

# Revista

## Temas de Derecho Constitucional

### Corte Constitucional

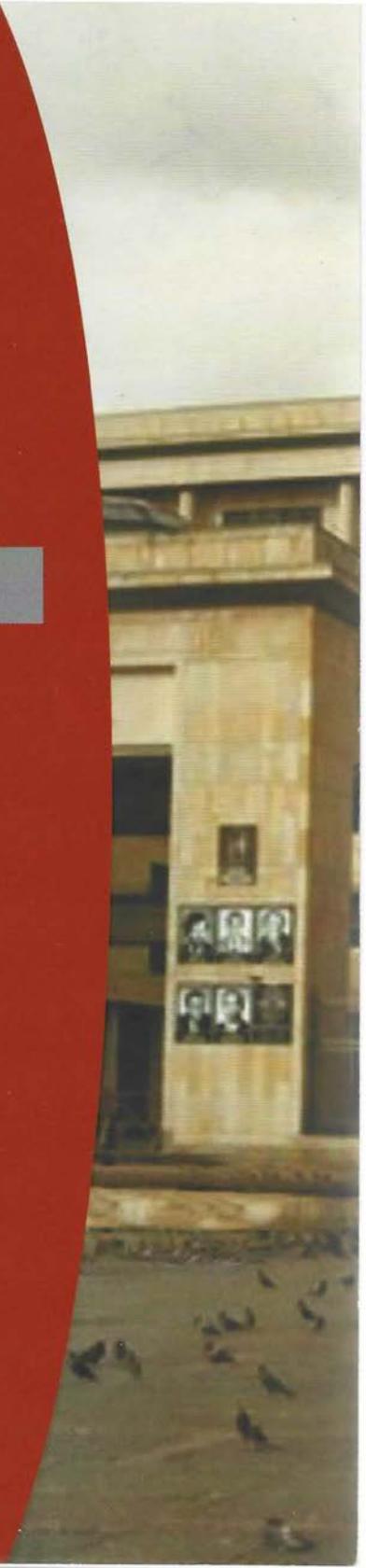
- Migración
- Asilo
- Apatridia



Bogotá

Año 1  
Revista 1  
Diciembre 2019  
ISSN: 2711-1105

1



**Revista**  
Temas de Derecho  
Constitucional

**República de Colombia**  
**Corte Constitucional**

**Revista Temas de Derecho Constitucional**

**Migración**

**Asilo**

**Apatridia**

**Corte Constitucional**  
**Gloria Stella Ortiz Delgado**

Presidenta

**Alberto Rojas Ríos**

Vicepresidente

**Magistrados**

Carlos Bernal Pulido

Diana Fajardo Rivera

Luís Guillermo Guerrero Pérez

Alejandro Linares Cantillo

Antonio José Lizarazo Ocampo

Cristina Pardo Schlesinger

José Fernando Reyes Cuartas

**Gloria Stella Ortiz Delgado**

Directora

**Martha Cecilia Paz**

Coordinadora

**Paola Zuluaga Montaña**

Directora CENDOJ

**Juan Francisco Garavito Suárez**

Jefe de Publicaciones CENDOJ

**Diseño e Impresión**

Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia

2019

# Revista

## Temas de Derecho Constitucional



# ÍNDICE

<b>Presentación</b> .....	13
<b>LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b>	
<b>THE PROHIBITION OF COLLECTIVE EXPULSIONS OF ALIENS BEFORE THE EUROPEAN COURT AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS</b>	
Guillem Cano Palomares .....	15
<b>LA OBLIGATORIEDAD DE LA DEFINICIÓN DE REFUGIADO DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA EN EL DERECHO INTERNACIONAL</b>	
<b>THE TERM REFUGEE FROM THE DECLARATION OF CARTAGENA IN INTERNATIONAL LAW</b>	
Juan Ignacio Mondelli.....	27
<b>ASILO: ¿DERECHO HUMANO O PRERROGATIVA DEL ESTADO?</b>	
<b>ASYLUM: ¿HUMAN RIGHT OR STATE PREROGATIVE?</b>	
Elisa Ortega Velazquez.....	55
<b>EL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA Y LOS NUDOS CRÍTICOS PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA DE MOVILIDAD HUMANA</b>	
<b>EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE AND CRITICAL ISSUES FOR THE CONVENTIONALITY CONTROL IN THE FIELD OF HUMAN MOBILITY</b>	
Romina I. Sijniensky .....	83
<b>LO STRANIERO COME “OSPITE”: RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO ITALIANO .....</b>	
<b>THE MIGRANT AS GUEST: CONSIDERATIONS STARTING FROM THE ITALIAN CASE</b>	
Emanuele Rossi- Francesca Biondi Dal Monte.....	105
<b>NIÑOS SIN PATRIA: LA REALIDAD DE LOS HIJOS DE MIGRANTES VENEZOLANOS, NACIDOS EN COLOMBIA</b>	
<b>STATELESS CHILDREN: CHILDREN’S REALITY OF VENEZUELAN MIGRANTS, BORN IN COLOMBIA</b>	
Ana María Moreno Sáchica .....	127
<b>THE PROVISION OF ASYLUM AS A PEACE MECHANISM AND RECENT CHALLENGES WITHIN ASYLUM CASE PROCESSING OF VENEZUELAN APPLICANTS IN CANADA AND THE UNITED STATES</b>	



# La obligatoriedad de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en el derecho internacional

## The term refugee from the Declaration of Cartagena in international law.

Juan Ignacio Mondelli<sup>1</sup>

### RESUMEN

El artículo busca explicar los alcances de la definición de “refugiado” prevista en la Declaración de Cartagena, su impacto en el derecho internacional y las distintas perspectivas de los países Latinoamericanos en torno a ello.

### ABSTRACT

The article seeks to explain the scope of the definition of “refugee” provided in the Cartagena Declaration, its impact on international law and the different perspectives of Latin American countries around it.

### PALABRAS CLAVE

Refugiado, Derecho Consuetudinario, Corte IDH

### KEY WORDS

Refugee, Common Law, Inter - American Court of Human Rights

---

1 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) Oficina para las Américas. Las opiniones expresadas en este documento son del autor y no reflejan necesariamente las del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o las de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Las posiciones oficiales y documentos y directrices del ACNUR pueden consultarse en [www.acnur.org](http://www.acnur.org)

## 1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la protección internacional es aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos fueron vulnerados o están amenazados en su país de origen, donde la protección no es accesible, no está disponible o no es efectiva (*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, 2014, para. 37*).

En gran medida, el alcance de la protección internacional depende de la definición de refugiado aplicable (legalmente exigible) en el país donde la persona busca asilo. La mayor o menor extensión de la definición, hará que un número mayor o menor de personas logren encontrar protección internacional.

La Convención sobre el Estatuto del Refugiado (1951) y el Protocolo sobre el Estatuto del Refugiado (1967) establecen que una persona refugiada es aquella que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, siendo apátrida y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país de anterior residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En la actualidad, con la sola excepción de Cuba -que no es Estado Parte en ninguno de estos tratados-, todos los países latinoamericanos están obligados a utilizar esta definición de refugiado. Con la excepción de Venezuela, que sólo es Estado Parte en el Protocolo de 1967, todos los países son Estados Partes en la Convención de 1951 y su Protocolo y también han incorporado dicha definición en sus legislaciones internas.

Ahora bien, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)<sup>2</sup> recomendó la adopción de un concepto regional de refugiado que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, considerara también como refugiadas 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. La Declaración no es un tratado internacional, y como tal, no es jurídicamente vinculante para los Estados. Sin embargo, este artículo

---

2 La Declaración de Cartagena fue adoptada por el "Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá", celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, el 22 de noviembre de 1984.

busca demostrar como, en el estado actual del derecho internacional, la definición regional de refugiado se ha convertido en una norma de derecho internacional consuetudinario particular (costumbre regional) y, por tanto, es obligatoria para los países latinoamericanos -salvo Cuba-.

Asimismo, el artículo muestra como, la exigibilidad de la definición regional puede derivarse de la obligación de los Estados de realizar un control de convencionalidad sobre sus leyes y prácticas de asilo, para hacer efectivos los lineamientos de la Corte IDH (OC-21/14 y OC-25/18) que indican que el derecho a buscar y recibir asilo debe entenderse también como referido a la Declaración de Cartagena.

