacional de los Refugiados.

“El exilio es una pesadilla que nos visita noche a noche.

Unas veces son las voces del pasado que nos reclaman y otras, son las sombras verde olivo que buscan atraparnos.

Años de depresión y terapia se alternan y lo que queda después de tantos intentos por recuperar lo que se ha perdido, es un vacío abismal que nunca lograré describir.

Algo muy fundamental se ha perdido dentro y no somos lo que antes éramos. Siempre existe la incertidumbre, el temor por el pasado y el temor por el futuro. Esa es la herida interna que nunca sana y esta es la búsqueda eterna, por una cura.

Muchas veces se quiere llorar pero el llanto no le da tregua a la sequía y se sigue así, por muchos años hasta que el dolor se hace eterno y las emociones ya no nos asombran.

Pero a poco el mundo se convierte en un laberinto y los escombros del pasado se transforman en los escombros del presente, sin ritos, sin canto, sin futuro y cuando nada falta, la historia es muy sencilla, o se rompe con el tiempo o se muere con la vida”.¹

¹ Herrera Taracena (Guillermo). Obra citada. Página 122.

Sección primera: evolución del *ius cogens* en los principales instrumentos jurídicos de carácter universal, referentes al refugio como derecho fundamental.

1. Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951 y Protocolo de Nueva York sobre el estatuto de los refugiados de 1967:

Como ya recalqué, el más específico instrumento jurídico universal que existe con respecto a la protección de personas desplazadas en busca de refugio, sin duda alguna es la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951.¹

A. Una época jurídica internacional propicia para la universalización de los derechos fundamentales de los refugiados, incluyendo el *non refoulement*.

Para esta ocasión, los países reunidos en Ginebra consideraron crear dicha Convención, tomando en cuenta que la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General de la ONU, habían afirmado el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna, sean o no extranjeros, deben gozar de los derechos y libertades fundamentales que goza todo individuo en su patria, como el derecho a la libertad de tránsito, derecho a la educación, al empleo remunerado, y, en el caso de los extranjeros, derecho a ostentar documentos de viaje a manera de documento de identificación, entre otros. Además, esta Convención fue ideada, considerando la necesidad de revisar los otros acuerdos internacionales anteriormente realizados, referentes a temas relacionados con los derechos fundamentales de los extranjeros, incluyendo desplazados en busca de protección internacional,

¹ Este instrumento fue adoptado en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951, por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados y los apátridas, la cual fue convocada por la Asamblea General mediante la resolución número 429 (V) emitida el 14 de diciembre de 1950. La misma Convención contempló su entrada en vigor para el 22 de abril de 1954, según se acordó en su artículo 43: “*Esta Convención entrará en vigor 90 días después de la fecha de depósito del sexto instrumento de ratificación o de adhesión.*” Trimestre que se venció el 22 de abril de 1954.

precisamente buscando una ampliación y mejoras en este espectro de protección.¹

También se consideró que, para esta época, el derecho al refugio o asilo, según el preámbulo de la misma Convención de 1951, podía resultar de difícil reconocimiento en algunos países; recordemos que el contexto en el que estamos se desarrolla a inicio de los años cincuenta, con una enorme falta de definición y efectividad normativa, en muchos campos y actividades de preocupación para la comunidad internacional.

B. Una comunidad de naciones más sensata y madura: el principio de solidaridad internacional aplicado al refugio.

Los Estados reunidos en Ginebra para la aprobación final de esta Convención, expresaron el reconocimiento que hacían de el carácter social y humanitariamente apremiante de la situación tan crítica de los refugiados alrededor del mundo, principalmente en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. Y, mediante este reconocimiento de la realidad palpable, se comprometieron a evitar ignorar o minimizar la gravedad del asunto, y asumir así actitudes de cooperación y coordinación entre los países involucrados con el drama del desplazamiento humano forzoso, para no aumentar, indiferentemente, las cargas en el tratamiento de este problema sólo hacia un país, de manera poco solidaria; elemento primordial será el lograr compartir dichas cargas y alcanzar un equilibrio

¹ Así, fueron puestos en consideración tratados como el Protocolo adicional a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de víctimas de conflicto armado internacional; la Convención sobre la prevención y penalización del crimen de genocidio del 9 de diciembre de 1948; el Tratado de Derecho Penal Internacional del 23 de enero de 1889 de Montevideo; la Convención sobre Asilo del 20 de febrero de 1928 de La Habana; la Convención de Asilo Político del 26 de diciembre de 1933 de Montevideo; el Tratado de extradición y protección contra el anarquismo del 28 de enero de 1902 de Ciudad de México; el Código de Derecho Internacional Privado del 13 de febrero de 1928 de La Habana; la Convención sobre deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles del 20 de febrero de 1928 en La Habana; el Tratado sobre asilo y refugio político de 1939 en Montevideo; el Tratado General de paz y amistad del 20 de diciembre de 1907 en Washington DC; la Convención de extradición del 7 de febrero de 1923 en Washington DC; el Convenio Europeo de Derechos Humanos 1950, entre otros instrumentos internacionales que antecedieron la Convención de 1951.

de responsabilidad y pro actividad en la búsqueda de soluciones duraderas, razonables y humanizadas.¹

C. El ingreso ilegal de desplazados perseguidos, flexibilidad del *non refoulement* y el peligro de los conceptos jurídicos indeterminados:

Analizando el contenido de la Convención, en busca del principio de no devolución, encontramos a partir del artículo 31 inciso 1, la prohibición de aplicar sanción alguna a aquellos extranjeros que hayan ingresado ilegalmente al territorio del país de asilo en busca de protección internacional. Esto implica el no deportar, sin más, a estos extranjeros que son calificados por el artículo primero de la Convención como “*refugiados*”, que han huido de su país de origen o de residencia habitual por temores fundados de persecución motivada por causas expuestas en el mismo artículo primero.²

Complementariamente, el siguiente artículo 32 establece ciertas restricciones para llevar a cabo la expulsión de un extranjero solicitante o titular del estatus de refugiado, limitando las razones de dicha expulsión a cuestiones referentes a la seguridad nacional u orden público.

Naturalmente esta redacción implica cierto riesgo a la hora de practicar expulsiones de refugiados, puesto que contiene dos conceptos jurídicos indeterminados³, “*orden público*” y “*seguridad nacional*”, que pueden ser

¹ “*Considerando que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional, (...)*”. Reza el párrafo quinto del preámbulo de la Convención de 1951.

² “*Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.*” Artículo 31, inciso 1.

³ “*Frente a la discrecionalidad administrativa se encuentra la aplicación de lo que la doctrina denomina ‘conceptos jurídicos indeterminados’, entendido como aquellos conceptos o expresiones utilizados por las normas en que los límites y términos del enunciado no aparecen perfectamente definidos (ej: buena fe, justo precio...). Cuando la norma utiliza uno de dichos conceptos jurídicos indeterminados no implica que conceda a la Administración la facultad discrecional de decidir si hay o no buena fe o si el precio es o no justo ya que, o hay buena fe o no la hay, el precio es justo o no lo es. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso (García de Enterría).*” Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. Sentencia número 541/99, dada en la Ciudad de Palma de Mallorca, el veintinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve.

fácilmente manipulados de forma antojadiza por los Estados de refugio para justificar la expulsión de un refugiado o grupo de éstos, calificados, según sus propios intereses, como “no deseados”.¹

D. Plenitud normativa del *non refoulement*: más conceptos jurídicos indeterminados comprometiendo la intangibilidad del *non refoulement*.

En el artículo 33, se consagró específicamente el principio de no devolución, ya como legado normativo perdurable. La Convención de 1951 emplea el término francés “*refoulement*”, para referirse a la expulsión de refugiados del país de asilo. Cabe recordar que este término francés también fue utilizado por el neurólogo moravo Sigismund Freud, haciendo referencia al concepto psicoanalítico de “*represión*”.²

Aquí sí resulta pertinente transcribir literalmente este artículo 33, no como una cita de referencia al pie de página, sino como contenido pleno; este, estimado lector, es el corazón de todo el tema:

“Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”):

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

¹ “Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.” Artículo 32.1.

² “*Refoulement (n.m.)*: Defensa automática e inconsciente por la que el individuo rechaza una motivación, una emoción, una idea penosa o peligrosa, tendiente a ser disociada.” Piéron (Henri) Vocabulaire de la psychologie, sous la dir. de François Bresson et de Gustave Durup. Quinta Edición. Editorial Presses Universitaires de France. Paris-Francia. 1973. Pág. 372. Se puede consultar adicionalmente: Pasternac (Marcelo) La referencia a Foucault y otros autores: La heterogeneidad de sus textos. Publicación electrónica de Psicomundo México. URL: <http://www.psicomundo.com/mexico/articulos/art7.htm>

Este artículo contempla causas específicas por las que los Estados pueden desaplicar legalmente la protección dada con del principio de no devolución. Sin embargo, nuevamente volvemos a encontrar conceptos jurídicos indeterminados, lo que propicia (eventualmente) interpretaciones antojadizas y arbitrarias al respecto. Ideas como “*seguridad nacional*” y “*orden público*”, o, como reza este artículo 33, “*amenaza para la comunidad*”, son claros ejemplos de ello, y están presentes en estas excepciones válidas para dejar sin aplicación el *non refoulement*, situación que (fácilmente) torna maleable y arbitraria dicha desaplicación, según la propia conveniencia del Estado que decide expulsar o levantar la protección internacional; lógicamente, todo en perjuicio de los mismos desplazados que son puestos por segunda o más veces, “*en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran*”.

Existe otro caso de desaplicación del *non refoulement*, pero de carácter provisional. El artículo 9 del anexo de esta Convención de 1951 establece que, según se vivan situaciones apremiantes en el Estado de refugio, como conmoción general o conflicto armado, se podrán imponer medidas provisionales con respecto a la trata de desplazados en busca de refugio, con tal de resguardar la seguridad nacional.¹

Este artículo es claro al establecer que dichas medidas provisionales podrán ser aplicadas con respecto a todas las disposiciones de la Convención de 1951, incluyendo el artículo 33. Sin embargo, se deben tomar, a la vez, todas las medidas necesarias para determinar, de forma expedita, la condición de refugiado de las personas sobre las cuales imperan estas medidas temporales, como el levantar el impedimento de ingreso al país de refugio una vez constatada la inexistencia del peligro para la seguridad nacional.

¹ “Ninguna disposición de la presente Convención impedirá que, en tiempo de guerra o en otras circunstancias graves y excepcionales, un Estado Contratante adopte provisionalmente, respecto a determinada persona, las medidas que estime indispensables para la seguridad nacional, hasta que tal Estado Contratante llegue a determinar que tal persona es realmente un refugiado y que, en su caso, la continuación de tales medidas es necesaria para la seguridad nacional.” Artículo 9.

E. Países expresamente afiliados a la Convención de 1951:

Con respecto al estado de ratificaciones de esta Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951, cabe señalar que, al día de hoy, 143 son Estados Parte, del total de 191 Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, y del total de 208 Estados existentes alrededor del mundo. La última adhesión, tanto de la Convención de 1951 como del Protocolo de 1967, fue hecha por Afganistán, el pasado 30 de agosto del 2005.

Madagascar, Mónaco y San Cristóbal y Nieves sólo son parte de la Convención, no de su Protocolo de 1967. Y sólo son miembros del Protocolo, Cabo Verde, Estados Unidos de América¹ y Venezuela, sin que a la fecha hayan ratificado la Convención de 1951.

Para Costa Rica, tanto la Convención como su Protocolo entraron en vigencia a partir del 28 de marzo de 1978, noventa días después del depósito de la Ratificación de la Convención en la Secretaría General de la ONU, según lo dispuso el artículo 43 de la misma.

2. Declaración de las Naciones Unidas sobre asilo territorial:

Adoptada por la reunión de la Asamblea General de la ONU, el 14 de diciembre de 1967, esta Declaración sobre asilo territorial se inspira, en primer lugar, en la crisis vivida en la época de los sesentas, y desde la Primer Guerra Mundial, con respecto al tratamiento del desplazamiento humano, tratamiento que parecía, en muchas ocasiones, como una política inexistente o de mentira, opacada por la confrontación ideológica de la Guerra Fría y la poca voluntad

¹ Los portillos se cierran: Este es un argumento útil, en caso de que la fuerza imperativa del *ius cogens*, manifestado en normas perentorias del derecho internacional como el *non refoulement*, sea ignorada por los Estados: como señalo, existen Estados que no forman parte de la Convención sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951, y, por ello, según una visión restrictiva, no se ven obligados a asumir los compromisos para brindar protección especial a ciertos derechos fundamentales, humanos sobre todo, de los desplazados, previstos en este instrumento universal, incluyendo el artículo 33 (el *non refoulement*). Sin embargo, tres de estos Estados que no parte de la Convención, con especial referencia a los EUA, sí forman parte del Protocolo sobre el estatuto de los refugiados de 1967. Este protocolo sentencia que los Estados que lo adhieren, firman o ratifican, están obligados a respetar el principal contenido proteccionista de la Convención de 1951, comprendido entre sus artículos 2 a 34, incluyendo entonces el principio de no devolución, ubicado en el referido artículo 33: “Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen.” Protocolo de Nueva York de 1967, artículo I. I.

política y humanitaria de los Estados miembros de la ONU por encontrar soluciones duraderas.

Esta nueva Declaración se sumó al esfuerzo realizado, desde el campo normativo, con del Protocolo de Nueva York de ese mismo año 1967 para subsanar las deficiencias experimentadas con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951; se sumó también a los instrumentos regionales latinoamericanos que desde hace varios años atrás regulaban la figura del asilo territorial, una de las dos derivaciones de la figura genérica del asilo, siendo otra de sus ramificaciones el asilo político o diplomático.

A. Reafirmación universal del asilo como derecho humano y como práctica solidaria internacional:

Sobre todo, la presente Declaración cifra su fundamento jurídico en el derecho genérico de asilo, contemplado como una obligación para todas las naciones, y como un derecho para todas las personas, en el artículo 14 de la Declaración universal de derechos humanos¹, adoptada por la misma Asamblea General de la ONU, mediante la resolución 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Esta Declaración fue ideada para inspirar en las naciones, la práctica solidaria del asilo territorial, *“reconociendo que el otorgamiento por un Estado de asilo a personas que tengan derecho a invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es un acto pacífico y humanitario, y que como tal, no puede ser considerado inamistoso por ningún otro Estado.”*²

B. El respeto del asilo territorial sólo resulta efectivo con el respeto al *non refoulement*:

La mayor manifestación de respeto hacia la figura del asilo territorial (en este caso, asimilado a la figura del refugio), como derecho humano de ciertos extranjeros especiales, que los Estados y, en general, cualquier persona, pueden hacer, es respetando el mismo del principio de no devolución. Sin su respeto, el

¹ “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.”
Artículo 14.1.

² Declaración de las Naciones Unidas sobre asilo territorial. Preámbulo, párrafo séptimo.

asilo territorial, o refugio, no sería más que una teoría “*bluf*”¹, sumada a las muchas que ya existen en el mundo del derecho. Pues bien, según lo ordena el interés en este punto, encontramos que, de forma genérica, en el artículo primero de esta Declaración de las Naciones Unidas sobre asilo territorial, la comunidad internacional insta respetar contundentemente esta figura de protección internacional: “*El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados.*” Respeto que se logra, según mi criterio, únicamente con el respeto previo al *non refoulement*.

C. Solidaridad internacional: clave para la integridad del *non refoulement*.

Esta Declaración, al igual que algunos otros instrumentos, insta al ejercicio de la solidaridad entre los Estados, en cuanto a la repartición equilibrada de las cargas de atención de desplazados víctimas de persecución. Elemento catalizador de violaciones al *non refoulement*, que desencadena acciones como el cierre de fronteras, la no admisión de solicitudes de asilo, o el retraso excesivo en la resolución administrativa de éstas, sin duda alguna lo puede constituir la inmanejable cantidad de refugiados dentro de un solo territorio.

Para evitar estas situaciones, el artículo 2 de la presente Declaración, establece: “*Cuando un Estado tropiece con dificultades para dar o seguir dando asilo, los Estados, separada o conjuntamente o por conducto de las Naciones Unidas, considerarán, con espíritu de solidaridad internacional, las medidas procedentes para aligerar la carga de ese Estado.*”

D. Segunda reafirmación universal del *non refoulement*:

Finalmente, el artículo tercero de la presente Declaración, reproduce la prohibición de expulsión y devolución del artículo 33 de la Convención de 1951, de

¹ “*Bluf*” o “*ser un bluf*”: Anglicismo coloquial usado en países como Cuba y Nicaragua, utilizado para insinuar lo contrario de lo verdadero, o para describir algo falso o poco serio, aunque parezca lo contrario. Proveniente de “*bluff*”, palabra con la que se designa la trampa o falsedad en el juego de póquer.

forma un poco más detallada: “Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución.”

El mismo artículo, en su inciso segundo, contempla la potestad de los Estados de refugio de obviar la obligación del “*non refoulement*”, con respecto de asilados territoriales, o solicitantes de este estatus migratorio de excepción, por motivos de seguridad nacional, empleando, de nuevo, este (a veces peligroso) concepto jurídico indeterminado.¹

En el último inciso de este mismo artículo, se introduce una excitativa para que los Estados de asilo que han tomado la decisión, fundamentada, de expulsar o no admitir a un refugiado por motivos de seguridad nacional, den una oportunidad a este extranjero de establecerse temporalmente, a manera de refugio provisional, mientras encuentra un tercer país de asilo. Así, no se le estará poniendo inmediatamente en potencial riesgo de ser deportado a su país de origen o procedencia.² Es un mecanismo de respeto adicional al *non refoulement*; sin embargo, el fundamento de esta decisión, en base al resguardo de una indeterminación relativa a la seguridad nacional, puede ser virtualmente insuficiente.

3. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra:

Este instrumento fue firmado en Ginebra, ante el Consejo Federal Suizo, el 12 de agosto de 1949, tras casi cuatro años de finalizada la Segunda Guerra Mundial, y con el recuerdo, aún más que presente, de las atrocidades cometidas por el megalómano Adolfo Hitler en Europa, la violación interminable de los

¹ “Podrán hacerse excepciones al principio anterior sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de un afluencia en masa de personas.” Artículo 2.

² Artículo 3.3: “Si un Estado decide en cualquier caso que está justificada una excepción al principio establecido en el párrafo 1 del presente artículo, considerará la posibilidad de conceder a la persona interesada, en las condiciones que juzgue conveniente, una oportunidad, en forma de asilo provisional o de otro modo, a fin de que pueda ir a otro Estado.”

derechos humanos de la población civil inglesa por parte del imperio japonés¹, y los primeros cúmulos de oscuridad de la inminente Guerra Fría que se dejaban ver en las postrimerías de la década de los cuarenta y preludios de los cincuenta.

A. La guerra limpia y la protección de la población desplazada: anticipo de la “definición ampliada” del refugio.

Este Convenio pertenece a una serie de esfuerzos de la comunidad internacional por imponer la costumbre de respetar ciertas reglas de “*la guerra limpia*”, llamadas en nuestro contexto, “*Derecho Internacional Humanitario*”; lo ideal, por supuesto, sería que los Estados se abstuvieran de invadir territorios extranjeros, de llevar a cabo campañas armamentistas, etc. Una lectura sucinta de este Convenio, podría dar la impresión de que éste promueve “*la invasión*”, al no estimular energicamente el cese de esta práctica entre los Estados, pero no es así. Su propósito es establecer parámetros de protección a la población civil en medio de un conflicto ya consumado, incluyendo a los militares “*en armas depuestas*”, prisioneros de guerra, personal de asistencia neutral (como el perteneciente al Comité Internacional de la Cruz Roja), y , por supuesto, refugiados.

Si bien es cierto que para 1949, no se habían adoptado los criterios universales sobre el otorgamiento del refugio, sí existían normas de conciencia internacional (que más adelante serán catalogadas como *ius cogens*) que eran plasmadas en instrumentos como este; por ejemplo, el presente Convenio estableció que los desplazados originados por la guerra o la conmoción nacional, debían ser alcanzados por la protección internacional del refugio;²

¹ Recomiendo ver *El Imperio del Sol (The Empire of the Sun)* del director Steven Spielberg, de 1987, sobre las vivencias de un niño inglés durante la ocupación japonesa en Shanghai, China, a partir de 1941. Ilustra las violaciones sistemáticas que sufrió la población civil inglesa durante este periodo, que acabó en 1945 con la rendición del emperador japonés, tras los bombardeos atómicos a las ciudades de Nagasaki e Hiroshima.

² Y esta extensión proteccionista la veríamos de nuevo en otro instrumento internacional, hasta la Declaración de Cartagena de 1984, que insta a los países de Centroamérica, México, Colombia y Panamá, a acoger a refugiados bajo este estatus expandido. Es decir, este Convenio de Ginebra poseía una visión de avanzada, al prever desde entonces una definición ampliada del refugio, que ni siquiera fue previsto en la Convención de 1951 ni en su Protocolo de 1967. Esta Declaración de Cartagena será analizada en el punto “8” de la siguiente sección segunda.

B. Un *non refoulement* específico : libre salida del país ocupado.

En relación al *non refoulement*, artículo 35 del presente Convenio establece el derecho del nacional o residente del territorio que se está viendo ocupado por otra potencia, para que pueda salir de él en busca de protección: “*Toda persona protegida que desee salir del territorio al comienzo o en el transcurso de un conflicto, tendrá derecho a hacerlo, a no ser que su salida redunde en perjuicio de los intereses nacionales del Estado.*”

No resulta impertinente señalar en este punto, que una forma indirecta de violación al *non refoulement*, se da cuando a los desplazados se les impide, de forma arbitraria, el cruce de la frontera desde su país de origen hacia el país de refugio u otros territorios donde su vida o su libertad puedan estar a salvo. Este mismo derecho humano al desplazamiento libre, es confirmado en el inciso cuarto del artículo 38 del presente Convenio: “*La situación de las personas protegidas continuará rigiéndose, en principio, por las disposiciones relativas al trato debido a los extranjeros en tiempo de paz. En todo caso, tendrán los siguientes derechos: (...) 4) si residen en una región particularmente expuesta a peligros de la guerra, estarán autorizadas a desplazarse en las mismas condiciones que los súbditos del Estado interesado.*”

C. Los itinerantes forzados por la guerra no son sujetos bélicos beligerantes:

Es fundamental rescatar la visión progresista del artículo 44 del presente Convenio, que prohíbe expresamente que se consideren como pertenecientes al “*bando enemigo*” u opositores beligerantes, como bien podría considerarse a los miembros de las fuerzas armadas, por ejemplo, a los desplazados civiles que se han visto obligados a migrar en virtud de la misma guerra de invasión. Esta prohibición resulta pertinente, pues excluye a los refugiados de ser eventualmente considerados como prisioneros de guerra, impidiéndoseles así escapar del mismo conflicto.¹ Y en el siguiente artículo 45, se encuentra una referencia expresa al principio de no devolución. Prohíbe claramente el traslado de un desplazado civil,

¹ “*Tomando las medidas de control previstas en el presente Convenio, la Potencia detenedora no tratará como extranjeros enemigos, exclusivamente a causa de su pertenencia jurídica a un Estado enemigo, a los refugiados que, de hecho, no disfruten de la protección de ningún Gobierno.*” Artículo 44.

cobijado bajo la protección del estatus del refugio, a un territorio donde sufra un temor fundado de persecución, según lo estipula la norma, a causa de su afiliación con determinado credo político y religioso.¹

D. *Non refoulement* reafirmado y extendido a categorías especiales de desplazados por la guerra:

Por otra parte, el artículo 48 reafirma este mismo derecho humano del libre tránsito, de un Estado invadido a otro de refugio, pero para aquellas personas que el mismo Convenio califica como “*no súbditos*” (donde bien se podrían incluir extranjeros del país invadido, o el mismo personal de agencias internacionales de carácter humanitario).²

Y el siguiente artículo 49 reafirma, de forma contundente y más detallada, la presencia normativa del principio de no devolución en este Convenio de Ginebra; así lo establece en su primer párrafo: “*Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo.*” Sin embargo, en caso de “*imperiosa necesidad*”, el Convenio prevé que sea la potencia invasora, con plena objetividad y humanidad, quien organice el desplazamiento de la población protegida a sitios seguros, y en exigencia de ciertas condiciones elementales.³

¹ “*En ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas.*” Artículo 45. Podría pensarse que estas causas de persecución son insuficientes; de hecho, así lo creo y resulta algo evidente. No se debe pensar que, para 1949, no se tenían contempladas otras causas que fundamentan el temor de persecución; de hecho, estas otras causas sí fueron previstas por la Convención de Ginebra de 1951 (la cual ya se venía elaborando y discutiendo), como la raza, la nacionalidad, y la pertenencia a determinado grupo social. Resultó claro que la persecución de población civil que más vidas cobró, antes de finalizada la década de los cuarenta, fue la sufrida por el pueblo judío, principalmente en Alemania y Polonia. Persecución que se debió a elementos como la raza, la pertenencia a determinado grupo social, e incluso la misma nacionalidad. Es un fallo de este Convenio de Ginebra de 1949, a pesar de incluir, de forma progresista, la posibilidad de que los desplazados por la guerra y la conmoción nacional sean acogidos bajo el estatus del refugio, como ya lo señalé.

² “*Las personas protegidas que no sean súbditos de la Potencia cuyo territorio esté ocupado, podrán valerse del derecho a salir del territorio en las condiciones previstas en el artículo 35, y las decisiones se tomarán según el procedimiento que la Potencia ocupante debe instituir de conformidad con dicho artículo.*” Artículo 48.

³ “*(...) La Potencia ocupante deberá actuar, al efectuar tales traslados o evacuaciones, de modo que, en la medida de lo posible, las personas protegidas sean acogidas en instalaciones adecuadas, que los*

Por último, el artículo 70 del presente Convenio, prohíbe nuevamente la práctica deliberada de devolución de refugiados, específicamente cuando estos desplazados sean nacionales del país invasor o tiene su residencia habitual en él, y es allí donde se producen sus temores fundados de persecución y decide buscar protección internacional en el ahora país invadido.¹ El Estado ocupante o invasor no puede, salvo si es procedente la extradición, trasladar a su nacional o residente habitual a su territorio, mientras que su integridad como ser humano sea puesta en jaque por la presencia de los agentes persecutores.²

Sección segunda: evolución del *non refoulement* en los principales instrumentos jurídicos de carácter regional, referentes al refugio como derecho fundamental.

Por una cuestión de orden metodológico, cabe en este punto analizar la evolución del *non refoulement*, como un derecho fundamental de los refugiados, en sus principales puntos de regulación y prevención de sus violaciones, en tres etapas principales: desde finales del siglo XIX hasta antes de la Segunda Guerra Mundial; después de ésta y hasta el fin de la década de los noventa; y desde el principio de la década actual hasta nuestro días.

Desde el final del siglo XIX y hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, regiones organizadas de la comunidad internacional, principalmente en América Latina, empezaban a regular efímeramente el *non refoulement*, en virtud de las necesidades locales de protección internacional; sin embargo, fue hasta el

desplazamientos se lleven a cabo en satisfactorias condiciones de salubridad, de higiene, de seguridad y de alimentación, y que no se separe, unos de otros, a los miembros de una misma familia. La Potencia ocupante no podrá retener a las personas protegidas en una región particularmente expuesta a los peligros de guerra, a no ser que la seguridad de la población o imperiosas razones militares así lo requieran.” Ibidem.

¹ Es una situación un tanto extraña, pero posible: puede ser que el nacional del país invasor (persona que vive situaciones de persecución peculiares en su propio territorio), se sienta más seguro en el país invadido, a pesar de que en éste último se vive una situación bélica que eventualmente puede volcarse en su contra y obligarlo a desplazarse nuevamente a un tercer territorio; pero esto es un riesgo personal, pero su decisión debe respetarse y no impedirle ingresar al país invadido.

² “Los súbditos de la Potencia ocupante que, antes del comienzo del conflicto, hayan buscado refugio en el territorio ocupado no podrán ser detenidos, procesados, condenados o deportados fuera del territorio ocupado, si no es por infracciones cometidas después del comienzo de las hostilidades o por delitos de derecho común cometidos antes del comienzo de las hostilidades que, según la legislación del Estado cuyo territorio está ocupado, habrían justificado la extradición en tiempo de paz.” Artículo 70.

desastre humanitario desatado desde 1939 hasta 1945, en el contexto europeo principalmente, cuando la conciencia de estos sectores territoriales de países organizados despertó ampliamente, siendo, a partir de entonces, una evolución jurídica sostenida del *non refoulement*, la cual se mantendría aún incluso con las complicaciones humanitarias acontecidas en el período intermedio de la llamada “Guerra Fría”. Y la tercer etapa resulta conveniente señalarla, desde el año dos mil, pero principalmente desde el once de septiembre del siguiente año, fecha que, como lo señalé en la introducción, representa un punto de viraje en la política del tratamiento del desplazamiento humano.

