

ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO DE LOS REFUGIADOS

*Jaime Ruiz de Santiago*¹

Sumario: I. La Justicia, Elemento Esencial del Estado. II. Los Refugiados y la Ausencia de un Estado de Derecho (Justicia). III. Los Refugiados y el Acceso a la Justicia

I. La Justicia, Elemento Esencial del Estado

1. Pertenece a la reflexión estoica, más exactamente a Séneca, el haber planteado por primera vez una interrogante que habría de tener múltiples aplicaciones en la posteridad. En efecto, ya el pensador cordobés se preguntaba en qué se distingue un auténtico estado de una banda organizada de ladrones. Quien fuese el educador de Nerón, a la vez que mártir de su tiranía, señalaba que el elemento que diferencia estas realidades no es otra cosa sino la presencia de la justicia. Los estados carentes de justicia no son otra cosa que bandas más o menos bien organizadas de ladrones. La afirmación habría de ser repetida por Tácito y por aquel otro estoico que, a la cuestión planteada por el emperador Cómodo que quería conocer la razón por la cual se negaba a reconocer su divinidad imperial, en tanto que no hacía mucho la había reconocido a su padre Marco Aurelio, respondía: "Tal reconocimiento convenía a tu padre (...), quien era un sabio y un ser perfecto, pero no a ti, que eres un tirano y un jefe de bandidos".²

Tal afirmación relativa a la justicia como elemento esencial en la constitución de un verdadero Estado, había de ser repetida por S. Agustín y por diversos pensadores de siglos posteriores. El Dr. de Hipona inserta tal reflexión como punto fundamental en su gran obra "La Ciudad de Dios", al analizar aquello que se entiende como "paz", señalando que ésta reside en "la tranquilidad en el orden". Es así como la paz se distingue por dos elementos de enorme riqueza: ante todo la tranquilidad, la ausencia de violencia. Mas no es suficiente con este elemento, pues el ser humano ha experimentado repetidas veces que tal tranquilidad aparece en regímenes totalitarios, arbitrarios y despóticos. Sin embargo, "la tranquilidad en las calles no significa la tranquilidad de las conciencias".

1 Jefe de Misión. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, San José, Costa Rica.

2 *Cit.* por Joseph Ratzinger en *Un Tourmant pour l'Europe? Diagnostics et Pronostics sur la Situation de l'Eglise et du Monde*, Flammarion/Saint-Augustin, 1996, p. 118.

Se requiere algo más que tranquilidad: se precisa que cada miembro de la sociedad haga aquello que debe, que todos los seres humanos den y reciban todo aquello que les corresponde, no sólo entre ellos y como miembros de una sociedad sino también con relación a la sociedad como tal. Que se realice y conjugue la perfección de cada una de las personas con la perfección de la sociedad, los bienes particulares con el bien común. Mas "el dar a cada quien lo que le corresponde, el dar a cada quien aquello (*ius*) que le es debido", es algo que corresponde a la justicia. Por ello se debe decir que el resultado propio de la justicia es la paz: *Opus iustitia, pax*.

De este modo la justicia, la paz y la existencia misma del Estado se encuentran íntimamente vinculadas.

Ya en nuestros días la justicia, necesaria para la paz y para que exista un verdadero Estado, se encuentra esencialmente vinculada al reconocimiento y efectiva protección de los derechos humanos. Imposible hablar de justicia —por ende de paz, de existencia de un Estado— si los derechos humanos no son debidamente reconocidos y eficazmente protegidos.

En una situación en la que, por el contrario, los derechos humanos no son reconocidos y protegidos, se deberá decir que no sólo no existe paz sino que tal situación revela la existencia de un grupo de bandidos que se han apoderado de las riendas del poder. Puede concluirse que aquellas épocas históricas en las cuales ha triunfado el autoritarismo, la tiranía y el despotismo corresponden a momentos en los cuales sólo existe una apariencia de Estado: cuando un grupo de bandidos tiene en sus manos el poder, son los ciudadanos quienes padecen. Y padecen debido a la ausencia de justicia, a la violación sistemática y estructurada de sus derechos más fundamentales. Pero ésta es una tentación siempre fuerte para quien pretende ejercer el poder político sin ninguna especie de limitación.