Reconocer la existencia de esta costumbre regional tiene importantes consecuencias prácticas. Los Estados que no incorporaron la definición regional en sus legislaciones internas deberían, no obstante, aplicarla. Además, los países que incorporaron la definición de un modo incompleto (ej. suprimiendo alguna de las situaciones humanitarias referidas en la definición), estarían obligados a evaluar las necesidades de protección de las personas que huyen de tales situaciones. Finalmente, mientras la norma consuetudinaria exista, los Estados no podrían simplemente eliminarla de sus legislaciones con miras a dejar de aplicarla. En definitiva, si se reconoce la existencia de una costumbre regional, la persona que busca protección como refugiada podría ampliar sus perspectivas de obtener asilo. Metodológicamente, el artículo primero revisa la forma en que los tribunales internacionales identifican las normas consuetudinarias. Luego repasa la evidencia que prueba la existencia de la costumbre, y aborda en especial el caso de los países que no incorporaron la definición. Finalmente, revisa los lineamientos de la Corte IDH relativos a la obligatoriedad de la definición regional.

## 2. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

El derecho internacional consuetudinario incluye normas que se consideran *principios de derecho*, cuando tienen un carácter más general, fundamental o evidente (ej. principio de no discriminación). Otras veces, la existencia de una norma consuetudinaria no es tan evidente, y es necesario seguir la *regla técnica* (método) que utilizan los Estados y los tribunales internacionales para probar su existencia (Barberis, 1994, pp. 78-79). El Art. 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) dispone que la Corte debe resolver conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas y aplicar “*la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*”.

La CIJ ha dicho que para verificar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario es necesario cerciorarse de que existe una práctica general de los Estados que es aceptada como derecho (*opinio iuris*)<sup>3</sup>. La Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) reitera este enfoque en la Conclusión N° 2 del Proyecto de Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario (ONU, 2016, para. 83). En

3 North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark). Judgment (International Court of Justice 20 de febrero de 1969); Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). Judgment (International Court of Justice 6 de marzo de 1985); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14; Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening). (International Court of Justice 2 de marzo de 2012).

general, se acepta que una norma de derecho internacional consuetudinario incluye los dos elementos: 1) la práctica común y reiterada (elemento material) y; 2) la *opinio iuris* (elemento psicológico), que es la aceptación de esa práctica como derecho (Moncayo et al., 1987, pp. 82–83). Ninguno de estos elementos forma parte de un procedimiento jurídicamente establecido para crear normas consuetudinarias, sino que se trata de una técnica que los tribunales utilizan para reconocer la existencia de determinada norma (Barberis, 1994, p. 83).

La concurrencia de un solo elemento constitutivo no es suficiente para concluir la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Así, la práctica sin aceptación como derecho (*opinio iuris*), aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante. A la inversa, la opinión acerca de que algo es (o debe ser) derecho, si no cuenta con respaldo en la práctica, es una mera aspiración. Deben darse ambas condiciones a la vez para establecer la existencia de una norma consuetudinaria (ONU, 2016, para. 91), siendo necesario examinar lo que los Estados hacen en realidad y establecer si reconocen una obligación o un derecho de actuar de un modo determinado (ONU, 2016, para. 90).

## 2.1. DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO GENERAL

### 2.1.1. Práctica general

Es principalmente la *práctica de los Estados* la que contribuye a la formación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario<sup>4</sup>. Sin embargo, en algunos casos, la *práctica de las organizaciones internacionales* puede contribuir a la formación o, en su caso, a la expresión de las normas consuetudinarias<sup>5</sup>. La negociación de resoluciones por organizaciones o conferencias internacionales, así como las explicaciones de votos emitidos, son actuaciones que implican a los Estados, al igual que las declaraciones efectuadas por los Estados durante los debates para redactar tales resoluciones. Luego, aunque las resoluciones no sean vinculantes, puede concedérseles cierto valor dependiendo de su contenido, grado de aceptación y de su coherencia con la restante práctica estatal<sup>6</sup>.

En el ámbito del derecho internacional consuetudinario humanitario, se han considerado como prácticas relevantes las declaraciones oficiales del CICR referentes al derecho internacional humanitario, por tratarse de una institución que tiene personalidad jurídica internacional<sup>7</sup>. En sentido análogo, en el ámbito del derecho internacional de refugiados, es importante prestar especial atención a las declaraciones oficiales del ACNUR sobre la definición regional y la Declaración de Cartagena, así como a la práctica

4 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14 párrafo 183.

5 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 83-84; Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion. (International Court of Justice 28 de mayo de 1951).

6 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, trad. Margarita Serrano García, Primera, vol. 1 (Normas) (Buenos Aires, Argentina: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007), XL,XLI.

7 Henckaerts y Doswald-Beck, 1 (Normas):XL.

y opinión de los Estados relativa a la misma. La práctica (elemento material) consiste en una reiteración de *actos* que ocurren en el plano normativo (ej. dictado de una ley o decreto sobre protección de refugiados, emisión de un acto administrativo que reconoce la condición de refugiado a una persona) o de *hechos* (ej. tratamiento como refugiadas a un grupo de personas)<sup>8</sup>. La práctica es “lo que ven los ojos, es la conducta que se da en el mundo de los hechos”<sup>9</sup>.

De acuerdo con la Conclusión N° 6 del Proyecto de Conclusiones de la CDI, la práctica puede revestir una gran variedad de formas. Comprende tanto actos materiales como verbales. A veces, la acción puede consistir exclusivamente en declaraciones<sup>10</sup>.

La práctica estatal consiste en el comportamiento de cualquier órgano estatal, ya sea que ejerza funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole. Lo importante es que el comportamiento sea atribuible al Estado<sup>11</sup>.

Es importante que la práctica debe ser general, es decir, que esté lo suficientemente extendida y sea representativa. Además, debe ser constante, aunque no se requiere que tenga una duración determinada<sup>12</sup>. De acuerdo con el lenguaje utilizado por la CIJ, la práctica debe ser “amplia y virtualmente uniforme”, es decir, debe ser una “práctica establecida”<sup>13</sup>. Esto significa que debe ser seguida por un número lo suficientemente amplio y representativo de Estados.

El umbral exigido para probar la existencia de la práctica variará en cada caso, debiendo evaluarse teniendo en cuenta el contexto. No se requiere que la práctica sea universal, en el sentido de que todos los Estados la hayan seguido. Basta que la sigan los Estados que han tenido oportunidad de aplicar la norma. En este sentido, es importante evaluar la conducta de los Estados que están estrechamente implicados en la actividad en cuestión (ej. países con una gran población de solicitantes de asilo), o que tienen mayores probabilidades de verse afectados por la supuesta norma<sup>14</sup>. Que la práctica sea *constante* significa que cuando los actos en cuestión difieren, sin que pueda distinguirse una clara pauta de comportamiento, no puede concluirse que existe una práctica general<sup>15</sup>. La práctica no debe generar demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias<sup>16</sup>.

Con todo, no es necesario que la práctica sea perfecta. De acuerdo con la CIJ, para el establecimiento de una norma consuetudinaria no es necesario que la práctica se ajuste estrictamente a la norma. Es suficiente con que la práctica sea, en general,

8 Barberis, *Formación del derecho internacional*, 84.

9 Julio Barboza, *Derecho internacional público* (Buenos Aires: Zavalía, 2001), 90.

10 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 100.

11 ONU, 99.

12 ONU, 103-6.

13 *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark)*. Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3 en 74, 77.

14 *North Sea Continental Shelf*, p. 3 en 74.

15 *Fisheries (United Kingdom v. Norway)* (International Court of Justice 18 de diciembre de 1951).

16 *Asylum Case (Colombia v. Peru)* (International Court of Justice 20 de noviembre de 1950).

coherente con la norma<sup>17</sup>. En otras palabras, no hace falta que la práctica sea totalmente constante, basta con que sea casi o sustancialmente uniforme<sup>18</sup>. El requisito de que la práctica sea ininterrumpida y constante no significa que la costumbre no se configura si se evidencia una conducta contraria a la práctica<sup>19</sup>. Con el tiempo, las inconsistencias pueden desaparecer y las desviaciones menores de la práctica colectiva no serán necesariamente fatales<sup>20</sup>.

### 2.1.2. Aceptada como derecho (*opinio iuris*)

El requisito de que la práctica general sea aceptada como derecho (*opinio iuris*) significa que debe responder al convencimiento del Estado acerca de la existencia de una obligación jurídica o de un derecho. Debe distinguirse la práctica aceptada como derecho del simple *uso* o *hábito*. Un Estado puede actuar de un modo determinado por motivos no jurídicos. Si un Estado actúa por mera cortesía, conveniencia o interés político, de la práctica en cuestión no se deriva una norma consuetudinaria.

