

EL APORTE DE AMÉRICA LATINA A LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

Eva Leticia Orduña Trujillo

CIALC-UNAM

EL ASILO Y DEL REFUGIO

En la actualidad hay una tendencia a considerar al asilo y al refugio como parte de la misma figura jurídica. Así lo concibe formalmente el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Sin embargo, en el pasado inmediato estas dos figuras estuvieron claramente diferenciadas. El refugio era susceptible de ser otorgado a las personas que sufrieran persecución por cinco motivos: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas,¹ mientras que el asilo sólo podía ser concedido por motivos políticos. No obstante, considero que la diferencia más notable y que marcó un tratamiento jurídico diferenciado fue la naturaleza de derecho subjetivo del refugio y de derecho positivo del Estado.

América Latina dio un aporte enorme a la institución del asilo, tanto en lo relativo a la construcción doctrinal, como jurídica y práctica. Durante las dictaduras y otros regímenes autoritarios que vivió la región en la segunda mitad del siglo XX, una gran cantidad de personas tuvo que salir de sus paí-

¹ ACNUR, "Artículo 1", en *Convención sobre el Estatuto del ACNUR*, 1951.

ses de origen para salvar su vida, su seguridad o su libertad. América Latina realizó grandes aportes teórico-jurídicos a la figura del asilo, dividiéndola para ello en dos grandes vertientes: el asilo diplomático y el territorial. El primero es concedido en embajadas, legaciones, buques de guerra, campamentos o aeronaves militares del país que concede el asilo y el territorial dentro del territorio del país. En materia legislativa se realizaron una gran cantidad de instrumentos jurídicos.² El tratamiento jurídico en la región en relación con el asilo es de larga data. El primer instrumento jurídico en el que se establecieron disposiciones en la materia se realizó en 1889: El “Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo” dedicó los artículos 15 al 18 al asilo. Sin embargo, fue durante la segunda mitad del siglo XX cuando se aplicaron en mayor medida las disposiciones plasmadas en éste y en otros instrumentos jurídicos relacionados.

En ese entonces, una gran cantidad de personas formalmente obtuvo la calidad de asilado en otros países de la región. No obstante, en la gran mayoría de los casos lo hizo con base en la naturaleza que tanto doctrinal como legislativamente tenía el asilo en la región: como un derecho del Estado que albergaba a los sujetos necesitados de protección y no como un derecho individual de dichos sujetos: En la legislación no existió ningún mecanismo que obligara a los Estados a concederlo.

Otra particularidad que debe resaltarse de la figura del asilo es la necesidad de la realización de delitos políticos para que pueda ser otorgado. Los primeros instrumentos jurídicos que se realizaron contemplaban el asilo para la protección exclusivamente de delincuentes políticos. Después se amplió para

² Véase *Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo*, 1889 (arts. 15 al 18); *Convención sobre Asilo de la Habana*, 1928; *Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de Montevideo*, 1939; *Convención de Caracas sobre Asilo Territorial*, 1954; *Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático*, 1954; *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, 1969 (arts. 6 y 7).

incluir a personas que hubieran cometido delitos comunes concurrentes con los políticos, y en instrumentos más avanzados ya no se necesitó que se presentara este elemento de la delincuencia, sino que se podía otorgar por persecución política.

En 1969 se aprobó un instrumento jurídico que fue clave en la evolución que se fue dando de las figuras del refugio y del asilo hasta su unificación posterior. La Convención Americana de Derechos Humanos, a través del artículo 22 establece el derecho de circulación de y residencia.³ En él se contemplan varias disposiciones, pero en este momento es preciso llamar la atención precisamente en la relativa al derecho a buscar y a recibir asilo. Aquí aún se habla de “asilo”, pero ya no como un derecho de los Estados sino de los individuos. Inicia señalando que “toda persona tiene derecho a buscar y a recibir asilo”. Las palabras “toda” y “persona”, nos dejan ver que el derecho está adquiriendo connotación universal y subjetiva.⁴ No obstante, conserva gran parte de la naturaleza establecida en los instrumentos jurídicos tradicionales, ya que para su otorgamiento se necesita la realización de delitos políticos o comunes conexos con los políticos.

