

## Protección de refugiados en América Latina Buenas prácticas legislativas

Unidad Legal Regional del ACNUR

*Las Américas tienen una antigua y generosa tradición de brindar asilo y protección a quienes los necesitan. El continente ha acogido y protegido a personas de la región y a otras procedentes de todos los rincones del mundo durante décadas. De la mano con esta tradición de hospitalidad está una historia de buenas prácticas que han tenido influencia a nivel mundial. (...)*

*Los avances en los marcos jurídicos, aunque ejemplares, a veces no corresponden con la voluntad y capacidad necesarias en los diferentes niveles del gobierno para implementarlos. Me parece que existe una desconexión en tales situaciones entre el discurso y la práctica. (...)*

*Debemos asegurarnos de que los valores, principios y fuertes tradiciones jurídicas que existen en este continente no sean vanas promesas, sino que estén anclados firmemente en la realidad cotidiana<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Türk, Volker, "Comentarios introductorios", en "Encuentro Internacional sobre Protección de Refugiados, Apatridia y Movimientos Migratorios Mixtos en las Américas: Lanzamiento de las Conmemoraciones del ACNUR en las Américas" (Brasilia, Brasil, 11 de noviembre de 2010), p.1 y p. 3.  
Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8135>.

## Contenido

### Introducción

1. Buena práctica: Definición regional de refugiado.
2. Buena práctica: Edad, género, diversidad.
3. Buena práctica: La legislación nacional prescribe que no se rechazará en frontera al solicitante y que no se le penalizará por entrada o presencia ilegales.
4. Buena práctica: Carácter declarativo de la condición de refugiado.
5. Buena práctica: Derecho de buscar y recibir asilo.
6. Buena práctica: Efectivo derecho de acceder al procedimiento.
7. Buena práctica: Derecho de apelación y debido proceso.
8. Buena práctica: Asistencia legal gratuita al solicitante.
9. Buena práctica: Documentación gratuita o a bajo costo.
10. Buena práctica: Capacitación permanente y acuerdos con instituciones de derechos humanos.
11. Buena práctica: Niños no acompañados.
12. Buena práctica: Expresa disposición a cuyo tenor las víctimas de trata u otras personas especialmente vulnerables tienen derecho a buscar y recibir asilo.
13. Buena práctica: No discriminación por situación migratoria.
14. Buena práctica: No hay plazo para presentar la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.
15. Buena práctica: No comunicación con el país de origen del solicitante.
16. Buena práctica: Participación de la sociedad civil o de la Defensoría del Pueblo en las comisiones para la determinación de la condición de refugiado
17. Buena práctica: Recopilación de precedentes.
18. Buena práctica: Documento de identificación.
19. Buena práctica: Empleo remunerado de los solicitantes.
20. Buena práctica: Empleo remunerado de los refugiados.
21. Buena práctica: Condición migratoria de los refugiados.
22. Buena práctica: El refugiado no pierde esa condición con los cambios de categoría migratoria.
23. Buena práctica: Reconocimiento de diplomas.
24. Buena práctica: No renuncia a la nacionalidad como requisito para la naturalización
25. Buena práctica: Naturalización.
26. Buena práctica: Deportación. Salvaguarda para refugiados.
27. Buenas prácticas en el contexto de la migración mixta.
28. Buena práctica: Protección complementaria y visas humanitarias.
29. Buenas prácticas en materia de víctimas de desastres naturales.
30. Buena práctica: Regulación doméstica del desplazamiento interno.

## **Introducción**

Publicaremos por entregas un narrativo que comenta buenas prácticas legislativas en materia de protección de refugiados en América Latina.

Esta primera entrega comprende Introducción y el narrativo de la primera buena práctica.

Con ocasión de los 30 años de la Declaración de Cartagena, que tendrán lugar el año entrante, la primera buena práctica está dedicada a la definición regional de refugiado.

El propósito es poner progresivamente el narrativo a disposición de las oficinas del ACNUR para que nos señalen omisiones o correcciones.

La Unidad Legal Regional del ACNUR ha compilado ciertas buenas prácticas legislativas en cuanto a protección de refugiados. Figuran en cuadros anexos, que desde ahora publicamos.

Versan sobre disposiciones jurídicas -antes que sobre su efectiva aplicación, lo cual reclamaría un estudio aparte-. Este trabajo comenta y destaca algunas, por estimarlas buenos ejemplos. La compilación no es exhaustiva y en ocasiones los principios generales del derecho y la regulación interna o internacional de los derechos humanos podrían llenar vacíos ante la ausencia de expresas buenas prácticas.

El lector encontrará en cada cuadro anexo enlaces para fácilmente consultar la ley, reglamento o convenio del cual la buena práctica se ha extraído; casi todos lo son a la base de datos legales mantenida por la Unidad Legal Regional del ACNUR (<http://www.acnur.org/t3/recursos/bd> ). Cuando una buena práctica sea nombrada no habrá cita de pie de página sino remisión al cuadro anexo respectivo.

Que en la realidad haya voluntad y medios para cumplir con la ley, no podría asegurarse. Como recuerda Volker Türk en las palabras que encabezan este trabajo, los avances jurídicos a veces no tienen traducción práctica; sin embargo, servirían al menos para pedir cuentas al estado que incumple su propia ley.

Empezaremos con la definición regional de refugiado, acogida por catorce estados (cuadro 1). Pondremos atención solamente a ciertos aspectos jurídicos medulares de esa definición, en particular la desprotección estatal como requisito para calificar como refugiado y la exigencia de que la vida, seguridad o libertad hayan sido amenazadas. Observaremos que la falta de protección estatal, aunque igualmente exigible bajo la

definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>2</sup> (Convención de 1951) y bajo la definición regional, se modula de manera diferenciada: En la definición de la Convención de 1951 los requerimientos son más altos que en la definición regional.