Suele explicarse que la *opinio iuris* configura el elemento constitutivo *subjetivo* del derecho internacional consuetudinario<sup>21</sup>. Esto se traduce en que la práctica debe ir acompañada de la convicción acerca que el derecho internacional permite, exige o prohíbe determinada conducta. En otros términos, la *opinio iuris* exige demostrar que los Estados han actuado porque consideraron que estaban *jurídicamente obligados o tenían derecho* a actuar como lo hicieron con base en una costumbre internacional. Así, por ejemplo, si un Estado reconoce la condición de refugiada de una persona con base en la definición regional, pero lo hace por simple interés político, de ello no se desprende necesariamente una convicción acerca de que la definición regional existe como obligación jurídica<sup>22</sup>.

No es necesario demostrar que todos los Estados han aceptado como derecho la alegada norma consuetudinaria, basta con que exista una amplia aceptación y escasa o ninguna oposición<sup>23</sup>. En ciertas situaciones “[c]uando hay una práctica suficientemente densa, ésta contiene en general una *opinio iuris*, por lo cual no suele ser necesario demostrar separadamente su existencia. La *opinio iuris* desempeña, en todo caso, un importante papel en algunas situaciones, en las que la práctica es ambigua, a la hora de decidir si se la tiene o no en cuenta para la formación de la costumbre”<sup>24</sup>.

17 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14 en 184.

18 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 105.

19 Barberis, *Formación del derecho internacional*, 90.

20 Association, «Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (as Amended at the London Conference)», 23.

21 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 106.

22 Asylum Case (Colombia v. Peru), I.C.J. Reports 1950, p. 266 en 277, 286.

23 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226 (International Court of Justice 1996).

24 Henckaerts y Doswald-Beck, 1 (Normas):XLVI.

Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario, ni servir como prueba concluyente de su existencia y contenido. Sin embargo, puede contribuir a probar el derecho vigente o emergente<sup>25</sup>. En el ámbito del derecho internacional consuetudinario general, suele prestarse especial atención a las resoluciones de la Asamblea General (ONU), como un órgano plenario de participación cuasi universal, que pueden constituir un medio práctico para examinar las opiniones colectivas de sus miembros.

Análogamente, y dado que este artículo justifica la existencia de una costumbre regional de los países latinoamericanos, es importante prestar especial atención a las resoluciones de la Asamblea General de la OEA. Aunque no sean vinculantes las resoluciones tienen cierto “valor normativo”, pues una serie de resoluciones pueden contribuir al surgimiento o a la consolidación de una práctica general que sea aceptada como derecho (*opinio iuris*)<sup>26</sup>.

En cuanto a las decisiones de los tribunales internacionales, en particular las de la CIJ, constituyen un medio auxiliar de determinación acerca de su existencia<sup>27</sup>. Por otro lado, de acuerdo con el Art. 38.1.d) del Estatuto de la CIJ, la doctrina de los juristas de mayor competencia pueden ser un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario<sup>28</sup>.

## 2.2. Derecho internacional consuetudinario particular

La jurisprudencia de la CIJ reconoce la existencia de normas de un derecho internacional consuetudinario particular<sup>29</sup> que se aplica entre un número limitado de Estados. La norma consuetudinaria particular puede ser regional, local o de otra índole, y a veces se la llama “costumbre regional”<sup>30</sup> y “costumbre bilateral”<sup>31</sup>, según el caso. Para determinar la existencia y contenido de la costumbre regional es necesario verificar que existe una práctica general entre los Estados concernidos que es aceptada por ellos como derecho (*opinio iuris*)<sup>32</sup>. Es decir, se utiliza la misma regla técnica aplicable al derecho internacional consuetudinario general, pero con una importante diferencia.

De acuerdo con la CIJ, el Estado que alega una costumbre de este tipo debe demostrar que la costumbre se ha establecido de tal modo que ha pasado a ser vinculante para el otro Estado. El Estado debe probar que la norma invocada se corresponde con un

25 ONU, 117.

26 ONU, 118.

27 ONU, 120.

28 ONU, 122.

29 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14 párrafo 199.

30 Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment (International Court of Justice 13 de julio de 2009).

31 Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America) (International Court of Justice 27 de agosto de 1952); Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (International Court of Justice 4 de diciembre de 1960).

32 ONU, 127.

uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso es la expresión de un derecho y una obligación de los Estados concernidos<sup>33</sup>.

Así, en el caso del derecho internacional consuetudinario particular, la práctica ha de ser constante *entre los Estados concernidos*, es decir, entre todos los Estados a los que se aplica esa norma. Cada uno de esos Estados debe haber *aceptado* la práctica como derecho aplicable entre ellos. Esto significa que, la regla técnica se aplica con un enfoque más estricto en este ámbito<sup>34</sup>.

(Barboza, 2001, p. 99) sostiene que el consentimiento sería la condición necesaria para la existencia de una costumbre regional, en tanto que para (Conforti and Vinuesa, 1995, p. 69) la costumbre general y la particular son, por definición, un fenómeno de grupo “no descomponible” en relación con cada Estado. Así, no sería necesario indagar o probar que *cada* Estado perteneciente al grupo ha contribuido efectivamente a conformar la norma consuetudinaria en cuestión.

Para (Cassese, 2005, p. 164) se desprende del *Caso de Asilo* que, además de la existencias de los elementos objetivo y subjetivo, la norma consuetudinaria regional debe reunir dos requisitos especiales: 1) debe de ser tácitamente aceptada por todos los Estados concernidos, lo que implicaría una suerte de “acuerdo tácito” y; 2) su existencia debe ser demostrada por el Estado que la invoca (carga de la prueba), con la consecuencia de que si el Estado no supera el umbral exigido para probar su existencia su alegación sobre su existencia debe ser rechazada. (Brownlie, 2003, p. 12) también considera que la prueba acerca de la existencia de una costumbre local o regional exige, a quien propone su existencia, demostrar que “la costumbre se ha establecido de tal modo que ha pasado a ser vinculante para el otro Estado”. En igual sentido se pronuncian (Moncayo et al., 1987, p. 87).

### **3. LA DEFINICIÓN REGIONAL DE REFUGIADO COMO COSTUMBRE REGIONAL: MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN**

#### *A) Legislaciones internas*

Tras la adopción de la Declaración de Cartagena (1984), 15 países de la región adoptaron la definición regional en sus derechos internos (Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay). La incorporación normativa está pendiente en sólo 5 países (Costa Rica, Cuba, Panamá, República Dominicana y Venezuela). Trece países han mantenido la definición regional en sus normativas desde que la incorporaron. Tan solo Colombia y Ecuador la retiraron de su derecho interno por un breve período de tiempo, para luego reincorporarla. Ecuador incorporó la definición regional en 1987 y la retiró entre los años 2012 y 2017. A su vez, Colombia la retiró entre los años 2002 y 2009.

En el Coloquio de Cartagena, 10 países propusieron la utilización de la definición regional (Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela). Bolivia (1983) y Ecuador (1987) fueron los primeros países en

33 *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, I.C.J. Reports 1950, p. 266.

34 ONU, 128.

incorporar la definición en la década del ochenta. Siguiéron Belice (1991), México (1991), Colombia (1995), Brasil (1997) y Argentina (1998) en la década del noventa. Finalmente, Guatemala (2001), El Salvador (2002), Paraguay (2002), Perú (2002), Uruguay (2006), Nicaragua (2008) y Chile (2010) incorporaron la definición durante la pasada década.

Ello muestra que existió una marcada tendencia regional a incorporar la definición en el derecho interno. Además, muestra que, en todos los países -con la sola excepción de Chile-, la definición ha tenido vigencia por más de diez años, existiendo ejemplos de países en las que ha llegado a tenerla por 35 años (ej. Bolivia). Igualmente, debe advertirse que 13 de los países que incorporaron la definición regional lo hicieron mediante leyes formales. Sólo dos países (Colombia y Guatemala) lo hicieron mediante decretos del Poder Ejecutivo. En estos países, la aprobación de leyes y decretos no sólo es evidencia de la práctica estatal, pero también es un fuerte indicador de la *opinio juris* de los países sobre su obligatoriedad.

#### B) *Práctica administrativa: los informes del ACNUR*

Dado que diversas Comisiones Nacionales de refugiados (CONAREs) han entendido -equivocadamente- que el principio de confidencialidad de los procedimientos de asilo es un impedimento para hacer públicas sus decisiones administrativas (incluso si se adoptan salvaguardas de protección de la información personal), suele ser difícil recolectar evidencia sobre la práctica administrativa. Por ello, es especialmente importante revisar lo que ha dicho el ACNUR sobre la práctica de los Estados relativa a la aplicación de la definición<sup>35</sup>.