Otro momento importante dentro de la evolución de la figura del refugio la encontramos en el año de 1984, al realizarse la “Declaración de Cartagena sobre Refugiados”. Aquí se da un cambio sustancial de la figura de persecución particularizada que se estableció en la Convención de 1951 del ACNUR y su protocolo de 1967, para contemplar al refugio como un fenómeno masivo. La situación que se vivió especialmente en Centroamérica durante la década de 1980 dio

³ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, noviembre, 1969.

⁴ Otro elemento que puso a la *Convención Americana* a la vanguardia dentro del derecho internacional, es la inclusión del principio de “no devolución” dentro del artículo 22. Este principio prohíbe poner a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre y representa la piedra angular de la protección de los refugiados.

lugar a que grandes conglomerados de personas tuvieran que dejar sus países de origen para buscar protección en otros. En esta Declaración, tomando como antecedente la Convención Africana,⁵ se elaboró una definición propia que ha representado un aporte importante de la región para el derecho internacional de los derechos humanos. En esta Declaración se conviene en considerar como refugiados a las personas que han abandonado su país de origen: “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”.⁶ Es importante llamar la atención sobre el elemento de la agresión extranjera por las dificultades que han existido para incluirlo en otros instrumentos de derecho internacional. En el Estatuto de Roma que crea a la Corte Penal Internacional, no se ha logrado poner en vigencia este elemento de la agresión extranjera como delito de su competencia.⁷

APORTES DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han abordado el tema de la migración en varias de sus activi-

⁵ La *Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, del 10 de septiembre de 1969 de Addis-Abeba* reconoció como la definición de refugiado establecida en la *Convención de 1951 y su protocolo* y la amplió a las personas que estuvieran obligadas a abandonar su país: “a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público”.

⁶ *Declaración de Cartagena*, 1984.

⁷El *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* establece en el artículo 5 los crímenes de su competencia. En el inciso “c” incluye a los crímenes de guerra. Sin embargo, no establece una definición de ellos y estipula además que no tendrá competencia en relación con éstos mientras se realice tal definición.

dades. La Comisión ha conocido de este tema a través de visitas *in-loco*, informes anuales, informes especiales, relatorías temáticas⁸ e incluso de casos individuales y de medidas cautelares. Entre los informes especiales puede destacarse el Informe sobre “Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso” del 30 de diciembre de 2010 y el “Informe sobre la situación de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado” de 2000. En relación con el primero podemos observar el interés que actualmente está teniendo la Comisión por la situación que se vive en los Estados Unidos. En 1997 conoció el “Caso Interdicción de Haitianos contra Estados Unidos”, en el que señaló que este país era responsable de violaciones a los derechos humanos por haber interceptado en alta mar y repatriado a una gran cantidad de haitianos que buscaba llegar al territorio de los Estados Unidos. En concreto concluyó que este Estado había violado el derecho de igualdad ante la ley por el trato desfavorable dado a los haitianos en comparación con nacionales de otros países, y el derecho al debido proceso legal por repatriarlos sin haber realizado los procedimientos correspondientes para determinar si contaban con los elementos para reconocerlos como refugiados. Señaló también que Estados Unidos había violado el principio de no devolución, al haber puesto a los haitianos en un territorio en donde corrían peligro sus vidas.⁹ El trabajo de la Comisión es importante en relación con Estados Unidos, por la tendencia histórica que éste ha tenido para sustraerse de la supervisión internacional. La Comisión, al ser un órgano principal de la

⁸ En 1997 se creó la *Relatoría especial de trabajadores migratorios y miembros de sus familias*.

⁹ Esta conclusión contradujo una interpretación de la Corte Suprema de los Estados Unidos hecha con motivo del caso “*Sale*”, en la que se señaló que el principio de no devolución establecido en el artículo 33 de la *Convención sobre el Estatuto de Refugiados* de 1951, sólo se aplicaría a las personas que estuvieran en territorio de los Estados Unidos. La Comisión Interamericana señaló que este principio debe aplicarse sin limitaciones geográficas.

Organización de los Estados Americanos, tiene facultades para conocer de todos los países que la forman, aún cuando no estén suscritos a instrumentos vinculantes. En relación con Canadá también es importante que la Comisión marque las violaciones a los derechos humanos realizadas a este país en materia de asilo, ya que no es muy frecuente tenerlas en cuenta por la imagen que este país se ha construido.