Destacaremos que es buena práctica hoy contar con una definición regional de refugiado; entre otras razones porque es suficientemente flexible para abarcar situaciones novedosas; por ejemplo, puede proteger a las víctimas de las pandillas organizadas o de la violencia generada por el narcotráfico así como a las víctimas de conflictos armados o de violencia generalizada, cuando los estados (debida o indebidamente) consideran que los casos no encajan en la definición de refugiado de la Convención de 1951.

Conforme a la buena práctica legislativa que seguidamente repasaremos, consideraciones de edad, género y diversidad deben “permear todas las etapas del procedimiento administrativo”, “desde el ingreso al país hasta la efectiva integración económica, social, legal y cultural del individuo”, lo proclama el Reglamento costarricense de personas refugiadas (cuadro 2).

Pondremos en relieve la Ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria (2011) y el Reglamento costarricense de Personas refugiadas (2011), que dan apoyo a la diversidad prohibiendo la discriminación por razones de orientación sexual (cuadro 3).

Leeremos también que la primera legislación nacional que instituye el temor fundado de persecución por motivo de género es la panameña de 1998; las últimas, la mexicana de 2011 y la chilena de 2010 (cuadro 4).

El rechazo en frontera y la extradición son consideradas formas de devolución de la persona, según la Ley boliviana de Protección a Personas Refugiadas (2012). El rechazo de un solicitante en frontera o en cualquier puesto de entrada al país contrasta con el principio de no devolución. Es una buena práctica incorporar la prohibición del rechazo en frontera a las legislaciones nacionales (cuadro 5; cuadro 6 para la prohibición de rechazar menores); de lo contrario no faltaría autoridad que sin fundamento lo considerara programático o reservado a la legislación interna.

Nos demoraremos luego en otra buena práctica: Que las leyes nacionales reiteren la disposición de la Convención de 1951 (artículo 31.1) sobre la no penalización por ingreso o presencia ilegales. Certeras disposiciones como las siguientes casi no necesitan comentario:

En Panamá “el ingreso al país de forma ilegal o irregular de una persona que invoque la condición de refugiado **se considerará una acción realizada debido a la necesidad de solicitar y obtener protección**; por lo tanto no será motivo para su rechazo, devolución o deportación antes que se determine su condición” (cuadro 7).

En Uruguay “todo funcionario público, en ejercicio de funciones de control migratorio en un puesto fronterizo de carácter terrestre, marítimo, fluvial o aéreo, se abstendrá de prohibir el ingreso condicional al territorio nacional a toda persona que manifieste su intención de solicitar refugio. Esta disposición se aplicará **aun cuando el solicitante no**

---

<sup>2</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>

**posea la documentación exigible por las disposiciones legales migratorias o ésta sea visiblemente fraudulenta o falsificada”** (cuadro 7).

Desde 1997 la legislación brasileña instituye una excelente práctica seguida por Argentina, Uruguay, Costa Rica, Chile y Ecuador: Los procedimientos penales o administrativos por ingreso ilegal serán suspendidos hasta que se puntualice si el solicitante es identificado como refugiado.

En un mundo de migración mixta, quien defienda a un solicitante acusado de utilizar documentación irregular para buscar protección debe también invocar el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Salta a la vista dos facetas del Protocolo: La represión de las actividades de los traficantes y la protección de quienes son objeto de éstas. Esto último acaso no ha sido suficientemente destacado. Según el Protocolo, los migrantes no están sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo (entre ellas, el tráfico ilícito de migrantes).

Buena práctica, leeremos, es también reiterar en la ley doméstica el carácter declarativo de la condición de refugiado. Con nitidez lo expresa la legislación argentina (cuadro 8): La prohibición de rechazar en frontera a un solicitante, la no discriminación, la no sanción por ingreso ilegal son principios debidos tanto al refugiado reconocido como al solicitante, en razón del carácter declarativo de la condición de refugiado.

Consagrar el derecho de asilo en las constituciones es asimismo buena práctica (cuadro 9): Violar el asilo es también violar la Constitución. Los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometieron a *dictar medidas* judiciales o administrativas cuando por una u otra razón no hay medida legislativa relativa al derecho de asilo. Su obligación está en el artículo 2 de la Convención. Nos extenderemos en que tal es el sentido de la frase “medidas legislativas **o de otro carácter**”, formulación por lo demás usual en los principales tratados sobre derechos humanos.

En la Declaración de Brasilia de 2010 sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, diremos, los gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y la República Bolivariana de Venezuela, reafirman “el derecho de toda persona de **buscar y recibir asilo** y la importancia del derecho a la nacionalidad (...)”.

De poco nos sirve, haremos énfasis, el derecho de asilo -de poco incluso el derecho de no devolución- si los solicitantes están inhibidos de iniciar un proceso para que se les identifique, a saber para que se determine si en efecto son refugiados.

Es difícil no advertir la perspicacia del legislador argentino, según el cual una persona está protegida por el principio de no devolución desde el momento en que esté sometida a la autoridad y control de un funcionario argentino, sin que se exija, desde luego, que esa persona se encuentre en territorio nacional (cuadro 5).

Para vindicar el derecho de acceso al procedimiento administrativo no encontramos, palabra por palabra, una disposición de la Convención de 1951 de la cual aferrarnos. Sí encontraremos una combinación de artículos (una interpretación sistemática) cuyo resultado es afirmar sin restricciones el acceso al procedimiento administrativo.

Estudiaremos diversas aristas del debido proceso –que, como derecho subjetivo, es exigible frente a la administración, la judicatura o cualquier autoridad del Estado-. Leeremos que una buena mayoría de las legislaciones latinoamericanas permite al solicitante apelar la decisión del órgano de determinación de la condición de refugiado.

Hablar de debido proceso nos conducirá al derecho internacional de los derechos humanos. En el preámbulo de la Convención de 1951 los Estados se empeñaron en asegurar a los refugiados el más amplio ejercicio de los derechos humanos que figuran en la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y en la Carta de las Naciones Unidas. Tal es el propósito y objeto de la Convención en 1951.

¿Cuál es su propósito y objeto hoy?