II. Los Refugiados y la Ausencia de un Estado de Derecho (Justicia)

2. Cuando los derechos humanos no son reconocidos y respetados, cuando son violentados y negados, aparecen ineludiblemente los refugiados.

Por ello el fenómeno de los refugiados es tan antiguo como aquél de la violencia, de la intolerancia.

Sólo en nuestro siglo se ha procurado remediar tal situación en el contexto de la sociedad internacional organizada, como consecuencia de los horrores cometidos en medio de las grandes conflagraciones mundiales.

Primero en 1921, en el seno de la Sociedad de Naciones, cuando el Dr. Fridtjof Nansen fue nombrado Alto Comisionado para los Refugiados. A él le tocó atender a

los refugiados rusos, turcos y griegos y de otras nacionalidades que requerían de una adecuada protección.

Fallecido en 1930, la obra del Dr. Nansen sería continuada por instituciones como la Oficina Internacional Nansen para los Refugiados, el Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania (1933), el Comité Inter-Gubernamental para los Refugiados (1938), la Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción (UNRRA, 1943), la Organización Internacional para los Refugiados (OIR, 1946) y la Agencia de Naciones Unidas de Socorro y Trabajo para los Refugiados de Palestina y Cercano Oriente (UNRWA, 1950).

Poco después, la Resolución 428 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 14 de diciembre de 1950, establecía el Estatuto de la Oficina de las Naciones Unidas para los Refugiados, la cual inició sus labores el 1o. de enero de 1951.

En el propio Estatuto, en el numeral 1, se especifica que este organismo —el ACNUR—, "actuando bajo la autoridad de la Asamblea General, asumirá la función de proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados (...) y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados".

Se establece así que la tarea o mandato propio del ACNUR reside en la protección de los refugiados. Esta es una tarea esencial para el ACNUR y de la cual no puede claudicar.

Para realizar tal tarea, continúa diciendo el Estatuto, en su número 8, el ACNUR cuenta con diversos medios:

"a) Promoviendo la conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados, vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a los mismos;

b) Promoviendo, mediante acuerdos especiales con los gobiernos, la ejecución de todas las medidas destinadas a mejorar la situación de los refugiados y a reducir el número de los que requieran protección;

c) Asistiendo a los gobiernos y a los particulares en su esfuerzo para fomentar la repatriación voluntaria de los refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales;

d) Promoviendo la admisión de refugiados, sin excluir a los de categoría más desamparada, en los territorios de los Estados;

e) Tratando de obtener que se conceda a los refugiados permiso para trasladar sus haberes y especialmente los necesarios para su reasentamiento;

f) Obteniendo de los gobiernos información acerca del número y la situación de los refugiados que se encuentran en sus territorios;

g) Manteniéndose en contacto permanente con los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales interesadas;

h) Estableciendo contacto, en la forma que juzgue más conveniente, con las organizaciones privadas que se ocupen de cuestiones de refugiados;

i) Facilitando la coordinación de los esfuerzos de las organizaciones privadas que se ocupen del bienestar social de los refugiados".

De este modo el Estatuto establece el mandato del ACNUR y señala los medios con que cuenta para hacerlo.

En cumplimiento del primer medio señalado, el ACNUR elaboró el texto de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que fue aprobado el 28 de julio de 1951 y que entró en vigor el 22 de abril de 1954.

Para modificar la Convención de 1951 y eliminar la llamada "limitación temporal" (por la cual los refugiados lo eran "como consecuencia de acontecimientos ocurridos antes del 1o. de enero de 1951"), el ACNUR propuso el texto del Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados, aprobado el 31 de enero de 1967 y que entró en vigor el 4 de octubre de ese mismo año.