Ya en 1987, el ACNUR informó a la Asamblea General (ONU) que muchos Estados de la región aplicaban lo dispuesto en la Declaración de Cartagena y que, en algunos países, sus disposiciones habían sido incorporadas a las legislaciones nacionales<sup>36</sup>. En CIREFCA (1989), la Oficina dijo que varios miles de refugiados, en el sentido de la definición regional, habían sido acogidos por los siete países afectados sobre la base de la tradición latinoamericana de asilo, reafirmada por la Declaración de Cartagena. Para el ACNUR, esta práctica estatal se traducía en la concesión de asilo y el respeto del principio de no devolución<sup>37</sup>.

En 1992, ACNUR y PNUD reportaron que la definición regional, como definición adaptada a la realidad centroamericana, había sido aceptada en forma generalizada en Latinoamérica<sup>38</sup>. En 1994, reiteraron que no había duda que la definición regional, en la práctica, era aceptada en toda la región<sup>39</sup>. Ese mismo año, el ACNUR informó a la Asamblea General (ONU) que, tras 10 años de su adopción, “la mayoría de los Estados

35 Ver apartado D)10.

36 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 1987, párr. 50.

37 ONU, «Informe del Secretario General», párr. 43.

38 ACNUR y PNUD, «Ejecución del Plan de Acción Concertado de la Conferencia Internacional Sobre Refugiados y Desplazados Centroamericanos (CIREFCA)», párr. 43-44.

39 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones del documento “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina», párr. 29.

latinoamericanos aplican los principios de la Declaración de Cartagena<sup>40</sup>. Al siguiente año, reiteró esta afirmación incluyendo una referencia a la recientemente adoptada Declaración de San José<sup>41</sup>. Nuevamente, en 1997 el ACNUR reportó que la mayoría de los países de América Latina aplicaban la definición regional<sup>42</sup>, reiterándolo al año siguiente<sup>43</sup>.

En cuanto a la *opinio iuris*, tras la adopción de la Declaración de Cartagena, el ACNUR sostuvo que indudablemente sus conclusiones, incluida la relativa a la ampliación de la definición de refugiado<sup>44</sup>, contribuirían al desarrollo progresivo del derecho internacional de refugiados en Latinoamérica (1985)<sup>45</sup>.

Al conmemorarse el 10° aniversario de la Declaración de Cartagena (1994), el ACNUR dijo que aunque la Declaración no es un instrumento jurídicamente obligatorio, contribuyó al desarrollo y la aceptación de normas consuetudinarias regionales para la protección de los refugiados que huyen de conflictos en América Latina<sup>46</sup>. En el documento de “Evaluación” de CIREFCA (1994), el ACNUR sostuvo que si bien la Declaración de Cartagena no es una Convención y, por lo tanto, “no tiene fuerza vinculante en Latinoamérica”, “el proceso que se ha vivido en la región demuestra que no siempre se necesita la formalidad y la solemnidad de los tratados, para poder poner en práctica un *marco jurídico* efectivo que las partes se comprometan a observar [cursiva agregada]”<sup>47</sup>.

Aunque en varios documentos el ACNUR resalta el carácter no vinculante de la Declaración como tal, la Oficina aún no se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de definición regional como norma consuetudinaria regional. Por el contrario, ha sostenido que la definición regional ha alcanzado una “posición particular” en la región, sobre todo a través de su incorporación en las leyes nacionales (15 países) y su aplicación en la práctica, así como por el hecho que su autoridad fue reafirmada por la Corte IDH (OC-21/14), la Declaración de San José (1994), la Declaración y Plan de Acción de México (2004), la Declaración de Brasilia (2010) y la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014)<sup>48</sup>.

### C) *Jurisprudencia*

Por lo que respecta a la jurisprudencia, en al menos cuatro países (Costa Rica, Colombia, Ecuador y México), distintos tribunales superiores de justicia discutieron la aplicación

40 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 1995, párr. 12.

41 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 1996, párr. 12.

42 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 1998, párr. 110.

43 ACNUR, párr. 117.

44 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 13 de septiembre de 1985, párr. 92 y 100.

45 UNHCR, «Note on International Protection», párr. 51.

46 ACNUR, «Nota sobre protección internacional», 7 de septiembre de 1994, párr. 36 y 42.

47 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), párr. 30.

48 ACNUR, «Directrices sobre Protección Internacional N° 12: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado», párr. 61 y 63.

de la definición regional y recurrieron a la Declaración de Cartagena para justificar sus decisiones.

En el caso de Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional calificó a la Declaración de Cartagena y a la Declaración de San José como instrumentos internacionales de los que emanan ciertos deberes estatales y derechos individuales. Con base en tales instrumentos, la Corte sostuvo que existe un deber estatal de atención prioritaria a los desplazados internos para prevenir que lleguen a convertirse en refugiados<sup>49</sup>. Adicionalmente, la Corte dijo que las Declaraciones integran la nómina de “instrumentos internacionales más relevantes”<sup>50</sup>, reiterando esta jurisprudencia fue reiterada en posteriores casos<sup>51</sup>. Por lo que se refiere propiamente a la definición regional, la Corte Constitucional recurrió a la Declaración de Cartagena para explicar la evolución y ampliación de la definición de refugiado<sup>52</sup>. En otro caso, recordó los principios de protección que aquella contiene, en adición a la definición regional<sup>53</sup>.

En el caso de Ecuador, en 2014 la Corte Constitucional sostuvo que la definición de clásica de refugiado era constitucional sólo si se integraba con la definición regional. La Corte sostuvo que, en materia de protección de refugiados resulta fundamental la Declaración de Cartagena que, a pesar de ser un instrumento no vinculante (por tratarse de una Declaración), contiene innovaciones tales como la ampliación de la definición de refugiado. Recordó, asimismo, que los Arts. 11.3 y 426 de la Constitución establecen la aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en “instrumentos internacionales de derechos humanos”, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución. De esta forma, concluyó que la definición clásica debía integrarse obligatoriamente con la definición<sup>54</sup>.

En México existe una nutrida jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que resolvió en forma plenaria ciertos casos en los que la resolución

49 Colombia, Sentencia T-1161/03. Alberto Ospino Quintero c. Red de Solidaridad Social.

50 Colombia, Sentencia C-715/12. Gustavo Gallón Giraldo y otros.

51 Colombia, Sentencia SU254/13. Acción de tutela instaurada por Carlos Alberto González Garizabalo y otros en contra de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.; Colombia, Sentencia T-595/13. Acción de tutela instaurada por “Matilde” c. Juzgado Único de Menores de Cartagena.; Colombia, Sentencia T-1161/03. Alberto Ospino Quintero c. Red de Solidaridad Social párrafo 6.2.2; Colombia, Sentencia C-166/17. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82 (parcial) de la Ley 1448 de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Leydi Jhoana Dávila Cano. párrafo 9.

52 Colombia, Sentencia T-309/16. Acción de tutela interpuesta por Juan Gabriel Gómez Albarello contra el Instituto Colombiano de Crédito y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) y el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias). párrafo 6.2; Colombia, Sentencia T-459/16. Acción de tutela interpuesta por Juan Carlos Nocua Flórez contra el Departamento para la Prosperidad Social, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, el Sena y las cajas de compensación familiar – Comfanorte y Comfaoriental-. párrafo 5.6; Colombia, Sentencia T-328/17. Acción de tutela interpuesta por Leonel José López contra el Ministerio de Defensa Nacional y otros párrafo 4.2.1.

53 Colombia, Acción de tutela interpuesta por Franklin José Chinchilla Rodríguez y Carla Lorena Rivas Gotopo contra el Ministerio de Relaciones Exteriores.

54 Ecuador, Sentencia 002-14-SIN-CC en 49-52.

impugnada no había aplicado la definición regional<sup>55</sup>. La Sala en Pleno sostuvo que era evidente que la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria tuvo en cuenta los aspectos más relevantes de la Declaración de Cartagena<sup>56</sup>. También dijo, citando la exposición de motivos de la ley, que: 1) la definición ampliada de refugiado se basa en la Declaración de Cartagena; 2) que este instrumento pretendía impulsar disposiciones basadas en las “mejores prácticas internacionales” y que; 3) al establecer una “definición de refugiado integral y completa” se buscaba conciliar los conceptos “derivados de los compromisos internacionales de los Estados Unidos Mexicanos”<sup>57</sup>.

Por lo que respecta a Costa Rica, existe una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema que indica que esta definición es de aplicación obligatoria. Diversas Salas de la Corte ha sostenido que las autoridades responsables de determinar la condición de refugiado deben evaluar su aplicación en las solicitudes que se les presentan.