El mismo que en 1951 pero en el ámbito de un derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos más desarrollado y cada vez más integrado: La declaración adoptada el 13 de diciembre 2001 (Ginebra, Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967) reconoce que la Convención de 1951 “establece derechos” de los refugiados, incluyendo derechos humanos. Constatamos entonces que no se trata simplemente de “beneficios” o graciosas concesiones de los estados.

Con relación a la asistencia legal gratuita al solicitante es ejemplar Argentina: En 2011 se firmó un Acuerdo Marco de Cooperación entre el Ministerio Público de Defensa de la República Argentina, la Comisión Nacional para Refugiados (CONARE) y el ACNUR para garantizar la representación legal pública y gratuita de las personas refugiadas y solicitantes de asilo en Argentina (cuadro 11).

La autoridad nicaragüense competente deberá facilitar la accesibilidad de servicios jurídicos gratuitos, leeremos en la respectiva ley. Un memorando de entendimiento entre la *Defensoria Pública da União* y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados prevé en Brasil asegurar la más amplia defensa al refugiado. En Uruguay ha de asignarse asistencia letrada obligatoria a los niños no acompañados. La ley salvadoreña, por su parte, manda brindar asistencia y representación jurídica gratuitas a menores, sin distinción de nacionalidad. Citaremos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: En *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana* (2012) estima que “en casos donde la consecuencia del procedimiento migratorio pueda ser una privación de la libertad de carácter punitivo (...) la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”.

La documentación gratuita o a bajo costo (cuadro 24), está ampliamente establecida en Chile y Bolivia; en otros países se declara la gratuidad del procedimiento, pero no es explícito si ello también abarca los costos de autorizaciones, cambios migratorios y otros procesos.

Para fortalecer las comisiones nacionales de elegibilidad (cuadro 12) el ACNUR ha realizado desde 2002 cursos regionales anuales de derecho internacional de refugiados

(cuadro 13) y ha capacitado a Misiones Permanentes ante la OEA (cuadro 14) en derecho internacional de Refugiados; también ha organizado talleres y cursos nacionales, regionales y subregionales sobre protección de personas de interés del ACNUR. Igualmente son buena práctica en punto a capacitación los acuerdos del ACNUR con instituciones nacionales de Derechos Humanos que se detallan en cuadro 15. En el cuadro 16 figuran estados cuya legislación prevé capacitación en materia de trata.

En cuanto a menores no acompañados subrayaremos en el cuadro 17 las legislaciones argentina y uruguayas así como la buena práctica de los oficiales mexicanos de protección de la infancia.

Carece de importancia, resaltaremos, si la violación de la Convención de los Derechos del Niño ocurre porque tal fue la intención del legislador o porque con independencia de esta última las consecuencias reales terminan por infringirla. ¿Qué hacer si, como es usual, un acto o una norma interna relativa a niños admite varias interpretaciones? Las disposiciones jurídicas pocas veces son unívocas. Si no es claro y distinto el significado de un acto o de una ley ha de interpretárselos conforme al derecho internacional. La administración o la judicatura deben entonces escoger la interpretación que más se adapte a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Las víctimas de trata tienen derecho a buscar y recibir asilo. Expresamente figura esto en legislación guatemalteca de 2009, en la Ley mexicana de Migración de 2011 (con relación a “migrantes y sus familiares”), en una circular por lo que hace a niños no acompañados, y en lineamientos de la Conferencia Regional sobre Migración. En Brasil el recién instituido Comité Estadual para Refugiados y Migrantes del Estado del Paraná determina en su Decreto creador el establecimiento de un mecanismo para identificar y referir víctimas de trata con fundado temor de persecución al Comité Nacional para Refugiados (cuadro 18). Recientemente, Costa Rica creó la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas, a cuyas sesiones ACNUR puede asistir como observador (cuadro 37).

En cuanto a la expresa no discriminación por situación migratoria, además de la legislación uruguaya, argentina ecuatoriana y mexicana y de la propia Constitución ecuatoriana, llamaremos la atención sobre sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la reconocen (*Nadege Dorzema contra R.Dominicana* y *Vélez Loor contra Panamá*) y sobre la Declaración de Brasilia (XI Conferencia Sudamericana sobre Migraciones de 2011 (cuadro 19).

Luego serán examinadas buenas prácticas como la inexistencia de plazo para presentar la solicitud (cuadro 20); la no comunicación con las autoridades del país de origen del solicitante (cuadro 21); la participación de la sociedad civil o del *Ombudsman* en las comisiones para la determinación de la condición de refugiado (cuadro 22); la recopilación de precedentes (cuadro 23); que el documento de identificación no mencione la condición de refugiado de su portador, para evitar discriminación, como sucede en Costa Rica, Perú y Bolivia (cuadro 25); el empleo remunerado de solicitantes (cuadro 26); el empleo remunerado de refugiados (cuadro 27); la asignación a los refugiados de una categoría migratoria estable, eventualmente conducente a la naturalización (cuadro 28); que la condición de refugiado no se pierda con los cambios de categoría migratoria (cuadro 29); que haya facilidades para el

reconocimiento de diplomas, como en Brasil, Argentina, Paraguay México y El Salvador (cuadro 33); la no renuncia a la nacionalidad previa a la naturalización (cuadro 34); que la ley prevea facilidades para la naturalización de los refugiados (cuadro 35).

Buenas prácticas se resaltarán en materia de migración mixta: Entre otras, la organización de la Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas (San José, 2009); la activa participación del ACNUR en foros migratorios regionales o subregionales y en talleres regionales sobre migración extra continental (cuadro 30).

Afectando la migración mixta a los más diversos aspectos de la protección de refugiados, va de suyo que también a ella se refieren cuadros relativos a niños no acompañados, no penalización por entrada ilegal, legislación para prevenir y sancionar la trata y el tráfico de personas (cuadro 37), visas humanitarias (cuadro 32), protección complementaria (cuadro 31)...