1. Primera etapa evolutiva regional del *non refoulement* como un derecho fundamental de los refugiados: desde 1889 hasta 1939.

A. Tratado sobre derecho penal internacional de Montevideo, 1889:

Este es el instrumento más antiguo, a nivel regional latinoamericano, que contempla expresa una versión temprana del *non refoulement*; demostrando, con ello, el pensamiento de avanzada de los juristas y gobernantes de la región participantes en la redacción de este instrumento, evidenciado desde el siglo XIX. Este Tratado, de ciento diecisiete años de existencia, fue firmado en Montevideo, Uruguay, el 23 de enero de 1889, durante el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, como huella permanente de la temprana iniciativa latinoamericana por establecer reglas claras en cuanto a los derechos fundamentales de los extranjeros en busca de protección internacional.

Es un instrumento internacional sencillo, no tan complejo como otras convenciones o declaraciones recientes, pero igual considero necesario rescatarlo y darlo a conocer, para los lectores que no lo conocen, intentando que lo aprecien y se sientan orgullosos, especialmente si son latinoamericanos, de la visión progresista que tempranamente reflejó el área.

I. Un *non refoulement* genérico y algo básico: protección internacional contra la persecución política y traducido como agotamiento de procedimientos de extradición:

Desde esta lejana fecha, ya se evidenciaba la práctica existente en la región, de separar las dos vertientes sobre las que se encaminaría, posteriormente, la figura genérica del asilo, traducido éste siempre como protección internacional, tanto para determinados sujetos blanco de persecución, esencialmente sea política, como para perseguidos por otras motivaciones (incluyendo la persecución de delitos comunes, protección que, ya para la Convención de Ginebra de 1951, había desaparecido). Al igual que lo haría, años después, la Convención sobre asilo de La Habana de 1928¹, este Tratado de Montevideo de 1889 anticipó el debido respeto al principio de no devolución de los perseguidos por presuntos delitos de índole política, declarando la absoluta inviolabilidad de su derecho de protección internacional.²

Mientras que otra manifestación de un muy específico, pero igualmente fundamental, *non refoulement*, lo encontramos en la exigencia del agotamiento de todos los requisitos y procedimientos necesarios para practicar la extradición, como medida formal de ejecutar la expulsión de un extranjero requerido por delitos en su país de origen, sustituyendo prácticas antijurídicas como las llamadas “*extradiciones de hecho*”, deportaciones irregulares y demás maneras no adecuadas de retirar la protección internacional a un asilado.³

II. Temprana convocatoria sólo a nivel del Cono Sur:

Los únicos países del área signatarios de este Tratado son Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Por tratarse de un instrumento de carácter sub regional, circunscrito en principio para países de América del Sur, Costa Rica no forma parte de este Tratado. En términos generales, su normativa con respecto

¹ Analizada en el siguiente punto “B”.

² “*El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, (...)*” Artículo 16.

³ “*Ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición.*” Artículo 15.

al *non refoulement* de asilados, en general, fue reproducida en la Convención sobre asilo firmada en La Habana, en 1928.

B. Convención sobre asilo, La Habana, 1928:

Este es el segundo instrumento jurídico americano en antigüedad, donde encontramos referencias directas al *non refoulement*. Esta Convención fue firmada el 20 de febrero de 1928 en La Habana, Cuba, durante la Sexta Conferencia Internacional Americana. En esta ocasión, el tema del asilo fue puesto en la agenda de los países del área, junto con otros puntos de necesario entendimiento, como los tratados en la Convención sobre los deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles, firmada también en esta reunión.

En cuanto al tema de “*el asilo*”, tal como se indicará con respecto a la Convención sobre asilo territorial suscrita en Caracas en 1954¹, éste constituye en América Latina el instituto jurídico genérico del cual, con el tiempo, la práctica y las necesidades sociales, se derivaron las figuras del asilo territorial (en términos generales, análogo al refugio) y del asilo político o diplomático. Así, encontramos en esta Convención de La Habana, regulaciones específicas para el asilo político, y otras aplicables a quienes buscan protección internacional por medio del asilo territorial.

I. Reiteración del principio de legalidad y del debido proceso, como instrumentos de resguardo del *non refoulement* latinoamericano “*versión 1928.*”

En cuanto al respeto del *non refoulement*, encontramos en el párrafo tercero del artículo I, una regulación similar a la del artículo 15 del Tratado sobre derecho penal internacional de Montevideo, visto anteriormente, donde nuevamente se reitera la exigencia del recurrir exclusivamente a los procedimientos administrativos de la extradición, antes que cualquier medida de expulsión o deportación “*de hecho*”, con respecto a todo extranjero asilado perseguido en su

¹ Analizada en el punto “A” de la segunda etapa evolutiva regional del *non refoulement* (1954-1999).

país de origen, por presuntos delitos comunes, incluyendo además a asilados calificados como “desertores” castrenses.¹

De esta forma, se prohíbe tempranamente la entrega o devolución de estos asilados, de forma arbitraria o antojadiza; el derecho al debido proceso a través de la puesta en práctica de la extradición lo garantizaría.

II. *Non refoulement* en aeronaves y embarcaciones:

El ex subsecretario general de las Naciones Unidas, ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el uruguayo Héctor Gros Espiell, considera que existe otra norma en esta Convención que hace referencia directa al respeto del *non refoulement*, aplicable, no sólo a asilados políticos o diplomáticos, sino también a asilados territoriales, análogos a los refugiados que conocemos después de la Convención de Ginebra de 1951. El artículo II, párrafo cuarto, de este instrumento interamericano establece: “*Los asilados no podrán ser desembarcados en ningún punto del territorio nacional ni en lugar demasiado próximo a él.*”

Esto, porque la presente Convención prevé situaciones de asilo o refugio, suscitadas cuando un extranjero perseguido aborda embarcaciones o aeronaves militares del país de refugio, siendo este sujeto extranjero presuntamente calificado también como responsable de uno o varios delitos comunes, caso en el cual deberá ser entregado, por requerimiento de su país de origen o procedencia, mediante el proceso garante de extradición.

Por tanto, este párrafo cuarto prohíbe que estos presuntos delincuentes en busca de asilo, sean desembarcados, abandonados a la deriva, expulsados, lanzados, etc, de dichas naves en puntos cercanos al territorio del país que los requiere o en el cual se suscitó la causa de su persecución, en donde puedan ser fácilmente capturados, sin que medie, previamente, todo un mecanismo de garantías y derechos propios del proceso de extradición existente entre ambos

¹ “*Si dichas personas (asiladas, acusadas o condenadas por delitos comunes, o desertores de tierra y mar asilados en Legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares) se refugiaren en territorio extranjero, la entrega se efectuará mediante extradición, y sólo en los casos y en la forma que establezcan los respectivos Tratados y Convenciones o la Constitución y leyes del país de refugio.*” Artículo I, párrafo tercero.

países. Estas prácticas de devolución “*express*”, a partir de la creación de este artículo II, pasaron a ser calificadas como “*de hecho*”, y contrarias al espíritu de esta Convención.

III. Setenta y siete años de no asumir los compromisos de esta Convención:

Esta Convención entró en vigor el 21 de mayo de 1929, y, de nuevo encontramos que son los países caribeños, principalmente, los que no se han tomado la molestia de firmar, siquiera, este tratado. No son parte de él: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Canadá, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago. Y con respecto a Costa Rica, esta Convención fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley número 40, del 20 de diciembre de 1932, la cual entró en vigor el 6 de enero del año siguiente.

C. Tratado sobre asilo y refugio político de Montevideo de 1939:

“El asilo puede concederse sin distinción de nacionalidad y sin perjuicio de los derechos y de las obligaciones de protección que incumben al Estado al que pertenezcan los asilados.”¹ Este es el espíritu del tercer instrumento latinoamericano en antigüedad, en donde encontramos referencias directas al *non refoulement*; es un Tratado fiel a la tendencia existente en el área de asimilar, bajo un mismo término genérico conocido como “*asilo*”, la protección internacional dada a perseguidos políticos y a todo desplazado que busque refugio territorial!

I. Confirmación de la inviolabilidad del *non refoulement* por la voluntad de las “*Altas Partes Contratantes*”:

Esta protección internacional, traducida en su máxima expresión por medio del principio de no devolución, la encontramos a partir del artículo 11 del presente Tratado: *“El refugio concedido en el territorio de las Altas Partes Contratantes, ejercido de conformidad con el presente Tratado, es inviolable para los perseguidos a quienes se refiere el Artículo 2°.”*

¹ Artículo I, párrafo primero.

Aun, si el refugiado rompe esta promesa expresa, corrompa la tranquilidad pública o intervenga en política, su integridad no será puesta en riesgo y la prohibición de su expulsión seguirá vigente para las autoridades administrativas del país de asilo, según se indicó con respecto al artículo 12 de este Tratado.

III. *Non refoulement* enfocado a la salida segura del país de origen: visión de avanzada.

Además, bajo el supuesto de que el asilado solicite tal condición en la sede diplomática o en contingentes militares del país de refugio, establecidos ambos en el territorio donde el solicitante sufre persecución, este país de refugio podrá exigir todas las garantías de seguridad necesarias y la tramitación migratoria adecuada para que el solicitante pueda salir de dicho territorio donde sufre persecución, sin que su vida o libertad corran peligro, y sin que se cometa una forma de violación del *non refoulement*, al impedir deliberadamente que el solicitante llegue a la frontera del país de asilo, por medio de la llamada “*intercepción en frontera*”.

Así lo estipula, como reflejo de una visión coherente, progresista y de avanzada, el artículo 6 del presente Tratado: “*El Gobierno del Estado (del país de asilo) podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional en el más breve plazo; y el agente diplomático o el comandante que haya concedido el asilo podrá por su parte, exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona y la de los papeles que le pertenecieren y que llevase consigo en el momento de recibir asilo, así como con los recursos indispensables para sustentarse por un tiempo prudencial. No existiendo tales garantías, la evacuación puede ser postergada hasta que las autoridades locales las faciliten.*”

Además, cabe señalar la reiteración que se decidió plasmar en este Tratado de Montevideo de 1939, de la prohibición, ya señalada en la Convención sobre asilo de La Habana, en 1928, de que los asilados sean abandonados o expulsados “*a su suerte*”, en locaciones cercanas a las fronteras del país donde se

suscitó la persecución.¹ Siendo esta, entonces, otra versión clara de un *non refoulement* indirecto.

IV. El Cono Sur: un paso adelante en materia de refugio y preservación del *non refoulement*.

Este Tratado fue firmado el 4 de agosto de 1939, durante el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, y se ideó como complemento normativo adicional, específicamente en materia de asilo, al Tratado sobre derecho penal internacional de Montevideo, realizado cincuenta años antes. Los únicos países signatarios de este instrumento son Perú, Argentina, Uruguay, Bolivia, Paraguay y Chile. Y, al igual que en el Tratado de derecho penal internacional de Montevideo de 1889, Costa Rica no forma parte de este Tratado sobre asilo y refugio político, porque se trata de un instrumento sub regional, para América del Sur.

2. Segunda etapa evolutiva regional del *non refoulement* como un derecho fundamental de los refugiados: desde 1954 hasta 1999.

A. Convención sobre asilo territorial suscrita en Caracas el 28 de marzo de 1954:

Esta Convención sirvió como conclusión de la Décima conferencia interamericana de los países miembros de la Organización de Estados Americanos, donde uno de los principales temas fue el, ya mencionado, “*asilo territorial*”, otra connotación empleada en Latinoamérica y en otras regiones del mundo, por medio de otros instrumentos jurídicos locales², con la cual se denomina al mismo instituto jurídico del refugio.

¹ “Una vez salidos del Estado, los asilados no podrán ser desembarcados en punto alguno del mismo.”
Artículo 7.

² Por ejemplo, la Convención de la Organización de la Unión Africana sobre refugiados en África de Addis Abeba del 10 de septiembre de 1969, emplea igualmente el término “*asilo territorial*” como sinónimo del término “*refugio*”, utilizado por los instrumentos de las Naciones Unidas de Ginebra de 1951 y de Nueva York de 1967. Esta Convención africana será vista en el siguiente punto “6”. Sobre el empleo de estos términos, algunos estudiosos sostienen que el “*asilo diplomático*” y el “*asilo territorial*”, son dos manifestaciones diferentes de un mismo instituto genérico: el “*asilo*”, traducido éste como el medio por el

I. Protección internacional contra persecución por móviles políticos:

Con respecto al principio de no devolución, y a diferencia de otros instrumentos como la Convención de Ginebra de 1951, esta Convención de Caracas sólo concibe protección internacional para extranjeros desplazados a causa de persecución por su pertenencia a determinada tendencia, filosofía u opinión de carácter estrictamente político. No contempla, como causas de persecución, la raza, religión, y nacionalidad del desplazado, ni la pertenencia a determinado grupo social diferente a aquellos de carácter político.

Establece así su artículo III: *“Ningún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos.”*¹ Y lo complementa el siguiente artículo IV; *“La extradición no es procedente cuando se trate de personas que, con arreglo a la calificación del Estado requerido, sean perseguidas por delitos políticos, o por delitos comunes cometidos con fines políticos, ni cuando la extradición se solicita obedeciendo a móviles predominantemente políticos.”*

Esta versión del *non refoulement*, como se entiende, aplica principalmente para el asilo político o diplomático, el cual incluso protege contra la persecución de los delitos políticos. A diferencia de éste último, el refugio o asilo territorial no protege contra la persecución de los delitos cometidos en el país de origen del desplazado internacional, incluyendo los de índole política. Sin embargo, en el citado artículo IV, se extiende esta protección contra la persecución por “móviles

cual ciertos extranjeros perseguidos en su país de origen o residencia habitual, encuentran protección internacional en terceros países. Recaltar este origen común resulta importante: *“ya que ello permite relacionarlas (ambas manifestaciones del asilo como término genérico), aplicar principios generales comunes, vincular las dos a la protección y defensa de los derechos humanos y, en especial, por medio de la aplicación del asilo diplomático como pósito o posible primera etapa del inicio del proceso, relacionarlo directamente con la concesión posterior del asilo territorial.”* Gros Espiell (Héctor) El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Febrero de 1981. Tomado de ACNUR. *Compilación de instrumentos jurídicos interamericanos relativos al asilo diplomático, asilo territorial, extradición y temas conexos*. Editorial ACNUR. Ginebra-Suiza. 1992. Página 17.

¹ Como se puede apreciar, este artículo III da la facultad a los Estados de llevar a cabo, o no, la entrega de los perseguidos políticos, utilizando medios distintos al de la extradición (por ejemplo, por medio de la expulsión). El Gobierno de Guatemala fue el único que, al momento de la firma de este instrumento, se pronunció en contra de dicha facultad: *“Hacemos reserva expresa del artículo III (tercero) en lo que se refiere a la entrega de personas perseguidas por motivos políticos; porque, acordemente con las disposiciones de su Constitución Política, sostiene que dicha entrega de perseguidos políticos jamás puede efectuarse.”* Capítulo de Reservas, Convención sobre asilo territorial de 1954.

predominantemente políticos", claramente diferenciados de los delitos políticos; móviles políticos que, a mi criterio, podrían incluir las opiniones, las afiliaciones o las tendencias políticas; esta causal de persecución no se relaciona directamente con la figura del asilo político o diplomático, porque no existe, de por medio, la persecución de un delito político; sino que se asemeja a una de las cinco causas de persecución contempladas por la Convención de Ginebra de 1951 para considerar fundamentado el temor de persecución que justifica el reconocimiento de estatus migratorio de excepción del refugio. Esta versión del *non refoulement*, se puede entender, entonces, como un bastión de protección internacional adicional para los desplazados que sufren persecución por su opinión, afiliación o tendencia política.

II. Países comprometidos con esta versión del *non refoulement*:

Actualmente, de los 35 países independientes de América que han ratificado la Carta de la OEA y pertenecen a esta Organización, existen 15 Estados que no han efectuado, ni siquiera, la firma de esta Convención sobre asilo territorial, a saber: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Canadá, Dominica, Estados Unidos de América (para variar), Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad & Tobago. Y para Costa Rica, esta Convención sobre asilo territorial fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley número 1803 del 8 de octubre de 1954.

B. Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, Pacto de San José de 1969:

Este instrumento americano fue acordado en San José, Costa Rica, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969, durante la Conferencia especializada sobre derechos humanos a nivel continental. La coyuntura histórica, social y política por la que atravesaban muchos países latinoamericanos, constituyó el caldo de cultivo

para promocionar un régimen local de libertades individuales y colectivas, amparadas estas últimas en conceptos de justicia social.¹

Adicionalmente, este Pacto de San José (como se le llama de forma abreviada) reafirma, de forma general, principios y derechos consagrados anteriormente en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, en la Declaración universal de los derechos humanos, así como en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951 y en su Protocolo de 1967, en cuanto a los puntos pertinentes respecto al refugio como derecho fundamental, esencialmente humano.

I. *Non refoulement*, “*versión San José*”:

Concretamente, con respecto a los derechos humanos de los desplazados en busca de protección internacional, encontramos en el artículo 22 del Pacto de San José, la consagración expresa del principio de no devolución, el cual sí vale la pena darle su lugar en la presente sección, no como una cita al pie de página:

“Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia (...)

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.”

Esta es una regulación bastante completa del *non refoulement*, que considera lo ya construido alrededor del refugio, tomando en cuenta las cinco fundamentaciones del temor de persecución que contempla la misma Convención

¹ Filosofía jurídica americana de avanzada: Esta Convención se formuló, “*reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.*” Pacto de San José. Preámbulo, párrafo segundo. Esta filosofía jurídica resulta esencial para lograr adecuados planteamientos referentes a la protección internacional de personas desplazadas en busca de refugio: reconocer sus derechos sobre bases ontológicas, por la misma naturaleza del ser, y establecer el carácter consustancial de dichos derechos con respecto a la condición de mujer y hombre, humanos los dos, y no de forma dependiente a aspectos diferenciadores como la nacionalidad.

de Ginebra de 1951: raza, nacionalidad, religión, pertenencia a determinado grupo social (equivalente a las palabras “*condición social*” que contiene este artículo 22), y opinión política. Aunque lo ideal hubiese sido que se aventurara un poco más en la visión progresista del llamado “refugio ampliado”, el cual se incorporó hasta la Declaración de Cartagena de Indias, en 1984, que abordaré más adelante.¹

II. Países americanos expresamente comprometidos con el *non refoulement* del Pacto de San José:

Así pues, la prohibición expresa de expulsión de refugiados en América, se declara a partir del 18 de julio del año 1978, cuando entró en vigor la totalidad de las normas comprendidas en el Pacto de San José de 1969, según lo previó su artículo 74, inciso 2.² Y de todos los 36 países que conforman el continente americano, incluyendo los Estados del Caribe, sólo 8 no han, ni siquiera, firmado los lineamientos del Pacto de San José y están al margen de la protección de refugiados dada por este instrumento; a saber: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Guyana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, y San Vicente y las Granadinas.

Costa Rica, junto con Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela, fue país signatario de la Convención americana sobre derechos humanos, al ser nuestro país sede de la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos de 1969, y ratificó este instrumento, sin reserva alguna, mediante la ley 4534 del 23 de febrero de 1970.

¹ Punto “E” de la presente segunda etapa evolutiva del *non refoulement* (1954-1999).

² “*Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.*” Y este primer plazo sucedió el 18 de julio de 1978, siendo Granada el décimo primer Estado americano en depositar el instrumento de ratificación del Pacto de San José. Cabe señalar que, a la fecha actual, los EUA no han efectuado dicha ratificación.

C. Convención de la Organización de la Unión Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de Addis Abeba de 1969:

Éste, es considerado por muchos como el instrumento internacional relativo a la protección de personas desplazadas en busca de refugio, más completo y específico, a la hora de su redacción final. Contribuyó para esto la vasta experiencia adquirida desde 1951, y los sinsabores experimentados tras ciertas críticas hacia los instrumentos formulados hasta 1969, año de convocatoria del sexto período de sesiones ordinarias de la Asamblea General de la Organización de la Unión Africana, en Addis Abeba, Etiopía, concluido el 10 de septiembre, precisamente con la aprobación de esta Convención.

I. El contexto africano:

La historia de la segunda mitad del siglo pasado, y el corto período que llevamos del siglo presente, evidencian que el continente africano es uno de los focos más impactantes del drama humanitario del desplazamiento humano, vivido tras sangrientas guerras independentistas, civiles, tribales, y entre naciones vecinas. Y, como resultado matemático de los conflictos armados, la oleada de personas en busca de protección internacional ha sido, en muchas ocasiones, incontenible. Y, a parte de lo propicia que ha resultado África para el surgimiento de guerras, guerrillas e insurrecciones, lo ha sido también para la aparición de agentes de persecución particular, debida a los más variados motivos: étnicos, raciales, religiosos, políticos, sociales, culturales, etc.

Tras dos intentos, casi ignorados por completo, para invitar a los Estados africanos, por medio de las resoluciones 26 y 104 de la Asamblea General de la OUA, a adherirse a la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951 y su Protocolo de 1967, se resolvió redactar, de una vez por todas, un instrumento regional africano que sirviese como complemento¹ para aquellos Estados que formaran parte de estos dos instrumentos universales, y que

¹ “La presente Convención será para África el complemento regional eficaz de la Convención de 1951 de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados.” Artículo 8.2.

reconocieran la competencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados en el tratamiento de esta materia, y como norma vinculante para aquellos que no aplicasen lo establecido en Ginebra, dieciocho años antes.

II. Inclusión de una manifestación particular del *non refoulement*: prohibición de cerrar fronteras.

Tras dieciocho años de experiencias, buenas y malas, recogidas con la aplicación de la política universal de protección para refugiados impulsada por las Naciones Unidas, ya se tenía claro que uno de los principales puntos débiles de la misma, era la falta de versatilidad el *non refoulement*; se vislumbraba necesario diversificar los ámbitos de protección de este principio, cuyas violaciones se manifestaban de las maneras más (irónicamente) creativas y poco reguladas; es decir, poner por segunda o más veces al desplazado bajo el mismo peligro de persecución que motivó su huida, no sólo se manifestaba con la devolución directa, sino con otras formas como el cierre de fronteras, por ejemplo.

Atendiendo a esta manifestación de violación al *non refoulement*, por medio de esta Convención, los Estados africanos asumen el compromiso de no cerrar sus fronteras frente a eventuales arribos de personas desplazadas en busca de protección internacional, de forma masiva. Así lo estipula su artículo 2.1, de forma general, y 2 de forma específica, respectivamente: “*Los Estados miembros de la OUA se comprometen a hacer todo lo que esté a su alcance, dentro del ámbito de sus legislaciones respectivas, para acoger a los refugiados y para asegurar el establecimiento de aquellos que, por razones fundadas, no pueden o no desean regresar a su país de origen o al país de su nacionalidad.*”

“*Ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo.*”

III. Repartición de las cargas y solidaridad internacional: claves para evitar el cierre de fronteras.

Como una válvula de escape al problema de la sobrecarga de refugiados en el territorio de un solo país, la que motiva, en la mayoría de las ocasiones, que se cierren las fronteras y se impida a estos desplazados escapar de la situación de persecución o conflicto generalizado a que se enfrentan, se propuso, en esta Convención, la incorporación de una norma tendiente a la adecuada distribución del número de refugiados entre los países miembros de la OUA. Esto se estableció en el mismo artículo segundo, inciso 4: *“Cuando un Estado miembro tropiece con dificultades para seguir concediendo el derecho de asilo a los refugiados, dicho Estado miembro podrá hacer un llamamiento a los demás Estados miembros, tanto directamente como por conducto de la OUA, y los demás Estados miembros, con espíritu de solidaridad africana y de cooperación internacional, adoptarán las medidas apropiadas para aliviar la carga de dicho Estado miembro concediendo ellos mismos el derecho de asilo.”*

IV. Non refoulement violentado por la insegura colocación de los campamentos de refugiados y por cuestionables repatriaciones: eventual responsabilidad del país de asilo y del mismo ACNUR.

Finalmente, el último inciso de este artículo segundo, contiene una disposición que obliga a los Estados de asilo a instalar a los refugiados que llegan a su territorio, en puntos geográficos prudencialmente lejanos del eventual alcance de los agentes de persecución de los cuales huyeron dichos refugiados, incluyendo grupos de guerrilla, paramilitares, la misma fuerza estatal, etc. Esta norma específica debe ser tomada en cuenta, cuando los países de asilo diseñen campamentos temporales para la población refugiada o destine asentamientos específicos para tal propósito. Así lo ordena este inciso sexto: *“Por razones de seguridad, los Estados de asilo deberán, en la medida de lo posible, instalar a los refugiados a una distancia razonable de la frontera de su país de origen.”*

Exponer a los refugiados a un potencial peligro de sufrir la misma persecución que los motivó a salir de su país, en términos pragmáticos, sería tanto

pacífica, sin temor a ser inquietados o castigados. El país de asilo deberá comunicar a los refugiados el texto de esos llamamientos y explicárselos claramente."

Aquí, el papel de los medios de comunicación, la seriedad con que actúen y la dependencia ideológica que profesen con respecto a los potenciales agentes de persecución, llámese gobierno, paramilitares, guerrilla, etc, serán excelente ayuda para motivar al refugiado a regresar a su país de origen, voluntariamente y con un grado de seguridad confiable.

VI. Compromisos africanos:

Esta Convención de la Organización de la Unión Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, entró en vigor el 20 de junio de 1974. En cuanto al estado de ratificaciones, de los cincuenta y tres Estados independientes de África, únicamente cinco no han, siquiera, firmado esta Convención: Eritrea, Namibia, República Democrática Árabe de Sahara Occidental, Santo Tomé y Príncipe, y Yibuti. Y de los cuarenta y ocho Estados Parte en esta Convención, únicamente dos no la han ratificado: Madagascar y Mauricio.

D. Convención interamericana sobre extradición: 1981.

Este instrumento fue suscrito en Caracas, Venezuela, durante la Conferencia especializada interamericana sobre extradición, concluida el 25 de febrero de 1981. La misma forma parte de un largo proceso tendiente al perfeccionamiento de la cooperación entre los países miembros de la Organización de Estados Americanos, en materia penal a nivel internacional y en el resguardo de los derechos fundamentales relacionados con esta disciplina jurídica. A esta Convención, anteceden numerosos esfuerzos regionales por sentar claras bases jurídicas para ejecutar extradiciones no violatorias de la dignidad humana de los extranjeros requeridos, ni de la soberanía de cada Estado participante en el proceso de extradición.

I. Actualización con la política universal de protección internacional: prohibida la extradición para refugiados.

Contiene la novedad de incluir, dentro de sus estipulaciones, algunas relativas ya no al asilo territorial, el cual fue tomado en cuenta en la anterior Convención sobre extradición de Montevideo de 1933, sino al refugio, concebido ahora bajo los lineamientos universales adoptados con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951 y su Protocolo de Nueva York 1967. De esta forma, encontramos en que la definición de refugiado, conceptos como “*temor fundado de persecución*”, y los motivos de dicha persecución (a parte de los concernientes a la política), son tomados en cuenta en el artículo 4, inciso 5, de esta Convención, al declarar improcedente la extradición “*(...) Cuando de las circunstancias del caso pueda inferirse que media propósito persecutorio por consideraciones de raza, religión o nacionalidad, o que la situación de la persona corra el riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos.*” De lo contrario, en caso de extraditar a sujetos protegidos bajo el estatus de refugiados, evidentemente habría violación al *non refoulement*.¹

II. De nuevo, el Caribe queda debiendo en las obligaciones derivadas del *non refoulement* ante eventuales extradiciones:

Esta Convención entró en vigor el 28 de marzo de 1992, once años después de su creación, ya que así lo dispuso su artículo 31.² Y, de nuevo, son los países del Caribe los grandes ausentes en esta Convención: Bahamas, Barbados, Bermudas, Cuba, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, y Trinidad y Tobago. A ellos se les suman otros diez Estados que no han, siquiera, firmado esta Convención; algunos de ellos de tradicional filiación a este tipo de instrumentos internacionales: Belice, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos de América, Honduras, Jamaica, México, Perú y Surinam. Costa

¹ Otra norma presente en esta Convención, que prohíbe extraditar a estos inmigrantes protegidos por el refugio, es el artículo 6: “*Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando éste proceda*”. “*Asilo*” entendido, según nuestro contexto jurídico latinoamericano, como protección internacional, como prohibición de devolución, tanto para refugiados territoriales como refugiados políticos.