La Sala Constitucional de la Corte (Sala 4) ha dicho que: 1) la Declaración es *reconocida y reafirmada por la Declaración de San José* y recoge la mejor *tradición latinoamericana* sobre protección de refugiados; 2) la definición de refugiado de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, es ampliada por la *práctica internacional* reconocida por la Declaración; 3) las *reglas* del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados exigen evaluar su aplicación.

A fines de 2003, la Sala Constitucional ordenó suspender la ejecución de una deportación para permitir que una familia pudiera presentar su solicitud de asilo. Sostuvo que las personas podrían encuadrar dentro de la definición internacional de refugiado, “ampliada por la práctica internacional, tal como se ha reconocido en la Declaración de Cartagena”<sup>58</sup>.

En 2005, la Corte sostuvo que el principio de no devolución beneficia tanto a los refugiados en el sentido de la Convención de 1951 como a “las personas cubiertas por la definición regional de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena”<sup>59</sup>.

Ese mismo año, dijo también que la Declaración de Cartagena, “reconocida y reafirmada” en la Declaración de San José, recoge la mejor tradición latinoamericana en materia de protección de refugiados y extiende la definición de refugiado. La Corte hizo lugar a un recurso de *habeas corpus*, indicando expresamente que lo hacía “en aplicación de” la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la Declaración de Cartagena<sup>60</sup>.

55 México, \*\*\* c. Coordinador General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados de la Secretaría de Gobernación. en 6.

56 México, en 53.

57 México, en 49-52.

58 Costa Rica, Sentencia 13067, No. Expediente 03-011363-0007-CO (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional 11 de julio de 2003).

59 Costa Rica, Sentencia 04679, No. Expediente: 05-001673-0007-CO (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional 29 de abril de 2005).

60 Costa Rica, Sentencia 13212, No. Expediente: 05-011872-0007-CO (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional 28 de septiembre de 2005).

En 2014, la Sala Constitucional se refiere a la definición de refugiado como aquella brindada por la Convención de 1951 y la Declaración de Cartagena<sup>61</sup>.

La Sala I de la Corte Suprema también se expidió sobre la aplicabilidad de la definición regional. En 2010, sostuvo que cuando resuelve una solicitud de asilo, la Administración debe proceder con suma cautela y analizar los elementos del caso para cumplir con el fin que persigue la Convención de 1951, la Declaración de Cartagena y la Declaración de San José<sup>62</sup>. En 2012, la Sala I rechazó un recurso porque la persona no precisó concretamente en qué forma resultaba aplicable la definición regional a su solicitud<sup>63</sup>.

#### D) Asamblea General (OEA)

A través de las resoluciones de la Asamblea General (OEA), los países latinoamericanos también han evidenciado la existencia de una práctica estatal de brindar protección a los refugiados con base en la Declaración de Cartagena, así como su visión sobre la vigencia, importancia y aún la validez jurídica de la definición regional (*opinio iuris*).

Entre los años 1985 y 2015, la Asamblea General celebró 31 sesiones ordinarias, adoptando 28 resoluciones sobre refugiados. En 2005, 2013 y 2015 no se aprobaron resoluciones sobre este tema, en tanto que las resoluciones sobre derechos humanos aprobados en 2016, 2017 y 2019 incluyeron breve apartados sobre la protección de los refugiados. Veinticuatro de las treinta resoluciones aprobadas se refirieron expresamente a la Declaración de Cartagena.

Por más de 30 años, la Asamblea General ha venido destacando la *importancia* de la Declaración de Cartagena y poniendo de relieve las manifestaciones de *apoyo de los Estados* a sus principios. La Asamblea ha calificado a la Declaración como una *guía* que orienta la protección de los refugiados en la región, y también sostenido que contiene un verdadero *marco jurídico*.

De igual modo, las resoluciones de la Asamblea han reconocido que, con base en la Declaración, muchos refugiados recibieron protección y asistencia en la región, y que *sus principios han sido aplicados* con resultados positivos en América Latina, especialmente en el contexto de CIREFCA.

Por otro lado, la Asamblea ha recomendado la adopción de normativa interna que tenga en consideración la práctica estatal y *doctrina regional* sobre protección de refugiados. También ha brindado su apoyo a las Declaraciones y Planes de Acción resultantes de los procesos conmemorativos de la Declaración de Cartagena. Así, por ejemplo, la resolución sobre derechos humanos (2016) resaltó la importancia de la Declaración y del Plan de Acción de Brasil, y reafirmó el compromiso de los Estados Partes en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 de “implementar plena y efectivamente

61 Costa Rica, Sentencia 04316, No. Expediente: 140026680007CO (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional 28 de marzo de 2014).

62 Costa Rica, Sentencia 00684, No. Expediente 09-001196-1027-CA (Corte Suprema de Justicia, Sala I 6 de septiembre de 2010).

63 Costa Rica, Sentencia 00349, No. Expediente: 09-002387-1027-CA (Corte Suprema de Justicia, Sala I 14 de marzo de 2012).

las *obligaciones* contenidas en ellos, *así como de la Declaración de Cartagena* [cursiva agregada]”.

#### E) Grulac

Las posiciones del Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) tienen un peso importante en lo referido a la prueba de la costumbre regional, dado que tiene una amplia representatividad y, frecuentemente, sus posiciones son presentadas al Comité Ejecutivo del ACNUR (ExCom).

En sintonía con el contenido de las resoluciones de la Asamblea General (OEA), el GRULAC también ha evidenciado la práctica de los países latinoamericanos de brindar protección con base en la Declaración de Cartagena, y ha sido muy enfático al indicar que la Declaración refleja la visión de estos países (*opinio iuris*).

Habiendo transcurrido sólo 7 años de adoptada la Declaración de Cartagena, el GRULAC presentó al ExCom un documento explicativo de este instrumento. Allí, dijo que, en la práctica, diversos países latinoamericanos observaban los principios de la Declaración y otorgaban el estatuto de refugiado a personas que no calificaban como tales bajo la Convención de 1951. Recordó que la definición regional ampliaba la definición internacional de refugiado y, en definitiva, sostuvo que “[l]as *posiciones y perspectivas de América Latina* en relación con la determinación del estatuto de refugiado se encuentran en la Declaración [cursiva agregada]”<sup>64</sup>.

La posición del GRULAC sobre la definición regional se ha mantenido invariable por más de 25 años. En 2018, cuando Brasil, en representación del GRULAC, informó al Comité Permanente del ExCom sobre la adopción de “Los 100 Puntos de Brasil”, destacó como buena práctica la incorporación de la definición regional en la normativa interna de los países.

#### F) Cirefca

Diecinueve países latinoamericanos participaron de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) (1989): Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Allí, los países adoptaron una “Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos”<sup>65</sup>.

En esta Declaración, los países notaron: 1) la contribución que la Declaración de Cartagena suponía para los países de la región, en tanto les servía de guía y orientación y; 2) la importancia que estos países asignaban al documento sobre “Principios y Criterios” elaborado por el Grupo de Expertos de CIREFCA.

64 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)», párr. 28.

65 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

El documento “Principios y Criterios” resaltó dos aspectos muy importantes. De un lado, dijo que, si bien la Declaración de Cartagena “no constituye un instrumento legal obligatorio para los Estados tiene, no obstante, una importancia fundamental, puesto que refleja *un consenso sobre determinados principios y criterios y ha servido de guía a los Estados* en el tratamiento de los refugiados durante los últimos cinco años [cursiva agregada]”. Del otro lado, el documento afirmó que la Declaración de Cartagena tenía “por vocación consolidar la *costumbre regional* en el tratamiento de los refugiados [cursiva agregada]”<sup>66</sup>.

Pocos años más tarde, en CIREFCA (1994), los países participantes adoptaron una Declaración de Compromisos<sup>67</sup> en la que reiteraron la importancia y validez de los principios recogidos en la Declaración de Cartagena y el documento “Principios y Criterios”. En esta oportunidad, el ACNUR y el PNUD indicaron que no había duda que la definición regional, en la práctica, era aceptada en toda la región<sup>68</sup>.

### G) *Eventos conmemorativos*

Durante el Coloquio de Cartagena, los países participantes no pretendieron adoptar un instrumento jurídicamente vinculante<sup>69</sup>. Sin embargo, las posiciones de los Estados y documentos que emanaron de los eventos conmemorativos que le siguieron en San José (1994), México (2004) y Brasilia (2014), son también evidencia de la práctica y *opinio iuris* de los Estados.

En la Declaración de San José<sup>70</sup>, por ejemplo, los países resaltaron la “influencia” que ejercía la Declaración de Cartagena aún fuera del ámbito centroamericano, así como “la incorporación de algunas de sus disposiciones en normas legales y prácticas administrativas de países latinoamericanos”. También reconocieron la *trascendencia* de la Declaración de Cartagena y la *conveniencia* de recurrir a ella (conclusión 1).