Con respecto a la denominada migración extra continental haremos énfasis en que la discriminación por razones de nacionalidad (y no se diga, ¡de etnicidad!) está especialmente vedada por el artículo 3 de la Convención de 1951—disposición respecto de la cual, por cierto, no son dables reservas-.

Un natural del continente americano tiene los mismos derechos y obligaciones que el solicitante del más lejano continente. La atención particular que prestemos a los solicitantes extra continentales será entonces para mejor protegerlos, no para someterlos *de facto* a una condición internacional disminuida.

Buena práctica la de prever formas complementarias de protección (cuadro 31). Estas permiten regularizar la permanencia de personas que no son formalmente reconocidas como refugiadas (ni bajo la Convención de 1951 ni bajo la Declaración de Cartagena) pero cuyo retorno sería contrario a obligaciones generales sobre la no devolución, contenidas en diferentes instrumentos de derechos humanos. Subrayaremos al respecto la ley mexicana de 2011, la nicaragüense de 2011 y la chilena de 2010.

Traslapadas en ocasiones con la protección complementaria, encontraremos la buena práctica de las denominadas visas humanitarias (cuadro 32) a cuyo tenor la administración tiene la potestad de conferir alguna forma de protección o categoría migratoria a personas que no califican como refugiadas ni como beneficiarias de protección complementaria (si ésta es prevista) pero tienen necesidades humanitarias dignas de atenderse.

Señalaremos que buena parte del desplazamiento humano provocado por el cambio climático se ha manifestado con los desastres naturales y ha tenido carácter interno; que señala asimismo el ACNUR cómo “algunos movimientos ocasionados probablemente por el cambio climático, de hecho podrán considerarse dentro del marco del derecho tradicional del refugiado”. Para la protección de víctimas de desastres naturales hay legislación por ejemplo en Argentina y Cuba; no hay normativa en Brasil, México o Venezuela, pero se ha otorgado visas humanitarias a víctimas de desastres como el terremoto haitiano (cuadro 40).

Por último examinaremos la regulación doméstica del desplazamiento interno, como buena práctica (cuadro 41). Perú, Colombia, México y el estado de Chiapas tienen leyes



y decretos al respecto. Ecuador lo ha mencionado en su Constitución. El derecho de los desplazados internos de solicitar y recibir ayuda internacional se proclama en Colombia y Perú. Destacaremos que la Ley para la Prevención y Atención del Desplazamiento Interno en el Estado de Chiapas (2012) y el Reglamento peruano (2005) de la Ley sobre Desplazamientos Internos expresamente incluyen como desplazados internos también a las víctimas de catástrofes naturales.

## 1. Buena práctica: Definición regional de refugiado.

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984:

“(...) 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”<sup>3</sup>

Veinte estados se reunieron en la ciudad de México en 2004 para celebrar el vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984<sup>4</sup> y aprobaron la Declaración y Plan de Acción de México<sup>5</sup>. Catorce de ellos incorporan hoy la definición regional de refugiado a su legislación nacional (cuadro 1).

En la Declaración de 13 de diciembre de 2001 (Ginebra, Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967) declararon unánimemente esos estados que reconocen “la importancia de otros instrumentos de derechos humanos e instrumentos regionales de protección de los refugiados, incluyendo (...) la Declaración de Cartagena de 1984”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada en el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, conclusión tercera. Énfasis agregado.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0008>.

ACNUR, “Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)”, 1a. ed., San José, Costa Rica, EDITORAMA, 2005.

Ver [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=3728](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3728).

<sup>4</sup> Declaración de Cartagena sobre Refugiados, citada.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0008>.

<sup>5</sup> “Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina”, Ciudad de México, 16 de noviembre del 2004. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/3016>.

ACNUR, “Plan de Acción de México: El impacto de la solidaridad Regional” (2007). Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/5484>.

ACNUR, “El Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina Principales avances y desafíos durante el período 2005-2010” (Octubre 2010). Ver <http://www.pamacnur2010.com/>.

<sup>6</sup> Declaración adoptada el 13 de diciembre 2001 en Ginebra en la Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967, Preámbulo 3.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf>.

La Declaración de Cartagena es sumamente comprensiva. La definición regional de refugiado es solo uno de sus componentes. Ha sido escudriñada por especialistas<sup>7</sup>. Por razones de espacio aquí hablaremos solamente de ciertos aspectos jurídicos de la definición regional. Nos concentraremos en ciertos aspectos jurídicos medulares de esa definición, en particular la desprotección estatal como requisito para calificar como refugiado y la exigencia de que la vida, seguridad o libertad hayan sido amenazadas.

En realidad deberíamos hablar de cada una de las catorce definiciones que los legisladores nacionales han ido adoptando inspirándose en la Declaración Cartagena (cuyas diferencias pueden observarse en el cuadro 1), pero por comodidad se seguirá aquí el uso de hablar de “la” definición regional.

Esta última fue adoptada porque había que ampliar la definición que podríamos llamar clásica -la de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951<sup>8</sup>- para responder a una situación novedosa: La afluencia masiva de refugiados en Centroamérica.

Incorporar la definición regional de refugiado a la legislación doméstica es una buena práctica. Enfrentamos también hoy situaciones novedosas:

- A) Las víctimas de diversas formas de violencia originada por actores no estatales<sup>9</sup> -víctimas de pandillas organizadas o de la violencia generada por situaciones ligadas al narcotráfico-<sup>10</sup>

<sup>7</sup> ACNUR, Documento de discusión: “La situación de los refugiados en América Latina: Protección y soluciones duraderas bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984”; Fortín, Antonio, “Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration”; Franco, Leonardo; Santistevan, Jorge, “La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina”; en ACNUR, “Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004), citada.

Ver [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=3728](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3728).

Arboleda, Eduardo, “La Declaración de Cartagena de 1984 y sus semejanzas con la convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969: Una perspectiva comparativa en Derecho Internacional de los Refugiados”, capítulo III. Publicación coordinada por Sandra Namihas, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2184>.

CIREFA, “Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en América Latina”, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1582>.