² “*La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.*” Lo cual ocurrió el 29 de abril de 1992.

Rica formó parte de los países signatarios de esta Convención, firmada el 25 de febrero de 1981, y fue ratificada diecinueve años después, el 2 de marzo del año 2000, mediante el decreto ejecutivo número 28548.

E. Declaración de Cartagena sobre Refugiados:1984

Adoptada durante la realización del Coloquio sobre protección internacional de refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, en Cartagena de Indias, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

I. Centroamérica: “*pochimbol*”¹ de EUA y la extinta URSS.

Su contexto regional sociopolítico, está más que claro: como producto de la Guerra Fría, los países del istmo se vieron envueltos en el fuego, por no decir “*juego*”, ideológico y político alimentado entre los EUA y la extinta URSS, siendo que los primeros lograron en el área una injerencia más que notoria, llegando a ser más bien desvergonzada y descarada.

La composición de dictaduras militares y el manoseo político de la CIA, quitando y poniendo juntas presidenciales de corte castrense (como sucedió tantas veces en Guatemala), son claras y penosas muestras de ello. Aunado, también existieron elementos catalizadores de las muy esperadas “*revoluciones civiles centroamericanas*”² de corte socialista, inspiradas en ejemplos como la revolución en-Cuba, fructificada el primero de enero de 1959.

Así, bajo este contexto, se desencadenaron las guerras civiles más salvajes que jamás vivió Centroamérica, desde la oscura época tras la independencia nominativa de España. Guerrilla en Guatemala, en el Salvador y Nicaragua, y Honduras y Costa Rica sirviendo como campamento clandestino y atalaya para los “*contras*”. Los hermanos centroamericanos, drogados por los alucinógenos

¹ Costarriqueñismo, aun no reconocido por la Real Academia de la Lengua Española, derivado del anglicismo “*punching bag*”, o saco para golpear, utilizado para prácticas pugilísticas.

² El rencor y resentimiento social que alimentó estas revoluciones centroamericanas, encuentran sus raíces tras siglos de consagración de una estructura social colonial, en la que los indígenas y campesinos fueron exiliados a las “*montañas del olvido y la indiferencia*”; y en donde las oligarquías que gobernaban para sí mismos, servían de lacayos incondicionales a los EUA y a sus intereses por hacer del área centroamericana, su trillado “*patio trasero*”.

ideológicos sintetizados en Washington y Moscú, abrieron “a machetazos” las venas de nuestras tierras, por las que se derramó sangre indígena, campesina, de mujeres, niños, de desaparecidos, y hasta de arzobispos.

Elementos como la confusión colectiva, la estupidez de los militares en el poder y la rivalidad enraizada entre los pueblos, llevaron incluso a la guerra por razones tan absurdas como el mismo fútbol¹. Bajo un contexto tan turbulento y abrumador como éste, y sin pretender despreciar la labor de nadie, lo cierto es que cualquiera que intentase poner sobre la mesa algún tipo de solución, de estabilidad para la región centroamericana, habría sido galardonado con el “*Alfred Nobel de la paz*”.

II. El desplazamiento humano centroamericano y la situación jurídica de su tratamiento:

Esta complejidad presente en el área centroamericana, fue el principal motivo por el cual se decidió pasmar en la presente Declaración, criterios y reafirmaciones contundentes para afrontar la crisis del istmo, en cuanto al tratamiento del desplazamiento humano; tal y como lo recuerda el preámbulo de esta Declaración, la misma se ideó “*reconociendo que la situación centroamericana en lo que se refiere a refugiados ha evolucionado en estos últimos años de tal forma que ha adquirido nuevas dimensiones que requieren una especial consideración.*”

Para aquellos años, algunos de los países de la región no habían reconocido la competencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, ni habían incorporado a sus respectivos ordenamientos jurídicos, los

¹ La “*Guerra del Fútbol*” se dio en julio de 1969, cuando la selección de Honduras perdió contra El Salvador en las eliminatorias de la Copa Jules Rimet México 70. Tras el partido, realizado en Tegucigalpa, el gobierno del general salvadoreño Fidel Sánchez Hernández, junto con la complicidad de la prensa sensacionalista de El Salvador, expandió la noticia inflada de que, por lo menos, trescientos mil salvadoreños habían sido expulsados de Honduras y que muchos que aún quedaban en el vecino país sufrían atrocidades y persecución por parte de hondureños. La guerra fue declarada; hubo bombardeo en San Salvador por parte de aviones militares hondureños, las fuerzas cuzcatlecas invadieron territorios catrachos fronterizos, y varias decenas de civiles de varios países murieron. Muchos argumentan que la verdadera razón para suscitar tal conflicto, sin duda alguna, no fue el tema del fútbol, el cual no fue más que un chivo expiatorio, sino poderosas razones económicas, producto de envidia y rivalidad en el seno de las burguesías empresariales privadas salvadoreñas como hondureñas, surgidas tras el recién creado Mercado Común Centroamericano.

lineamientos universales dados para el tratamiento de la problemática de los refugiados a través la Convención de Ginebra de 1951 y por el Protocolo de Nueva York de 1967. Por esto, la Declaración de Cartagena, en una labor de interpretación incluida en su mismo texto normativo, recuerda a los Estados de Centro América, Panamá y México que, mediante la Resolución número 428 (V) de la Asamblea General de la ONU¹, el mandato del ACNUR pasó a ser aplicado a todos los Estados miembros de la organización mundial, sin la necesidad previa de que éstos sean parte de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967, ni de ningún otro instrumento o acuerdo tendiente al reconocimiento de la competencia del ACNUR en el tratamiento de la problemática del desplazamiento humano.²

III. Erradicación de las repatriaciones involuntarias y el principio de distribución de cargas como pilares de la política de protección internacional centroamericana:

En esta Declaración de Cartagena, se decidió transcribir literalmente los compromisos en materia de desplazamiento humano que se encontraban en el proyecto del Acta para la paz y la cooperación en Centroamérica, firmada, casi un año y medio después de la reunión en Cartagena, en la Isla panameña de Contadora, en junio de 1986. Tales compromisos, incluyen estipulaciones específicas en cuanto a la erradicación de repatriaciones de refugiados que no sean de carácter voluntario, y que no estén asistidas por la labor del ACNUR; así quedó establecido en el compromiso f), ahora parte de la Declaración de Cartagena, al ordenar: *“Que toda repatriación de refugiados sea de carácter voluntario, manifestada individualmente y con la colaboración del ACNUR”*.

¹ Resolución que aprobó el estatuto del ACNUR.

² Así lo reafirma el párrafo cuarto del preámbulo de la presente Declaración, al invocar *“(…) la Resolución 428 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en virtud de la cual el mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados se aplica a todos los Estados, sean o no partes de la mencionada Convención y/o Protocolo.”* Aunque no fue indicado así, adicionalmente, bien podríamos pensar en un fundamento adicional para esta competencia del ACNUR independiente a cualquier compromiso expreso de los Estados: el modo imperativo de las normas *ius cogens*, como el *non refoulement*, que se encuentran insertas en la política universal de protección internacional de personas refugiadas, promovida por la ONU.

La Declaración también prevé la aplicación del principio de distribución de cargas en el número de refugiados por país receptor, como parte de sus compromisos adquiridos en el punto "I)", al *"detectar, con la colaboración del ACNUR, otros posibles países receptores de refugiados centroamericanos. En ningún caso se trasladará al refugiado en contra de su voluntad a un tercer país."*

IV. Definición ampliada de refugio: nuevos ámbitos de aplicación del *non refoulement*.

El punto más importante de esta Declaración de Cartagena, radica en la ampliación de nuevos supuestos de hecho, por los cuales una persona puede ser reconocida bajo el estatus jurídico migratorio de excepción del refugio. Dichos supuestos van más allá de lo establecido en los criterios universales plasmados en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, contando para ello el beneplácito de los países del área participantes en esta Declaración, y la aprobación y apoyo por parte del ACNUR.

En la recomendación "Tercera" de la presente Declaración, se incluyen, como fundamentos del temor de persecución, ciertos elementos de orden colectivo (no agentes individualizados) como la violencia generalizada, la guerra civil, violación masiva de derechos humanos y, en general, perturbaciones graves del orden público. Así queda establecido en dicha recomendación, la cual, considero necesario, vale la pena transcribir literalmente:

"En vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es 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 o libertad

han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”

V. Reconocimiento expreso del *non refoulement* como norma *ius cogens*: único así efectuado por un sector de la comunidad internacional.

Para efectos del presente listado de instrumentos internacionales y su relación directa con el *non refoulement*, la recomendación “Quinta” de la presente Declaración resulta ser la más importante de todas. En ella, y como ejemplar único en su especie, se plantea la idea de avanzada de que el *non refoulement* pertenece al grupo de normas jurídicas pertenecientes al *ius cogens*, o de conciencia internacional. Nuevamente, Latinoamérica a la cabeza de la protección internacional de refugiados, en su planteamiento teórico jurídico, por lo menos.

Así, en dicha recomendación se reitera, literalmente, “*la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de jus cogens.*”

A mí criterio, para efectos de mi tesis, ésta es la más importante manifestación de libre voluntad de un sector significativo de la comunidad de naciones, por conferir el modo imperativo, de forma expresa y contundente, al principio de no devolución, al reconocer su posición, como norma internacional, dentro de aquéllas catalogadas como *ius cogens*. En todo caso, de no ser la única, sí es la primera manifestación o reconocimiento de este tipo. E aquí el valor trascendental de la labor jurídica desarrollada en Cartagena de Indias.

Por último, y siguiendo el orden de las recomendaciones incluidas por los países del área en esta Declaración, cabe resaltar el pensamiento rector sobre la protección de refugiados (con incidencia en la inviolabilidad del *non refoulement*) que ya se ha plasmado con anterioridad en otros instrumentos regionales: el

distanciamiento prudencial de los asentamientos para refugiados con respecto a la frontera del país de origen.¹

Finalmente, en la Declaración se hace un llamado moral al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, para que actúe con fuerza e intensidad en la región, y oficialmente se le insta a *“transmitir oficialmente el contenido de la presente Declaración a los jefes de Estado de los países de Centroamérica, de Belice y de los países integrantes del Grupo Contadora”*², conformado por Venezuela, Colombia, Panamá y México. Al ser una declaración, no es un instrumento jurídico internacional vinculante, por sí, para los Estados.

F. Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica de Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en fronteras comunes:

Como parte del derecho comunitario europeo, el presente Convenio, firmado el 19 de junio de 1990, viene a ampliar y a pulir lo anteriormente estipulado en el Acuerdo de Schengen, pueblo situado en El Gran Ducado de Luxemburgo, y firmado el 14 de junio de 1985.

I. Razón de ser y necesaria coherencia de la política migratoria con la protección internacional de refugiados promovida por la ONU:

El Convenio refuerza la regulación de aspectos como la supresión de controles en las fronteras interiores, circulación de nacionales de Estados comunitarios, visados, condiciones de circulación de los extranjeros, permisos de residencia, tráfico de personas, inscripción de inmigrantes en lista de *“no admisibles”*, cooperación policial, asistencia judicial en materia penal, extradición, transmisión de la ejecución de sentencias penales, estupefacientes, armas de

¹ Así lo establece la “Sexta” recomendación: *“Reiterar a los países de asilo la conveniencia de que los campamentos y asentamientos de refugiados ubicados en zonas fronterizas sean instalados al interior de los países de asilo a una distancia razonable de las fronteras con miras a mejorar las condiciones de protección en favor de éstos, a preservar sus derechos humanos y a poner en práctica proyectos destinados a la autosuficiencia e integración en la sociedad que los acoge.”*

² Recomendación quinta.

fuego y municiones, protección de datos de carácter personal, transporte y circulación de mercancías. Pero, lo más importante para efectos de completar este listado de instrumentos internacionales relacionados con principio de no devolución, lo encontramos a partir del artículo 26 del presente Convenio, en donde se aclara que todas sus disposiciones referentes al tránsito de personas, exigencia de documentos de viaje, no admisión dentro del territorio y expulsiones del mismo, deportaciones, etc, se efectuarán: “*Sin perjuicio de los compromisos resultantes de su adhesión (la de los Estados Parte) a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 (...)*” En síntesis interpretativa: respetando el *non refoulement* consagrado en el artículo 33 de dicha Convención de 1951.¹

II. Inadmisibles la no in admisibilidad de solicitudes de refugio: otra forma indirecta de violentar en *non refoulement*.

Como se indicó, este Convenio de 1990 principalmente viene a reafirmar lo establecido en instrumentos de derecho comunitario anteriores a él, como el Acuerdo de Schengen. Con respecto a la población refugiada y la protección de sus derechos fundamentales (y sobre todo humanos), el Convenio transcribe literalmente las obligaciones de los Estados Parte de acoger toda solicitud de refugio que llegue a sus instancias administrativas, y se establecen, de nuevo, los criterios normativos que conducen a la determinación de cuál Estado será responsable de acoger y estudiar dichas solicitudes, en caso de conflicto a confusión.

Así, en una transcripción literal de lo dicho en el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo

¹ El reafirmar los compromisos con la política universal de protección de refugiados, fue uno de los principales puntos de interés para los Estados Partes: “*Las Partes contratantes reafirman sus obligaciones con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, sin ninguna restricción geográfica del ámbito de aplicación de estos instrumentos, y su compromiso de cooperar con los servicios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados en la aplicación de dichos instrumentos.*” Artículo 28. Esto incluye, por supuesto, una renovación de la obligación implícita con el respeto debido al principio de no devolución.

presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, se establece en el artículo 29 del presente Convenio: *“Las Partes contratantes se comprometen a que sea examinada toda solicitud de asilo presentada por un extranjero en el territorio de una de ellas.. Este compromiso no obligará a una Parte contratante a autorizar en todos los casos la entrada o estancia del solicitante de asilo en su territorio.”*¹

III. Única forma legítima de obviar el *non refoulement*:

El mismo artículo 29 del presente Convenio, establece el derecho legítimo de los Estados Parte, de poder practicar la expulsión de solicitantes de refugio o de titulares del mismo, tal como lo señala en el párrafo segundo del inciso 2: *“Cada Parte contratante conservará el derecho a devolver o expulsar a un solicitante de asilo a un tercer Estado, con arreglo a sus disposiciones nacionales² y a sus obligaciones internacionales.”*

En cuanto a estas últimas, encontramos que la Convención de 1951, como instrumento universal de las Naciones Unidas, permite que el principio de no devolución sea obviado bajo un solo supuesto: *“(…)No podrá invocarse los beneficios de la presente disposición (haciendo referencia al *non refoulement*) el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva*

¹ Lo cual va acorde con lo establecido en los instrumentos de las Naciones Unidas de protección a refugiados, al concederse a los Estados la potestad de no reconocer el refugio a personas sobre los que existan motivos fundados para considerar: *“Que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad”*; o *“(…) Que han cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada”*; o *“(…) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.”* Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y los apátridas de 1951. Artículo 1, inciso F, puntos a), b) y c).

² El peligro (eventual) que subyace bajo esta facultad de los Estados Parte de poder expulsar titulares y solicitantes del estatus migratorio de excepción del refugio, es el que encontramos bajo la frase *“con arreglo a sus disposiciones nacionales”*; ya que éstas podrían ser contrarias a la política universal del refugio, incluyendo el *non refoulement* del artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951. Sin embargo, resulta necesario tener una visión integral del fundamento jurídico que faculta estas expulsiones, ya que este Convenio, en el principal de los casos, viene a confirmar los compromisos de los Estados Parte para con los instrumentos internacionales en materia de refugio, compromisos que incluyen el señalado artículo 33. Por tanto, a pesar de que este Convenio regional europeo abre la posibilidad de fundamentar jurídicamente la expulsión o devolución de un refugiado en base a la legislación nacional, por encima de ésta prevalece la internacional, la cual debe estar siempre coherentemente inserta y vinculada con los actos de gobierno en materia migratoria.

por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”¹

Por último, de este Convenio, cuya acta final fue firmada el 25 de junio de 1990, son Estados Parte: Alemania (unificada, por supuesto), España, Francia, Italia, y la antigua Unión Económica de Benelux². Para todos ellos, este instrumento comunitario entró en vigor a partir del primero de marzo de 1994.

G. Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina: 1989.

Este documento regional fue adoptado por la reunión de la Conferencia internacional sobre refugiados centroamericanos (CIREFCA), en Ciudad de Guatemala, Guatemala, finalizada el 31 de mayo de 1989. Constituye un medio de evaluación de la protección de la población refugiada en el istmo, para así detectar las siempre presentes deficiencias, y fortalecer los pensamientos rectores de tal protección utilizando el replanteamiento, la aclaración y la reafirmación de sus contenidos esenciales.

I. Sin fuerza vinculante, pero sí muy orientadora y modeladora de soluciones duraderas al problema del desplazamiento humano centroamericano:

Para la aprobación final de este documento, previamente a los Estados del área se les había comunicado una versión preliminar del mismo, redactado por un comité preparatorio, a fin de que los países aportaran comentarios, sugerencias y críticas, tomando en cuenta la experiencia ganada tras casi cinco años de aplicación de la definición ampliada del refugio contenida en la Declaración de Cartagena de 1984. Y, como bien se indica en el párrafo final de su prefacio, se

¹ *Ibidem*. Artículo 33, inciso 2.

² Benelux fue la unión económica formada por Bélgica, Holanda y Luxemburgo, hasta que se integraron a la Unión Europea. El término “*Benelux*” se forma con la primera sílaba del nombre de cada país. Estos tres países formaron una unión aduanera en 1948, convertida en unión económica en 1960, creada en el Tratado del Benelux de 1958.

“(...) somete el presente documento con la esperanza de que pueda ser usado como un documento de consulta así como de orientación.”¹

Éste es uno de los mejores documentos que se han preparado con respecto a la protección de refugiados; representa un ejercicio jurídico de necesaria consideración que, a pesar de contar ya con diecisiete años de edad, posee hoy con plena vigencia y utilidad, y es capaz de ir más allá de la problemática coyuntural centroamericana para la cual fue ideado en la convulsa transición de los años ochentas a los noventas. Como fuente de información jurídico normativa, resulta ideal.

II. “El principio de no devolución constituye la piedra angular del sistema internacional de protección al refugiado y es el más fundamental de los derechos de los refugiados.”

Y qué mejor ejemplo de ello, que la basta consideración que contiene este documento sobre los principios y criterios jurídicos rectores que ordenan el *non refoulement*. Desde su apartado “45”, encontramos afirmaciones lapidarias que los instrumentos internacionales existentes hasta la fecha, sean convenciones, declaraciones o documentos complementarios como éste, no habían considerado de más: *“El principio de no devolución constituye la piedra angular del sistema internacional de protección al refugiado y es el más fundamental de los derechos de los refugiados.”*

III. Non refoulement como cita de nuestra propia Constitución Política costarricense:

En este punto, el documento hace referencia a varias normas incluidas en instrumentos internacionales, tanto universales como regionales que ya se han citado, y normas previstas en legislación nacional, como el artículo 31 de nuestra

¹ El párrafo sexto de la “Introducción” del presente documento, también recoge de forma clara su propósito, alcanzado con la convocatoria que hicieron los Estados del CIREFCA para esa ocasión: *“Estos principios, como un todo no sólo orientan a los Estados en el tratamiento de los refugiados, sino que constituyen también un marco dentro del cual pueden ser identificadas soluciones al problema de los refugiados. Así, el propósito del presente documento es hacer una descripción de este marco a través de la evolución de normas jurídicas y prácticas aplicables en la materia, a fin de permitir su evaluación.”*

actual Constitución Política del 7 de noviembre 1949, en donde se incluye expresamente el principio de no devolución: *“El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido.”*

En este caso, nuestra Constitución no refiere exclusivamente al asilo diplomático o político, sino al asilo territorial latinoamericano, o refugio, entendido bajo los presupuestos incluidos a partir de la Convención de Ginebra de 1951. El mismo ofrece protección internacional para todo extranjero que sea perseguido por su opinión o afiliación política, elemento contenido en los motivos de persecución de la Convención de 1951, junto con la pertenencia a determinado grupo social, la raza, la nacionalidad y la religión.

IV. *Non refoulement* “versión centroamericana”: de las más completas definiciones en el mundo.

Retrocediendo al mismo párrafo “45” del presente documento, encontramos que en él se especifica claramente el contenido regional latinoamericano del *non refoulement*. *“(…) Significa la protección contra la expulsión o cualquier forma de devolución a las fronteras de territorios donde la vida o la libertad del refugiado estarían en peligro. Este principio, ampliamente reconocido por la Declaración de Cartagena, incluye no sólo la expulsión y devolución, sino también medidas como el rechazo en la frontera. Además, beneficia no sólo a aquellas personas que tienen un miedo fundado de persecución en el sentido de la Convención de 1951 sobre Refugiados, sino también a las personas cubiertas por la definición regional de refugiados contenida en la Declaración de Cartagena.”* Estos últimos, recordemos, son los desplazados forzados por la violencia generalizada, la guerra civil, violación masiva de derechos humanos y, en general, perturbaciones graves del orden público, como ya se ha indicado.

V. Segunda afirmación, en un instrumento jurídico internacional, del *non refoulement* como norma *ius cogens*, y extensión de su protección internacional incluso dentro del país de origen:

Este documento del CIREFCA, a pesar de no tener fuerza vinculante, apoya la tesis de que el *non refoulement*, pertenece a las normas con carácter *ius cogens*, del cual ya he analizado su naturaleza e implicaciones jurídicas. Al respecto, establece el párrafo 47: *“La aplicación del principio de no devolución es independiente de cualquier determinación formal de la condición de refugiado por un Estado o una organización internacional, y es considerado por muchos como regla de jus cogens en el Derecho Internacional.”*

Concluyen las reflexiones del presente documento con relación al *non refoulement*, enfatizando que el mismo abarca la protección de titulares del estatus jurídico migratorio de excepción del refugio, así como a sus solicitantes; es decir, a desplazados cuya solicitud se encuentra en trámite, o que incluso aún no han iniciado formalmente dicha tramitación. Además, su criterio de protección internacional va más allá, al incluir a extranjeros que no han emprendido su éxodo hacia el país de asilo, y que, sin embargo, experimentan ya los temores fundados de persecución, o son víctimas de la guerra, la violencia generalizada o la perturbación general al orden público. Así quedó establecido por voluntad de los Estados de la región: *“(…) la no devolución como un principio fundamental de la protección de los refugiados se aplica tan pronto se producen ciertas condiciones objetivas. Es así que también están protegidas por el principio de no devolución aquellas personas que, aun cumpliendo los criterios del concepto de refugiado, no han sido identificadas y por consiguiente, no se les ha otorgado formalmente su condición de refugiados.”*

VI. Repatriación voluntaria: la solución por excelencia.

Cabe rescatar, por último, los aportes que este documento ofrece con respecto al carácter voluntario de las repatriaciones de refugiados. En su apartado “56” sentencia de forma contundente: *“La repatriación voluntaria es la solución por excelencia al problema de los refugiados, ya que logra la finalidad última de la*

*protección internacional, o sea, la cual es, la reincorporación de los refugiados en una comunidad, en este caso, la suya propia (...)*¹

Debe constituir, por ende, la más duradera de las mismas “*soluciones duraderas*” al problema del desplazamiento humano derivado de los temores fundados de persecución. El compromiso de su perdurabilidad debe ser asumido por todos los agentes interventores del drama migratorio de los refugiados. Por sobre todo lo demás, las causas de persecución deben ser erradicadas, pues, si se practica una repatriación con la presencia del agente persecutor en el área, sería tan vano como “*llover sobre mojado*”, y tan peligroso como la paranoica “*política de seguridad nacional*” de algunos países que se hacen llamar “*desarrollados*”.

VII. Información verás, independiente y objetiva sobre las verdaderas condiciones de seguridad para emprender la repatriación voluntaria:

“(…) *La repatriación voluntaria es un acto puramente humanitario y apolítico. Más aún, hace real el derecho de los refugiados, y de otras personas, de volver voluntariamente y acogerse a la protección de su país de origen.*”² Con lo anterior, se introduce un elemento indispensable tras la repatriación voluntaria, sumamente pertinente, del cual ya he hecho referencia anteriormente: el “*derecho*”³ de los refugiados que tienen proyectado eventualmente retomar a su país de origen, de recibir información absolutamente verás, objetiva y, como se indica anteriormente, apolítica. Esto implica un compromiso serio para los medios

¹ Humildemente, debo advertir mi discrepancia en tal sentido: el *non refoulement* la piedra angular de toda la política universal del refugio, y el derecho fundamental y, más que nada, humano más indispensable en la vida del refugiado; como lo he venido exponiendo, su pragmatismo consiste en salvaguardar la seguridad, la integridad, y, sobre todo, la vida del desplazado víctima de persecución, evitando que sea puesto por segunda o más veces bajo el mismo peligro que lo motivó a salir de su país de origen, sin excluir la posibilidad de peligros nuevos y diferentes, pero igualmente fundamentales en el temor de persecución que justifica el reconocimiento de este estatus migratorio de excepción. Siendo así, el *non refoulement* debe transmitir este mismo fin a la política de protección internacional que sostiene, siendo, como es este principio, su piedra angular. Por tanto, en mi criterio, la finalidad última de la protección internacional, es la misma con relación al *non refoulement*: el resguardo de la seguridad, la integridad, e incluso la vida del refugiado. La reincorporación del refugiado a determinada sociedad donde tenga seguridad, sea extranjera o del propio país de origen, vendrá por añadidura. Lo primero, lo más importante, es evitar que el refugiado, sea solicitante o titular de este estatus migratorio de excepción, sea puesto nuevamente en peligro de persecución.

² Apartado 56.

³ Apartado 57.

de comunicación social, tanto los pertenecientes al país de origen como los del país de refugio, y, en general, para toda agencia noticiosa internacional con presencia en el área.

Esto, porque los primeros pueden distorsionar la información, en complacencia con el gobierno de asilo, para mal informar a los refugiados que están ocupando dicho territorio e inducirlos a regresar al suyo; y los segundos también pueden tergiversar sus reportes, en complicidad con los agentes de persecución, para que los refugiados regresen a su país de origen y sean puestos nuevamente bajo los alcances de la misma persecución que los hizo migrar.

En todo caso, si no media dolo en esa mala información, ni complicidad de ninguna parte, el peligro para los refugiados que retoman con ideas de falsa seguridad a su país de origen, siempre existiría, y de ahí el llamado que hacen los Estados en la reunión del CIREFCA para satisfacer la expectativa jurídica positiva de los refugiados a información verás y confiable.

VIII. La verificación personal sobre las condiciones de seguridad en el país de origen, también es una expectativa jurídica de los refugiados:

Finalmente, el presente documento establece, como “*derecho*” de los refugiados, el poder visitar su país de origen para comprobar, por sí mismos, la seguridad que pudiese existir para emprender el camino hacia la repatriación voluntaria, sin que ello implique la cancelación del estatus de refugiado por parte del Estado de asilo, ni una presunción de que el refugiado decidió acogerse a la protección de su país de origen; y, por sobre todas las cosas, implica que dicha visita se debe realizar en condiciones seguras, en cuanto al transporte, paso por frontera, ingreso y estadía en el país de origen, y regreso al país de refugio.

Así queda establecido en el apartado “57” del presente documento: *“De igual manera, los refugiados tienen derecho a ser informados de la situación prevaleciente en el país de origen en forma amplia y objetiva a fin de que puedan decidir en base a todos los elementos necesarios. Una manera de hacer efectivo este derecho son las visitas de grupos de refugiados al país de origen para permitirles informarse en el terreno sobre la situación existente.”*

H. Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas: 1990.

Firmado en Dublín, Irlanda, el 15 de junio de 1990. Su propósito es servir como complemento jurídico que respalde la efectividad de las obligaciones adquiridas por los países europeos mediante la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, incluyendo el apoyar, en todo lo posible, al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados en su labor de asistencia paralela a la de los Estados de refugio.