Tanto el Estatuto de la Oficina del ACNUR de 1950 como la Convención de 1951 contienen un concepto de refugiado que tiene gran importancia por no limitar tal concepto a un cierto grupo de nacionales originarios de determinado Estado, sino por mencionar un cierto número de características que constituyen el estatuto propio de los refugiados y que pueden darse independientemente de cualquier nacionalidad.

En efecto, los instrumentos anteriores al Estatuto y a la Convención de 1951 limitaban la aplicación del concepto de refugiado a los nacionales de determinados Estados —y por ello se hablaba de refugiados rusos, turcos, griegos, armenios, o judíos provenientes del Zar, o alemanes, etc.— en tanto la definición de refugiado que aparece en el Estatuto y en la Convención no implica esta limitación: se establece, más bien, un conjunto de notas que no incluyen aquélla de ser nacional de ningún país. En este sentido se puede decir que es una definición universal propuesta por esa sociedad internacional organizada que es la ONU.

3. La definición "clásica" de refugiado aparece en el numeral 6 ii del Estatuto de 1950 —cuando se señala sobre quiénes tienen mandato o competencia el ACNUR—, al igual que en el artículo 1o., número 2, de la Convención de 1951. De acuerdo a esta definición, el refugiado se caracteriza por las siguientes notas constitutivas:

1) Ante todo se trata de un ser humano, de una persona. En este sentido, hablando conforme a derecho, no existen cosas ni animales "refugiados". La tragedia propia de los refugiados es que todos éstos son siempre y necesariamente personas humanas.

2) Estas personas requieren estar fuera de su país de origen, nota que distingue a los refugiados de los desplazados internos: es un sin-sentido técnico hablar de "refugiados internos". Los refugiados y los desplazados internos pueden ser provocados por la misma causa, pero el hecho de haber abandonado el país de origen especifica al grupo de los refugiados y los hace merecedores de la protección internacional. La protección, tal es el elemento que han perdido los refugiados y la tarea propia del ACNUR consiste en proporcionar tal protección.

3) Los refugiados se encuentran fuera de su país de origen a causa de un temor fundado de persecución. La definición no requiere que la persona esté siendo perseguida en su país de origen: basta con que posea un fundado temor de persecución. Y el órgano encargado de decir si una persona es refugiada debe determinar si el temor de persecución que tal persona manifiesta es o no objetivamente fundado.

Esta nota distingue a los refugiados de los migrantes económicos, quienes abandonan su país de origen buscando un trabajo, pero no a causa de un temor fundado de persecución. Es un sin-sentido hablar de "refugiados económicos". Se debe tener cuidado, sin embargo, de no ignorar aquellos casos en los cuales la persecución a una persona se lleva a cabo a través de elementos económicos. Es el caso, por ejemplo, de personas o grupo de personas —periodistas, sindicalistas, profesores, etc.— que no pueden encontrar trabajo en ningún sitio a causa de las ideas políticas que profesan. Se trata de auténticos refugiados.

4) El temor fundado de persecución puede basarse en razones diversas: la raza, la nacionalidad, la religión, la pertenencia a un grupo social determinado o a las ideas políticas.

Esto significa que no todos los refugiados lo son a causa de sus ideas políticas. Grandes partes del mundo de los refugiados lo son a causa de otros elementos.

La raza se encuentra íntimamente vinculada, en ocasiones, a la nacionalidad. Tal es el caso de los refugiados *hutus o tutsis*, de los refugiados serbios o albaneses.

La religión ha sido con frecuencia la causa de la persecución. En América Latina son conocidos, por ejemplo, los refugiados *bahais*, que han salido de su país de origen a causa de la pena de muerte que pende sobre ellos debido a sus creencias religiosas.

El concepto de "grupo social determinado", introducido por la Convención de 1951, es especialmente rico, pues la persecución se puede dirigir a quienes pertenecen a una clase social determinada (p. ej. los calificados como capitalistas o imperialistas), a quienes ejercen una cierta profesión o actividad (p. ej. los periodistas, los políticos, los profesores, los poetas, los filósofos, etc.) o a quienes tienen, por ejemplo, alguna vinculación con quien es perseguido por sus ideas religiosas o políticas: sus familiares, amigos o conocidos.