Franco, Leonardo, (Coord.), “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, ACNUR, IIDH, 2004, p. 143.

Murillo Juan Carlos, Ponencia ante el Seminario Regional de la Asociación Internacional de Jueces de Derecho Internacional de Refugiados San José, Costa Rica, Junio de 2004.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3124.pdf?view=1>.

<sup>8</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, citada. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.

<sup>9</sup> Türk, Volker, “Comentarios Introdutorios”, en “Encuentro Internacional sobre Protección de Refugiados, Apatridia y Movimientos Migratorios Mixtos en las Américas: Lanzamiento de las Conmemoraciones del ACNUR en las Américas”, citada, p. 3.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8135>.

<sup>10</sup> ACNUR, “Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas” (2010):

que los estados (debida o indebidamente) consideran que no encajan en la definición clásica de refugiado.

- B) Las víctimas de conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada u otra de las circunstancias<sup>11</sup> de la Declaración de Cartagena que los estados (debida o indebidamente) no incluyen en la definición clásica de refugiado.

La afluencia masiva de refugiados era novedosa en 1984. La respuesta -definición regional o ampliada- también lo fue. Hoy las dos situaciones novedosas indicadas no necesitan una nueva definición de refugiado; están cubiertas por la definición clásica, si es debidamente interpretada, y por la regional.

Recordaremos que ésta se propone ampliar, no sustituir, la definición clásica. El intérprete examinará así, antes que nada, si el solicitante es refugiado en los términos de la Convención de 1951.

La definición regional ampara a personas que no califican bajo la definición clásica pero necesitan protección internacional porque su vida, seguridad o libertad están amenazadas por conflictos armados, violencia generalizada o las otras circunstancias de la definición regional. En otras regiones una protección en algunos aspectos similar es llamada “subsidiaria” o “complementaria”<sup>12</sup>. Este último término suele reservarse en

---

II, Párrafo 4: “Aunque no existe ninguna definición universalmente reconocida de ‘pandilla’, el término se utiliza comúnmente para designar a un grupo de dos o más personas que se reúnen con el objetivo primario o secundario de cometer actividades delictivas. Para los propósitos de esta Nota, el término “pandilla” se refiere a *grupos de jóvenes que operan principalmente en las calles*, de manera relativamente duradera, para quienes el crimen y la violencia es parte integrante de la identidad del grupo. El término también se utiliza para referirse a *los grupos delictivos organizados* compuestos por individuos para quienes la participación en delitos es para beneficio personal (financiero o de otro tipo) y es su principal “ocupación”. La noción de “pandillas organizadas” también puede incluir una *especie de grupos de vigilantes* involucrados en actividades delictivas. Los miembros de las pandillas típicamente comparten características sociales, culturales y psicológicas. Pueden provenir de sectores marginados de la sociedad, ser de la misma clase socio-económica o estar en un cierto rango de edad. Las pandillas también pueden estar organizadas por razones étnicas, políticas o religiosas”.

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4bf4e2232.pdf>

<sup>11</sup> No se utiliza la palabra “motivos” porque se trata de causas de la huida de la persona o de contexto en el cual la huida tiene lugar.

<sup>12</sup> Mandal, Ruma, “Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (‘Complementary Protection’)”, UNHCR, 2005: Introducción: “Como se señaló anteriormente, la frase ‘protección complementaria’ está asociada esencialmente con las prácticas que se han desarrollado en estados industrializados para proveer protección a los individuos que se han considerado fuera del alcance de la Convención de 1951. Sin embargo, otros estados han escogido brindar protección contra la deportación de las personas que no son considerados refugiados según la Convención de 1951, bajo la interpretación actual que aplica la definición regional de refugiado. Entonces, el término ‘non Convention protection’ es utilizado para abarcar estos dos métodos (protección complementaria y definición regional de refugiado) con el fin de darle protección a los individuos que puedan quedar por fuera de la Convención de 1951. Al hacerlo, es importante notar que la definición regional de refugiado cubre tanto la definición de la Convención, como la de los individuos que no satisfacen el criterio de refugiado de la Convención de 1951. Por tanto, en relación con estas definiciones regionales de refugiado, non-convention protection solo hace referencia a aquellos criterios de elegibilidad que difieren de la definición de refugiado de la Convención de 1951”.

Párrafo 80: “Como la mayoría de los estados africanos son parte de la Convención OUA de 1969, la protección complementaria no se ha presentado en esta región. En cuanto a la aplicación efectiva de definición de refugiado de la OUA, debido a la frecuente utilización de los mecanismos de protección del

Latinoamérica para proteger a víctimas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (México), o bien, como en Nicaragua, a víctimas de violaciones de los derechos humanos en general, de trata en particular (cuadro 31).

Abordaremos ahora, bajo la definición clásica de refugiado, la respuesta a los dos tipos de situaciones novedosas arriba señaladas; luego las examinaremos en el ámbito de la definición regional.

### A) Víctimas de pandillas organizadas (bajo la definición clásica).

Figurémonos una solicitud presentada por una víctima de pandilla organizada. Tenemos que determinar si el estado quiere o puede protegerla y si uno de los motivos de la clásica definición de refugiado es un factor que contribuye a la persecución (nexo causal).

A juicio del ACNUR, “no todas las personas que se ven afectadas de alguna manera por las actividades de las pandillas organizadas califican para la protección internacional. Por ejemplo, normalmente las víctimas de la violencia de las pandillas no serían elegibles para la condición de refugiado **si el Estado fuera capaz o estuviera dispuesto a proporcionar una protección eficaz**”<sup>13</sup>.

Una víctima de pandilla organizada frente a un estado que no la proteja podría ser refugiada según la definición clásica; el nexo causal probablemente sería la pertenencia a determinado grupo social o su opinión política (imputada o no).