Además, la Declaración de San José reiteró “el *valor de la definición de refugiado* contenida en la Declaración de Cartagena, que (...) ha probado ser un instrumento humanitario eficaz para *apoyar la práctica de los Estados* de extender la protección internacional a personas necesitadas de ella, más allá del ámbito de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 [cursiva agregada]” (conclusión 2)<sup>71</sup>.

66 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en América Latina».

67 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración de compromisos en favor de las poblaciones afectadas tanto por el desarraigo como por los conflictos y la extrema pobreza, en el marco de la consolidación de la paz en Centroamérica».

68 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones del documento “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina», párr. 29.

69 Gros Espiell, «La Declaración de Cartagena como fuente del Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina».

70 Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas.

71 *Ibid.*

Es igualmente significativa la referencia que hace la *Declaración de México* a la contribución de América Latina al desarrollo progresivo del derecho internacional de refugiados, a la actualidad de la Declaración de Cartagena y a su importancia.

En esta línea, el *Plan de Acción de México* advirtió que, dado que la definición regional había sido incluida en la legislación de muchos países, era importante precisar los criterios para su interpretación y sistematizar la práctica estatal y la doctrina. Así, previó la elaboración de un “Manual de Procedimientos y Criterios para la Aplicación de la Definición de Refugiado de la Declaración de Cartagena”<sup>72</sup>. La necesidad de elaborar un Manual sobre la definición evidencia no sólo la aplicación continuada de la definición regional, sino también la importancia que los países le asignaban en el marco de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado.

Finalmente, la *Declaración de Brasil* volvió a resaltar que la definición regional había sido incorporada en las legislaciones internas de la mayoría de los países de América Latina, y reconoció que se requería su aplicación para responder a las necesidades de protección internacional causadas por el crimen organizado transnacional<sup>73</sup>. A su turno, el *Plan de Acción de Brasil* propuso, como parte del Programa “Asilo de Calidad”, continuar avanzando en la aplicación de la definición regional y su incorporación en la normativa interna de los países de la región<sup>74</sup>.

#### H) Comité Ejecutivo del ACNUR (ExCom)

En el marco del ExCom, los Estados Miembros también han subrayado el valor de la Declaración de Cartagena y de la Declaración de San José en varias oportunidades, y resaltado como positivo la realización de los eventos conmemorativos<sup>75</sup>.

En 2005, el ExCom hizo hincapié en el valor de la Declaración de Cartagena en tanto instrumento regional que propuso una definición regional de refugiado que cubre necesidades de protección internacional que trascienden las contempladas en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967<sup>76</sup>.

En línea con ello, ese mismo año, el ExCom se refirió separadamente a la Declaración de Cartagena y el derecho interno de los Estados para determinar los casos en que la integración local puede ser una solución duradera apropiada para las personas refugiadas. Así, el ExCom destacó a la Declaración de Cartagena como un instrumento del que *per se* pueden desprenderse criterios para la protección y soluciones duraderas para los refugiados<sup>77</sup>.

72 Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina.

73 Declaración de Brasil “Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe”.

74 «Plan de acción de Brasil “Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad”» (2014).

75 Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, sobre la protección internacional, 2005, párr. d.

76 Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias.

77 Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, «Integración», Conclusión 104 (LVI), A/AC.96/1021 (2005), a).

### *I) Asamblea General (ONU)*

Aunque ha sido notable la proliferación de resoluciones de la Asamblea General (OEA) que se refirieron a la Declaración de Cartagena, los países latinoamericanos también se ocuparon que la Declaración de Cartagena quedara reflejada en las resoluciones de la Asamblea General (ONU).

En 1987, por ejemplo, la Asamblea General (ONU) tomó nota de los principios contenidos en la Declaración de Cartagena<sup>78</sup>. En 2016, la Asamblea volvió a incluir una referencia en la Declaración de New York<sup>79</sup>, antecedente del Pacto Mundial sobre Refugiados (2018).

### *J) Doctrina especializada*

La doctrina especializada es unánime en reconocer la importancia fundamental de la Declaración de Cartagena como instrumento regional de protección, complementario de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. También es coincidente en destacar el hecho que la definición regional ha sido incorporada en las legislaciones de la mayoría de los países de la región, que los países la han aplicado en la práctica, y que cuenta con un notable aval político luego de haber sido apoyada por la Asamblea General (OEA), el ExCom y en otras instancias internacionales. (Gros Espiell, 1995) y (Ruiz de Santiago, 2005) reconocen que la Declaración de Cartagena como tal, y no sólo la definición regional, ha adquirido el carácter de costumbre regional. (Franco, 1994) y (Franco and Santistevan de Noriega, 2005) parecen respaldar esta posición. (Cançado Trindade, 1995), (Fortin, 2005) y (Murillo González, 2011) no se han abordado el punto, aunque pareciera que el primer experto se inclina por reconocer su valor como costumbre regional. (Corcuera, 2005) es el único experto que expresamente ha dicho que la definición regional no ha adquirido fuerza vinculante como costumbre regional.

En cualquier caso, debe notarse que casi todos los expertos han considerado esta cuestión varios años atrás (2004). Desde entonces, han existido importantes desarrollos normativos (aprobación de leyes), jurisprudenciales (exigibilidad de la definición regional), regionales (ej. resoluciones de la Asamblea General (OEA), jurisprudencia Corte IDH) que no fueron considerados por los expertos, y que refuerza la evidencia hacia el lado de la existencia de la costumbre.

## **4. PAÍSES QUE NO INCORPORARON LA DEFINICIÓN REGIONAL EN SUS LEGISLACIONES**

El hecho que cinco países no hayan incorporado la definición regional en sus legislaciones no se sigue que no hayan contribuido a la formación de la costumbre de una forma significativa. Como se ha visto, los medios de verificación para probar los elementos de la norma consuetudinaria van mucho más allá de la mera legislación interna.

Como se verá, Cuba es el único país que puede arrojar dudas sobre si la costumbre regional le resulta oponible. En el caso de Costa Rica, Panamá, República Dominicana

78 ONU, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas de Centroamérica.

79 ONU, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párr. 66.

y Venezuela, por el contrario, puede sostenerse que han contribuido de modo tal a su formación que la norma consuetudinaria les resulta oponible.

### (1) Costa Rica

Costa Rica fue uno de los diez países de la región que adoptaron la Declaración de Cartagena (1984) y recomendaron la adopción de la definición regional. En 1987, fue uno de los países que auspiciaron el proyecto de resolución sobre refugiados centroamericanos<sup>80</sup>, luego aprobada por la Asamblea General (ONU)<sup>81</sup>, en la que se tomó nota de los principios contenidos en la Declaración.

De igual modo, Costa Rica ha sido uno de los países que presentaron o coauspiciaron varias de las resoluciones de la Asamblea General (OEA) que se refieren a la Declaración de Cartagena y su definición regional.

Además, es innegable que el país ha tenido un notable liderazgo en diversas reuniones regionales relativas a la Declaración de Cartagena, donde la mayoría de las veces estuvo representada por delegaciones de alto nivel.

Costa Rica fue país anfitrión del Coloquio de San José, al conmemorarse el 10º aniversario de la Declaración de Cartagena (1994). El Decreto 23656 (1994) declaró de interés público este evento, cuya meta era “reafirmar los principios de protección contenidos en [la Declaración de Cartagena] y enriquecidos por la práctica de los Estados a lo largo de más de una década”<sup>82</sup>.

Durante este Coloquio, el entonces Presidente de Costa Rica afirmó que la Declaración “surgió para ofrecer un *marco jurídico* internacional adecuado [cursiva agregada]” que permitiera atender mejor el problema de los refugiados, destacó su “valor orientador” y se refirió a ella como un “cuerpo jurídico”<sup>83</sup>.

En este Coloquio, el ACNUR sostuvo que Costa Rica aplicó la definición regional en el marco de procedimientos individuales de determinación de la condición de refugiado y recurrió a la Declaración de Cartagena para asegurar estándares de tratamiento semejantes a los de la Convención de 1951<sup>84</sup>.

Costa Rica, junto con Brasil y México, convocó a los países de América Latina, a conmemorar el 20º aniversario de la Declaración de Cartagena. En este marco, fue el país anfitrión de la reunión consultiva preparatoria de San José, y uno de los 18 Estados que adoptaron la Declaración y Plan de Acción de México (2004). El ACNUR dijo en esta

80 ONU, «Proyecto de resolución: Asistencia a los repatriados, refugiados y personas desplazadas en Centroamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela)».