I. El punto más básico y elemental de la protección internacional: determinar la competencia del país de refugio.

Este Convenio concentra su normativa en un punto más que esencial a la hora de brindar la más básica y elemental protección internacional a desplazados en busca de refugio. Su centro de gravitación lo constituye el determinar cuál Estado es responsable de llevar a cabo el examen de las condiciones subjetivas y objetivas presentes en la situación vivida por cada solicitante de refugio, y definir adecuadamente si merece o no la protección internacional aparejada a este estatus migratorio de excepción.

Si los Estados evaden (ilegítimamente) esta responsabilidad de llevar a cabo dicho examen, alegando que no son competentes, terminarán jugando con la solicitud de refugio, tras la cual subyace la misma salvación del solicitante, quien eventualmente puede ser deportado a su país de origen por encontrarse ilegalmente en el de refugio, y ser puesto de nuevo en la situación de persecución y riesgo para su integridad que lo movió a migrar.

II. Evadir la responsabilidad de examinar solicitudes de refugio: eventual violación indirecta al *non refoulement*.

Este es el posible panorama: un individuo que, por ejemplo, ingresa ilegalmente a territorio extranjero en busca de protección internacional; que experimenta temores fundados de persecución en su país de origen o residencia

habitual; y que solicita el estatus de refugiado ante la instancia administrativa correspondiente de este Estado extranjero, el cual elude, sin ningún fundamento jurídico justificante, su responsabilidad de recibir y examinar dicha solicitud, colocando al solicitante en situación de suma vulnerabilidad, al no regularizar temporalmente su situación migratoria. Encontrándose, entonces, ilegalmente en el país de refugio, el solicitante es deportado a su país de origen o residencia habitual, exponiéndolo al alcance de los agentes de persecución que fundamenta su temor y que motivó su salida de dicho territorio. Esta cadena hipotética de sucesos que perfecta, aunque lamentablemente, puede ser vivida en la realidad, no constituye otra cosa que una de las formas de violación furtiva y solapada al *non refoulement*.

Por ello la importancia de este Convenio, al prohibir que los Estados evadan la responsabilidad de examinar las solicitudes de refugio, estableciendo reglas claras para determinar dicha competencia de carácter humanitario. Así, el principal mandamiento de este Convenio lo establece claramente su artículo 3, inciso 1: “Los Estados miembros se comprometen a que sea examinada toda solicitud de asilo presentada por un extranjero a cualquiera de ellos, ya sea en la frontera o en su territorio.”¹

¹ Seguridad jurídica y definición del estatus migratorio del solicitante del refugio: Resulta también esencial que los Estados de asilo, una vez que han asumido su deber de admitir y estudiar la solicitud de refugio, agoten esta primer etapa procesal (administrativa, en nuestro caso costarricense), transcurrida entre la admisión de la solicitud, hasta la resolución que da por reconocido o denegado el estatus de refugiado solicitado. Los Estados no pueden dejar indefinidamente, valga la siguiente redundancia, sin definir la situación del solicitante de refugio, el cual, en caso de obtener pronta y positiva resolución de su petición, se vería beneficiado de los derechos fundamentales inherentes al reconocimiento de tal estatus, empezando por el más importante de todos: el *non refoulement* (aunque, como ya lo he referido, éste rige desde el momento de la solicitud del refugio).

III. El Derecho no es un fin en sí mismo: los criterios de definición de la competencia se pueden obviar, en razón de la seguridad del solicitante de refugio.

Con una serie de criterios técnico jurídicos que esboza este Convenio, se define la competencia y obligación de un Estado europeo para conocer la solicitud de refugio presentada por un extranjero, en caso de disputa o confusión al determinar dicha competencia. Sin embargo, el mismo Convenio permite obviar dichos criterios en casos especiales, con el fin de que la seguridad del refugiado no sea puesta en términos vacilantes en razón de estos tecnicismos de competencia. Así lo determina su artículo 9: *“Aun cuando no sea el responsable en virtud de los criterios definidos en el presente Convenio, cualquier Estado miembro podrá examinar una solicitud de asilo por razones humanitarias basadas, en particular, en motivos familiares o culturales, a instancia de otro Estado miembro y siempre que el solicitante de asilo consienta en ello.”*

IV. Readmisión de una solicitud de refugio rechazada: protección comunitaria europea de avanzada para el *non refoulement*.

Es práctica común que algunos Estados establezcan restricciones para tramitar solicitudes de asilo, como, por ejemplo, el argumentar que dichas solicitudes ya fueron estudiadas y rechazadas con anterioridad inmediata en otros país; o que el solicitante se encuentra fuera del territorio del país de refugio al momento de solicitar dicho estatus migratorio. Ante esto, el Convenio europeo prevé la anticipación de dichas excusas antijurídicas por parte de Estados que deseen evadir su obligación de atender y examinar solicitudes de refugio. Así lo establece el artículo 10 del presente Convenio: *“El Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo, de acuerdo con los criterios definidos en el presente Convenio, deberá: (...)c. Readmitir o acoger de nuevo, en las condiciones establecidas en el artículo 13¹, al solicitante de asilo cuya solicitud esté en curso*

¹ En lo que nos interesa, este artículo 13 refiere a lo siguiente: *“(...) La readmisión de un solicitante de asilo se efectuará según las siguientes modalidades: (...) La solicitud para la readmisión deberá indicar todos los datos que permitan al Estado requerido comprobar que es responsable. (...) El Estado requerido para la readmisión estará obligado a contestar el requerimiento dentro de un*

de examen y que se encuentre de forma irregular en otro Estado miembro. d. Acoger de nuevo, en las condiciones establecidas en el artículo 13, al solicitante de asilo que haya retirado su solicitud en curso de examen y que haya formulado una solicitud de asilo en otro Estado miembro. e) Acoger de nuevo, en las condiciones establecidas en el artículo 13, al extranjero cuya solicitud haya rechazado y que se encuentre de forma irregular en otro Estado miembro.”

V. La Decisión 1/97: el principio de legalidad estrictamente vinculado con las expulsiones de refugiados.

Cabe indicar que, en virtud del artículo 18 del Convenio, se creó un Comité formado por un representante de cada Estado Parte, encargado de examinar cualquier cuestión de carácter general relativa a la aplicación y a la interpretación del mismo, y con la potestad suficiente para adoptar revisiones y emitir modificaciones a lo establecido, en principio, en 1990.

Gracias a esta potestad de modificación, este Comité formuló la, así titulada, “*Decisión Número 1/97 del 9 de septiembre de 1997*”, en la cual, a parte de reforzar ciertos criterios de interpretación de muchas normas, hizo especial hincapié en el deber de los Estados Parte, de justificar la expulsión de solicitantes de asilo, siempre bajo lo establecido al respecto en el mismo Convenio, en otros instrumentos como la Convención de Ginebra de 1951, y en su legislación interna acorde con estos instrumentos.

Bajo dichos supuestos, el *non refoulement* no se vería antijurídicamente obviado. Y, en tales casos, esta Decisión 1/97 establece una obligación adicional a la hora de expulsar solicitantes de refugio, en su artículo 7:

“Disposiciones para la expulsión del extranjero: El Estado miembro responsable del examen de la solicitud deberá proporcionar la prueba de la expulsión efectiva del extranjero del territorio de los Estados miembros. Se trata por lo tanto de actos concretos de expulsión, de una obligación que se refiere al

plazo de ocho días a partir de dicho requerimiento. Estará obligado a volver a hacerse efectivamente cargo del solicitante de asilo lo antes posible y, a más tardar, dentro de un plazo de un mes después de haber aceptado la readmisión.”

resultado y no a la intención, lo que significa que en estos casos el Estado miembro deberá aportar pruebas escritas.”

VI. Exención de pruebas para determinar el país competente: seguridad reforzada para el *non refoulement*.

Con el propósito de no prolongar de más la definición del Estado competente para estudiar la solicitud de refugio, evitando así poner en eventual riesgo la seguridad del solicitante, el artículo 23, inciso 2 de la Decisión 1/97 ordena: *“(…) La determinación de la responsabilidad para la aplicación de un procedimiento de asilo debe basarse, en principio, en exigencias de prueba lo más reducidas posible. (…)*

Es importante rescatar esta aportación: en caso de imponerse, cual proceso judicial, la prueba exhaustiva para la determinación de la competencia y responsabilidad de los países para conocer las solicitudes de refugio, este proceso previo tendría, eventualmente, mayor duración, e incluso mayores complicaciones, que el mismo procedimiento de reconocimiento o denegación del estatus migratorio de excepción del refugio. Como bien lo explica el artículo 23, *“el Convenio dejaría totalmente de surtir el efecto deseado e incluso sería contradictorio con uno de sus objetivos, ya que los plazos de espera darían lugar a una nueva categoría de ‘refugiados en órbita’, la de los solicitantes de asilo cuya solicitud no se examinaría mientras durara el procedimiento previsto por el Convenio”*

VII. Países comprometidos:

Este Convenio fue firmado y ratificado por los países miembros de la antiguamente denominada Comunidad Económica Europea: Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda. Y según el artículo 20 de este Convenio, ninguna reserva podrá ser incorporada al mismo por parte de los países signatarios. Siete años después de su creación, este Convenio entró en vigor, el primero de septiembre de 1997.

I. Declaración de Río de Janeiro sobre la institución del refugio: 1991.

En esta ocasión, la luz de la conciencia internacional despertó nuevamente en los países que integran el Mercado Común del Sur, creado en el, así denominado, Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, donde se agrupan la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay, y la República Oriental del Uruguay; y, como países que se unen para esta Declaración, se incorporan la República de Bolivia y la República de Chile. La preocupación de estos países suramericanos por el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales, y sobre todo humanos, de los refugiados, fructificó con esta Declaración, firmada en 10 de noviembre del año dos mil.

Este es un instrumento regional concreto (corto, de poca extensión). Contiene exhortativas de carácter general, lo que resulta suficiente para exhortar a los Estados Parte a asumir, con nueva fuerza, los compromisos adquiridos con instrumentos anteriores de carácter universal, ya que estos seis países reunidos forman parte de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967.

Sin embargo, a pesar de su concreción y generalidad, esta Declaración de Río reserva una mención especial que invita al respeto del *non refoulement*; a la vez, exhorta a la aplicación de la definición ampliada del refugiado que incorporó, para los países de Centroamérica, Panamá, Colombia y México, la Declaración de Cartagena del 22 de noviembre de 1984. Así queda establecido en el apartado cuarto de la presente Declaración:

“Los Estados Parte y Asociados no aplicarán, a quien haya sido reconocido como refugiado por otro Estado Parte o Asociado, medidas de retorno forzado al país, donde su vida, libertad o integridad física están amenazadas por motivo de raza, nacionalidad, grupo social, opinión política o violación grave y generalizada de los derechos humanos, de conformidad con la normativa internacional que rige sobre la materia.”

J. Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas: 1994.

Fue concertada durante el coloquio internacional: “10 años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados”, impulsado por el Gobierno de Costa Rica, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en reunión celebrada en San José, del 5 al 7 de diciembre de 1994.

I. Diez años después de Cartagena: la migración continúa siendo forzosa, pero ahora por la economía.

Desde 1984, año en que la Declaración de Cartagena impulsó la adopción de importantísimos pensamientos rectores para la protección a refugiados en la región centroamericana, muchos cambios se suscitaron. El proceso de democratización avanzó, a paso lento, pero avanzó. Muchos movimientos subversivos que eran calificados como agentes de persecución, fueron desmantelados. Los militares “*de segunda*” pasaron a tener menos protagonismo, y cedieron poco a poco el poder a partidos políticos organizados dentro del esquema tradicional de la democracia participativa. Y, en general, Centroamérica dio importantes pasos hacia la paz y la estabilidad política.

Sin embargo, la crisis económica no experimentó mayores cambios hacia su disminución, pero sí hacia su acentuación en países como Nicaragua y El Salvador. El problema del desplazamiento humano se traducía, ya no tanto en términos de persecución, sino en términos de inmigración económica, situación que, hasta la fecha, doce años después de este coloquio internacional, sigue marcando el contexto del desplazamiento constante de hermanos centroamericanos.

Países receptores de población refugiada como Costa Rica, fueron paulatinamente cerrando sus campamentos, y se enfrentaba ahora a la asimilación de los miles de desplazados a su sistema productivo, a su infraestructura social, y a su contexto cultural. Fuera del primer nivel de asimilación, el del nivel productivo, bien cabe decir que Costa Rica, doce años después de Cartagena, no ha avanzado gran cosa con respecto a los dos niveles

restantes; y es natural, pues el sistema de atención social y el ámbito cultural son tradicionalmente puntos sensibles y fácilmente irritables, cuando se trata de incluir a población extranjera dentro de sus parámetros.

II. Un pequeño logro y nuevos grandes retos: la persecución política caribeña y desplazamiento interno colombiano.

A pesar de todo, es justo rescatar lo aceptable y fructífera que resultó ser en la región centroamericana, la Declaración de Cartagena. Los principios que invitó a seguir, y, en especial, la definición “*ampliada*” de refugiado que impulsó a poner en práctica, fueron muy bien acogidos por los países del istmo. Esta ampliación de la definición de refugiado, constituyó una herramienta más que útil y pertinente para acoger, bajo la protección internacional, a muchísimas más personas desplazadas de las que se hubiesen podido incluir según los parámetros universales de 1951.

Pero, para este año de 1994, como bien se reconoce en el preámbulo de la presente Declaración, los países del área se enfrentan a otro tipo de “(...) *retos que plantean las nuevas situaciones de desarraigo humano en Latinoamérica y el Caribe*¹, incluyendo en particular la creciente importancia del desplazamiento

¹Cuba: contrario a lo que muchos creen, en la República de Cuba sí existen elecciones populares. Su sistema electoral se puede sintetizar en una conjunción de artículos del capítulo décimo de la Constitución de la República de Cuba de 1976; en el número 71 establece: “*La Asamblea Nacional del Poder Popular se compone de diputados elegidos por el voto libre, directo y secreto de los electores (...)*”. Estos diputados salen electos de escrutinios municipales, siendo previamente postulados como candidatos locales por los vecinos de barrios pertenecientes a cada municipio. Una vez electa esta Asamblea Nacional del Poder Popular, por el término de cinco años prorrogables por acuerdo de sus mismos integrantes, y según el artículo 72 de la Constitución, se “(...) *elige, de entre sus diputados, al Consejo de Estado, integrado por un Presidente (cargo ocupado desde el 3 de diciembre de 1976 por Fidel Castro Ruz, tras sucesivas reelecciones), un Primer Vicepresidente, cinco Vicepresidentes, un Secretario y veintitrés miembros mas.*” Y sentencia este mismo artículo 72: “*El Presidente del Consejo de Estado es jefe de Estado y jefe de Gobierno.*” Cabe señalar que Castro Ruz es diputado representante de Santiago de Cuba, reelecto como tal en los últimos comicios del 2003, y reelecto de nuevo Presidente del Consejo de Estado. Sin embargo, a pesar de la existencia de un sistema electoral normativamente definido en “*La Isla*”, el puesto que Castro Ruz ostenta no es sometido a elección directa, ejercida por cada ciudadano cubano con derecho a votar. Esto, sin prestar mayor interés en argumentos como “*los diputados representan la voluntad del ciudadano*”, que parece no tener lugar en la realidad cubana. A diferencia de sistemas como el presidencialista de Costa Rica (imperfecto, como creen muchos) en donde el candidato presidencial electo a lo interno de cada partido político, es sometido a la aprobación del pueblo en las elecciones presidenciales, en Cuba, por el contrario, el puesto de Presidente no pasa por este proceso popular directo; antes bien, es indirecto. Como se indicó, previamente el ciudadano que ocupará el puesto de Presidente, deberá ser electo como diputado para llegar a la Asamblea Nacional del Poder Popular, en donde sí existe participación directa de los electores. Pero esta participación del electorado

interno y de los movimientos migratorios forzados originados en causas diferentes a las previstas en la Declaración de Cartagena”.

III. Reafirmación del *non refoulement*:

Dentro de las recomendaciones más importantes adoptadas en este Coloquio, e incorporadas en esta Declaración, cabe destacar la “*Segunda: Reafirmar la vigencia de los principios contenidos en la Declaración de Cartagena y desarrollados en los documentos sobre Principios y Criterios para la Protección y*

no alcanza la elección posterior del Consejo de Estado, a lo interno de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Además, a los ojos de la sensatez y la conciencia social internacional, resulta imposible ignorar la represión existente en Cuba, ejercida por el mismo gobierno de Castro Ruz, sobre todo aquel ciudadano que se le oponga manifiestamente. Si Cuba es una democracia, como el mismo gobierno lo ha afirmado en numerosos discursos trasnochados, si existe todo un aparato de elección popular en su Constitución: ¿por qué tanta represión?; ¿por qué los encarcelamientos políticos?; ¿por qué encontramos desplazados cubanos en busca de protección internacional por razones de persecución política, ejercida por el gobierno de Castro Ruz? (sin hacer referencia con esto a los llamados “*balseiros*” que pertenecen a la inmigración económica); ¿por qué la disidencia cubana se ve obligada a salir de “La Isla” y ejercer su derecho de libre expresión a 90 millas de distancia de La Habana? ¿Por qué incluso hasta nuestra propia jurisprudencia constitucional costarricense reconoce que Cuba, metafóricamente, exporta perseguidos con temor fundado en el mismo Estado? Es interesante analizar la preocupación de nuestros magistrados constitucionales, siendo Costa Rica uno de los principales países de refugio para perseguidos cubanos: “*Este Tribunal toma nota del fenómeno creciente del desplazamiento forzado de personas y de poblaciones en ciertos países del hemisferio, dentro de los que se encuentran los ciudadanos cubanos. La situación política y social por la que desde hacen muchos años atraviesa la isla de la que provienen los recurrentes contribuyen al desplazamiento forzado y al flujo de cubanos, al igual que a la obstrucción de su retorno voluntario y seguro al hogar.*” Voto 3019-2002, de las once horas con trece minutos del veintidós de marzo del dos mil dos. Soy de la opinión de que Cuba, actualmente, es una “*democracia*” vigilada, como la ejercida por Francisco Franco Bahamonde en España, o la de Augusto Pinochet Ugarte en Chile. Pienso que Castro Ruz se mantiene en el Consejo de Estado gracias al miedo y la represión. Su gobierno se jacta de la asistencia de más del 90 por ciento del electorado en los escrutinios, cada cinco años, pero: ¿será que ese miedo y represión son los motivos de tan elevado porcentaje? Los derechos fundamentales de los cubanos, bien merecen unos cuantos minutos de nuestro tiempo, reflexionando y sacando nuestras propias conclusiones en torno a la forma de gobierno de Fidel Castro Ruz. Examinar los altos índices de refugiados reconocidos de nacionalidad cubana, es un buen punto de partida para dicha reflexión.

Haití: La historia reciente de la crisis humanitaria en Haití, empieza a finales de los años ochenta, y, a la fecha, no ha cesado. El flujo de desplazados haitianos ha permanecido relativamente constante desde entonces. Pero los hechos que influyeron, en parte, en la redacción de la Declaración de San José de 1994, se pueden delimitar desde el golpe de Estado dirigido por el General Raúl Cedrés contra el presidente electo Jean-Bertrand Aristide, en 1991. De inmediato, el nuevo gobierno de facto se convirtió en claro agente de persecución y represión. Entre 1992 y 1994, se desató una cruenta guerra civil para restablecer el orden democrático en este país que ocupa la mitad de “*La Española*”, generando una cifra cercana a los trescientos mil desplazados, tanto internos como internacionales. De éstos últimos, unos cincuenta mil fueron ilegítimamente interceptados en aguas estadounidenses, en clara y descarada violación al *non refoulement* (recordemos que, para esta fecha, los EUA ya formaban parte de tratados jurídicos internacionales que los obligaban a respetar el *non refoulement*, entre ellos, el Protocolo de Nueva York de 1967). La crisis empeoró en 1994, tras la invasión de una fuerza internacional de “*estabilización democrática*”, conformada principalmente por tropas estadounidenses, mismas que patrocinaron repatriaciones no voluntarias, por de más forzosas, de más de seis mil refugiados interceptados, retenidos en el territorio anexo de Guantánamo, en Cuba, y llevados nuevamente a Haití, bajo condiciones de seguridad cuestionables.

Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina (1989) y la Evaluación de la Puesta en Práctica de los referidos Principios y Criterios (1994) (...).¹ Y, como ya se indicó, la Declaración de Cartagena contiene una satisfactoria inclusión del principio de no devolución, tanto para desplazados bajo la definición de refugio de los instrumentos universales de las Naciones Unidas, así como bajo la definición ampliada de carácter regional.

Adicionalmente, esta Declaración de San José también exhorta a los Estados a no ejecutar prácticas que suprimen el ejercicio de los derechos humanos de los refugiados, dentro del cual se incluye el *non refoulement*, como bien lo establece en la séptima recomendación, al “(...) *Hacer un llamamiento a los gobiernos para que incrementen la cooperación a nivel continental en la admisión de grupos de refugiados, incluyendo a aquellos que huyen de situaciones previstas en la Declaración de Cartagena (...)*.”

Por otra parte, los Estados de refugio, los de origen, y toda organización gubernamental o no gubernamental, que participen en la tarea de repatriaciones voluntarias de refugiados, deben ser concientes de la vulnerabilidad de los retornados en esta etapa de su drama migratorio. Si estas repatriaciones no se ejecutan en condiciones plenamente seguras, o, como ya se indicó, si se practican en contra de la libre voluntad del refugiado, se estaría cayendo en una de las varias formas de violación al principio de no devolución. En tal sentido, la “*Decimocuarta*” recomendación adoptada en esta Declaración de San José, invita a “*Propiciar que se aborden en forma integrada las soluciones a los problemas de desplazamiento forzoso, particularmente el retorno y la repatriación voluntaria, en el marco de esfuerzos concertados que garanticen, además de la seguridad y dignidad de los beneficiarios, la durabilidad de la solución.*”

¹ Punto “G” en esta misma segunda etapa de evolución regional del non refoulement.

IV. Por analogía, se recomienda aplicar el *non refoulement* a desplazados internos, y su reafirmación como derecho fundamental (humano) de éstos:

Finalmente, la recomendación “*Decimosexta*” contiene excitativas concretas en relación con el respeto al principio de no devolución, incluyendo dentro de su protección a los llamados “*desplazados internos*”, problemática adicional que explotó, más que nunca antes en el margen latinoamericano, con la agudización del conflicto local vivido en la inmensa Colombia. Esta recomendación invita a “(...) *garantizar a las personas que se encuentren en esta situación (desplazamiento interno) la aplicación de las normas de derechos humanos y, en su caso, del Derecho Internacional Humanitario así como, por analogía, algunos principios pertinentes del Derecho de Refugiados, como el de no devolución.*”

K. Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados en América Latina y el Caribe: 1999.

Esta Declaración fue acordada durante el Seminario Regional sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados, concluido el 11 de mayo de 1999, en el barrio capitalino de Tlatelolco, México Distrito Federal, localidad conocida por albergar la sede de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, el Archivo Histórico Diplomático mexicano y la Academia Diplomática del Instituto Matías Romero.¹

I. Un final de milenio en Latinoamérica plagado de causas de persecución:

El objetivo principal de este Seminario, consistió en evaluar cómo se lleva a cabo la práctica de los principales lineamientos de protección a la población refugiada en América Latina y el Caribe, tomando en cuenta la situación, cada vez más apremiante en la región, de los desplazados internos, especialmente con la agudización del conflicto tan complejo de la extensísima Colombia. Añadido esto a la situación de persecución política vivida en la isla de Cuba, especialmente

¹ Además, este lugar es recordado por la masacre de estudiantes, trabajadores y activistas, atribuida al ejército mexicano y acontecida el dos de octubre de 1968, en la Plaza de las Tres Culturas, cuyo móvil, se presume, fue para eliminar cualquier estorbo de agitación social de cara a los XIX Juegos Olímpicos México 1968, a realizarse en México D.F., diez días después de ocurrida esta masacre.

acentuada hacia el final de la década de los noventa y principios de los dos mil. Es una realidad palpable que, para 1999, “(...) *las causas que dan origen a los refugiados como la persecución, la violación de los derechos humanos, los conflictos armados internos e internacionales y las violaciones al derecho internacional humanitario siguen presentes en algunos países de la región(...)*”.¹

La experiencia adquirida en el área permite, para esta época, elaborar un examen sistemático de la aplicación de los principios universales de protección para la población refugiada, y analizar el estado de pertinencia y vigencia de criterios regionales, consagrados desde hace varios años en instrumentos como la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, los documentos de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos y la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994.²

Como uno de los puntos más importantes de este Seminario, los Estados del área “(...) *constataron el reconocimiento por los gobiernos del papel de coordinación, asesoría y supervisión del ACNUR en la aplicación de los instrumentos internacionales, y de su mandato de protección internacional.*”³

II. Apoyo a la tesis del *ius cogens* detrás del *non refoulement*: un derecho fundamental de los refugiados.

Hecha esta evaluación, los países reunidos en este Seminario acordaron la elaboración de ciertas nuevas y necesarias recomendaciones y replanteamientos de actitudes que los Estados del área deben adoptar. En cuanto lo pertinente al principio de no devolución, se recalcó su carácter de derecho fundamental de los

¹ Preámbulo.

² Examen de elementos positivos, todos en pro de una más eficiente protección jurídica para el *non refoulement*: Así, por ejemplo, se exaltó la importancia de la aplicación de varios factores característicos de la política de asilo en la región, como “(...) *la definición del término refugiado de la Declaración de Cartagena, que constituye en la actualidad una realidad jurídica en la región y que ha permitido asegurar la protección a las personas necesitadas de la misma; (...) un marco normativo de protección y tratamiento de refugiados; (...) la participación de la población refugiada y retornada en los procesos de negociación de condiciones para su repatriación con las autoridades de sus países de origen; (...) y el seguimiento por parte del ACNUR de las garantías ofrecidas por los gobiernos a los repatriados asegurando su no discriminación por haber sido refugiado (...)*”.

³ Parte I. Puntos “a)”, “b)”, “d)”, “e)-V)” y párrafo 16.

desplazados en busca de protección internacional, a la vez de que se da respaldo a la tesis que confiere carácter de norma “*ius cogens*”:

“El principio fundamental de no-devolución es el principio más ampliamente reconocido en este campo. Además de contemplarse en el artículo 33 de la Convención de 1951 Relativa al Estatuto de los Refugiados y en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros textos, es considerado como norma de derecho internacional consuetudinario, jus cogen, siendo vinculante para todos los países. No obstante su respeto general en la región, se han producido violaciones a este principio que vulneran el sistema de protección a los refugiados y ponen en peligro su vida, libertad o integridad física.”¹

III. Los derechos humanos inherentes a la condición de desplazado con temor fundado de persecución, como el *non refoulement*, son independientes al empleo de los términos “refugio” y “asilo”:

Resulta pertinente destacar que esta Declaración, considera que la dualidad existente en el empleo de los términos “refugio” y “asilo”, y, análogamente, “refugiados” y “asilados”, no afecta el otorgamiento y disminución de los derechos aparejados a ambas categorías migratorias de excepción, pues ambas evocan, por igual grado, la protección internacional que persigue todo desplazado víctima de persecución, guerra, violencia generalizada o perturbación grave al orden público:

“El Seminario abordó la utilización de los términos ‘asilo’ y ‘refugio’ en América Latina y, en este sentido, señaló que ambos son sinónimos, porque extienden la protección a extranjeros que la ameriten. El asilo es la institución genérica que permite la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento, por medio del cual en la práctica se formalice dicha protección, sea el régimen de refugiados según la Convención de 1951

¹ Reconocimiento “Uno”.

Relativa a el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 o, el de asilados según los Convenios Interamericanos en la materia.”¹

IV. Por analogía, los desplazados internos también se ven protegidos por el *non refoulement*:

Por otra parte, esta Declaración se avoca a subrayar, de igual forma como lo hace con respecto a los refugiados tradicionalmente entendidos, los derechos de los desplazados internos, y las obligaciones que los Estados deben comprometerse a asumir si esta categoría de inmigración local llega a darse, como sucede en la mayoría de los países que viven las vicisitudes de la guerra civil o conmoción social interna.

Como marco general, establece los mismos principios y derechos básicos que detentan los solicitantes y titulares del estatus del refugio internacional, incluyendo, por supuesto, el *non refoulement*. “*Los desplazados internos están amparados conjunta y complementariamente por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, así como por los principios del derecho internacional de los refugiados que se aplican por analogía.*”² Y, por analogía, entra en su catálogo de derechos fundamentales, especialmente humanos, la prohibición de devolución.