No han de esperar las víctimas a que específicamente se las señale. Es patente que podría bastar pertenecer a una categoría de personas cuyas actividades o situación son cuestionadas: Se encuentran particularmente en riesgo quienes se resisten a la actividad de las pandillas; antiguos y actuales miembros de éstas, víctimas y críticos de las políticas y las actividades del Estado contra las pandillas; familiares de los anteriores<sup>14</sup>.

---

grupo, como el reconocimiento a primera vista (*prima facie* recognition), la práctica de las evaluaciones individualizadas es limitada. En América Latina, una vez más la definición regional de refugiados en general ha tornado innecesarios mecanismos separados para la protección contra la devolución sobre la base de criterios adicionales a la Convención de 1951” (énfasis agregado).

Párrafo 120: “¿Exactamente de qué tiene que ser protegido el individuo? ¿Es de la existencia de un conflicto armado interno o internacional en el país de origen? ¿O es necesario demostrar la exposición a un tipo específico de daño si es devuelto allí, como está implícito en la formulación del ACNUR de su propio mandato? El contraste entre estos dos enfoques se ejemplifica en las definiciones de refugiado de la Convención de la OUA y la Declaración de Cartagena. En el primer caso, sólo la naturaleza de las condiciones objetivas en el país de origen parece ser relevante en el marco de los criterios del Artículo I (2). Sin embargo, en la Declaración de Cartagena, una amenaza a la vida, la seguridad o la libertad derivada de las condiciones del país (como los conflictos armados), es necesaria en principio”.

(Traducción libre).

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/435e198d4.pdf>.

<sup>13</sup> ACNUR, “Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas” (2010), V, párrafo 62 (énfasis agregado).

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4bf4e2232.pdf>.

<sup>14</sup> ACNUR, “Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas” (2010), párrafo 3. Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4bf4e2232.pdf>.

## **B) Víctimas de conflictos armados o de violencia generalizada (bajo la definición clásica).**

Los conflictos armados o la violencia generalizada no serán pretexto para rechazar que una persona o un grupo puedan tener temor fundado de persecución. ¡Es difícil concebir un conflicto armado reciente que no fuera motivado o consecuencia de uno de los motivos de persecución de la definición de refugiado<sup>15</sup>!

De forma creciente son usados los conflictos armados como medios de llevar a cabo políticas persecutorias por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política, dice el Comité Ejecutivo del ACNUR<sup>16</sup>.

Así, las víctimas de conflictos o de la violencia generalizada pueden calificar como refugiadas si corren un *riesgo diferenciado* de persecución por alguno de los motivos de la Convención de 1951; por ejemplo, en cuanto al conflicto colombiano hay una serie de grupos particularmente en riesgo:

Antiguos y actuales miembros y partidarios de una de las partes en el conflicto; autoridades gubernamentales locales y regionales; jueces y otras personas involucradas en la administración de justicia; activistas de derechos humanos; periodistas y otros profesionales de los medios de comunicación; dirigentes sindicales; maestros, profesores y estudiantes universitarios; pueblos indígenas y afro colombianos; mujeres con determinados perfiles; niños con determinados perfiles<sup>17</sup>.

## **A) Víctimas de conflictos armados o de violencia generalizada (según la definición regional).**

Ubiquémonos ahora en el ámbito de la definición regional de refugiado. Aplicaremos esta última si el órgano de determinación de la condición de refugiado (ODR) estima que una persona que ha huido de conflicto interno, violencia generalizada u otra de las circunstancias de la Declaración de Cartagena, no reúne todos los requisitos de la definición clásica, en particular si ésta es restringidamente interpretada. Por ejemplo:

A.1) Supongamos que la víctima tiene temor fundado de persecución y que carece de protección estatal. Sin embargo, el ODR estima que falta el nexo causal con alguno o

<sup>15</sup> European Council on Refugees and Exiles (ECRE), "Position on the Interpretation of Article 1 of the Refugee Convention", Setiembre de 2000, párrafo 30. Ver <http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/155.html>.

<sup>16</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión N° 85 (XLIX) 1998, Conclusión general sobre la protección internacional. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0596>. UNHCR, "Note on International Protection" (1994). Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f0a935f2.html>.

<sup>17</sup> Para una exposición de los principales grupos en riesgo, por ejemplo en Colombia y en Somalia: Directrices de elegibilidad del ACNUR para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Colombia (2010), IV B).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8118>.

Directrices de elegibilidad del ACNUR para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Somalia (2010), IV B).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8028>.

alguno de los motivos que figuran en la definición clásica de refugiado; a saber, ni la nacionalidad, ni la raza, ni la religión, ni la opinión política, ni la pertenencia a determinado grupo social son factores que contribuyen a la persecución.

A.2) O bien, figurémonos que a juicio del ODR la víctima no tiene temor fundado de *persecución*, pero sí aprecia que califica bajo la definición regional, ya que ha huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido *amenazadas* por la violencia generalizada u otra de las circunstancias de la definición regional.

## **B) Víctimas de pandillas organizadas (definición regional).**

También resalta la actualidad de la definición regional en supuestos como los siguientes:

B.1) La víctima tiene temor fundado de persecución y carece de protección estatal, pero el ODR puede echar de menos por alguna razón -a menudo una estrecha interpretación de la Convención de 1951- el nexo con un motivo de la definición clásica.

B.2) O bien, el ODR acaso estime que la víctima de pandillas organizadas no tiene temor fundado *de persecución* pero sí que su vida, seguridad o libertad son *amenazadas* por las pandillas.

En las líneas que siguen encontrará el lector consideraciones medulares sobre la falta de protección estatal, como requisito de ambas definiciones; a continuación, algunos cuadros y ejemplos sobre esta cuestión estructural con relación a otros elementos de las definiciones.

Cuando una persona solicita se la reconozca como refugiado y en el país ha sido adoptada una definición ampliada, insistamos en que es primordial precisar si la persona califica como refugiada en los términos de la Convención de 1951:

La definición regional de refugiado, recordemos, tiene como propósito ampliar, no sustituir, la definición clásica:

La definición ofrece aspectos innovadores, ciertamente, pero contiene “los elementos de la Convención de 1951” (así lo establece la Declaración de Cartagena, conclusión tercera<sup>18</sup>)<sup>19</sup>. Tales elementos son aspectos medulares de la Convención de 1951; aquí nos limitamos a uno: La falta de protección estatal.