El temor de persecución debido a ideas políticas, por último, ha sido ampliamente conocida en América Latina y los ejemplos son muy fáciles de mencionar.

Este temor fundado de persecución, que pesa sobre una persona por cualquiera de las razones señaladas, constituye el elemento propio, más específico, de la definición "clásica" de refugiado y lo distingue de aquellos que son víctimas de desastres físicos o naturales, por ejemplo de incendios, de terremotos, de maremotos, de inundaciones, huracanes o tormentas. Las víctimas de desastres naturales no son refugiados, y sobre ellas el ACNUR no tiene ninguna especie de competencia o mandato.

Todos los refugiados son seres humanos, son personas humanas, y todos los refugiados son producidos por seres humanos: tal es la tragedia que implica a este fenómeno.

4. El concepto "clásico" de refugiado se caracteriza por pertenecer a una normativa jurídica "universal": se aplica a todos los países representados en la Asamblea General de la ONU (gracias al Estatuto de 1950) y a todos los países signatarios de la Convención de 1951 (y/o del Protocolo de 1967), los cuales alcanzan hoy día la cifra de 139.

El desarrollo de la definición de refugiado se habría de dar a nivel regional: primero en África y después en América Latina.

Ante todo en África, en la cual jugó un papel decisivo la Resolución 1514 de la Asamblea General, que contiene la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, verdadera "Carta Magna de la Descolonización", como la llama el profesor Adolfo Miaja de la Muela.³

3 A. Miaja de la Muela, *La Emancipación de los Pueblos Coloniales y el Derecho Internacional*, Anales de la Universidad de Valencia, vol. XXXIX. Lección inaugural del curso 1965-1966. Cit. por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, en *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid 1995, p. 58.

Más tarde, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establecen en el artículo 1o. que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social, cultural".

Es la década de la descolonización en África, de la aparición de numerosos nuevos Estados cuyas fronteras fueron establecidas más o menos arbitrariamente. Se trató de un proceso complejo que se realizó frecuentemente en medio de grandes violencias. El resultado de las mismas fueron, como siempre, movimientos masivos de refugiados en busca de protección. De ahí la opción en 1969 de la "Convención de la Organización de la Unidad africana (OUA) por la que se regulan aspectos específicos de problemas de refugiados en África".

La Convención subraya con inquietud "la existencia de un número cada vez mayor de refugiados en África"⁴ y reconoce "que los problemas de los refugiados deben abordarse de manera esencialmente humanitaria para encontrarles solución".⁵ El texto reconoce que la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 son "el instrumento fundamental y universal relativo al estatuto de los refugiados y traduce el profundo interés que los Estados tienen por los refugiados".⁶

La gran aportación de la Convención de la OUA (del mismo año que la Convención Interamericana de Derechos Humanos) es la "ampliación" de la definición de refugiado, que se realiza en el artículo 1o. Éste reproduce en el primer párrafo la definición "clásica", en tanto el párrafo segundo señala: "El término 'refugiado' se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad".

La importancia de esta ampliación sólo puede ser comprendida al conocer los millones de refugiados que, gracias a ella, han sido protegidos.

En América Latina los problemas de suma violencia habrían de ser conocidos a partir de la década de los 70 en América Central. Esta región del mundo se convirtió en una inmensa hoguera que produjo terribles movimientos masivos de refugiados. Se vio entonces la necesidad de ampliar la definición "clásica" y de producir un instrumento regional adecuado para resolver el problema. Tal necesidad se marcó en el

4 Preámbulo, 1.

5 Preámbulo, 2.

6 Preámbulo, 4.

Coloquio organizado en México con los auspicios del ACNUR en mayo de 1981 sobre el Asilo y la Protección Internacional de refugiados en América Latina.