En cuanto a los informes por país, los realizados hacia Colombia dan cuenta de un fenómeno especialmente grave dentro de nuestra región: el desplazamiento interno. La magnitud de este fenómeno y las consecuencias que acarrea para los Estados, para el sistema internacional pero especialmente para los individuos que lo sufren, está haciendo que las disposiciones jurídicas estén siendo insuficientes o inadecuadas. La Comisión emitió un informe global hacia Colombia¹⁰ y en uno de sus capítulos analizó el desplazamiento interno. Dentro del panorama muy grave de la situación de derechos humanos en Colombia, considera especialmente delicada la situación del desplazamiento interno calificándolo incluso como una catástrofe de orden humanitario. El ACNUR también ha llamado la atención sobre esta situación. Según datos del ACNUR, en Colombia existen más de tres millones de desplazados internos, siendo la población después de Sudán, con mayor desplazamiento interno en el mundo.¹¹

Entre las medidas cautelares podemos citar la que la Comisión pidió en el año 2000 para que Chile frenara la expulsión de tres personas (de nacionalidades española, francesa y norteamericana). Dicha expulsión fue ordenada por las autoridades chilenas porque estas personas participaron en una manifestación organizada por indígenas pehuenches en febre-

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, febrero, 1999.

¹¹ ACNUR, en www.acnur.org/t3/?id=423. Consultada en agosto, 2011.

ro de 1999. La solicitud de la Corte tuvo éxito ya que el Estado chileno revocó las expulsiones.¹²

La Corte Interamericana ha sentado jurisprudencia en relación con la migración, a través, tanto de la resolución de casos contenciosos, como de la solicitud de medidas provisionales y de la realización de opiniones consultivas. En este último aspecto, tenemos la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”,¹³ solicitada por México. La Corte señaló en esta opinión que el incumplimiento de los Estados y el trato discriminatorio hacia los migrantes genera responsabilidad internacional y obligaciones *erga homes* de protección a todos los Estados y que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos.

Uno de los jueces que intervino en esta Opinión engloba los problemas que enfrentan los migrantes de la siguiente manera:

Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrearán traumas: sufrimiento del abandono del hogar (a veces con separación o desagregación familiar), pérdida de la profesión y de bienes personales, arbitrariedades y humillaciones impuestas por autoridades fronterizas y oficiales de seguridad, pérdida del idioma materno y de las raíces culturales, choque cultural y sentimiento permanente de injusticia.¹⁴

Como ejemplos de los casos contenciosos que la Corte ha conocido en relación con la migración, pueden señalarse dos realizados hacia la República Dominicana. El “caso sobre haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Do-

¹² *Medidas cautelares* solicitadas por la Comisión Interamericana en 1999, punto 16.

¹³ *Opinión consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre, 2003.

¹⁴ Voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindada a *Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre, 2003, punto 14.

minicana”,¹⁵ fue muy importante porque, por primera vez en su historia, la Corte emitió medidas provisionales para frenar expulsiones masivas. Además, también por primera vez pidió a un Estado que autorizara el retorno inmediato de determinadas personas a su territorio y que permitiera la reunificación familiar, que es una de las preocupaciones principales del ACNUR. El otro es el de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico contra República Dominicana, cuya sentencia se emitió en 2005.¹⁶ Estas niñas, de 8 y 10 años de edad, nacieron en territorio de República Dominicana. Sin embargo, dado su origen haitiano, el Estado se negó a reconocerles la nacionalidad a pesar de que en la República Dominicana la nacionalidad se transmite tanto por el *ius soli* como por *ius sanguis*. La Corte señaló en su sentencia que la negación del Estado puso a las niñas en una situación de extrema vulnerabilidad al haberse violado diversos derechos como a la nacionalidad, a la igualdad ante la ley, a la personalidad jurídica, y al nombre.

Un aspecto importante dentro del procedimiento que la Corte lleva a cabo para resolver sobre un caso, es el análisis histórico que ésta hace. Por lo general, dentro de la sección de “hechos probados” la Corte Interamericana realiza un recuento del contexto nacional (y en ocasiones incluso regional) en el que se desenvuelve el asunto particular que le es sometido. En el caso que estamos comentando ésta tuvo oportunidad de establecer como antecedentes las primeras migraciones de haitianos hacia la República Dominicana de la siguiente manera:

Las primeras grandes migraciones de haitianos hacia la República Dominicana ocurrieron durante el primer tercio del siglo xx, cuando alrededor de 100 mil personas se trasladaron a los campos azu-

¹⁵ Corte IDH, “Caso haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana”.