<sup>18</sup> Declaración de Cartagena, citada, conclusión tercera: “(...) la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que **además de contener los elementos de la Convención de 1951** y el Protocolo de 1967, considere **también** como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas (...)”. Énfasis agregado. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0008>.

<sup>19</sup> Fortin, Antonio, “Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration”, en ACNUR, “Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados”, citada, páginas 285 y 286: “Aunque la definición de Cartagena sólo contiene elementos de inclusión, debe entenderse que las cláusulas de exclusión y cesación de la Convención de 1951 se le incorporan por referencia. Esto resulta del hecho de que la Declaración de Cartagena específicamente señala que la definición recomendada para usar en esta región es una que, además de contener los



Siendo obligación primordial del estado proteger los derechos de los habitantes no cabe eludir la posibilidad de un (serio y escrupuloso) examen de una alternativa interna de protección.

Se preguntará:

¿La exigencia de carencia de protección estatal es similar bajo la definición regional y bajo la definición clásica?

**La falta de protección estatal, aunque igualmente exigible bajo ambas definiciones, se modula diferenciadamente. En la definición clásica<sup>20</sup> los requerimientos son más altos que en la definición regional.**

Adelante. La definición clásica de falta de protección estatal es la siguiente:

La víctima no puede o no quiere acogerse a la protección estatal a raíz de su temor fundado de *persecución*. No es suficiente que la víctima anticipe un peligro para su vida, libertad o seguridad. El temor fundado y la falta de protección estatal deben obedecer a factores estrictamente enumerados, constitutivos de persecución: A causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

Cuando se examina la definición de refugiado suele seguirse los siguientes pasos:

- 1.-Verificar que el solicitante está fuera de su país de origen.
- 2- Evaluación del temor fundado.
- 3- Examen del elemento persecución (abusos o daños graves de los derechos humanos del solicitante, a menudo, pero no siempre, con un elemento sistemático o repetitivo)
4. Examen de los motivos de la Convención de 1951.
5. Examen de la falta de protección.

Se ha debatido si la evaluación del temor fundado y de la falta de protección se realizan conjuntamente; a saber, entonces, si son cuatro o cinco pasos los necesarios para incluir a una persona como refugiada.

Lo importante parece ser que cada uno de los cinco extremos sea analizado, sin que el orden en que se haga sea cuestión de primer orden. En el presente estudio valgan las observaciones siguientes:

---

elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, incluye los otros elementos mencionados arriba".

Ver [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=3728](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3728).

<sup>20</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, citada, artículo 1), A), 2): "(...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre 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, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él."

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.



I. Supongamos que el temor fundado de persecución emana del **estado**.

En este caso el temor fundado de persecución (1) y la falta de protección estatal (2) se examinan **conjuntamente**. Razón: Si la víctima teme fundadamente persecución, es porque se encuentra desprotegida. ¿Qué podría temer si en efecto contara con la protección del Estado?

II. Supongamos que el temor de persecución emana de un **agente no estatal**.

Ahora las cuestiones (1) y (2) se analizan en **momentos diferentes**.

Razón: Debemos hacer dos indagaciones:

- (1) Si hay temor de persecución por parte un agente no estatal, y
- (2) si el estado cumple o no con su deber de proteger.

III. Para efectos de aplicar la idea de una eventual alternativa interna de protección ha de examinarse en distintos momentos la cuestión (1) y la cuestión (2)<sup>21</sup>.

Volquémonos ahora a la falta de protección estatal en la definición regional:

La persona no puede o no quiere valerse de la protección estatal porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas. Basta a la víctima acreditar que *anticipa un peligro* para su vida, seguridad o libertad y que no tiene protección estatal respecto a ese peligro.

Más adelante puntualizaremos. Por amenazas entendamos *ejercicio de fuerza no dirigida a un objeto o individuo determinado, circunstancias objetivas y difusas* causadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que han perturbado gravemente el orden público.

Por sus características estas circunstancias tienden a afectar virtualmente a todas las personas. Aunque no desaparece, la relación entre la huida del solicitante y la violencia generalizada u otra de las circunstancias señaladas en la Declaración de Cartagena se ve muy disminuida si se la compara con las exigencias de la definición clásica.

Por otro lado saltan a la vista las diferencias en cuanto a la desprotección estatal si se compara la persecución (que exige acciones estatales o de agentes no estatales violatorias de derechos humanos) con la amenaza (puesta en peligro) a los derechos fundamentales.

Una primera recapitulación: Hemos visto que la falta de protección estatal se modula de manera diferenciada bajo la definición clásica y bajo la definición regional. Se imponen

---

<sup>21</sup> Una persona acredita que tiene temor fundado de persecución en el lugar X. El estado de asilo debe probar que esa persona gozaría de protección en un lugar Y que contrapesa dicho temor fundado en el lugar X. En esta hipótesis el agente de persecución podría ser una parte del estado (entes locales o regionales en lugar X) y la prueba a cargo del estado de asilo sería mostrar que en un lugar Y *el estado nacional es capaz de contrapesar la desprotección por parte de agentes estatales locales o regionales*. **Ver también las notas de pie de página No. 22 y n. 27.**

ahora distinciones y matices con relación a otros elementos de las definiciones de refugiado que se encuentran en los resúmenes A, B, C y D.

#### RESUMEN A.

##### CONVENCION DE 1951

LA VICTIMA CALIFICA SI EL TEMOR DE PERSECUCION EMANA DE

El estado	Un agente NO estatal
Nexo causal: un motivo de la Convención	Nexo causal: un motivo de la Convención. Carecen de importancia los motivos de la desprotección estatal.
	O bien, no hay nexo causal en cuanto a la actuación del agente no estatal, pero el estado desprotege por un motivo de la Convención.