La cuarta conclusión de este Coloquio afirma la necesidad de "extender en América Latina la protección que los instrumentos universales e interamericanos otorgan a refugiados y asilados, a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los derechos humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o parte del país de origen".⁷

Con ese motivo se realizó en 1984 el Coloquio de Cartagena de Indias (Colombia) sobre los refugiados, que adoptó como conclusión la definición "ampliada", que tan útil se habría de revelar para resolver los problemas de refugiados en América Central y después en el resto de América Latina.

El Coloquio reconoce "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".⁸

En la Declaración adoptada al término del Coloquio se establece como primera conclusión la necesidad de "promover dentro de los países de la región la adopción de normas internas que faciliten la aplicación de la Convención y el Protocolo y, si es preciso, que establezcan los procedimientos y recursos internos para la protección de los refugiados".⁹

En lo referente a la "ampliación" del concepto de refugiado, la Declaración reitera que "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 1o., 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".¹⁰

7 Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina, UNAM, México, 1982, pp. 205 y 206.

8 Declaración de Cartagena I, 2o. párrafo.

9 III, 1.

10 III, 3.

5. De manera general se puede decir que un refugiado es una persona que se ha visto obligada a abandonar su país de origen debido a que en él ha perdido la debida protección. Esta protección debe ser dada y garantizada por el Estado al cual pertenece, pero este cuadro es el que no existe en el caso del refugiado. Tal ausencia de protección, por parte del país de origen, provoca que la vida, libertad o integridad del refugiado se encuentre en peligro. La ausencia de protección puede deberse a una situación que afecta directamente al sujeto (temor de persecución) o bien a una situación general en la cual se encuentra (violencia generalizada, violación masiva de derechos humanos, etc.).

Es claro que, en consecuencia, aquello que explica la existencia de los refugiados es la ausencia de justicia en el país de origen, la falta de garantías de los derechos humanos fundamentales, la violación de tales derechos. Para tratar de suplir la falta de protección de la persona humana en su país de origen, fue creado el ACNUR.

Puede uno preguntarse cuál es el contenido básico de la protección internacional. Ésta se integra por diversos elementos:

—El elemento fundamental de la protección internacional, su piedra angular, el principio que sustenta al derecho de los refugiados, es el respeto del principio de no devolución (*non-refoulement*). Este principio se encuentra enunciado en el artículo 33 de la Convención de 1951, que dice: "Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas".

La Convención de la OUA de 1969, al tratar esta materia, se refiere expresamente al rechazo de admisión en la frontera (del país de asilo). Así el artículo 2.3 establece que "nadie puede ser sometido por un Estado miembro a medidas tales como el rechazo de admisión en la frontera, la devolución (*refoulement*) o la expulsión que lo obligarán a retornar o a permanecer en un territorio en el cual su vida, su integridad corporal o su libertad se encontrarían amenazadas por las razones mencionadas en el artículo 1o., párrafos 1 [raza, religión, nacionalidad, ...] y 2 [agresión, ocupación exterior...]".

El contenido del principio de *non-refoulement* ha sido señalado con mayor precisión en la Declaración de Cartagena, la que en la Tercera parte, conclusión quinta, reitera "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*".

La protección contra el *refoulement* es válida para todo refugiado, que sea tal conforme a la definición "clásica" (Convención de 1951) o a la definición "ampliada" (Declaración de Cartagena). Se precisa, además, que esta prohibición de *refoulement* representa la "piedra angular", la columna vertebral, de la protección internacional, y que constituye un "principio" del derecho internacional de los refugiados. Es un principio "imperativo", que, al expresar exigencias fundamentales del bien común (orden público) internacional, es válido para todos los Estados, sean o no firmantes de las convenciones relativas a los refugiados. Y este principio imperativo forma parte del *jus cogens*, lo que significa, de acuerdo con lo establecido por la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, que cualquier acuerdo entre Estados que lo viole, será automáticamente nulo.¹¹

—Para asegurar la protección de los refugiados, el ACNUR debe procurar que los Estados sean parte de los grandes instrumentos convencionales sobre la materia. A ello se refiere la segunda conclusión, parte tercera, de la Declaración de Cartagena, al señalar la necesidad de "propiciar que la ratificación o adhesión a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967, respecto de aquellos Estados que aún no lo han hecho, no vaya acompañada de reservas que limiten el alcance de dichos instrumentos, e invitar a los países que las hayan formulado a que consideren su levantamiento en el más corto plazo".