81 ONU, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas de Centroamérica.

82 Costa Rica, Declara Interés X Aniversario Declaración Cartagena de Indias de 1984.

83 Costa Rica, «Mensaje del Presidente de la República de Costa Rica, Ing. José María Figueres Olsen», en *Memoria Coloquio Internacional - 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, 1a ed. (San José: IIDH - ACNUR, 1995), 41-44.

84 ACNUR, «Documento de Trabajo. Declaración de Cartagena, Diez Años Después.», párr. 5.

ocasión que la definición regional había sido aplicada por Costa Rica en situaciones de afluencia masiva<sup>85</sup>.

De igual modo, Costa Rica adoptó la Declaración de Brasilia (2010), la Declaración y el Plan de Acción de Brasil (2014) y Los 100 Puntos de Brasil (2018). El país participó en CIREFCA (1989) y adoptó la Declaración y Plan de Acción Concertado<sup>86</sup>, donde se destaca la relevancia del documento de “Principios y Criterios”. Asimismo, participó en CIREFCA (1994) y adoptó el documento de Declaración de Compromisos, que reitera la importancia y validez de los principios recogidos por la Declaración y el documento “Principios y Criterios”<sup>87</sup>.

Costa Rica es uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992) el documento sobre la Declaración de Cartagena que destaca el valor de su definición regional<sup>88</sup>. De igual forma, ha apoyado la adopción de otras declaraciones que se refieren a la protección de refugiados y a la Declaración de Cartagena como instrumento regional de protección<sup>89</sup>.

Si bien Costa Rica nunca incorporó la definición regional en su derecho interno, para mostrar cómo ha contribuido a la formación de la costumbre regional, debe considerarse en conjunto la práctica administrativa, la jurisprudencia interna y sus posiciones internacionales pertinentes.

La práctica estatal comprende los actos diplomáticos (ej. ofrecer al país como sede del primer evento conmemorativo de la Declaración de Cartagena), las declaraciones ante organismos internacionales (ej. posición como país miembro del GRULAC ante el ExCom), la toma de posición sobre resoluciones de organizaciones internacionales (ej. presentación o auspicio de resoluciones relevantes ante la ONU y la OEA), las actuaciones verbales (ej. declaración presidencial durante el Coloquio de San José), etc.

Además, según lo reportado por el ACNUR, en el pasado Costa Rica aplicó en la práctica la definición regional. De acuerdo con la CIJ, no es necesario que la práctica estatal sea perfecta<sup>90</sup>. De lo que se trata es que no se generen demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias<sup>91</sup>.

---

85 ACNUR, «Documento de discusión: La situación de los refugiados en América Latina: Protección y soluciones bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984», 27 y notas 44 y 45.

86 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

87 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración de compromisos en favor de las poblaciones afectadas tanto por el desarraigo como por los conflictos y la extrema pobreza, en el marco de la consolidación de la paz en Centroamérica», 2,5.

88 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

89 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

90 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14 en 184.

91 *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, I.C.J. Reports 1950, p. 266.

Finalmente, debe recordarse que la jurisprudencia de los tribunales nacionales puede ser considerada una forma de práctica y, como se vio<sup>92</sup>, existe una jurisprudencia bien establecida de la Corte Suprema indicando que las autoridades deben evaluar la aplicación de la definición regional en el contexto de la determinación de la condición de refugiado.

Si bien podría argumentarse que la posición del poder judicial entra en conflicto con la del Ejecutivo -lo que puede llevar a que no se consolide una práctica-, esta es una cuestión de mérito que debe sopesarse con las demás instancias de la práctica del Estado. En el caso de Costa Rica, como se vio, tanto la práctica administrativa, como las reiteradas posiciones internacionales del Estado -sostenidas a lo largo de los años- no permiten sostener de buena fe que la costumbre le resulta inoponible.

## (2) Cuba

Cuba no es Estado Parte en la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la Convención Americana. No cuenta con una ley especial sobre protección de refugiados. Cuba no participó del Coloquio de Cartagena (1984) y asistió sólo como observador al Coloquio de San José (1994). Participó en CIREFCA (1989), y adoptó la Declaración y Plan de Acción de México (2004), la Declaración de Brasilia (2010) y la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014).

Cuba es uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992) el documento sobre la Declaración de Cartagena y su definición regional<sup>93</sup>.

Dada la falta de acceso a la información y la posibilidad de verificar otros medios relevantes, no es posible constatar respecto de Cuba la existencia de una práctica lo suficientemente densa como para concluir que la norma consuetudinaria le resulta oponible. Aunque existen muy buenas razones para considerar que la norma podría resultarle oponible, el umbral de prueba requerido exige de medios de verificación adicionales para llegar a una conclusión definitiva.

## (3) Panamá

Panamá participó en el Coloquio de Cartagena (1984) y recomendó la adopción de la definición regional. En 1987, junto con Costa Rica, fue uno de los países que respaldó el proyecto de resolución sobre refugiados centroamericanos<sup>94</sup>.

Panamá participó en CIREFCA (1989) y adoptó la Declaración y Plan de Acción Concertado que destaca la relevancia del documento de "Principios y Criterios"<sup>95</sup>.

92 Ver apartado D)2.2(3)

93 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

94 ONU, Acta Resumida de la 56a Sesión.

95 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

También adoptó la Declaración de San José (1994), la Declaración y Plan de Acción de México (2004), la Declaración de Brasilia (2010) y la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014).

Fue uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992) el documento de posición sobre la Declaración de Cartagena que asigna gran valor a la definición regional<sup>96</sup>. De igual forma, apoyó la adopción de otras declaraciones pertinentes<sup>97</sup>. Panamá respaldó el Art. 8 del Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática de la CDI, que incluye una noción de refugiado conforme a los *instrumentos* internacionales aceptados y no sólo sobre la base de la Convención de 1951<sup>98</sup>.

#### (4) República Dominicana

República Dominicana adoptó la Declaración de San José (1994) y la Declaración de Brasilia (2010). También participó como observador en la Reunión de México (2004).

En 1987, junto con Costa Rica, Panamá y Venezuela respaldó el proyecto de resolución sobre refugiados centroamericanos<sup>99</sup>. Participó en CIREFCA (1989) y adoptó la Declaración y Plan de Acción Concertado que destaca la relevancia del documento de "Principios y Criterios"<sup>100</sup>. También fue uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992), el documento de posición sobre la Declaración de Cartagena<sup>101</sup>. De igual modo, apoyó la adopción de otras declaraciones pertinentes<sup>102</sup>.

En 2008, informó en la OEA que estaba considerando la ampliación del concepto de refugiado en línea con la definición regional<sup>103</sup>.

#### (5) Venezuela

Venezuela<sup>104</sup> participó en el Coloquio de Cartagena y recomendó la adopción de la definición regional. En 1987, junto con Costa Rica y Panamá, respaldó el proyecto de resolución sobre refugiados centroamericanos. Participó en CIREFCA (1989) y adoptó la

96 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

97 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

98 Panamá, «Protección diplomática, comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos», 26-27.

99 ONU, Acta Resumida de la 56a Sesión.

100 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

101 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

102 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

103 República Dominicana, «Presentación del Emb. Miguel A. Pichardo Olivier, Subsecretario de Relaciones Exteriores».

104 Representada por el Dr. Luis La Corte, Embajador de Venezuela en Colombia, y la Dra. Edith Márquez. Directora de Asuntos Multilaterales de Política Exterior de la Cancillería.

Declaración y Plan de Acción Concertado que destaca la relevancia del documento de “Principios y Criterios”<sup>105</sup>.

Adoptó la Declaración de San José (1994), la Declaración y Plan de Acción de México (2004), la Declaración de Brasilia (2010) y la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014). De igual forma, apoyó la adopción de otras declaraciones pertinentes<sup>106</sup>.

Fue uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992) el documento de posición sobre la Declaración de Cartagena<sup>107</sup>.

En 2001, Venezuela informó a la CIDH que aplicaba la definición regional<sup>108</sup>. En 2012, suscribió la Declaración de Principios del MERCOSUR, que resalta la importancia de la implementación de la definición regional<sup>109</sup>.

En 2010, como Estado Miembro de la CSM, adoptó una Declaración de Principios Migratorios donde se reafirma el compromiso de los Estados de brindar protección internacional a los refugiados, de acuerdo con la Declaración de Cartagena y el Plan de Acción de México<sup>110</sup>:

## **5. LA OBLIGATORIEDAD DE LA DEFINICIÓN REGIONAL A LA LUZ DE LOS LINEAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Las decisiones de los tribunales internacionales constituyen un medio auxiliar para determinar la existencia de las normas de derecho internacional consuetudinario<sup>111</sup>. Si bien la Corte ha verificado la naturaleza consuetudinaria de diversas normas internacionales e, inclusive, ha destacado el carácter imperativo (*ius cogens*) de algunas de ellas (ej. principio de igualdad ante la ley y no discriminación<sup>112</sup>, prohibición

---

105 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

106 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

107 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

108 San Juan y Manly, «Informe general de la investigación», 38-39.

109 MERCOSUR, Declaración de principios del MERCOSUR sobre protección internacional de refugiados.

110 Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM), Declaración de Principios Migratorios y Lineamientos Generales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones.