V. La principal recomendación para el principal de todos los derechos fundamentales de los refugiados: alta pertinencia y grado especial del *non refoulement*.

Y, para aportar un elemento importantísimo en la comprobación de la pertinencia y grado esencial del *non refoulement*, dentro de la gama de derechos fundamentales aplicables a los desplazados en busca de protección internacional, se aprecia cómo los países reunidos en este Seminario de Tlatelolco decidieron que su primera recomendación girara en torno al *non refoulement*, al invitar a que: “(...)los gobiernos apliquen, sin excepciones, la norma fundamental de no

¹ Reconocimiento “Seis”.

² Reconocimiento “Siete”.

devolución para proporcionar protección a los refugiados y preservar la integridad del sistema edificado a este fin.”

Si bien es cierto, estas excitativas generales no pueden constituirse, por sí, en normas coercitivas o vinculantes que obliguen a los Estados a incorporar a su ordenamiento jurídico positivo, más o nuevas líneas directivas para lograr una política uniforme de carácter regional, acorde con la política universal sobre el tratamiento de desplazados forzosos en busca de protección internacional. Sin embargo, los mismos países reunidos invitan vehementemente a que se adopten, de forma seria y permanente, los medios jurídicos y administrativos necesarios para que los derechos fundamentales de las personas desplazadas en busca de refugio, sean respetados desde el primer momento de su éxodo; esto es, únicamente por medio del respeto estricto de la prohibición de no devolución.¹

3. Tercera etapa evolutiva regional del *non refoulement* como un derecho fundamental de los refugiados: desde el 2002 hasta nuestros días.

A. Declaración de Quito sobre migraciones, democracia, desarrollo y derechos humanos: 2002.

Este instrumento “*subregional*”, como se auto califica esta Declaración, representa un esfuerzo más, y sumamente relevante, que protagonizan los países del área andina y del cono Sur para fortalecer y tornar real el respeto de los derechos fundamentales, tanto de nacionales como de extranjeros, tomando en cuenta, dentro de éstos últimos, a los desplazados cobijados por el estatus migratorio de excepción del refugio, sin dejar por fuera el tratamiento especial de los desplazados internos.

En esta ocasión, la voluntad internacional expresada en esta Declaración de Quito, corresponde a las naciones sudamericanas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, y Venezuela, de los cuales, el sexto y

¹ Para ello, en la décimo cuarta recomendación de la presente Declaración, se exhorta a que “*se establezcan mecanismos de seguimiento para promover el cumplimiento de las recomendaciones que se adopten en foros regionales tanto formales como informales en materia de protección a los refugiados.*” Foros regionales como éste, el Seminario de Tlatelolco.

el noveno de la anterior lista, son los principales receptores, en América del Sur, de las decenas de miles de refugiados e inmigrantes económicos colombianos que se registran desde la agudización del conflicto armado, a finales de la década de los noventa y principios de la del dos mil.

Y, al igual que la Declaración de Río de Janeiro sobre la institución del refugio¹, esta Declaración de Quito contiene consideraciones, resoluciones y demandas, todas de carácter general. No genera mayores obligaciones directas con respecto a la protección de derechos fundamentales específicos de las personas desplazadas en busca de refugio como, por ejemplo, para con el *non refoulement*, salvo referencia expresa al principio de reunificación familiar de personas refugiadas. Pero esto no es obstáculo para continuar con la ubicación normativa del *non refoulement*, pues, en este caso, su ubicación puede ser efectuada implícitamente en los lineamientos generales que contiene esta Declaración y que a continuación serán extraídos.

I. Carácter privilegiado de los derechos fundamentales de los desplazados, incluyendo el *non refoulement*; concordancia con el *ius cogens*.

Por ejemplo, en el considerando “uno” de esta Declaración, los representantes de los gobiernos sudamericanos reunidos en Quito, reafirmaron el carácter fundamental de los derechos de las personas desplazadas, entre ellas los refugiados por supuesto, y que, como tales, gozan de tratamiento privilegiado y prioridad absoluta sobre cualquier otro derecho a discutir.² Esta idea de primacía de los derechos fundamentales de los itinerantes, sobre todo los de catalogados como humanos como el *non refoulement*, es reafirmada en el considerando “tercero”, de vital importancia para respaldar la tesis del carácter *ius cogens* del principio de no devolución:

“Los derechos humanos constituyen atributos indispensables para el ejercicio de la dignidad humana y han sido reconocidos y consagrados en diversos

¹ Punto “I” de la segunda etapa evolutiva regional del *non refoulement* (1954-1999).

² “Los migrantes, desplazados, refugiados, retornados y sus familiares, son seres humanos sujetos de derechos y partícipes en procesos de construcción de riqueza social, cultural y económica, de diversidad y democracia en los países de destino.” Considerando “uno”.

instrumentos internacionales firmados y ratificados voluntariamente por los Estados, los mismos que de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, tienen un carácter primordial sobre cualquier otro compromiso asumido por los Estados del mundo. En este marco se incluyen los derechos de los migrantes, refugiados y desplazados, retornados y sus familiares consagrados en diversos instrumentos internacionales.”

II. Subdesarrollo e iniquidad social: motor de las migraciones forzosas y caldo de cultivo para muchos grupos subversivos agentes de persecución.

Reconocen, a su vez, que los elementos catalizadores de la problemática del desplazamiento humano, en el marco sudamericano, están claramente identificados, y que los responsables de su incidencia son los mismos gobiernos, su ineptitud y sus fallidos o inexistentes esfuerzos por solucionar los eternos conflictos sociales del área, debidos siempre a la injusticia social, la mala distribución de la riqueza, la impunidad, la corrupción, y la falta de combate efectivo contra el virus de los grupos subversivos armados. Grupos que, con el paso del tiempo, han develado sus verdaderas intenciones mercenarias, al disfrazar la extorsión que practican con discursos trasnochados de “*reforma agraria*”, “*cambio social*”, “*reivindicación indígena*”, etc; discursos que para ellos no son más que “*sueños de motociclista*”, tipo Ernesto Guevara de la Serna.¹

III. De Colombia y políticas paranoicas de seguridad nacional estadounidense: los refugiados de por medio.

Sin duda alguna, la catapulta histórica que proyectó, de forma casi incontenible, el problema del desplazamiento humano en el Latinoamérica hacia el

¹ Esta situación es así reconocida en el considerando “segundo”: “*Persiste un complejo fenómeno de migraciones internacionales relacionadas con diversos modelos de desarrollo económico que han fracasado en asegurar el bienestar de las personas y han ahondado la inequidad social, la pobreza, desempleo, discriminación, violencia política, corrupción y otros fenómenos sociales relacionados; al mismo tiempo, nuevas iniciativas como el ALCA corren el riesgo de generar mayor empobrecimiento en nuestras sociedades y diferenciación de las clases sociales.*”

final de la década de los noventa, fue, y lo es incluso hoy, el conflicto armado interno en Colombia.¹

¹ Colombia y sus desplazados internos: respuesta armada, narcóticos y *non refoulement* violentado por la delincuencia organizada urbana. El drama nacional que viven los colombianos desde hace cuatro décadas, ha sido protagonizado por multiplicidad de actores: empezando por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, movimiento subversivo surgido en el seno de los conflictos siempre presentes en Latinoamérica, ante la injusta distribución de la tierra y la riqueza; en donde, a falta de una reforma agraria consistente, los agricultores empobrecidos son desangrados por los intereses nefastos de un pequeño y poderoso grupo de terratenientes, que por mucho tiempo controlaron el gobierno y las fuerzas armadas colombianas. A los actos guerrilleros de las FACR, se le suman los actos de violencia protagonizados por el Ejército de Liberación Nacional y su contrapartida, los grupos paramilitares auspiciados por el mismo gobierno y el ejército nacional. Desde el año dos mil dos, el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez lanzó una campaña llamada “*Seguridad Democrática*”, en un intento por recuperar las bastas extensiones de territorio dominado y repartido por estos grupos subversivos. Con esta respuesta armada del gobierno, resultó predecible que las cifras de desplazados internos que se mantenían constantes desde 1995, subieran vertiginosamente ante la notable agudización del conflicto interno. Pero este conflicto interno va más allá de la “*reivindicación de la clase campesina*”, como demagógicamente se decía cuarenta años atrás; tanto la guerrilla como los paramilitares, encontraron en el cultivo de narcóticos, el negocio perfecto, y en los adictos de países desarrollados, los clientes perfectos. Estos grupos armados lucran, negocian, trafican; tienen el vicio del dinero, el dinero fácil, mal habido, dinero maldito. Cualquier discurso, argumento o ponencia que pretenda defender ideales como “*justicia social*”, “*reivindicación de clases tradicionalmente marginadas en el campo*”; que enarboles frases cliché, como “*gobierno terrateniente*”, “*gobierno acaparador*”, “*gobierno maldito*”, no son más que cortinas de humo y demagogia para ocultar lo que ya se sabe: que a estos grupos lo único que les interesa es lucrar con la droga. Para este fin, provocan desplazamiento forzado de pobladores, lo que es visto más como una estrategia y no como consecuencia de un conflicto por “*justicia social*” invisible. La estrategia consiste en despojar a los pobladores de sus tierras, apoderarse de ellas, y destinarlas al cultivo de narcótico. Con esta radiografía que devela las intenciones de estos grupos armados, el conflicto colombiano pareciera ser menos complejo. Sin embargo, la misma política del presidente Uribe Vélez de recuperar territorios invadidos, ha contribuido ciertamente a aumentar las cifras de desplazados internos colombianos. La respuesta armada directa y las prácticas para la erradicación del cultivo de narcóticos como la fumigación aérea, que, ejercida de forma indiscriminada, también ha acabado con los cultivos de productos agrícolas de consumo básico de los pobladores que aún permanecen en las localidades invadidas por los grupos armados, se suman a las causas del aumento en el número de desplazados internos colombianos. Los problemas para estos itinerantes internos en Colombia, tan sólo empiezan con el despojo de las tierras y la migración forzada de sus poblaciones, pero el problema va mucho más allá del campo: una vez que estos habitantes de zonas rurales invadidas llegan a los centros urbanos, como Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena o Cúcuta, son víctimas de los denominados “*escuadrones de limpieza urbana*”, agrupaciones (diríamos, cuasi nazis criollos) que amenazan a los inmigrantes internos por medio de una compleja red de criminalidad organizada, y que se suman a los agentes de persecución y movilización forzosa interurbana, ya que los desplazados provenientes de zonas dominadas por paramilitares y guerrilla, se ven forzados al desplazamiento por segunda vez, constituyéndose esta situación en una violación clara al *non refoulement*, aplicado, junto con todos los derechos inherentes al estatus del refugio, y por analogía, a los desplazados internos. Según la Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento en Colombia, a finales del año 2003, se contabilizaban cifras cercanas a los tres millones de desplazados internos colombianos, lo que representa un 7% de los cuarenta y tres millones de la población actual residente en Colombia. El gobierno de Uribe Vélez desestima esta alarmante cifra, reduciéndola, según sus cálculos “*oficiales*”, a casi un millón de desplazados internos; esto resulta evidente, según la práctica del gobierno colombiano de no contabilizar, dentro de los desplazados internos, el número cada vez más creciente de “*desplazados interurbanos*”, obligados a desplazarse por segunda vez por la delincuencia organizada urbana, cuya presencia indiscutiblemente se puede atribuir a violaciones sistemáticas del principio de no devolución, aplicado también a los desplazados internos.

Aunado a este enjambre de problemas migratorios locales, los países del área andina reunidos en Quito, condenan decididamente las políticas de seguridad nacional de los EUA, e incluso de la misma Unión Europea, como las responsables de la violación sistemática de los derechos de los desplazados sudamericanos en busca de refugio en dichos territorios; violación acentuada principalmente después de la crisis desatada con los atentados terroristas al Centro Mundial de Comercio en la isla de Manhattan, atribuidos a extremistas islámicos. Ambos puntos coyunturales son tomados en cuenta en la presente Declaración por los representantes de los Estados sudamericanos, en el considerando “noveno”:

“La agudización del conflicto interno colombiano está provocando el desplazamiento forzado de personas hacia las fronteras y los países vecinos, así como la militarización de la región y, al mismo tiempo, se viene produciendo un endurecimiento de las políticas migratorias en el ámbito de los EE.UU y la Unión Europea, luego de los sucesos del 11 de septiembre de 2001 y de los acuerdos adoptados en la Cumbre de Sevilla en junio de 2002.”

IV. El coyotaje de refugiados: una realidad, una necesidad, una consecuencia.

Muchos países deciden impedir la entrada o expulsar de sus territorios, a personas en busca de refugio que se hagan servir de traficantes de extranjeros, conocidos en nuestro medio como “coyotes”, para tal fin. En relación con la creciente militarización de las fronteras y las restricciones excesivas que imponen las autoridades migratorias, los desplazados que buscan protección internacional, urgidos por salir de su país de origen o residencia habitual en donde su vida es amenazada, se ven obligados a recurrir a estos traficantes, como única alternativa, aunque ilegal, en la mayoría de los casos.

Esta realidad ha sido reconocida por los países sudamericanos reunidos en Quito, como consta en el considerando “décimo” de la presente Declaración, y sobre la cual establecen:

“Las políticas y leyes restrictivas de algunos países generan como consecuencia la situación de irregularidad de muchos migrantes y el aprovechamiento de grupos inescrupulosos que trafican con ellos, engañándolos y lucrando con sus vidas (...).”

Al mismo tiempo, los países del área sudamericana instan a tomar medidas legislativas pertinentes para que se dé la necesaria persecución judicial a estas personas inescrupulosas que se aprovechan de la situación apremiante de los desplazados en busca de protección internacional para lucrar con ellos, y que se separe de dicha persecución judicial a los mismos desplazados.¹

V. Fronteras perjudicialmente militarizadas: un obstáculo para la protección internacional ampliada de Cartagena.

En esta misma Declaración de Quito, los Estados sudamericanos resolvieron adoptar medidas concretas para frenar la creciente violación sistemática de los derechos de las personas desplazadas en busca de protección internacional, principalmente en los puestos fronterizos, en donde se torna difícil y, en ocasiones, hasta imposible, el libre tránsito de un territorio a otro, mucho en parte por el excesivo control militar² que entorpece la labor humanitaria.

Así, en la resolución “tercera” de la presente Declaración, los países andinos acordaron: *“Rechazar la creciente militarización de las fronteras, como producto de la implementación del Plan Colombia e Iniciativa Regional Andina, así como las acciones violatorias a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario que causa la migración forzada de población; exigiendo al mismo tiempo la aplicación efectiva de los Tratados y Convenios Internacionales, especialmente la Declaración de Cartagena de 1984.”*

En cuanto a este último punto, los países reunidos en Quito consideran necesario que los gobiernos del área tomen en cuenta y apliquen la definición

¹ Así se insta en la demanda “k” de la presente Declaración, en donde se exige la *“(…) Implementación de Leyes que penalicen a las organizaciones ilegales dedicadas al tráfico de personas y no penalizar a sus víctimas que son los migrantes.”*

² Militares que desconocen los derechos fundamentales de los refugiados y que, recordando que la ignorancia en este caso no es causal de justificación, son responsables de cometer actos prohibidos por las normas de conciencia internacional, *ius cogens*, y por todos estos tratados, declaraciones, convenciones y protocolos que constan en la presente lista.

ampliada de refugio incorporada en la Declaración de Cartagena, la cual suele ser dejada por fuera por cuestión de automatismo administrativo o desconocimiento, por ejemplo, en instancias migratorias encargadas de reconocer el derecho al asilo, en donde únicamente se consideran las cinco causales expuestas en los instrumentos de las Naciones Unidas de 1951 y 1967.

VI. La más importante demanda de Quito: libre circulación *inter* fronteriza, una bendición para el *non refoulement*.

Con referencia directa al principio de no devolución, se determinó que debe permitirse la libre circulación *inter* fronteriza; esto es, sin restricciones para quienes huyen del peligro de la guerra, la conmoción general o la persecución por motivo de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política. Así, en el punto “e” del listado de demandas acordadas en la presente Declaración, se exige:

“Garantizar el derecho a la migración intraregional en los países de América del Sur, permitiendo el libre tránsito y circulación de los migrantes y sus familiares, la libertad de elegir libremente su domicilio y la obtención de documentos de identificación en concordancia a las legislaciones nacionales y los acuerdos subregionales de la Comunidad Andina de Naciones y el MERCOSUR.”

VII. Compromiso y creatividad legislativa: ver más allá del refugio, tal como se le concibe hoy.

Por último, los representantes de los Estados de América del Sur, invitan a que se introduzcan en los ordenamientos jurídicos, figuras que contemplen la posibilidad de reconocer el estatus del refugio por otras razones que no han sido tomadas en cuenta hasta el momento y que, de acuerdo a un examen de la realidad palpable en el área, son de necesaria consideración para abarcar a desplazados que se ven envueltos por estas situaciones aun no reconocidas.¹

¹ Posibilidad de un sistema de *numeros apertus* en el reconocimiento del estatus de refugiado; actitud de nuestra Sala Constitucional: aprovechando el llamamiento de la presente Declaración al ejercicio de la creatividad e innovación en la legislación nacional para contemplar nuevas o diferentes causas que fundamentan el temor fundado de persecución (por aparte de las cinco tradicionales: raza, religión,

Por ejemplo, instan a considerar el refugio, tanto para mujeres como para hombres, que se ven obligados a salir de su país de origen o residencia habitual, incluso siendo contemplada esta situación para desplazados internos, que son víctimas de violencia doméstica o de algún tipo de hostigamiento sexual. Así quedó establecido en la demanda “I” de la presente declaración, en donde se invita a la:

“Introducción de leyes que asuman la reagrupación familiar inmediata de hijas e hijos con sus madres en pos de garantizar el derecho natural de crianza así como la introducción de la figura de refugio por violencia de género en el ordenamiento jurídico internacional.”

nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opinión política) y siendo aún más específicas que las causas de la definición “ampliada” del refugio), traigo a colación la postura de nuestra Sala Constitucional al respecto: un estricto apego (en virtud del principio de legalidad) a estas cinco causas tradicionales contempladas por nuestra ley, sin la posibilidad de otorgar el refugio por ninguna otra causa más particular, pero igualmente válida para fundar un temor fundado de persecución. Por ejemplo, en el voto 1484-2003, de las quince horas con tres minutos del veinticinco de febrero del dos mil tres, nuestros magistrados declararon “sin lugar” un recurso de amparo interpuesto por un solicitante del estatus migratorio de excepción del refugio, cuya solicitud fue rechazada. El argumento que critico es este: “De conformidad con la información obtenida en las declaraciones de los amparados, la autoridad recurrida determinó que la salida de su país de origen no se debió al conflicto armado interno que padece esa nación (Colombia), ni a causas relacionadas con violencia política o ideológica (querrán decir los señores magistrados “violencia generalizada”, sin necesidad de mayor calificación), sino que se debió a las amenazas de que han sido objeto por parte de varios grupos paramilitares, en razón de los negocios ilícitos que sostiene el hermano del recurrente, con el narcotráfico, lo cual es incompatible con lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951, y el inciso 2) numeral 1, de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, que establece como supuestos para acceder al estatus referido: ...”fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas...”.(el subrayado es mío). Según acreditó la misma Sala (de acuerdo a las manifestaciones de este grupo de solicitantes, entre los que se encuentra el recurrente), efectivamente existió un temor fundado de persecución, venido de amenazas claras y directas. Sin embargo, como este tipo de amenazas (provenientes de narcotraficantes relacionados con uno de los muchos grupos paramilitares colombianos) no encuadra dentro de las cinco posibilidades que da la Convención de Ginebra de 1951, este caso queda por fuera de la protección internacional del refugio. En esta situación, considero que se debió hacer un balance de bienes jurídicos tutelados: por un lado, está el respeto del principio de legalidad, con referencia a una institución enteramente instrumental y, por ello, adaptable (en teoría) como el refugio. Y, por otro lado, tenemos la urgente necesidad de protección internacional para estas personas que sufren de un claro temor de persecución, y que, sin embargo, no encuentra un espacio dónde encajar en la letra menuda de la normativa aplicable. Este es el eterno dilema y constante crítica que los operadores del derecho debemos enfrentar y resolver: el derecho no es un fin en sí mismo; es un instrumento, y esta naturaleza se le transmite a instituciones jurídicas como el refugio (como estatus migratorio de excepción) y al mismo *non refoulement*, eje y universo del refugio. Quizás nuestro país podría atender el llamado de la Declaración de Quito, innovando un sistema de *numero apertus* para el reconocimiento del refugio, con un análisis especializado, “caso por caso”, para determinar la mejor manera de proteger la vida y la seguridad del solicitante de este estatus, y no posponer la protección internacional ante la escasez y poca flexibilidad de las cinco causas que contempla la Convención de Ginebra de 1951 (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opinión política). Para ello, el estudio especializado y constante de los oficiales de elegibilidad de la Dirección General de Migración y Extranjería, será requisito indispensable.

B. Declaración y Plan de acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina: 2004.

Estos son los instrumentos más recientes para América Latina, y constituyen un esfuerzo significativo de los gobiernos de la región por actualizar los criterios de evaluación y aplicación de los principios rectores de la protección internacional para los desplazados latinoamericanos y de otras regiones el mundo que decidan salvaguardar su integridad como seres humanos en nuestros países, con larga tradición de asilo.

Estos dos instrumentos, que en la práctica forman uno solo, fueron firmados el 16 de noviembre del año 2004, en una reunión que culminó un continuo proceso de evaluación de la pertinencia actual de los principios rectores de la protección internacional contenidos en la Declaración de Cartagena del 22 de noviembre de 1984, tras 20 años de su aplicación en América Latina. Además, se evaluaron nuevamente los procesos de aplicación de los principios universales plasmados en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951 y su el Protocolo de Nueva York de 1967.

I. Declaración de México del 16 de noviembre del 2004:

i. Nuevo y más reciente apoyo internacional a la tesis: el *non refoulement* es *ius cogens*.

A partir del reconocimiento "*segundo*" que contiene esta Declaración, encontramos un punto esencial para efectos de la presente ubicación normativa internacional del *non refoulement*: nuestros países latinoamericanos decidieron apoyar la tesis que califica este principio como norma con carácter *ius cogens*, lo que representa un grandísimo aporte para sustentar dicha posición. Es la misma comunidad internacional (o una parte relevante de ésta) la que así lo considera:

"Reconociendo el carácter de jus cogens del principio de la no-devolución (non-refoulement), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del

derecho internacional de los refugiados, recogido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, (...)”¹

ii. Doble discriminación, doble peligro de persecución:

Por otra parte, resulta práctica común en algunos Estados de Latinoamérica, al igual que en otras regiones del mundo, que se tienda a rechazar solicitudes de refugio por motivos que redundan en la odiosa discriminación, por diferentes motivos, irónicamente relacionados con las causas clásicas por las que se suele fundamentar el temor de persecución del refugiado: por su raza, su religión, su nacionalidad, su opinión política o su pertenencia a determinado grupo social.

Esta práctica discriminatoria redundante en una violación más al principio de no devolución, al dejar sin protección internacional a los desplazados pertenecientes a estas categorías sociales excluidas, haciendo virtualmente posibles todas las consecuencias que esta desprotección conlleva: deportaciones, expulsiones, fomento del tráfico de extranjeros, detenciones por falta de documentos para extranjeros, etc. Ante esta situación de discriminación, los países reunidos en México reafirmaron, en el párrafo noveno de la presente declaración:

“(…) la obligación de los Estados de respetar el principio de no discriminación y de adoptar medidas para prevenir, combatir y eliminar todas las formas de discriminación y xenofobia, garantizando el ejercicio de los derechos de todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier

Esto confirma que el *non refoulement* es el derecho fundamental, y sobre todo humano, más importante de todos los derechos de los refugiados, y el primero que deben respetar todos los Estados y todos los individuos involucrados, directa o indirectamente, en el drama migratorio de los desplazados por causas de persecución. El respeto, vigencia y pertinencia del principio de no devolución, sostienen toda la estructura, tanto normativa como doctrinal, que se pueda encontrar sobre el refugio. Sin él, todo sería vano y superficial, de poca importancia y sí de mucho peligro para quienes se ven movidos al éxodo forzado alrededor del mundo. Esta es la esencia de esta afirmación lapidaria plasmada en este segundo reconocimiento expuesto en la presente Declaración.

otra condición social, incluida la condición de refugiado y la de otras personas que necesitan protección, (...)"

iii. Cartagena vigente:

Tras veinte años de aplicación de los lineamientos regionales contenidos en la Declaración de Cartagena, los países latinoamericanos reunidos en esta ocasión consideraron que, efectivamente, dichos lineamientos aun gozaba de pertinencia y necesaria aplicación en nuestros días, igual que en 1984.¹ Así, en el treceavo párrafo del presente instrumento, los países latinoamericanos reunidos en México, reconocieron "*(...) la actualidad de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 y su importancia para continuar inspirando las políticas públicas de protección y búsqueda de soluciones duraderas en las situaciones de refugiados que América Latina enfrenta en el presente, (...)*"

iv. Tamiz de separación entre los refugiados y los itinerantes económicos:

Otro aspecto que, a consideración de los países reunidos en México el año antepasado y que merece especial atención, es el referente a la necesaria separación que los Estados deben hacer de la situación especial de los refugiados que se mezclan con otras categorías de inmigrantes al ingresar al país de refugio. Consiste en identificar y separar a los refugiados que, en su éxodo, se agrupan con inmigrantes económicos, principalmente. Resulta un efecto natural de la guerra o la conmoción general, que la economía de los pobladores del país o región afectada, se ve seriamente afectada, al punto de que éstos deciden emprender el viaje hacia países vecinos en busca de mejores oportunidades en términos de estatus de vida, infraestructura social, empleo, etc.

¹ ¿Orgullo o desaliento? Esto, desde cierto punto de vista, es desalentador, pues, por mucho, esta Declaración resulta ser un instrumento jurídico para la mitigación de los efectos de la persecución que viven los desplazados; si en la actualidad esta Declaración resulta útil y necesaria, significa que nuestros países aún atraviesan momentos difíciles, en donde el drama migratorio está vivo y palpitante, y en donde aún existen suficientes agentes de persecución que justifiquen la aplicación de este instrumento. Y, siendo uno de los puntos más importantes de la Declaración de Cartagena la implementación de la definición ampliada del refugio, implica que también en Latinoamérica continúan dándose confrontaciones armadas internas, principalmente, que justifican hoy la aplicación y pertinencia de esta definición ampliada del refugio.

Atendiendo a esta realidad latinoamericana (especialmente reflejada en la crisis colombiana actual) los países en México reconocen “(...) *la existencia de flujos migratorios mixtos, dentro de los cuales hay personas que pueden calificar como refugiados que requieren un tratamiento específico con las debidas salvaguardas legales que garanticen su identificación y acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado; (...)*” Esta necesaria separación y tratamiento especial a la situación de los refugiados que se mezclan en la migración económica, tiene incidencia más que evidente y directa con la preservación del *non refoulement*.

v. Reafirmación del carácter voluntario de las repatriaciones programadas en Latinoamérica: incidencia en el *non refoulement*.

En cuanto a la repatriación voluntaria, los Estados latinoamericanos reunidos el año pasado en México, en primer lugar reconocen y recalcan, precisamente, el carácter voluntario de éstas, rechazando que los desplazados acogidos ya por la protección internacional de un país extranjero, sean conducidos, por la fuerza, a su país de origen o de residencia habitual, lo que constituiría, como se ha recalcado en secciones anteriores, una de las formas de violación al principio de no devolución. A la vez, instan a los países de la comunidad latinoamericana, y en especial a los países de nacionalidad u origen de los refugiados sometidos a programas de repatriación voluntaria, para que asuman todos los compromisos posibles y más adecuados para garantizar un retorno a casa caracterizado por la seguridad y la integridad de sus derechos fundamentales como desplazados que aun cuentan con todas las prerrogativas jurídicas de la protección internacional dada con el reconocimiento del estatus del refugio.¹

¹ Así, en el trigésimo párrafo de la presente Declaración, los países reunidos reconocen “(...) *que la repatriación voluntaria es la solución duradera por excelencia para los refugiados y que para su realización en seguridad y dignidad es fundamental que los gobiernos de los países de origen, con el apoyo de la cooperación internacional, tomen las medidas oportunas para garantizar la protección de sus nacionales repatriados. (...)*”

II. Plan de acción para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina:

Como anexo a la Declaración de México del 16 de noviembre del 2004, los países reunidos acordaron un “*Plan de acción para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina*”, concebido como un programa de ejecuciones gubernamentales concretas para los próximos años, que regirá nuestra región definiendo prioridades, reforzando la continuidad de ciertas estrategias que han dado buenos resultados desde 1984 con la implementación de la Declaración de Cartagena, e innovando otras que se han tomado necesarias, según el devenir del desplazamiento humanos a nivel local en las últimas dos décadas.¹

i. Ignorancia: la raíz de todas las violaciones al *non refoulement*.