En América Latina todos los países, a la excepción de Cuba, han ratificado esos grandes instrumentos convencionales sobre refugiados.¹²

—No basta que los países hayan ratificado tales convenciones, pues, aunque con ello han aceptado obligaciones internacionales, también es necesario que produzcan una normativa interna que interiorice el contenido de tales convenciones y establezca procedimientos concretos que faciliten el reconocimiento de las personas refugiadas.

Se debe así establecer cuál es la autoridad encargada de recibir las solicitudes de refugio, quién debe hacer la entrevista a los solicitantes, cuál es el órgano encargado de hacer la elegibilidad de los refugiados, precisar que la decisión debe ser debidamente fundada y motivada, señalar ante qué instancia se puede presentar un recurso en caso de que la decisión primera sea negativa, quién debe dar los papeles de identidad a los refugiados al igual que el documento que les permita viajar, etcétera.

No hacer esto significa dejar a los refugiados en estado de indefensión.

—La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 establecen con toda claridad una serie de obligaciones y de derechos que poseen los refugiados. Esta es precisa-

11 Véase en especial el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Tratados.

12 El último país que lo hizo fue México, el 17 de abril del año 2000.

mente una de las grandes ventajas de estos instrumentos convencionales: precisar las relaciones (de derechos y obligaciones) que existen entre el refugiado y el Estado que le ha brindado protección. En tal señalamiento de derechos y obligaciones reside la protección.

Con el cumplimiento de los derechos y obligaciones enumerados en la Convención de 1951 (y en el Protocolo de 1967) se facilita la "integración" de los refugiados en las comunidades que los han acogido. Tal es una de las soluciones duraderas a su situación, que debe procurarse en tanto no se pueda realizar aquella otra solución que es la idónea: la repatriación voluntaria.

Todo ello entra dentro del mandato del ACNUR. El numeral 1 del Estatuto de 1950 establece que "el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, [...] asumirá la función de proporcionar protección internacional [...] a los refugiados, ... y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, ayudando ... a facilitar la repatriación voluntaria de tales refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales".

El asegurar los derechos de los refugiados, al igual que el precisar sus obligaciones, constituye un elemento fundamental de la protección de los refugiados.

III. Los Refugiados y el Acceso a la Justicia

6. Los refugiados, como hemos visto, son provocados por aquellos Estados que violentan los derechos humanos básicos, en los cuales la justicia no existe, que no garantizan el estado de derecho. Los refugiados se ven precisados a abandonar su país de origen y deben encontrar en el país que les recibe aquello que ansían: protección, reconocimiento y garantía de sus derechos humanos fundamentales, la posibilidad de vivir en el respeto a la justicia y en tranquilidad, es decir, a disfrutar de la paz.

Todas estas realidades, que están íntimamente vinculadas, aparecen en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Vale la pena recordar los primeros párrafos de este documento: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

"Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de *barbarie* ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

"Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...".

Uno de los derechos humanos fundamentales que aparecen mencionados a continuación, es precisamente "el derecho humano a la justicia". En el homenaje realizado no hace mucho al Dr. Héctor Fix Zamudio, en ese entonces Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y uno de los más profundos estudiosos de este derecho, se afirma que "existe la tendencia de comparar la jerarquía y preeminencia de los diferentes derechos que consagra el orden jurídico. Así es frecuente pensar, que el derecho a la vida ocupa el primer plano en la jerarquía normativa y que los demás derechos le siguen en orden de prioridad. El derecho a la vida es naturalmente el fundamento de los demás derechos. De igual manera, así sea adjetivo o procedimental, el derecho de acceso a la justicia es el cimiento de los restantes derechos y garantías. Así como el negar el derecho a la vida es la negación de todos los derechos que una Constitución y las leyes establece, la denegación de justicia, en que pudiera incurrir un órgano del Estado, hace letra muerta las garantías procesales que esa Constitución establece".¹³

El "derecho humano a la justicia" aparece consagrado en dos artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

"Art. 7o.: Todos [los seres humanos] son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley".