¹⁶ Corte IDH, “Caso de las niñas Yean Bosico vs. República Dominicana”. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre, 2005, Serie C. núm. 130.

careros de aquel país. Los ingenios dominicanos estuvieron en un primer momento bajo el control de empresas privadas y después, en su mayoría, pasaron al control del Consejo Estatal del Azúcar (cea). Muchos migrantes haitianos pasaron a vivir de forma permanente en la República Dominicana, constituyeron familia en este país y ahora viven con sus hijos y nietos (segunda y tercera generación de dominicanos de ascendencia haitiana), quienes nacieron y han vivido en la República Dominicana.¹⁷

RETOS

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos se ha pronunciado sobre situaciones relativas a la migración en las que se han violado los derechos humanos de manera sistemática. Sin embargo, ha estado también atento a nuevas situaciones que están generando ya sea nuevos problemas o la profundización de los que se podrían catalogar como “tradicionales”. Por ejemplo, la Comisión ha llamado la atención sobre la situación de los defensores de derechos humanos que trabajan con migrantes, ya que se ha visto un incremento de la agresión hacia los defensores en esta área (que han sido objeto incluso de ejecuciones extrajudiciales). El secuestro a migrantes también es un tema muy preocupante, muy presente en la región y especialmente cercano para México. Con la masacre que hubo de 72 indocumentados en Tamaulipas en agosto de 2010 se dio una gran difusión a este problema. Las ONGs en México señalaron que no fue una situación aislada. La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) se sumó a condenar los hechos, recordando que en 2009, publicó un informe en el que alertó sobre la tendencia

¹⁷Corte IDH. “Caso de las niñas Yean Bosico Vs. República Dominicana”. Hechos probados. Antecedentes.

creciente de secuestros contra migrantes.¹⁸ Es importante ver que desde ese año ya existía un documento formal, emitido por una institución del Estado mexicano y que no se pudo y/o no se quiso poner atención y solución.

Los grupos paramilitares y otros grupos ilegales también están ocasionando graves daños a los migrantes. En Colombia los informes y otros documentos realizados por la Comisión Interamericana dan cuenta de ello. La situación al respecto en este país ha sobrepasado la preocupación regional. El representante del Secretario General de la ONU para Desplazados Internos realizó un informe en el que considera que las agresiones que sufren los migrantes están ocasionadas por paramilitares y que en muchos casos gozan al menos del apoyo tácito del gobierno, mientras que en otras son financiados por los narcotraficantes.¹⁹ Con esto vemos también cómo se va desdibujando la línea que divide al gobierno (o lo que sería aún más grave, al Estado) de los grupos paralelos y/o ilegales.

CONSIDERACIONES FINALES

La agudización y diversificación de los problemas que enfrentan los migrantes está ocasionando que la protección tanto de la comunidad internacional, como de las instancias y actores regionales e nacionales se especialice y se dirija hacia colectivos específicos. Esta tendencia a la especialización de la protección, clara a partir de la conformación de la Organización

¹⁸ Véase *Informe Especial sobre los Casos de Secuestro en Contra de Migrantes*, CNDH, 2009.

¹⁹ Amnistía Internacional también ha llamado la atención sobre la responsabilidad de los paramilitares en el desplazamiento interno de la siguiente manera: “los paramilitares son el principal agente expulsor: aproximadamente el 35% de los desplazamientos internos, el 17% por las Fuerzas Armadas y la Policía y el 24% por los grupos armados de oposición”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Capítulo VI, Desplazamiento Interno, punto 66”, en *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, febrero, 1999.

de las Naciones Unidas, parece ser necesaria en un mundo que está agrediendo cada vez con mayor fuerza a las personas y grupos más débiles. Hoy la protección debe darse tomando en cuenta cada vez más particularidades. Los migrantes necesitan de protección, pero una niña indígena migrante, por ejemplo, requiere de una atención especial por las condiciones de alta vulnerabilidad que se están registrando en la actualidad. El reto verdadero, considero, no está en una mejor reacción jurídica ante estas condiciones, sino en cambiar las condiciones mismas.