Parte de la filosofía de las llamadas “*soluciones duraderas*” que asume la política internacional para la protección de refugiados, tiende a erradicar las fuentes primarias que original potenciales violaciones al principio de no devolución. Una de estas causas, que pareciera ser un mal endémico en nuestro margen latinoamericano, es la ignorancia o desconocimiento de los principales derechos humanos de los refugiados, por parte de los funcionarios públicos del país de refugio que, de algún modo u otro, determinan la suerte de éstos. Al existir esta falta de conocimiento, producto, a la vez, de una inadecuada preparación en materia de derechos humanos de estos funcionarios públicos, incluyendo policía de fronteras, pasando por los mismos oficiales de elegibilidad de los departamentos de refugiados, hasta jueces, se podría denegar el estatus del

¹ Este marco de acción general quedó plasmado en el preámbulo del presente Plan de acción, como se cita a continuación: “*En ocasión del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), junto con el Consejo Noruego para Refugiados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y los gobiernos de Brasil, Costa Rica y México, reunieron a los gobiernos de los países de América Latina, expertos y diferentes sectores de la sociedad civil para analizar conjuntamente los principales desafíos que enfrenta hoy la protección de los refugiados y otras personas que necesitan protección internacional en América Latina, e identificar líneas de acción para asistir a los países de asilo en la búsqueda de soluciones adecuadas dentro del espíritu pragmático y de principios que propugna la Declaración de Cartagena.*”

refugio a extranjeros que urgen su titularidad, y eventualmente se les pondría en el peligro de ser deportados al país de origen o residencia habitual del cual se vieron obligados a salir.

Para erradicar esta fuente primaria de violación potencial al *non refoulement*, y como punto de acción concreta al respecto, se planteó, en el punto "2.1" del capítulo segundo de este Plan, que: *"A fin de contribuir a un amplio conocimiento y una efectiva ejecución del marco normativo, así como para facilitar el uso efectivo de los recursos legales internos (administrativos, judiciales y constitucionales) en la protección de los derechos de solicitantes de la condición de refugiado y de los refugiados y garantizar, de esta forma, el derecho a buscar y recibir asilo, se acuerda pedir al ACNUR que, en cooperación con los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, las universidades, organizaciones de la sociedad civil e instituciones nacionales de promoción y protección de derechos humanos, desarrolle y ejecute un 'Programa Latinoamericano de Formación en Protección Internacional de los Refugiados'."*¹

Programa que, como bien lo especifica este punto "2.1", está dirigido a funcionarios de las comisiones o departamentos nacionales de refugiados, como oficiales de elegibilidad y jefes de dichos departamentos; también a funcionarios públicos de puestos fronterizos o aeropuertos, como la policía de migración; a funcionarios judiciales, incluyendo fiscales, defensores públicos y los mismos jueces, incluyendo magistrados, especialmente los escogidos para la jurisdicción constitucional; a funcionarios de agencias públicas y privadas de promoción de los derechos humanos en general, y en especial de los derechos humanos de los inmigrantes; personal de agencias no gubernamentales que participen en las labores de asistencia de refugiados y promoción de la protección internacional de

¹ ¿Cómo se desarrollará este programa? El mismo Plan de acción lo aclara en el mismo punto citado: *"Este Programa estará dirigido a funcionarios de Estado y a la sociedad civil organizada en redes de protección. El Programa conllevará un proceso minucioso de selección de participantes; un régimen docente que combine la formación en el trabajo, la formación a distancia, el auto estudio y el estudio en régimen residencial; el establecimiento de precisos parámetros de evaluación e impacto, y un debido seguimiento de los graduados, entre otros elementos técnicos."*

estos; diputados; ministros de gobierno relacionados con la atención del desplazamiento humano; a los mismos refugiados, entre otros.¹

ii. Programa Integral de Fronteras Solidarias: acciones concretas para preservar el *non refoulement* como derecho fundamental de los desplazados colombianos.

Por último, y con incidencia directa en el fortalecimiento del respeto al *non refoulement*, los países latinoamericanos que plasmaron su voluntad en este Plan de acción, decidieron implementar el “Programa Integral Fronteras Solidarias”, el cual responde a las características muy particulares del fenómeno del desplazamiento de ciudadanos colombianos que se instalan, de forma anónima o clandestina, en el área fronteriza que su país comparte con Ecuador, Venezuela y Panamá. Con detalle, se describe y reconoce esta situación especial de los refugiados colombianos desplazados en estas áreas cercanas a la frontera de su país, en el capítulo tercero del presente Plan de acción, denominado “Soluciones Duraderas.”²

¹ Decepcionante realidad regional: el Estado burocrático sigue figurando como el “*gran culpable*”: En el siguiente punto “2.2” del mismo capítulo, se reconoció la existencia de serias “(...) dificultades de algunas Comisiones Nacionales de Refugiados, u otras instancias responsables de refugiados, para la identificación de personal especializado, la puesta en marcha de sistemas de registro computarizados, la lentitud de los procesos de determinación de la condición de refugiado o la debilidad de los procesos de documentación por falta, entre otros motivos, de recursos técnicos, humanos y financieros. Al respecto, se instó a los Estados a fortalecer los mecanismos institucionales creados para la determinación de la condición de refugiado, dotándoles de mayores recursos financieros, y se requirió al ACNUR para que proporcione capacitación y asesoría técnica.”

² Reconocimiento de la situación crítica particular de las tres fronteras colombianas: sensatamente, en el punto número dos de este Programa Integral de Fronteras, se reconoce el cuadro fáctico abrumador que describe la crisis humanitaria que se desborda por las fronteras de la gran Colombia y que anega a sus vecinos más cercanos: “Los representantes gubernamentales de Ecuador, Panamá y Venezuela, en la III Reunión Sub-Regional Preparatoria celebrada en Cartagena de Indias, Colombia (16-17 de septiembre, 2004), indicaron que se desconoce la real magnitud de la problemática de los refugiados. En este sentido, los 10,000 refugiados y los 30,000 solicitantes de la condición de refugiado en estos tres países, representarían solamente una fracción del total de ciudadanos colombianos que transitan y/o permanecen en estos países, en su mayoría en situación irregular, resaltándose la especial situación que enfrentan las provincias o Estados fronterizos con Colombia. Dada la situación imperante en el país de origen, y las dificultades económicas de los países de recepción, se presume que un número considerable de los colombianos indocumentados o en situación migratoria ‘irregular’ requieren protección y asistencia humanitaria. Sin embargo, en su mayoría, permanecen ‘invisibles’ y, por tanto, vulnerables y marginados. Los países de recepción manifiestan voluntad para cumplir con sus obligaciones internacionales de protección, pero asimismo preocupación por la magnitud del problema humanitario cuya dimensión real aún se desconoce.”

iii. Tres prioridades fundamentales: conocer la crisis, educar a los actores, y sensibilizar a los nuevos vecinos.

Y, en una síntesis de este programa de "*Fronteras Solidarias*", los países, vistos como territorio de refugio para estos desplazados internacionales, se compromete a establecer tres prioridades urgentes: en primer lugar, establecer, de una forma fiable, la magnitud y las características de la problemática de los refugiados, con el objeto de determinar sus necesidades de protección y asistencia, lo que redundaría en el fortalecimiento de la política de soluciones duraderas al problema de los refugiados sudamericanos, y colombianos en particular. En segundo lugar, fortalecer, como siempre ha resultado necesario, los mecanismos institucionales de protección y de determinación de la condición de refugiado, incluyendo, como ya se había previsto, una fuerte preparación de sus funcionarios en cuanto al conocimiento, reconocimiento y aplicación de los derechos fundamentales de los refugiados. Y, en tercer lugar, llevar a cabo campañas sociales de sensibilización en la población nacional que entra en contacto directo con los refugiados que arriban al nuevo territorio, para erradicar la xenofobia y discriminación que éstos pudiesen sufrir por parte de los nacionales del país de asilo, actitud detestable, que eventualmente podría conducir a la práctica de devoluciones "*de hecho*" y fundamentar nuevos temores de persecución que el refugiado enfrentaría por segunda vez.

Sección tercera: conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR como visión integral en la evolución progresiva del *non refoulement* como derecho fundamental de los refugiados.

1. Sin fuerza vinculante, pero altamente relevante: voz oficial de la política de protección internacional.

El Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, *Excom* según sus siglas en inglés, se constituyó en 1959 como el miembro operativo por medio del cual la Asamblea General de la ONU tuviese voz y fuerza en la ejecución directa de los

programas asignados al ACNUR para la atención de la población desplazada. Sus funciones se pueden resumir básicamente en dos:

Número uno: el Comité Ejecutivo es el primer ente consultivo del ACNUR, el cual, utilizando sus recomendaciones, define, aclara, amplía o restringe los conceptos, alcances normativos y doctrinarios principales, que configuran la política universal de protección internacional de personas refugiadas. Sus resoluciones no tienen carácter vinculante para los Estados, pero sí constituyen una fuente jurídica basta, que sirve de apoyo para fortalecer los lineamientos generales de esta protección internacional.¹

Y número dos: a parte de esta labor jurídica consultiva, el Comité Ejecutivo realiza una indispensable labor administrativa, pues es el ente contralor, por mandato de la Asamblea General de la ONU, encargado de supervisar la correcta y eficiente ejecución de los programas de asistencia que lleva a cabo el ACNUR, y de vigilar por el adecuado empleo de los recursos económicos girados al Alto Comisionado.²

Para efectos de la presente investigación, a continuación se recalcará la presencia y ubicación del *non refoulement* en las más importantes conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, relativas todas a la protección internacional de personas refugiadas. Esto, para demostrar que el *non refoulement* fue, es y será

¹ En este sentido, obedeciendo a sus limitaciones, el *Excom* invita a los Estados, de la forma más vehemente posible, a que adopten seriamente sus observaciones, recomendaciones, conclusiones, reconocimientos, reafirmaciones, recordatorios, reiteraciones y exhortaciones, todas publicadas anualmente y con respecto al debido respeto de los diferentes principios (pensamientos) rectores de la protección internacional, incluyendo por supuesto el *non refoulement*. También exhorta a tomar muy en cuenta sus acusaciones y condenas en contra de hechos y sujetos que intervienen en violaciones graves a estos principios rectores, en perjuicio de los derechos humanos (principalmente) de la población refugiada a nivel mundial.

² Reseña de su faceta operativa: el *Excom* está compuesto por representantes de setenta Estados, en la actualidad. Su admisión se determina por decisión de la Asamblea General y el Consejo Económico y Social de la ONU, de acuerdo a tres criterios principales: uno, que el Estado se caracterice por haber demostrado tradicionalmente su interés y dedicación en la búsqueda de soluciones duraderas para el problema del desplazamiento humano; dos, que represente un punto de balance geográfico y político alrededor del mundo; y tres, que sea miembro de la ONU o de alguna de sus diferentes agencias de acción especializada. El Comité Ejecutivo sesiona de forma anual, durante una semana del mes de octubre, en Ginebra, Suiza. Actualmente, varios países tradicionalmente no hegemónicos forman parte del *Excom* y lo alimentan con su basta experiencia (lo que no es motivo de orgullo para ningún país) en el tratamiento de la población refugiada a partir de la segunda mitad del siglo pasado, entre ellos: Argelia, Bangladesh, Costa de Marfil, Etiopía, Guinea, República Islámica de Irán, Jordania, Lesotho, Namibia, Nicaragua, República Democrática del Congo, República Unida de Tanzania, Serbia y Montenegro, Somalia y Yemen, entre otros más. Costa Rica no forma parte de este cuerpo consultivo y administrativo del ACNUR.

siempre pertinente, con un lugar específico en la agenda de la comunidad internacional, según la voz oficial en el órgano más importante del Alto Comisionado: el *Excom*. También ayudará a sustentar la teoría del *ius cogens* aplicada al principio de no devolución.

2. *Non refoulement* aplicado a refugiados con ingreso ilegal: la cárcel como segundo peligro de persecución.

En la conclusión número 85 del año 1998, el Comité Ejecutivo recalcó enérgicamente la prohibición de detener a los solicitantes de refugio que hayan entrado ilegalmente al país de asilo, fuera de los casos estrictamente necesarios para obtener la identificación de éstos, y por el tiempo estrictamente necesario. Fuera de esta situación especial, los solicitantes del refugio, al igual que sus titulares reconocidos, como refugiados con estatus migratorio pleno y vigente, no deben ser puestos en custodia policial, ni en las fronteras ni en cualquier otra parte del territorio de asilo, incluso en alta mar.¹

No deben ser encarcelados en centros penitenciarios sólo por el hecho de haber entrado ilegalmente² al país, pues es evidente que su vida correría eventual peligro en nuestras cárceles latinoamericanas, que son, sarcásticamente, todo un ejemplo de hacinamiento, violencia, cuna desenfrenada de enfermedades venéreas, presencia nula de higiene, hostigamiento sexual, y en donde los extranjeros suelen ser tratados de formas más marginales que en el resto de internos.

¹ Así, en el punto “ee” de esta conclusión, el Comité Ejecutivo: “(...) Observa con preocupación que los solicitantes de asilo detenidos únicamente por haber entrado o hallarse ilegalmente en un país suelen ser detenidos junto con delincuentes comunes, y reitera que se trata de una situación indeseable, que debe evitarse siempre que sea posible y que no se debe hacer residir a los solicitantes de asilo en zonas en que corra peligro su seguridad física.”

² En relación con este aspecto de la ilegalidad en el ingreso de los solicitantes de asilo al territorio en el cual son detenidos, el *Excom*, en el punto “iv” de la conclusión número 97 del reciente año 2003, recuerda a los Estados su deber de respetar y tomar en cuenta, como un derecho fundamental más de los refugiados, el artículo 31 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y los apátridas de 1951, el que a su vez hace posible que se respete paralelamente el mismo *non refoulement*. Tal y como lo ordena este artículo en su inciso primero: “*Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.*”

De ser detenidos bajo estas condiciones, se estaría en una situación pragmáticamente equivalente a la violación del *non refoulement*, en donde se coloca al refugiado en una nueva situación de peligro para su integridad como ser humano, quizás peor de la que llegó a experimentar en su país de origen o residencia habitual.

3. *Non refoulement* aplicado a refugiados como pasajeros clandestinos:

Podemos encontrar en la conclusión número 53 de 1988¹, referente a los pasajeros clandestinos en busca de asilo, el llamamiento urgente que hizo el Comité Ejecutivo para que los Estados reconozcan la especial situación migratoria de estos extranjeros, que en la mayoría de las ocasiones efectúan ingreso y estadía ilegal en el país de asilo, por motivo de su misma clandestinidad.

Por esto, los solicitantes al estatus de refugiado no deben ser tratados de la misma manera en tratándose de cualquier otro extranjero ilegal, fuera de la situación especial que contempla el asilo; antes bien, deben ser sometidos a un tratamiento humanitario excepcional, eliminando toda sanción en razón de la ilegalidad de su entrada y estadía en el país de asilo.

Y en esta misma conclusión 53 de 1988, en su párrafo quinto, el Comité Ejecutivo recomienda una pauta a seguir en caso de presentarse pasajeros clandestinos en busca de protección internacional, a seguir por los Estados que deban atender sus solicitudes de refugio², para que no incurran en violaciones a sus derechos fundamentales, y sobre todo humanos, como la prohibición de

¹ En el párrafo tercero de esta conclusión, el Excom reafirmó: "(...) la necesidad de prestar la debida atención a las necesidades de los pasajeros clandestinos solicitantes de asilo, incluida la organización de su desembarco, la determinación de su condición de refugiados y, de ser necesario, el ofrecimiento de una solución duradera." Como por ejemplo, la solución del reasentamiento, incentivada también por el Comité Ejecutivo para ser aplicada a los refugiados rescatados en alta mar, según la conclusión número 23 de 1981, punto "3: "Los Estados deben contribuir a facilitar su desembarco garantizando oportunidades de reasentamiento, de conformidad con los principios de la solidaridad internacional y de la distribución de la carga."

² Así, el Excom: "(...) Recomendó que los Estados y el ACNUR tuvieran en cuenta las siguientes directrices al tratar casos concretos de pasajeros clandestinos solicitantes de asilo (en el caso que nos interesa sobre el *non refoulement*): 1. Al igual que otras personas solicitantes de asilo, los pasajeros clandestinos deben recibir protección contra el regreso forzoso a su país de origen; (...)"

deportación al territorio en donde se suscitaron los temores fundados de persecución o el peligro contra la integridad de estos “polizones”.¹

4. *Non refoulement* aplicado a refugiados en “gran escala”:

En el punto “f” de la conclusión 71 de 1993, el *Excom* pide a los Estados que realicen una conciente labor de depuración para separar, de entre los grupos de inmigrantes que llegan a determinado territorio “en gran escala”, es decir, en contingentes humanos similares al “Éxodo de Egipto”, a los individuos o grupos específicos de éstos que requieran la protección internacional aparejada al estatus del refugio, de modo que sean apartados del eventual riesgo de ser deportados o expulsados, y puestos nuevamente bajo el alcance de los peligros de la persecución, la guerra o la conmoción general que los obligó a salir de su país de origen.²

Mientras que en la conclusión 85 del año 1998, se publica un nuevo llamamiento a los Estados para que se abstengan de practicar actos violatorios al *non refoulement* en los casos críticos de afluencia masiva de población refugiada, pues es bajo estas circunstancias apremiantes, en donde más acontecen cierres de fronteras, deportaciones sumarias, intercepciones, y denegaciones *ad portas* de solicitudes del estatus del refugio.³

Finalmente, el *Excom* comprende que, para muchos Estados, el procurar brindar protección a las cantidades masivas de extranjeros desplazados que arriban a sus fronteras, resulta difícil, y a veces cercano a lo imposible. Sin embargo, a pesar de la gravedad de estas situaciones, aún así exhorta a los Estados de refugio a que, por lo menos, intenten ofrecer soluciones provisionales

¹ No en el sentido “ocioso” de la palabra, sino en el que hace referencia a la clandestinidad al viajar.

² En este punto, el *Excom*: “(...) Hace hincapié en que tales procedimientos, medidas y acuerdos deben contener las salvaguardias necesarias para garantizar que de hecho se identifique a las personas necesitadas de protección internacional y que no se proceda a la devolución de los refugiados.”

³ Así lo hace ver el Comité Ejecutivo en el punto “q” de esta recomendación 85, cuando: “(...) Deplora firmemente que la devolución en todas sus modalidades, entre ellas las expulsiones sumarias, a veces en masa, siga teniendo consecuencias humanitarias a menudo trágicas, y a este respecto reitera la necesidad de admitir a los refugiados en el territorio de los Estados, lo cual abarca no rechazarlos en las fronteras sin permitirles tener acceso a procedimientos justos y eficaces de determinación de su situación y sus necesidades de protección.”

para hacer menos gravosa la situación de estos desplazados.¹ Un mínimo intento para mantener la integridad del derecho humano por excelencia de todo refugiado: el *non refoulement*.

5. *Non refoulement* aplicado en el rechazo de solicitudes de asilo:

A. No es requisito agotar instancias previas de solicitud de refugio en terceros países:

En esta misma conclusión número 15 de 1979, el Comité Ejecutivo advierte que, en ocasiones, se da el rechazo arbitrario de solicitudes de refugio si el solicitante no se acogió previamente a la protección internacional del país vecino inmediato a su país de origen o residencia habitual, o de algún otro país que, a criterio del país de asilo que rechaza la solicitud, le ofreciese mayores facilidades y ventajas al solicitante, desde el punto de vista del idioma, la afinidad cultural, religiosa, política, etc.

Como resulta evidente, estos criterios pudiesen rayar en la violación al principio de no discriminación, y, por ende, al mismo principio de no devolución, pues su efecto práctico no es otro que la negativa a reconocer el estatus de refugiado por razones no aceptadas por la comunidad internacional, por diferencias o criterios no previstos por la normativa aplicable y creada por la voluntad de los Estados.²

B. Las solicitudes de refugio son informales; queda prohibido rechazarlas por incumplimiento de las formas:

El Comité Ejecutivo también recalca que el rechazo de una solicitud de refugio, no debe basarse en el incumplimiento o imprecisión de las formalidades que rodean el procedimiento de reconocimiento como refugiado. De hecho, esta

¹ Así lo solicita el Excom en el punto “f” de esta conclusión: “En los casos de corrientes de gran magnitud, deberá otorgarse al menos refugio provisional a las personas en busca de asilo.”

² Así lo hace ver el Comité Ejecutivo del ACNUR en el punto “iv” de la presente conclusión, cuando establece que: “(...) Debería tenerse en cuenta que no debe negarse el asilo únicamente en razón de que éste podría buscarse en otro Estado. Sin embargo, en los casos en que parecería que una persona, antes de solicitar asilo, ya tuviera un contacto o vínculos estrechos con otro Estado, podría pedírsele que solicitara asilo, en primer término, a aquel Estado, si ello fuera equitativo y razonable.”

institución es flexible y menos rigurosa en cuanto al apego de las formas, a diferencia de otros procedimientos administrativos (en el caso de Costa Rica), debido a la misma naturaleza humanitaria del refugio, y en atención a la emergencia que afronta la mayoría de los solicitantes de este estatus migratorio, por ejemplo, al verse obligados a salir de su país en la clandestinidad, sin documentos de identificación o de tránsito internacional adecuados.

Y, por los mismos temores fundados de persecución que atormentan al refugiado, o por simple desconocimiento de la ubicación física de las oficinas de la instancia administrativa encargada del estatus del refugio en el país de asilo, en muchas ocasiones estos extranjeros no acuden con prontitud a esta autoridad competente, o dejan transcurrir cierto período de tiempo en hacerlo, desde el momento en que llegan al territorio del Estado de refugio. Esto tampoco debe ser fundamento para rechazar ninguna solicitud.¹

C. *Non refoulement* garantizado con una consulta previa a la autoridad central (o, el deber de notificación sobre la presencia de solicitantes de refugio):

El *Excom* también recalca el deber de las autoridades encargadas del control migratorio en el país de asilo, como policía fronteriza, ejército, etc, que tienen contacto con los solicitantes de refugio en los primeros momentos de arribo de éstos al nuevo territorio, de no adjudicarse a sí mismos la potestad de expulsar o impedir el ingreso de extranjeros, sin antes evacuar todas las fuentes de consulta necesarias para llevar a cabo dicha acción, por ejemplo, poniéndose en contacto con el departamento administrativo especializado en refugiados correspondiente, o con alguna otra entidad encargada de proteger los derechos humanos de los refugiados, como el mismo ACNUR.²

¹ Con respecto a estas situaciones especiales, en el punto "i" de esta misma recomendación 15 de 1979, el *Excom* reconoce que: "(...) Si bien puede establecerse que quienes busquen asilo estén obligados a presentar su solicitud dentro de un cierto plazo, el hecho de no hacerlo, o de no cumplir con otros requisitos formales, no debería excluir la consideración de una petición de asilo."

² Así lo hace en el punto "j" de esta conclusión de 1979, al señalar que: "(...) cuando una persona en busca de asilo se dirigiera en primera instancia a una autoridad fronteriza, ésta no debería rechazar su solicitud sin consultar antes con una autoridad central." Sin embargo, considero que esto va más allá: toda solicitud de refugio debería ser estudiada por un oficial de elegibilidad del estatus migratorio del refugio. Así que, del todo

D. *Non refoulement* aplicado a refugiados reconocidos jurídicamente como tales y que nuevamente experimentan temores fundados de persecución:

Por otra parte, en ocasiones sucede que un refugiado, ya plenamente reconocido por un Estado como tal, vuelve a experimentar los mismos temores fundados de persecución que lo obligaron a desplazarse en primer término, aun encontrándose, supuestamente, a salvo en el país de asilo, ya sea porque ha sido localizado por sus antiguos perseguidores, o por enfrentar quizás nuevos y diferentes temores fundados de persecución. Todo es posible en este mundo.

Es por esto que muchos refugiados deben salir del país que los acogió en primer instancia, y buscar nueva protección internacional en un tercer país, acción que no debe ser obstaculizada ni impedida por ninguno de los dos Estados involucrados, sea el primer país de asilo, o el nuevo a donde se dirigirá el refugiado y en donde presentará su nueva solicitud.¹

6. *Non refoulement* extendido aun sobre cláusulas de cesación vigentes:

La misma Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiado y los apátridas de 1951, prevé ciertas situaciones en las cuales el estatus reconocido de refugiado puede ser retirado por el mismo Estado que lo reconoció, y cesar la obligación de éste de brindar protección internacional al extranjero que la requirió anteriormente. Estas causas de cesación son diversas: por ejemplo, si una persona reconocida como refugiada pierde su nacionalidad y voluntariamente la vuelve a recobrar, entonces el estatus de refugiado se revocará; o si ha adquirido

quedaría descartada la posibilidad de consulta previa a efectuar alguna expulsión. El hecho de noticiar sobre la presencia de solicitantes de refugio presentes en la frontera, ya obliga al Estado a delegar un funcionario para efectuar el estudio de la situación particular de cada solicitante. Interpretando las palabras del *Excom*, y siendo coherentes con toda la política de protección internacional, especialmente con la tendiente a proteger la integridad del *non refoulement*, este deber de “consultar a la autoridad central”, más que para practicar una expulsión, es un acto formal de notificación sobre el requerimiento del estudio para otorgar el refugio.

¹ Este deber de cooperación y, sobre todo, de comprensión, lo hace ver el Comité Ejecutivo del ACNUR el en punto “k” de la presente conclusión, al señalar que: “(...) Cuando un refugiado que ya hubiera obtenido asilo en un país pidiera asilo en otro país, y adujera que tiene razones imperiosas para abandonar su actual país de asilo por temer persecución o porque estuvieran en peligro su seguridad física o su libertad, las autoridades del segundo país deberían dar consideración favorable a esa solicitud de asilo.”

una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad.¹

Tomando en cuenta estos supuestos en donde la protección internacional puede ser retirada, el *Excom* pide a los Estados que faciliten y permitan al refugiado, al cual se le levantará su estatus migratorio especial, el poder encontrar un nuevo país de asilo, antes de ser puesto en situación migratoria irregular y correr el peligro de ser eventualmente deportado o expulsado, y ser expuesto nuevamente a los temores de persecución que lo obligaron a desplazarse y solicitar protección internacional en primer instancia.²

7. *Non refoulement* aplicado a solicitantes de refugio interceptados:

Es potestad de cada Estado, en pleno ejercicio de su soberanía, interceptar embarcaciones, aeronaves, y cualquier otro vehículo de transporte del que se tengan motivos fundados para creer que es utilizado para el tráfico ilegal de extranjeros. Así es reconocido por el mismo Comité Ejecutivo en la conclusión número 97 del 2003.³

Pero en numerosas ocasiones son los desplazados en busca de protección internacional, los que recurren al tráfico ilegal de inmigrantes para ingresar al país de asilo, mezclándose en su éxodo clandestino con otros extranjeros que no atraviesan situaciones semejantes que los obligan a migrar por razones como la persecución, la guerra o la conmoción general, y que, más bien, pueden ser catalogados como inmigrantes económicos o de otras especies, que no ameritan la protección internacional aparejada al estatus de refugiado.

Ante estas situaciones especiales, en donde los derechos fundamentales de los refugiados, y sobre todo humanos como el *non refoulement*, deben ser

¹ Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiado y los apátridas de 1951, artículo 1, inciso C, puntos 2 y 3.