"Art. 8o.: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

Al reflexionar sobre la justicia y el derecho humano que a ella se tiene, el autor ya mencionado señala que "la justicia como ideal de una sociedad se puede convertir en aspiración real y efectiva si existe el reconocimiento abstracto y la regulación sustantiva de los derechos, el cauce procesal que permita obtener el reconocimiento y un poder (judicial) que permita declarar y ejecutar tal reconocimiento de derechos. Estamos, por tanto, en presencia de tres diferentes planos, igualmente importantes y relevantes: una adecuada estructura normativa, jerarquizada, bajo principios trascendentes y democráticos que expresen las aspiraciones sociales de una comunidad; un procedimiento idóneo que permita la efectividad del orden jurídico y una organización (jurisdiccional) que opere institucionalmente el marco legal.

¹³ Melgar Adalid, Mario, *El Derecho Humano de Acceso a la Justicia*, en Héctor Fix-Zamudio. *Libere Amicorum*, vol. II, IIDH, San José-Costa Rica, 1998, p. 1039.

"Como puede observarse, la eficiencia del Derecho y su finalidad última, la justicia, requiere de una organización que propicie procedimientos ágiles y expeditos y la efectividad plena de las normas. El derecho de acceso a la justicia requiere de cauces procedimentales y de un sistema de organización (judicial) que así lo garantice".¹⁴

En efecto, los refugiados, resultado de situaciones carentes de justicia y de protección efectiva de derechos humanos, requieren ser protegidos en el país que les ha acogido, protección que significa que sus derechos fundamentales sean respetados, que puedan volver a disfrutar de un estado de derecho, que se beneficien de la justicia.

7. Con todo lo anterior podemos establecer que los grandes instrumentos de las Naciones Unidas —instrumentos convencionales y no convencionales— expresan el ideal de justicia de la humanidad. Eso se observa con claridad en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Con afán de proteger a los desprotegidos (refugiados) se decidió el nombramiento de un Alto Comisionado para los Refugiados (1949), se estableció el Estatuto de la Oficina del ACNUR (1950) y se elaboraron los dos grandes instrumentos convencionales de carácter universal para la protección de los refugiados: la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. A nivel regional se adoptaron otros instrumentos: la Convención de la OUA de 1969 que regula aspectos específicos del problema de refugiados en África y en el Continente Americano, la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969).

Mucho se ha trabajado para que los países se adhieran a los instrumentos convencionales universales y regionales. No basta, sin embargo, que los Estados se adhieran o ratifiquen a tales instrumentos. Es necesario que esas obligaciones libremente asumidas sean internadas en las legislaciones nacionales.

En este sentido es necesario recordar dos grandes principios fundamentales del Derecho de Tratados: (a) *Pacta sunt servanda*, y (b) *Ex consensu advenit vinculum*.

El primero *Pacta sunt servanda*, prescribe la obligatoriedad de los tratados, lo cual ha sido formulado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en los términos siguientes: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe".

Respecto de la entrada en vigor de un tratado para los Estados que lo han ratificado, la norma básica sobre esta materia aparece en el artículo 24.1 de la Convención de

14 *Op. cit.*, pp. 1036-1037.

Viena: "Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores".

La Convención de 1951 trata este tema en su artículo 43:

"1. Esta Convención entrará en vigor 90 días después de la fecha de depósito del sexto instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Respecto a cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después del depósito del sexto instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor 90 días después de la fecha del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o de adhesión".

La Convención de 1951 entró en vigor el 22 de abril de 1954.

El sistema adoptado por el Protocolo de 1967 se enuncia en el artículo 8o.:

"1. El presente Protocolo entrará en vigor en la fecha en que se deposite el sexto instrumento de adhesión.