111 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 120.

112 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de septiembre de 2003).

de tortura<sup>113</sup>, principio de no devolución<sup>114</sup>), nunca ha verificado si la definición regional configura una costumbre regional.

En esta sección se revisan las opiniones consultivas de la Corte no como medio auxiliar para verificar la costumbre regional, sino para establecer si su fuerza vinculante puede derivarse de la obligatoriedad del control de convencionalidad y de los lineamientos de la Corte sobre el contenido del derecho a buscar y recibir asilo.

### 5.1. El control de convencionalidad

En el caso *Almonacid Arellano*<sup>115</sup>, la Corte IDH dijo que aunque los tribunales domésticos están obligados a aplicar su normativa interna, deben asegurar que el efecto de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes internas contrarias a su objeto y fin:

“[E]l Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>116</sup>.

La Corte repitió este lineamiento en el caso *La Cantuta*<sup>117</sup> y con el tiempo fue precisando la noción de control de convencionalidad. Así, afirmó que: 1) supone *verificar la compatibilidad de las normas y prácticas internas* con la Convención Americana, la jurisprudencia de la Corte y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; 2) es una *obligación* que corresponde a *toda autoridad pública*, dentro del ámbito de sus competencias, y debe hacerse aún *de oficio*<sup>118</sup>; 3) tiene por finalidad suprimir las normas contrarias a la CADH o bien propiciar una interpretación o aplicación de las normas internas conforme a la CADH<sup>119</sup>.

113 Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de octubre de 2008); Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafo 224.

114 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafo 225.

115 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7. Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos & Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, s. f.), 4-5.

116 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).

117 Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de noviembre de 2006).

118 Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2006).

119 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7. Control de Convencionalidad*., 6.

En la OC-21/14, la Corte IDH dejó claro que el control de convencionalidad alcanza a los lineamientos de sus opiniones consultivas<sup>120</sup>. Criterio que reiteró en su OC-24/17<sup>121</sup>.

## 5.2. La definición regional en las opiniones consultivas OC-21/14 y OC-25/18

Para la Corte IDH, el derecho a buscar y recibir asilo, consagrado en la Convención Americana (Art. 22.7) y la Declaración Americana (Art. XXVII), debe referirse tanto a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, como a la definición ampliada de la Declaración de Cartagena (OC-21/14)<sup>122</sup>. Este criterio fue repetido en la opinión consultiva la OC-25/18<sup>123</sup>. En la OC-21/14, la Corte IDH no indagó si la definición regional es una norma consuetudinaria. Sin embargo, justificó su conclusión relativa a su exigibilidad sobre la base del *desarrollo progresivo* del derecho internacional y la regla de interpretación del Art. 29 de la Convención Americana:

“79. (...) los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas *han generado prácticas estatales*, consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a 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. *Atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional*, la Corte considera que las *obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena (...)*” [cursiva agregada].

En la OC-21/14, desde un principio, la Corte IDH dejó claro que seguiría dicho enfoque. Al comienzo de la opinión consultiva, ofreció un concepto de *protección internacional* comprensiva de la “*protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena*”<sup>124</sup>. Además, propuso una definición de refugiado comprensiva de la definición internacional y regional<sup>125</sup>.

120 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafo 31.

121 Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17, No. Serie A No. 24 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2017).

122 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafos 78-79.

123 *(La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).. Opinión Consultiva OC-25/18, 2018)*

124 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafo 37.

125 OC-21/14, 49.

Es importante notar que la Corte IDH encontró el fundamento de la protección internacional (asilo) en la Declaración de Cartagena como tal. Es decir, no la derivó de las legislaciones internas que la incorporaron en el derecho interno:

(...) los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, VII y XXVII de la Declaración Americana, 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y *la definición regional de la Declaración de Cartagena*, conforman el corpus iuris internacional para la protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados *en el continente americano* (...) [cursiva agregada]<sup>126</sup>.

En otras palabras, para la Corte, la exigibilidad de la definición regional se desprende del hecho de que la Declaración de Cartagena es parte del *corpus iuris* aplicable a la protección de los niños, niñas y adolescentes refugiados, y no sólo del hecho de haber sido incorporada en las legislaciones internas de ciertos Estados (principio de legalidad). Es decir que, en términos de exigibilidad, es irrelevante si un Estado incorporó o no la definición regional en su derecho interno, pues el derecho a buscar y recibir asilo se refiere a la definición regional tal y como se consagra en la Declaración de Cartagena. Aunque el alcance de la OC-21/14 se ciñe a la niñez migrante, el lenguaje amplio de las conclusiones de la Corte IDH, ya permitía inferir que la exigibilidad de la definición regional claramente trascendía a la edad del solicitante de asilo (niño o adulto). Lo que luego quedó zanjado con la OC-25/18<sup>127</sup>.

## 6. Conclusiones

En primer lugar, puede afirmarse que, en el estado actual del derecho internacional, la definición regional es obligatoria para Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, dado que ha adquirido el carácter de norma de derecho internacional consuetudinario particular (costumbre regional). Con relación a Cuba, se requiere una mayor indagación de los medios de identificación para demostrar la existencia de la práctica estatal y *opinio iuris*.

En segundo lugar, aún si se sostuviera que la costumbre regional no existe como tal o no es oponible a un determinado Estado, la exigibilidad de la definición regional se desprende también de los lineamientos de la Corte IDH (OC-21/14 y OC-25/18) sobre el contenido del derecho a buscar y recibir asilo -que debe considerarse como referido a la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y a la Declaración de Cartagena- y su jurisprudencia sobre control de convencionalidad.

Ello implica que los órganos administrativos (ej. CONAREs) y judiciales del Estado deben asegurarse de que cualquier práctica interna (ej. no aplicar la definición regional) o interpretación contraria (ej. argumento que la definición regional no es exigible por no

126 OC-21/14, 249.

127 *(La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).. Opinión Consultiva OC-25/18, 2018)*

tener previsión legal), no perjudique la efectiva vigencia del derecho a buscar y recibir asilo.

## 7. Bibliografía

- Barberis, J.A., 1994. Formación del derecho internacional. Ábaco, Buenos Aires.
- Barboza, J., 2001. Derecho internacional público. Zavalia, Buenos Aires.
- Brownlie, I., 2003. Principles of public international law, 6th ed. ed. Oxford University Press, Oxford ; New York.
- Cançado Trindade, A.A., 1995. Los diez años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados. Discurso inaugural del Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, in: Memoria Coloquio Internacional - 10 Años de La Declaración de Cartagena Sobre Refugiados. IIDH - ACNUR, San José, pp. 21-27.
- Cassese, A., 2005. International law, 2nd ed. ed. Oxford University Press, Oxford ; New York.
- Conforti, B., Vinuesa, R.E., 1995. Derecho internacional. Zavalia, Buenos Aires.
- Corcuera, S., 2005. Reflexiones sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena en los procedimientos para la determinación individual de la condición de refugiado, in: Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984 - 2004. ACNUR, San José.
- Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, 2014.
- Fortin, A., 2005. Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration, in: Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984 - 2004. ACNUR, San José, pp. 273-306.
- Franco, L., 1994. Diez años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en América Latina.
- Franco, L., Santistevan de Noriega, J., 2005. La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina, in: Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984 - 2004. ACNUR, San José.
- Gros Espiell, H., 1995. La Declaración de Cartagena como fuente del Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina, in: Memoria Coloquio Internacional - 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. IIDH - ACNUR, San José, pp. 453-470.
- La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).. Opinión Consultiva OC-25/18, 2018.

- Moncayo, G.R., Vinuesa, R.E., Gutiérrez Posse, H.D.T., 1987. Derecho internacional público, 5a reimpresión. ed. Zavalía, Buenos Aires.
- Murillo González, J.C., 2011. El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano, in: La Protección Internacional de Refugiados En Las Américas. ACNUR & ACNUDH, Quito, Ecuador.
- ONU, C. de D.I., 2016. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario (No. A/71/10). New York.
- Ruiz de Santiago, J., 2005. La Declaración de Cartagena: Naturaleza jurídica y trascendencia histórica, in: Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984 - 2004. ACNUR, San José, pp. 307-330.