² Así se hace ver el Comité Ejecutivo en el punto "m" de la presente conclusión: "*Los Estados deberían prestar particular atención a la necesidad de evitar las situaciones en que un refugiado perdiera su derecho a residir en su país de asilo, o a volver a él, sin haber adquirido la posibilidad de fijar su residencia en un país distinto de aquél en que tiene motivos de temer persecuciones.*"

³ En el párrafo tercero, el *Excom* afirma que los países "*(...) tienen un interés legítimo en luchar contra la migración irregular, así como en velar por la seguridad del transporte aéreo y marítimo, y que tienen derecho a hacerlo aplicando diversas medidas.*"

salvaguardados en todo momento, el Excom, en el punto “i” de esta conclusión, establece que:

“El Estado en cuyo territorio soberano o en cuyas aguas territoriales se produce la intercepción, es el principal responsable de atender las necesidades de protección de las personas interceptadas; (...)” Incluyendo la necesidad de atención debida a los solicitantes de refugio que se encuentren entre estas personas interceptadas, teniendo siempre: *“(...) en cuenta la diferencia fundamental, con arreglo al derecho internacional, entre los que solicitan y necesitan protección internacional, y los que pueden recurrir a la protección del país de su nacionalidad o de otro país;”* (punto “iii”).

El norte absoluto de toda la política de protección internacional de personas en busca de refugio, siempre deberá ser el adecuado apego al principio de no devolución. Esta misma política de protección internacional deber ser incluida a la hora de practicar estas intercepciones en el territorio soberano de los Estados, efectuadas para frenar el constante tráfico de ilegales, e impedir que se lucre a costas de la misma mala ventura de los extranjeros más desafortunados, obligados a recurrir a las vías de hecho para poner a salvo su vida. Y, de igual forma, este norte absoluto debe estar presente a la hora de ejecutar las acciones administrativas de control migratorio con las que se sanciona el ingreso ilegal de personas, como la deportación o expulsión, siempre haciendo las salvedades de los casos especiales de solicitantes de asilo que recurren al tráfico ilegal de extranjeros para buscar protección.¹

Por último, el Comité Ejecutivo reconoce la realidad de que muchos funcionarios, públicos y privados, que intervienen en estas labores de intercepción, desconocen la obligación de respetar los derechos fundamentales tan especializados de los solicitantes de refugio que ingresan ilegalmente al territorio de asilo, como el mismo *non refoulement*, o que deliberadamente desatienden

¹ En el punto “iv” de esta conclusión 97, el Comité Ejecutivo ruega a los Estados que practican estas intercepciones, para que éstas no den: *“(...) como resultado que se niegue a los solicitantes de asilo y los refugiados el acceso a la protección internacional, o que los que necesiten protección internacional sean devueltos, directa o indirectamente, a las fronteras de territorios donde su vida o libertad se vería amenazada por motivos previstos en la Convención (de Ginebra de 1951), o cuando la persona pueda invocar otros motivos de protección sobre la base del derecho internacional.”*

dichas obligaciones y cometen violaciones a dichos derechos fundamentales, que en lamentables ocasiones tienen como consecuencia el peligro grave para la vida del desplazado. Es una acusación más que una recomendación, cuya solución duradera radica en la constante educación y capacitación de estos funcionarios, sin dejar de lado los llamados a la conciencia de cada quien.¹

8. *Non refoulement* aplicado en los procedimientos de reconocimiento del refugio:

Como se indicó, muchas de las violaciones al *non refoulement* encuentran su origen en la negación ilegítima o abusiva del refugio en el procedimiento de su reconocimiento; por ejemplo, en base a la mera discriminación. El Comité Ejecutivo advierte la existencia eventual del efecto reflejo de estas negaciones abusivas: que se confiera, de forma igualmente abusiva e improcedente, el refugio a extranjeros que, jurídicamente, no son merecedores de la protección internacional aparejada a este estatus migratorio de excepción.²

Por diferentes motivos, algunos Estados fomentan esta aplicación abusiva del proceso de determinación del refugio, lo que perjudica a los desplazados que realmente experimentan temores fundados de persecución, o que entran en la definición ampliada de refugiado. Estos diferentes motivos pueden abarcar situaciones como el favorecer ilegítimamente intereses particulares de ciertos solicitantes de asilo, digamos, influyentes; o por la falta de criterio técnico jurídico en los oficiales de elegibilidad al discriminar quién sí y quién no merece el refugio; o por simple mediocridad, por ejemplo, al elegir al azar las solicitudes que serán

¹ Ante esto, en el punto “viii” de esta conclusión 97, el Excom exhorta a que: “Todas las personas, incluidos los funcionarios públicos y los empleados de entidades comerciales que apliquen medidas de intercepción, deben recibir formación especializada, entre otras cosas deben conocer los medios que existen para orientar a las personas interceptadas que expresen la necesidad de recibir protección internacional a las autoridades apropiadas del Estado en que haya tenido lugar la intercepción o, según proceda, al ACNUR.”

² ¿Por qué efecto reflejo? Las deficiencias constantes en los procedimientos (en el caso de Costa Rica, administrativos) de reconocimiento del estatus migratorio de excepción del refugio, bien se pueden reflejar en el rechazo de solicitudes que sí debieron ser acogidas, como en el otorgamiento del estatus de refugiado a personas que no cuentan con un temor fundado de persecución, aceptable y cercano a términos relativamente objetivos.

atendidas, en una patética práctica común en situaciones de afluencia masiva de solicitantes del refugio.¹

9. Non refoulement garantizado con una segunda instancia en el proceso de reconocimiento del refugio:

Y, con respecto al derecho de segunda instancia ante la denegatoria del refugio, que en nuestro país se traducen en los recursos de revocatoria, ante la misma Dirección General de Migración y Extranjería, y apelación, ante el Ministro de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, el *Excom* recuerda nuevamente a los Estados su deber de brindar los mecanismos necesarios para que se garantice este derecho, antes de que el solicitante rechazado sea eventualmente deportado a su país de origen. Así lo hace ver en el punto “i” de la conclusión 90 de 1983, en donde pide que: *“El solicitante no aceptado debe tener ocasión de que la decisión negativa sea examinada antes de ser rechazado en la frontera o de ser expulsado del territorio por la fuerza. En caso de no existir arreglos de esa índole, los gobiernos deben dar consideración favorable a su establecimiento.”*

10. Non refoulement aplicado a refugiados en campamentos o asentamientos temporales: responsabilidad del ACNUR y del Estado de refugio.

Otra situación por la que, lamentablemente, suelen atravesar los refugiados alrededor del mundo, y en especial para aquellos que se ven obligados a desplazarse por el peligro inminente de la guerra, la conmoción nacional o la perturbación general al orden público, es con respecto al riesgo que corren de ser alcanzados por los efectos negativos de estas vicisitudes colectivas en los campos o asentamientos temporales ubicados en el país de refugio.

¹ Estas situaciones se acusan y evidencian por el *Excom*, en el punto “s” de la conclusión número 85 de 1998: *“Toma nota con preocupación de informes procedentes de distintos países según los cuales cada vez es más pronunciada la tendencia a utilizar torticeramente los procedimientos nacionales de determinación del estatuto de los refugiados o abusar de ellos; reconoce que los Estados deben resolver este problema en el plano nacional y mediante la cooperación internacional, pero les exhorta a velar por que la legislación nacional y las prácticas administrativas, comprendidas las medidas de control de las migraciones, sean compatibles con los principios y las normas de derecho pertinentes en materia de derechos humanos y de refugiados, consagrados en los instrumentos internacionales aplicables.”*

Si esto sucede, o se facilita por la mala ubicación de estos campamentos (por ejemplo, si están muy cerca de la frontera del país de origen o en puntos de fácil acceso para las fuerzas armadas que provocaron el desplazamiento) o si permanecen sin la vigilancia adecuada según las circunstancias que se puedan prever, existiría cierta responsabilidad compartida, tanto del gobierno del país de refugio que administra la ubicación de estos campamentos, así como del mismo Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, por no hacer lo que le corresponde para incentivar la corrección de dicha situación.

Claramente se puede afirmar que la negligencia en la mala ubicación de estos campamentos o la inseguridad que presentan, constituiría una de las formas de violación al *non refoulement*, pues estarían exponiendo a los refugiados al mismo peligro que motivó su desplazamiento forzoso.¹

11. Non refoulement aplicado a refugiados extraditados:

En 1980, el Comité Ejecutivo emitió su conclusión 17 referente a los problemas que se pueden suscitar en los procesos de extradición de extranjeros protegidos por el estatus migratorio del refugio. El punto central de este documento, para efectos del presente listado, fue el recalcar, para todo momento y situación, como consta en el apartado “b” de esta conclusión, “(...) *el carácter fundamental del principio de no devolución universalmente reconocido*”.

Sin embargo, el mismo Comité reconoce la legítima necesidad de los Estados de ejercer la adecuada persecución de los delitos y de los delincuentes, aunque éstos detenten la condición de refugiado, siendo esto coherente con los mismos lineamientos de la política sobre protección internacional, la cual bien

¹ Así lo hace ver el *Excom* en su conclusión número 48 de 1987, en su punto “c” relativo a los ataques armados contra los campamentos y las zonas de asentamiento de refugiados: “*El ACNUR y otros órganos interesados de las Naciones Unidas deben hacer todo lo posible, dentro de sus respectivas esferas de competencia y de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, por promover condiciones que garanticen la seguridad de los refugiados en los campamentos y asentamientos; (...) También puede suponer la formulación de acuerdos adecuados con los Estados de acogida respecto de la aplicación de métodos para proteger a esos campamentos y asentamientos de refugiados, incluida, en lo posible, la ubicación de éstos a una distancia prudente de la frontera del país de origen; (...)*”

podrá ser retirada por el país que la concedió si el refugiado es considerado responsable de cometer o participar en delitos comunes graves.¹

12. *Non refoulement* aplicado en los programas de repatriación voluntaria:

En el punto “bb” de la anteriormente citada conclusión 85 de 1998, el Comité Ejecutivo del ACNUR recuerda los elementos esenciales que deben caracterizar todas las campañas de repatriación voluntaria organizadas por el mismo Alto Comisionado y por los Estados, tanto de origen como de asilo: seguridad, humanidad y dignidad.²

Todo esto es a propósito de la condena que se hace en esta conclusión de prácticas violatorias de estos elementos indispensables en toda repatriación voluntaria organizada, que bien constituyen plenas violaciones al *non refoulement*, al invitar al refugiado a que se acoja voluntariamente a estas campañas de repatriación con falsas o tergiversadas ideas de seguridad.

13. *Non refoulement* como norma inderogable *ius cogens*:

Con respecto a la naturaleza jurídica del *non refoulement*, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha sido enfático (y apoya enormemente la tesis propuesta aquí): ha señalado que este derecho humano de cada refugiado, no puede ser objeto de reserva alguna a la hora en que los Estados forman parte de alguno de los varios instrumentos internacionales, sean universales o regionales, en donde figura la prohibición de devolución.

¹ El punto “F” del artículo I de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y los apátridas de 1951, permite que los Estados retiren la protección internacional, y por ende permitir la extradición del refugiado, con respecto del cual existan motivos fundados para considerar que cometió algún delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad; o un grave delito común, fuera del país de refugio, y antes de ser admitido como refugiado; o que es culpable de hechos contrarios a los principios de las Naciones Unidas. En este sentido, en el punto “f” de la presente conclusión, el Excom: “*Subrayó que ninguna de las presentes conclusiones debía considerarse que afectaba la necesidad de los Estados de asegurar, con arreglo a la legislación nacional y a los instrumentos internacionales, el castigo de delitos graves tales como la captura ilegal de una aeronave, la toma de rehenes y el asesinato.*”

² En el punto referido, el Excom: “*Deplora profundamente que, en el regreso de los solicitantes de asilo y de personas que no requieren la protección internacional, se apliquen prácticas que ponen en serio peligro su seguridad física y reitera al respecto que, con independencia del estatuto de las personas a las que se apliquen, los regresos se deben efectuar con sentido de humanidad, respetando plenamente los derechos humanos y la dignidad de las personas y sin recurrir a una fuerza excesiva.*”

De igual forma, si el *non refoulement* se encuentra en la legislación nacional de determinado país, éste no puede ser derogado por medio de los métodos constitucionales o legales previstos para ello.

Como recalqué anteriormente, esta posición refuerza la tesis que califica al *non refoulement* como norma con carácter *ius cogens*, del cual ya se ha descrito bastante su naturaleza jurídica,¹ pero que no está de más recordar que tiene vigencia y fuerza vinculante, independientemente de que los Estados la hayan incorporado a su ordenamiento jurídico con una ley, un tratado, en su constitución, etc.²

14. Definición integral y contemporánea del *non refoulement* por parte del Comité Ejecutivo del ACNUR.

El *Excom* también emite conclusiones anuales que no necesariamente giran en torno a situaciones particulares o especiales por las que atraviesan los refugiados, como la atención de éstos en rescates marítimos, o como viajeros clandestinos, etc. Existen conclusiones que se publican para aclarar los alcances y líneas conceptuales esenciales de los principios (pensamientos) rectores de la protección internacional, en una perspectiva general, aplicables a cualquier particularidad del drama migratorio de los refugiados.

En el punto “f” de la conclusión 81 de 1997, el Comité Ejecutivo ofrece una definición integral del *non refoulement*, aplicado tanto a desplazados que ya detentan, por reconocimiento estatal, el estatus jurídico migratorio de excepción del refugio, así como a los solicitantes de éste; incluso exhorta a que la prohibición de devolución sea aplicada a personas que eventualmente podrían ser objeto de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, en caso de permanecer en determinado territorio. En este punto, el *Excom*:

¹ A partir del capítulo segundo de la presente tesis.

² Bajo esta misma idea de la indisponibilidad del principio de no devolución por parte de los Estados, en 1982 el Comité Ejecutivo del ACNUR sostuvo que éste posee todas las características necesarias para ser considerado como una norma de derecho internacional con carácter *ius cogens*, En su conclusión número 25, en el punto “b”, el *Excom*: “Reafirmó la importancia de los principios básicos de la protección internacional y, en especial, del principio de la no devolución, que estaba adquiriendo progresivamente el carácter de una norma perentoria del derecho internacional.” Recordemos que en ocasiones, al *ius cogens* se le denomina con la frase “normas perentorias del derecho internacional”.

“Reconoce la importancia fundamental del principio de no devolución, que prohíbe la expulsión o devolución en modo alguno de los refugiados para ponerlos en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas, independientemente de que se les haya otorgado o no oficialmente la condición de refugiados, o de las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura, según se señala en la Convención de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.”

Mientras que en la siguiente recomendación 82 del mismo año de 1997, el *Excom* expone una definición detallada del *non refoulement* y de sus principales implicaciones jurídicas, caracterizado esta vez como la piedra angular de toda la política de protección universal de refugiados. De esta forma, en el punto “d” de esta conclusión, el Comité Ejecutivo:

“Reitera, a la luz de estos retos, la necesidad de que se acuerde un pleno respeto a la institución del asilo en general, y considera oportuno subrayar los siguientes aspectos especiales (específicamente el que nos interesa):

i) El principio de no devolución, que prohíbe la expulsión o devolución en modo alguno de los refugiados para ponerlos en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas, independientemente de que se les haya otorgado o no oficialmente la condición de refugiados, o de las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura, según se señala en la Convención de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;(…)

iii) La necesidad de admitir a los refugiados en el territorio de los Estados, lo que incluye el no rechazo en las fronteras sin que se hayan aplicado

*procedimientos imparciales y efectivos para la determinación del estatuto y las necesidades de protección;(...)*¹

Sección cuarta: hacia una teoría general del *non refoulement*.

Con el fin de poder realizar una teoría general del *non refoulement*, debemos partir de todos los elementos que hasta ahora he expuesto, retomando los principios básicos que giran alrededor de la misma teoría general de los derechos fundamentales, del *ius cogens*, y del tratamiento atomizado que del *non refoulement* ha desarrollado la comunidad de naciones, prácticamente desde 1889, hasta nuestro días.

—La evolución histórica de los derechos fundamentales nos enseña que éstos se han ido construyendo a base de luchas sociales, que se presentan en la historia de la humanidad con cierta periodicidad, y que, cual faros en la costa, han guiado el mismo rumbo en el desarrollo filosófico y jurídico normativo necesario para hacer germinar un sistema de tutela de carácter universal, para garantizar el respeto y la efectividad de los derechos más básicos, más elementales, que ostenta cada persona.

Es aquí donde encontramos el enlace con la evolución filosófica pura de los derechos fundamentales, especialmente de aquellos llamados en la actualidad “*derechos humanos*”, la cual nos dice que éstos, precisamente, se consideran hoy propios de cada persona, y no de categorías particulares de éstas. Por ejemplo, tradicionalmente, el *non refoulement* se ha venido tratando más como un derecho fundamental sectorial, es decir, limitado a la persona del refugiado, y encasillado, en cuanto a su desarrollo doctrinal, normativo y, ¿por qué no?, hasta filosófico, en el esquema limitado del refugio, entendido éste como un tema de estudio específico.

Sin embargo, antes de ser un derecho fundamental, y sobre todo humano, de un refugiado, el *non refoulement* es un derecho fundamental de cada persona,

¹ Estas mismas ideas fueron recalçadas en los puntos “f” y “g” de la conclusión número 71 del año 1993. También en la conclusión número 82 de 1997, aparte “d”, puntos “i” y “iii”.

simplemente por la condición de mujer u hombre, humanos. El tema de la persecución vendrá después.

Siendo así, pues, la condición humana previa a la condición de refugiado, podemos alimentar el *non refoulement* con los mismos principios generales que rigen y configuran los derechos humanos, para hacer de la prohibición de no devolución de refugiados, un derecho efectivo. Recordemos que “(...) *Los principios generales son los que se aplican para hacer avanzar al Derecho, para no hacer del Derecho, arbitrariedades.*”¹

Y, paralelamente, la evolución filosófica de los derechos fundamentales, incluyendo, por supuestos, los “humanos”, nos enseña que el *non refoulement*, en términos muy básicos, es un “*derecho subjetivo*”, inherente a la condición humana del refugiado, no tanto por una cuestión de derecho natural revelado, como sucedía en tiempos jurídicos y filosóficos antiguos, sino, más que todo, por una ostentación, y consecuente ejercicio individual, de ciertas condiciones jurídicas particulares, llamadas por Luigi Ferrajoli “*status*”; principalmente aquél vinculado con la concepción de “*persona*”, por encima de otras condiciones jurídicas reconocidas por el ordenamiento mismo, como la de “*ciudadano*”, por ejemplo.

El *non refoulement* resulta, además, un derecho indisponible por parte el poder temporal político (puente ideológico con la teoría del *ius cogens*), según la fundamentación historicista de los derechos fundamentales, en progresiva evolución y adquisición de su fuerza imperativa a lo largo de la historia de las luchas sociales más trascendentales de la humanidad. Incluso, este poder temporal político, visto desde la fundamentación individualista de los derechos fundamentales, puede ser enfocado como una herramienta o garantía social para la auto conservación de éstos, incluyendo el *non refoulement*: recordemos el papel pastoril de Leviatán.

Siendo así, el *non refoulement* encuentra sus plenas garantías de respeto y efectividad, como derecho fundamental, y sobre todo humano, en una doble vía: en un estatus o condición jurídica positiva, a favor de los refugiados, al poder exigir éstos del poder político, del Estado, de Leviatán, no ser puestos por

¹ Suárez Baltodano (Pedro). Entrevista. Lunes 7 de agosto del 2006.

segunda o más veces bajo el mismo peligro de persecución que los obligó a salvaguardar sus vidas en el nuevo país de refugio; y en un estatus o condición jurídica pasiva, al imponer el Estado del país de refugio una relación de sumisión, dirigida a particulares, policía migratoria, oficiales de elegibilidad de la condición de refugio, entre otros, por medio de esta prohibición de devolución.

Por otra parte, como derecho humano que es, derivado de su naturaleza jurídica general de derecho fundamental, el *non refoulement* puede ser peligrosamente vinculado con actitudes intelectuales estáticas con que suele contaminarse aquella especie de derecho natural preconcebido, lejano a la realidad presente; aquel derecho cuasi revelado, que existe por existir y que, por su elevadísimo grado de abstracción, no puede ser modificado ni actualizado, aún para mejorar como una norma jurídica positivo.

Adicionalmente, este peligroso grado de abstracción se da también al ser catalogado el *non refoulement*, más como un principio de política internacional para el tratamiento del desplazamiento humano forzoso, sin concreciones pertinentes a la necesidad cambiante de protección internacional, que como un derecho fundamental, esencialmente humano. Estas posturas nos pueden conducir a un proceso de fosilización del *non refoulement*, hacer de él una teoría estática, desactualizada, rezagada y de corto alcance para cubrir las necesidades, eternamente cambiantes, e incluso impredecibles, de los refugiados alrededor del mundo.

Antes bien, al ser un derecho fundamental, y sobre todo humano, el *non refoulement*, por medio de las normas internacionales y locales que lo protegen, debe someterse constantemente a procesos de revisión, de actualidad; evaluar sus alcances, cerrar los portillos que el mismo ordenamiento jurídico pudiese facilitar para obviar, de forma legal, más no moral, la prohibición de devolución, utilizando, de forma antojadiza e ilegítima, el uso de conceptos jurídicos indeterminados como "*seguridad nacional*".

Una teoría general alrededor del *non refoulement*, deberá alimentarse de las reglas del "*derecho justo*", ajustando las estipulaciones normativas que lo materializan y hacen presente al mundo jurídico positivo, con exámenes

permanentes de la justificación objetiva de su pretensión de vigencia normativa. Recordando siempre que esta vinculación con la teoría del “*derecho justo*”, exige del legislador local, y de la comunidad internacional organizada, ofrecer siempre soluciones para salvaguardar la vida de un refugiado con temores fundados de persecución, y no posponer la protección internacional ante la falta de alcance y poca flexibilidad de las normas que pretenden proteger el derecho fundamental, y sobre todo humano, detrás del *non refoulement*.

Por otro lado, forma parte de la teoría general que se pueda construir alrededor del *non refoulement*, la incursión de esta norma, de este derecho fundamental y, sobre todo, humano, dentro del elenco de las llamadas “*reglas de conciencia internacional*”, o *ius cogens*. Por la voluntad aquí demostrada del *totus orbis*, al principio de no devolución se le ha dotado de este carácter perentorio, de forma sobreviniente, como bien lo afirma y concluye el Comité Ejecutivo del ACNUR, vocero oficial de la comunidad internacional organizada en las Naciones Unidas; de igual forma se reconoce en diversos instrumentos jurídicos internacionales aquí invocados.

Pero, adicional y primordialmente, el *non refoulement* reviste este carácter perentorio por el valor mínimo que tutela: nada más y nada menos que la propia vida del ser humano llamado “*refugiado*”. Este valor mínimo, esta garantía básica, circunscribe al *non refoulement* a un orden público internacional que no puede ser derogado; lo constituye en un derecho no disponible para la voluntad de los Estados, ni mucho menos puede ser afectado; en cuanto a su vigencia como norma, por parte del acuerdo entre particulares; como bien lo afirma la jurisprudencia alemana aquí analizada, el *ius cogens* prevalece, con o sin instrumentos jurídicos convencionales que obliguen expresamente a los Estados a respetar las normas que revisten su carácter, como sucede con el *non refoulement*.

Existe una ósmosis permanente entre el carácter perentorio de las normas con carácter *ius cogens* y el *non refoulement*, siendo que el primero transmite al segundo todas sus implicaciones jurídicas materiales, como la ya referida no disponibilidad e inderogabilidad, así como el permitir el ejercicio de la jurisdicción

universal para perseguir las violaciones a la prohibición de devolución de personas refugiadas. Sin embargo, las consecuencias de las violaciones al *non refoulement*, en su estado actual de desarrollo normativo, generalmente son pasadas por alto por parte de la comunidad internacional!

Incluso, al ser el carácter perentorio del *non refoulement* un asunto no discrecional, sino derivado de la conciencia internacional, se presentan otras implicaciones y obligaciones que los Estados no pueden pasar por alto, como compartir la responsabilidad multilateral en la distribución de las cargas derivadas del tratamiento del desplazamiento humano forzoso, protegido bajo la condición jurídica migratoria del refugio, todo en base principios derivados de la naturaleza jurídica básica del *non refoulement* como derecho humano, como el principio de diligencia.

Como aquí lo describí ampliamente, la comunidad internacional ha hecho esfuerzos por dar más y mejores instrumentos de garantía y efectividad al *non refoulement*, pero en ocasiones se muestran como esfuerzos insuficientes, no estando a la altura de la gran teoría que alimenta, filosófica y jurídicamente, al *non refoulement*. Por ejemplo, si, hasta ahora, la comunidad de países no han echado ventaja del carácter *ius cogens* del *non refoulement* para castigar sus violaciones, o para constituirlo explícitamente como un bien jurídico universal que merece un tipo penal internacional para resguardar aún más su intangibilidad y respeto, es, simplemente, porque no ha querido.

Conclusiones y recomendaciones: hacia una política de protección integral y coherente del *non refoulement*.

“Los refugiados que han tenido que abandonar sus países de origen muchas veces lo han hecho en condiciones extremas y después de haber sufrido persecución, hambre y enfermedad.

Esta fue la situación de los refugiados guatemaltecos en México que huyeron del ejército.

Los campamentos de refugiados son soluciones inmediatas y no pueden ni deben convertirse en soluciones permanentes.

Un campamento de refugiados como solución permanente busca solamente mantener a estas personas aisladas e incapaces de interactuar y desarrollar sus plenos potenciales junto a los nacionales del país que les acoge.

De esta forma se les deshumaniza y se les coarta la opción de retornar y reintegrarse a sus países de origen como entes productivos y sociales.

La experiencia de crecer y vivir en un campamento de refugiados, les nulifica. Los únicos beneficiarios de esta situación son los opresores en los países que crearan las condiciones para el éxodo y las organizaciones que ‘*protegen*’ a los refugiados, convirtiéndoles en individuos dependientes, carentes de alternativas.

A un ser humano se le debe tratar como a cualquier otro ser humano, con respeto y dignidad.

A un refugiado se le acoge mediante el establecimiento de políticas de integración y desarrollo dentro de la sociedad huésped.

De esta forma, los refugiados retornan aportando las nuevas experiencias ganadas y se reintegran de forma plena en sus países, una vez las condiciones para el retorno se hayan dado.”¹

¹ Herrera Taracena (Guillermo). Obra citada. Página 93.

1. El *non refoulement* es la piedra angular de la protección internacional de solicitantes y titulares del estatus migratorio de excepción del refugio:

Como extranjeros, o desplazados internos, ambos en situación excepcional, los refugiados, entendiendo bajo este mismo término tanto a los solicitantes como a los titulares de este estatus migratorio, ostentan un elenco de derechos de carácter fundamental que los diferencia de otras personas itinerantes, y que configuran una relación muy particular con el Estado que los protege.

El éxodo de los refugiados se debe a un temor fundado de persecución, de carácter particular, o bien por ser alcanzados por los efectos más negativos de la guerra, la conmoción nacional o la perturbación grave al orden público, siendo ésta una persecución más de carácter colectivo. En todo caso, la persecución (directa o indirecta, particular o colectiva) compromete nada más y nada menos que la propia vida del refugiado, en el peor de los casos; ¿qué es más importante que la vida? Nada. Y este bien jurídico "*vida*", el más importante de todos, es precisamente el que configura el carácter excepcional, el carácter privilegiado, de la relación de los refugiados con el Estado de asilo.

La forma más efectiva para proteger la vida de los refugiados, en atención a su situación particular, es evitando que éstos sean puestos bajo el peligro potencial de ser devueltos, deportados, o, términos generales, llevados contra su voluntad al país o territorio concreto donde se dieron los temores fundados de persecución, sea esta directa o indirecta, particular o colectiva, que motivó el éxodo del refugiado.

Bien se pueden identificar otros derechos de carácter fundamental, y, sobre todo, de carácter humano, que ostentan de forma particular los refugiados: derecho a un trato igualitario en sus relaciones laborales en el país de refugio; derecho a un documento reconocido de identificación como extranjero en situación especial; derecho a la reunificación familiar; derecho a la exención de aportar prueba documental durante el procedimiento de reconocimiento como refugiado; derecho a una segunda instancia en este mismo procedimiento; entre otros. Pero ninguno de estos derechos se haría efectivo, ni servirían de nada, si el refugiado es puesto en peligro eventual o directo de ser devuelto a su país o territorio de

origen donde sufre persecución. El esquema es sencillo: sin vida, o sin libertad (en el caso más benigno) no se tiene nada, ningún otro derecho que disfrutar.

Por ello, el *non refoulement*, como institución jurídica diseñada para proteger la propia vida del itinerante perseguido, reviste un carácter evidentemente instrumental para conseguir la tutela de los demás derechos fundamentales de los refugiados; por ello, resulta necesario considerarlo en todo momento como la piedra angular que sostiene toda la estructura de la política de protección internacional promovida por la misma comunidad internacional, por medio de su vocero oficial en la materia: el ACNUR.