2. Respecto a cada Estado que se adhiera al Protocolo después del depósito del sexto instrumento de adhesión, el Protocolo entrará en vigor en la fecha del depósito por ese Estado de su instrumento de adhesión".

El Protocolo de 1967 entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

Desde que el tratado entra en vigor, obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.

Si el Estado parte no cumple, automáticamente se genera responsabilidad internacional.

La obligatoriedad en el cumplimiento de un tratado no está sujeta a su internación por parte del Estado parte.

El segundo principio básico del Derecho de Tratados, *Ex consensu advenit vinculum*, significa que el consentimiento del Estado es la base de la obligación jurídica convencional.

Un tratado no puede obligar sin el consentimiento de los Estados contratantes, pero expresado el consentimiento—cualquiera sea la forma que esa manifestación definitiva de voluntad pueda revertir: firma, ratificación, adhesión, aceptación, aprobación, etc. (Art. 11 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de Tratados)—, obliga.

El vínculo, la obligación, nace del consentimiento.

8. Los grandes instrumentos, la normativa internacional, representa el primer plano en la realización de un Estado de Derecho, de una situación en la cual prevalezca la justicia.

El segundo plano, como ya se ha indicado, consiste en el establecimiento de "un proceso idóneo que permita la efectividad del orden jurídico".

Ello implica normas internas que realicen las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

La ausencia de procedimientos concretos para la realización de las obligaciones asumidas por el Estado significará la imposibilidad de realización de la justicia.

Ello manifiesta la gravedad de la ausencia de legislación interna que muchos Estados latinoamericanos, partes de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, revelan. Han asumido obligaciones internacionales, pero no han creado los mecanismos internos para realizarlas.

Es de este modo, por ejemplo, que un peticionario de refugio que llega a ciertos países latinoamericanos (partes de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967) no tiene indicado ante qué autoridad debe someter su petición de reconocimiento como refugiado, no está establecido cuál instancia debe realizar la entrevista ni qué estructura debe decidir la elegibilidad, si se dispone tampoco qué autoridad debe dar documentos de identidad o el documento de viaje previsto por la Convención.

La ausencia de normativa interna (segundo plano requerido para la realización de la justicia) trae como consecuencia la ausencia de órgano que opere institucionalmente el marco legal (tercer plano).

Se permanece en un nivel "abstracto" o "general", sin que existan procedimientos de realización concreta ni organización institucional que haga realidad el ideal de justicia.

9. Por ello tanto el ACNUR como las organizaciones que tratan la materia de refugiados, recomiendan insistentemente a los Estados: (a) que se adhieran o ratifiquen los instrumentos sobre la materia, obviando las reservas que se puedan hacer o se hayan hecho al respecto; (b) que produzcan legislaciones internas en materia de refugiados, que establezcan procedimientos adecuados para brindar una efectiva protección a los mismos; (c) que haya una organización institucional dentro del Estado que permita cumplir con los compromisos contraídos.

Queda después una amplia tarea: capacitar a los funcionarios que deban o puedan tratar con refugiados. Funcionarios de migraciones, de aduanas, funcionarios de diferentes ministerios involucrados con refugiados (Ministerio de Salud, del Interior —o de Gobernación—, de Trabajo, de Educación, etc.), además, lógicamente, de aquellos que formen parte de la instancia que estudie y decida las peticiones de refugio.

El ideal es que no sólo las autoridades del Estado sino toda la sociedad civil se comprometa en la protección de los refugiados: iglesias, ONGs, universidades, medios de comunicación, etcétera.

Es evidente que en este esfuerzo de capacitación la colaboración del ACNUR con el IIDH juega, en nuestro continente, un papel fundamental. La colaboración que existe ya entre el ACNUR y el IIDH representa una realidad que, debido a los tremendos retos que se presentan en nuestros días, necesita ser profundizada y ampliada.

Es la efectiva protección de esos seres humanos concretos y singulares que son los refugiados, lo que está en juego.