Sin el *non refoulement*, o sin una protección integral y coherente de éste, de nada serviría el mismo ACNUR, sería sólo un cúmulo más de funcionarios internacionales sin sentido alguno; de nada servirían tantos instrumentos jurídicos de protección internacional para personas desplazadas como los aquí invocados; de nada serviría hablar y hablar de “*derechos humanos de los refugiados*”, si el más importante de éstos, la misma vida, queda sin protección efectiva alguna.

2. El *non refoulement* pertenece al elenco de normas con carácter *ius cogens*:

Ya sabemos que el carácter *ius cogens* puede ser conferido a diversas normas por parte de la comunidad internacional, las cuales se desea revistan una naturaleza jurídica excepcional o privilegiada, con respecto a otras normas y con respecto a las obligaciones que éstas crean para con los Estados.

Hemos visto cómo la utilización del concepto, y la trasmisión de sus implicaciones materiales, se ha venido rescatando e infiltrando en los foros oficiales de discusión y decisión de la comunidad internacional, llegando hasta las ramas más especializadas como el mismo Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR. Todo con el fin de preservar cierto orden público internacional, y evitar la inderogabilidad de principios y normas que, por el valor que encierran y los bienes jurídicos supremos que protegen, a criterio de la misma comunidad internacional, se deben preservar y proteger, como si estuvieran escritos por la misma mano de

Dios (recordemos la historia bíblica del Monte Sinaí o lo acontecido en la corte del rey Baltasar).

Por supuesto, hemos visto que esta naturaleza jurídica del *ius cogens* ha sido transmitida al *non refoulement*, junto con todas las implicaciones jurídicas que esto conlleva: inderogabilidad; imposibilidad de desatender el *non refoulement*, incluso si éste no ha sido incorporado materialmente al ordenamiento jurídico del Estado de refugio; y el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de cualquier Estado, para hacer efectiva la responsabilidad derivada de la violación al *non refoulement* (recordemos el caso del ex dictador y ex senador vitalicio chileno Augusto Pinochet Ugarte).

3. El *non refoulement* en la agenda de la comunidad internacional: siempre presente, siempre pertinente:

El *non refoulement* no fue un tema agotado en Ginebra en 1951 ni en Nueva York en 1967. Desde el siglo XIX, ha sido un tema en constante evolución y periódica revisión en las más importantes reuniones de los representantes de la comunidad internacional, a nivel global (universal), así como a nivel regional.

No resulta admisible que los operadores relacionados con el desplazamiento humano, restrinjan el campo de estudio e invocación del *non refoulement*, a los dos instrumentos jurídicos más conocidos (pero no por ello los únicos) que contienen expresamente el *non refoulement*: la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y los apátridas de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967.

Las fuentes normativas, por ejemplo, para respaldar un recurso de amparo por la denegatoria del estatus del refugio, o incluso un habeas corpus ante la detención arbitraria de un solicitante de éste, son bastas, y ricas en regulaciones específicas para anticipar las formas más variadas de violación, directa e indirecta, del *non refoulement*. Costa Rica posee compromisos específicos con muchos de estos instrumentos internacionales, y es deber de estos operadores del derecho vinculados con la defensa de los derechos fundamentales, y sobre todo, humanos, de los refugiados, el comprenderlos y recurrir a ellos en todo momento, no

limitándose a los dos instrumentos más conocidos y (no está de más decirlo) gastados y desactualizados en algunos aspectos; este último punto me permite introducir mi siguiente recomendación.

4. Necesidad de crear un sistema de *numerus apertus* para el reconocimiento del estatus migratorio de excepción del refugio:

Hemos visto cómo el mismo Comité del Programa Ejecutivo del ACNUR incentiva a los Estados para no limitarse a las cinco causas de persecución individual (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opinión política) que, de forma tradicional (casi programática), se han venido empleando desde 1951 para reconocer el estatus migratorio de excepción del refugio. Es cierto que los Estados que incorporaron la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967, deben respetar en todo momento el principio de legalidad, pero nada les impide (sin tomar en cuenta la desidia y despreocupación del legislador) que establezcan nuevas causas de persecución para reconocer el refugio, como las relacionadas con la violencia de género, la persecución por la identidad sexual, o incluso por causas tan tribales como el fútbol (recordemos el caso que cité sobre el colombiano Andrés Escobar).

Sin embargo, resultaría imposible prever todas las eventuales causas de persecución particular o directa por las que se vería una persona obligada a salir de su país de origen o residencia habitual para salvaguardar su vida. Por ello, resultaría más apropiado crear un sistema de *numerus apertus* en torno al refugio, eliminando la taxatividad de las cinco causas tradicionales o programadas de persecución individual, siendo posible el reconocimiento del refugio por cualquier situación que fundamente (de una forma lo más cercana a la objetividad) el temor de persecución.

Recordemos siempre: el derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento. Como tal, el apego a las fórmulas jurídicas estáticas en la práctica (aunque evolutivas en el tiempo) debe ceder si se trata de la protección de un bien jurídico superior. El caso de nuestra jurisprudencia constitucional es más que claro: dejar por fuera de la protección internacional a un solicitante de refugio que

vio amenazada su vida, únicamente porque la persecución venida de narcotraficantes no fue contemplada como una de las cinco causas de persecución previstas en Ginebra en 1951 y Nueva York en 1967.

5. El *non refoulement* como delito internacional:

Esta recomendación bien puede calificarse como algo “aventurera”, pero igualmente válida y, por lo menos, merecedora de unos minutos de reflexión al respecto. Es un punto ya sugerido en la cita al pie de página número “104”: la eventual tipificación de la violación del *non refoulement* como un delito internacional; conseguir de la comunidad internacional, un poder de coerción directo que daría aún mayor efectividad a la protección de este derecho fundamental, y, sobre todo, humano, exclusivo de los refugiados.

El carácter *ius cogens* debería ser suficiente para proteger íntegramente el *non refoulement*, pero existen situaciones graves en las que parece no haber respeto alguno por esta norma perentoria del derecho internacional. Por ello, se debe sacar ventaja de las condiciones jurídicas del *non refoulement*, que permiten que sus violaciones sean consideradas como delitos internacionales, en virtud de su naturaleza normativa perentoria.

Recordemos nuevamente lo ya propuesto por Enrique Neira Fernández, citado en la presente investigación: “*Estos crímenes son violaciones gravísimas a normas del Derecho Internacional imperativo (ius cogens en latín); no son, por lo mismo, prescriptibles, y no admiten amnistía ni indulto; y pueden ser juzgados por cualquier Estado, sin importar de qué nacionalidad son o dónde se cometieron.*”

Es cierto que en la actualidad existen delitos internacionales en los cuales se podría encajar y perseguir la responsabilidad de acciones que derivarían violaciones indirectas al *non refoulement*, como el ataque sistemático contra población civil y algunos crímenes de guerra; pero no vendría de más que la comunidad internacional se planteara la (para mí) imperiosa necesidad de crear un tipo específico de violación al *non refoulement*; la labor jurídica técnica sería ardua, pues tipificar un delito que puede ser cometido de las formas más variadas (intercepción, expulsión, deportación, ataque a campamentos, etc) no será fácil.

Pero esta labor puede ser retomada para futuras investigaciones que sobre el *non refoulement* se emprendan; la propuesta quedará abierta a discusión.

6. Educación:

Esta recomendación simplemente es una reiteración de lo ya recomendado muchas veces: es necesaria siempre, en todo momento, la constante educación, dirigida a los oficiales de elegibilidad en la Dirección General de Migración y Extranjería, a la policía de migración, a la policía administrativa que custodia nuestras fronteras, a la policía costera, a los agentes aduanales en nuestros aeropuertos internacionales, a los operadores del derecho vinculados con el fenómeno migratorio, a nuestros magistrados constitucionales, y, sobre todo, a nuestros legisladores, sobre las características excepcionales del estatus del refugio; sobre el peligro grave y potencial detrás de una denegatoria de estatus de refugiado mal fundamentada o ilegítima (un refugiado rechazado pasa inmediatamente a ser un extranjero indocumentado susceptible de deportación); sobre el deber de depuración del Estado de asilo para identificar a los posibles refugiados y separarlos de otras categorías de itinerantes internacionales, como los llamados “*inmigrantes económicos*”; sobre la cantidad de recursos jurídicos que se tienen a mano para fundamentar la defensa del *non refoulement*; y sobre el corto alcance de nuestras leyes (que ratificaron la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967) ante situaciones apremiantes de persecución no contempladas, pero igualmente válidas para fundamentar el temor del desplazado en busca de protección internacional.

7. Alta especialización de los oficiales de elegibilidad sobre las múltiples regulaciones de protección del *non refoulement*:

Mi experiencia personal (tras haber desarrollado mi Trabajo Comunal Universitario) en el extinguido Departamento de Refugiados de la Dirección General de Migración y Extranjería, me hizo entender la indispensable preparación que debe tener todo oficial de elegibilidad para el reconocimiento del refugio; especialización que abarca muchos aspectos que ya han sido reiterados por el

mismo ACNUR: en cuanto a la situación particular del país de origen y los distingos agentes de persecución que se tienen identificados, por ejemplo.

Pero mi recomendación sobre este nivel de especialización va en otro sentido: se debe tener un conocimiento profundo y constantemente actualizado de las distintas formas de protección del *non refoulement* existentes: en los programas de repatriación voluntaria, segura y digna; en la segura ubicación de los campamentos de refugiados, mientras éstos aun se utilizan; en los casos de refugiados expuestos a un proceso de extradición; en los casos de solicitantes de refugio que entraron al país de forma ilegal o como pasajeros clandestinos; en la exención de formas y requisitos probatorios impertinentes durante el procedimiento de reconocimiento del refugio; en el carácter *ius cogens* que posee el *non refoulement*, y en el conocimiento de las implicaciones de esta naturaleza jurídica; en la indispensable consulta previa a la autoridad central antes de ordenar la expulsión o deportación de un solicitante de refugio en los puestos fronterizos; en la posibilidad de reconocer este estatus bajo su "*definición ampliada*"; en fomentar la medida del reasentamiento antes de ordenar la deportación de un solicitante de refugio rechazado; en la aplicación analógica del *non refoulement* a los desplazados internos; y en saber identificar el temor fundado de persecución (directa o colectiva), por encima de las manifiestas necesidades económicas del solicitante del refugio (muchas veces vi como, ante las palabras mágicas "*necesito empleo*", "*superación económica*", "*mejores oportunidades*", automáticamente se rechazaban solicitudes de refugio, sin ver más allá, sin analizar objetivamente la existencia de un temor fundado de persecución).

En fin, la recomendación es que los funcionarios de elegibilidad tomen en cuenta siempre que el *non refoulement* existe más allá de la letra del artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y los apátridas de 1951. Para ello, el papel del ACNUR en Costa Rica, y de la misma dirección del Trabajo Comunal Universitario vinculado a la protección de personas refugiadas que opera en nuestra Facultad de Derecho, resultarán indispensables.

8. Aporte y opinión final:

En un principio, yo creía que lo más importante era conocer las formas más recurrentes de violación al *non refoulement*. Bajo este esquema empecé a trabajar el presente tema. Sin embargo, el mismo desarrollo de la investigación me hizo entender que lo más útil para el mundo del derecho, no es tanto conocer, a manera de informe o estadística, cuantas o cuales son las formas o manifestaciones en que este primer derecho fundamental, y sobre todo humano, de todo refugiado, suele ser violado. Encontré mucho más útil y productivo investigar sobre las distintas formas o manifestaciones jurídicas que existen, a la fecha, para la protección del *non refoulement*.

Así, la presente investigación podrá servir, en parte, como un manual o catálogo de instrumentos internacionales que facilitan estas formas de protección, útil para operadores del derecho en general, para estudiantes, e incluso para los mismos refugiados: quienes deben conocer más del tema son precisamente ellos; claro, el Estado que los protege debe tener un conocimiento altamente especializado al respecto también.

Recordemos que el ser humano se ha caracterizado, a lo largo de la historia, por idear las formas más (irónicamente) creativas e impredecibles de violentar los derechos fundamentales de las personas más vulnerables, como los refugiados. Una investigación al respecto, con facilidad podría quedar desactualizada, porque prever el comportamiento humano y las formas en que un derecho fundamental puede ser violentado, puede ser eventualmente frustrante: un informe o estadística puede perfectamente ser un ideal ejemplo de la realidad actual y presente, pero la realidad cambia, no es estática. Por ello, lo mejor que se puede hacer es conocer y sintetizar el tratamiento jurídico que la comunidad internacional, y cada Estado en particular, han dado al problema del desplazamiento humano centrado en la protección del *non refoulement*, conocerlo a profundidad, y, sobre todo, aplicarlo. Las herramientas existen, lo que pasa es que no las conocemos o no las sabemos utilizar.

Por último, dar a conocer a profundidad la excepcional naturaleza jurídica del *non refoulement*, como un derecho fundamental y, sobre todo, humano, es una

de mis principales satisfacciones tras la finalización de este trabajo final de graduación. Si bien es cierto que la misma comunidad internacional ha otorgado el carácter *ius cogens* de este derecho privilegiado de los refugiados, no se ha detenido a explicar en qué consiste, de dónde viene, y qué implica esta naturaleza jurídica excepcional. Por eso era necesario recurrir a la evolución histórica (quien no conoce la historia, no tiene la capacidad de comprender el presente) y filosófica, doctrinal y jurídica del *non refoulement*. No digo que mis aportes al respecto sean los únicos en su especie, todo lo contrario, ya se había venido hablando del *ius cogens* y del *non refoulement* como norma *ius cogens* desde hace algún tiempo; pero no se había realizado a profundidad, de manera conjunta y vinculada. La conexión histórica y filosófica, la cópula evolutiva entre ambas vertientes de ambos temas, *ius cogens* y *non refoulement* como derecho fundamental, bien podría resultar algo innovador.

Esta orientación en el tratamiento de estos temas, bien podrá cooperar a edificar un mejor entendimiento, en usted, mi estimado lector, del carácter privilegiado, inderogable, inexcusable y superior del *non refoulement*.

Bibliografía:

Monografías:

ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo: cincuenta años de acción humanitaria. Editorial Icaria. Barcelona-España. Año 2000.

Alexy (Robert). Teoría de los derechos fundamentales. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. España. 2001.

Beuchot (Mauricio). Derechos humanos, historia y filosofía. Editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México-México. 1999.

Colegio de Abogados de Costa Rica, Dirección Académica. Curso de ética profesional jurídica, antología de textos. San José-Costa Rica. 1999.

Dorkin (Ronald). Teoría de la Justicia. Editorial FCE. México-México. 1985.

Ferrajoli (Luigi). Derecho y garantías, la ley del más débil. Prologo de Prefecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta. Cuarta edición. Roma-Italia. 2004.

Fioravanti (Mauricio). Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Editorial Trotta. Cuarta Edición. Madrid-España. 2003.

Gavara de Cara (Juan Carlos). Derechos fundamentales y derecho legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Prólogo de Francesc de Carreras. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid-España. 1994.

Gómez Robledo (Antonio). El *ius cogens* internacional. Estudio histórico crítico. Universidad Nacional Autónoma de México. México-México. 1982.

Guggenheim (Paul). Tratado de derecho internacional público. Volumen I. Editorial Georg. Ginebra-Suiza. 1967.

Hannikainen (Lauri). Peremptory norms (ius cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status. Finnish Lawyers' Publishing Company. Helsinki-Finland. 1988.

Henkel (Heinrich). Introducción a la filosofía del derecho. Segunda edición. Munich-Alemania. 1977.

Herrera Taracena (Guillermo). Una guerra no declarada y otros poemas en prosa. Editorial Dicalibros. San José-Costa Rica. 2003.

Höffe (Otfried). Justicia Política. Introducción de Juan Carlos Velasco. Editorial Pídots. I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona-España. 2003.

Hugo (Víctor Maríe). Nuestra Señora de París. Editorial Altaya. Barcelona-España. 1996.

Juan Pablo II. Catecismo de la Iglesia Católica. Editorial San Pablo. Bogotá-Colombia. 2000.

Kelsen (Hans). Principios de Derecho Internacional. Editorial Rinehart & Co. Inc. Nueva York-EUA. 1956.

Lara Peinado (Federico). Código de Hammurabi. Editorial Nacional. Madrid-España. 1982.

Larenz (Karl). Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas. Madrid-España. 1993.

La Biblia. Traducida, presentada y comentada para las comunidades cristianas de Latinoamérica y para los que buscan a Dios. XI edición. Editorial Verbo Divino. España. 1995.

Mahoma. El Corán. Editorial M.E. Editoriales. España. 1995.

Marrus (M.R.) The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century. Oxford University Press. Nueva York-EUA. 1985.

Perelman (Chaim). Justicia y razón. Editorial Universidad de Bruselas. Bruselas-Bélgica. 1972.

Piéron (Henri). Vocabulaire de la psychologie, sous la dir. de François Bresson et de Gustave Durup. Quinta Edición. Editorial Presses Universitaires de France. París-Francia. 1973.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomos "a-g" y "h-z". Vigésima primera edición. Editorial Espasa Calpe. Madrid-España. 1992.

Ryffel (Hans). Problemas fundamentales el derecho y la filosofía del Estado: antropología filosófica de la política. Editorial Luchterhand. Neuwied-Alemania. 1969.

Sagastume Gemell (Marco Antonio). Los Derechos Humanos: proceso histórico. Editorial EDUCA / CSUCA. San José-Costa Rica. 1997.

Valjavec (Fritz). Historia de la Ilustración de Occidente. Ediciones Rialp. Madrid-España. 1964.

Publicaciones electrónicas:

Acosta Estebes (José). La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario europeo. Anuario mexicano de derecho internacional. Volumen V. Año 205. Páginas 13-50.

Url: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/5/art/art1.pdf>

Cebada Romero (Alicia). Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, número 4, año 2002.

Url: <http://www.reei.org/reei4/reei.4.htm>

COFAVIC. Organización No Gubernamental para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, República Bolivariana de Venezuela. Historia de los derechos humanos.

Url: <http://www.cofavic.org.ve/p-ddhh-historia.htm>

Departamento de Estado de Estados Unidos. Programas de Información Internacional. Declaración de Independencia, 4 de julio de 1776.

Url: http://usinfo.state.gov/esp/home/topics/us_society_values/fundamental_documents/declaration_of_indep.html

Feller (Erika). Cincuenta Años de Protección Internacional de los Refugiados-Los Desafíos de la Protección Ayer, Hoy y Mañana. Revista Internacional de la Cruz Roja. Número 843. Ginebra-Suiza. 2001.

Url: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList516/4B47501F59F86A7FC1256DE1006724DC>

Fuentes (Marcelo Adrián, web master). Positivismo. Educar-Argentina.

Url: <http://www.educar-argentina.com.ar/OCT2005/educ108.htm>

García Amado (Juan Antonio). Teoría e la justicia y argumentación en Ilmar Tammelo.

Url: <http://www.geocities.com/jagamado/pdfs/Tammelo.pdf>

Gil Bazo (María Teresa). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Editoriales Icaria y Hegoa. Año 2000.

Url: <http://dicc.hegoa.efaber.net/>

Horada (Raquel). La biblia y los derechos humanos: una opinión poco ortodoxa. Departamento de *Hagshama*, Organización Sionista Mundial.

Url: <http://www.wzo.org.il/es/recursos/view.asp?id=349>

Jiménez Reyes (Alfonso). El desarrollo de los derechos humanos: los derechos económicos, sociales y culturales. Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado.

Url: <http://www.coladimx.org/docs/articulos/derechos-esc.pdf>

Marina (J.A.) y **de la Válgoma** (M). La lucha por la dignidad. Revista Anagrama. Año 2000. Tomado de Amnistía Internacional Catalunya, Grup d'educació.

Url: <http://www.amnistiacatalunya.org/educadors/es/historia/inf-s19.html>

Mate (Reyes). Orden mundial y estado de excepción. Groupe D'Etudes Et De Recherches Sur Les Mondialisations. Publicación Electrónica.

Url: <http://www.mondialisations.org/php/public/art.php?id=18672&lan=ES>

Neira Fernández (Enrique). Los delitos internacionales. Anuario de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes. Mérida-Venezuela. 1998.

Url: <http://www.saber.ula.ve/db/ssaber/Edocs/grupos/observatorio/publicaciones/monografias/tomoiv/delitos.pdf>

Pasternac (Marcelo) La referencia a Foucault y otros autores: la heterogeneidad de sus textos. Psicomundo México.

Url: <http://www.psicomundo.com/mexico/articulos/art7.htm>

Pastrana (Santiago). Los cambios en la mentalidad y el desarrollo del capitalismo.

Url: <http://www.pastranec.net/historia/moderna/xvicambios.htm>

Sánchez de Bustamante (Teodoro). Globalización, economía y derechos sociales. Los derechos humanos son acumulativos, imprescriptibles e irreversibles. Artículo publicado en "*La Insignia*". 29 de mayo del 2003.

Url: http://www.lainsignia.org/2003/mayo/der_041.htm

Varios. Una breve guía ilustrada para entender el Islam. Capítulo 3: Información General sobre el Islam. Los Derechos Humanos y la Justicia en el Islam.

Url: <http://www.islam-guide.com/es/ch3-12.htm#footnote4>

Jurisprudencia

Corte Europea de Derechos Humanos. Sección Tercera. Sesión del 8 de febrero del 2000. Aplicación número 40907/98, por Mohamed Dougoz contra Grecia.

Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio. 1951.

Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso "*Óscar Chinn*". Gobierno británico contra Bélgica. Sentencia del 12 de diciembre de 1934.

Dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Número 1/91. 1991

Juzgado Central de Instrucción Número Cinco. Audiencia Nacional. Madrid. España. Auto de Procesamiento Número 10.12.98, contra Augusto Pinochet Ugarte. Procedimiento: Sumario 19/97. Terrorismo y Genocidio.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 3019-2002, de las once horas con trece minutos del veintidós de marzo del dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto número 1484-2003, de las quince horas con tres minutos del veinticinco de febrero del dos mil tres.

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. Sentencia número 541/99, dada en la Ciudad de Palma de Mallorca, el veintinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania. Sentencia del 7 de abril de 1965.

Cuerpos normativos:

Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, California, el 26 de junio 1945.

URL: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/ch-cont_sp.htm

Código Civil Francés de 1804 (Código de Napoleón).

URL: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/somcives.htm

Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR:

URL: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=565>

Conclusión número 15 de 1979.

Conclusión número 17 de 1980.

Conclusión número 23 de 1981.

Conclusión número 25 de 1982.

Conclusión número 90 de 1983.

Conclusión número 48 de 1987.

Conclusión número 53 de 1988.

Conclusión número 71 de 1993.

Conclusión número 81 de 1997.

Conclusión número 82 de 1997.

Conclusión número 85 de 1998.

Conclusión número 97 del 2003.

Constitución Española, del 27 de diciembre de 1978.

URL: <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm>

Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949.

URL: <http://www.asamblea.go.cr/proyecto/constitu/const2.htm>

Constitución de la República de Cuba, del 24 de febrero de 1976.

URL: <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>

Convención americana sobre derechos humanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, 1969.

URL: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>

Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica de Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en fronteras comunes.

URL: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1799.pdf>

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

URL: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0189.pdf>

Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas: 1990.

URL: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1798.pdf>

Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y apátridas de 1951.

URL: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0005.pdf>

Convención de la Organización de la Unión Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de Addis Abeba de 1969.

URL: http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Refugee_Convention.pdf

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969.

URL: http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

Convención interamericana sobre extradición.

URL: <http://acnur.org/biblioteca/pdf/1820.pdf>

Convención sobre asilo, La Habana, 1928:

URL:http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/buscador_OEA.cfm?OP=ENVIAR&VIEW=doc&PATH=Asilo%5CB.2.1.xml&OneColl=OEA

Convención sobre asilo territorial suscrita en Caracas el 28 de marzo de 1954:

URL:<http://www.csj.gob.sv/Convenios.nsf/1dc4027891f7e0fc06256bbf006582fe/60e59ea7f283b0b2862564cd0054ad0f?OpenDocument>.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados:1984.

URL: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0008.pdf>

Declaración de las Naciones Unidas sobre asilo territorial.

URL: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/o_asylum_sp.htm

Declaración de Quito sobre migraciones, democracia, desarrollo y derechos humanos: 2002.

URL: http://www.caritapanama.org/eventosnacionales/migrantes/declaracion_de_quito.htm

Declaración de Río de Janeiro sobre la institución del refugio: 1991.

URL:<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/declaraciones/declriodejaneiro-000.htm>

Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas: 1994.

URL: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/nuevdh/dh2/sjose.pdf>

Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados en América Latina y el Caribe: 1999.

URL: <http://www.pacifistassinfronteras.org/documentos/index.htm>

Declaración universal de derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789.

URL: http://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano

Declaración universal de derechos humanos.

URL: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

Declaración y Plan de acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina: 2004.

URL: http://www.migracionesforzadas.org/pdf/rmf23/page38_42.pdf

Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

URL: http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/o_unhcr_sp.htm

Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina: 1989.

URL: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1582.pdf>

Protocolo de Nueva York sobre el estatuto de los refugiados de 1967.

URL: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0003.pdf>

Convención sobre el derecho de los tratados.

URL: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>

Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos

URL: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, bajo el nombre: "*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.*"

Tratado sobre asilo y refugio político de Montevideo de 1939.

URL: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0608.pdf>

Tratado sobre derecho penal internacional de Montevideo, 1889.

URL: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0607.pdf>

Trabajos finales de graduación:

Alfaro Barrantes (Johann) y otros. La Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional humanitario. Análisis de la situación Jurídica de los Refugiados Colombianos en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José-Costa Rica. 2002.

Licona Cubero (Patricia) El asilo y la extradición como instituciones de Derecho Internacional. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídica y Sociales. Universidad Autónoma de Honduras. Tegucigalpa-Honduras. 1971.

Artículos:

Achiron (Marily) Un Tratado Imperecedero Acosado. Revista Refugiados. Número 111. 2001.

ACNUR. Ayuda a Afganistán: el diseño de una compleja operación humanitaria. Revista Refugiados número 113. Año 2001.

ACNUR. El ACNUR expresa su frustración ante los obstáculos para ayudar a los afganos. Comunicado de prensa. Ginebra-Suiza. 11 de octubre del 2001.

Bécares (Roberto). Asilo para un hijo de reyes. Diario El Mundo. Madrid-España. Publicado el 7 de mayo del 2002.

Gros Espiell (Héctor) El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Febrero de 1981. En: **ACNUR.** Compilación de instrumentos jurídicos interamericanos relativos al asilo diplomático, asilo territorial, extradición y temas conexos. Editorial ACNUR. Ginebra-Suiza. 1992.

Truyol y Serra (Antonio). Premisas filosóficas e históricas del “totus orbis”. En “*Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*”. Volumen VII.

Tyler (Burge). Filosofía del lenguaje y mente: 1950-1990. Revista Philosophical Review. Número 101. Sage School of Philosophy. Nueva York-Estados Unidos. 1992.

Whitaker Straw (Jack John). Un Tratado Imperecedero Acosado. Revista Refugiados. Número 111. 2001.

Entrevistas:

Suárez Baltodano (Pedro). Entrevista. Lunes 7 de agosto del 2006.

Conferencias:

Gallardo (Elio). Fundamento y efectividad de los derechos humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciclo “*Diálogos de fin de mes sobre Derecho, Filosofía y sociedad.*” A cargo del Dr. Mino E. Salas. Lunes 31 de octubre del 2005. Sala de Conferencias de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Loescher (Gil) American Foreign Policy, International Politics and the Early Development of UNHCR. Dentro de la conferencia “*The Uprooted: Forced Migration as an International Problem in the Post-War Era.*” Lund-Suecia. 19-21 Agosto. 1988.

van Heuven Goedhart (Gerrit Jan) Primer Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1951-1956. Citado por el Príncipe Sadruddin Aga

Khan, Alto Comisionado Adjunto, en discurso pronunciado ante el Consejo Noruego para los Refugiados, 19 de mayo de 1965.

Audiovisuales:

Fatherland: It's 1964. What if Hitler had won the war? Director Chirstopher Menaul. Producida por HBO. EUA-Alemania. 1994.

The Empire of the Sun. Director Steven Spielberg. Producida por Kathleen Kennedy y otros. EUA. 1987.