#### RESUMEN B.

##### CONVENCION DE 1951

LA VICTIMA PODRIA NO CALIFICAR SI EL TEMOR DE PERSECUCION EMANA DE

El estado	Un agente NO estatal
Alternativa interna de protección EN PRINCIPIO excluida. UNICA Y EXCLUSIVAMENTE cabe si la el temor de persecución emana de autoridades estatales regionales, y de ser devuelta, contaría con una alternativa interna de protección (severas cautelas exigidas)	De ser devuelta, contaría con una alternativa interna de protección (severas cautelas exigidas)

#### RESUMEN C.

##### DEFINICION REGIONAL

LA VICTIMA CALIFICA SI/

En el país en cuestión hay violencia generalizada, agresión extranjera, conflicto interno, violación masiva de derechos humanos, circunstancias que perturben gravemente el orden público

Estado origina	Agente no estatal origina
Dichas circunstancias objetivas y difusas que amenazan la vida, seguridad o libertad	Dichas circunstancias objetivas y difusas que amenazan la vida, seguridad y libertad
O bien, el estado persigue <i>pero</i> no es posible establecer un vínculo causal con uno de los motivos de la Convención de 1951	O bien, el agente no estatal persigue <i>pero</i> no es posible establecer un vínculo causal con uno de los motivos de la Convención de 1951.

## RESUMEN D.

DEFINICION REGIONAL  
LA VICTIMA PODRIA NO CALIFICAR

<b>El estado origina</b>	<b>Agente no estatal origina</b>
circunstancias objetivas y difusas que amenazan la vida, seguridad o libertad pero hay alternativa interna de protección (severas cautelas)	circunstancias objetivas y difusas que amenazan la vida, seguridad o libertad pero hay alternativa interna de protección (severas cautelas)

En nuestra somera indagación algunos ejemplos pueden ayudarnos.

1. Supongamos que el temor fundado de persecución por uno de los motivos de la Convención de 1951 emana del estado. No es requisito que la víctima o un grupo de personas similarmente situadas hayan sido *señaladas* por el agente persecutorio.

Por ejemplo antiguos o actuales miembros o partidarios de una de las partes en un conflicto armado corren un *riesgo diferenciado* de persecución; también lo corren quienes son críticos de ciertas actividades del estado contra las pandillas organizadas. No sería válido exigirles acreditar que han sido específicamente *señalados* por el estado.

Es suficiente el *temor* fundado. La persona anticipa que podría ser perseguida en virtud de su situación como partidaria de una de las partes en el conflicto armado o como persona que se resiste a las actividades de pandillas organizadas.

Por mayoría de razón, la víctima calificaría si corre peligro porque el agente de persecución le hubiera individualmente señalado.

2. Supongamos ahora que el temor fundado de persecución por alguno de los motivos de la Convención de 1951 emana de un agente no estatal.

La víctima califica entonces aunque la falta de protección estatal no tenga relación con uno de esos motivos.

Por ejemplo un antiguo partidario de una de las partes en un conflicto armado tiene fundado temor de persecución (en razón de su opinión política o por su pertenencia a determinado grupo social, por ejemplo) por parte de uno de los actores armados y el estado simplemente no puede protegerlo o bien lo desprotege por razones estrictamente personales.

3. Asumamos seguidamente que un actual o presunto partidario de una de las partes en un conflicto armado teme persecución de uno de los actores armados debido a razones estrictamente personales.

Si a esa persona el estado no le ofrece protección porque, en efecto, sostiene una opinión política opuesta a la oficial, la persona califica como refugiada. En este caso, el

temor de persecución por parte de un agente no estatal carece de relación con alguno de los motivos de la Convención de 1951. La víctima califica porque la desprotección estatal, sin embargo, sí está ligada a uno de los motivos de la clásica definición (opinión política).

Otro ejemplo sería el de una persona o grupo de personas que temen persecución por parte de una pandilla organizada por razones ajenas a los motivos de la definición clásica de refugiado; sin embargo el estado se niega a protegerlas porque les imputa una opinión política diferente de la oficial.

Recordemos que cuando el temor de persecución emana de un agente no estatal hay que estudiar en diferentes momentos el temor de persecución y la falta de protección estatal: Debemos hacer dos indagaciones: Si hay temor de persecución, en primer lugar, y, luego, si el estado cumple con su deber de proteger.

4. Se dijo antes que la desprotección estatal es elemento medular de la definición de refugiado. La denominada alternativa interna de protección, siempre que no se la utilice para obstaculizar al solicitante con exigencias que no figuran en la Convención, parte de la idea de que la protección es primordial deber del Estado y que excepcionalmente podría una persona estar desprotegida solamente en cierto lugar del país.

Con una calificada excepción, en principio el temor fundado de persecución por parte del estado excluye de entrada la alternativa interna de protección. Señala la respectiva Directriz del ACNUR que cabe tanto estudiar la cuestión al examinar el temor fundado de persecución como al examinar la protección<sup>22</sup>.

Por lo demás, “cuando el riesgo de persecución emana de entes, órganos o administraciones locales o regionales dentro de un Estado, rara vez será necesario considerar la reubicación potencial, ya que generalmente se asumirá que tales entes locales o regionales derivan su autoridad del Estado. **La posibilidad de reubicación interna sólo será relevante si hay pruebas sólidas de que la autoridad persecuidora no tiene alcance fuera de su propia región** y hay circunstancias particulares que explican la incapacidad del gobierno nacional de contrarrestar el daño localizado [en la zona original de persecución]”<sup>23</sup>

Observaremos estrictos recaudos sobre los cuales dicha Directriz del ACNUR se extiende. Baste aquí lo siguiente: “El concepto de una alternativa de huida interna o reubicación se refiere, por tanto, a una zona específica del país donde no haya riesgo

---

<sup>22</sup> ACNUR, “La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiado” (HCR/GIP/03/04) 2003, párrafo 3: “Algunos han ligado el concepto de huida interna o reubicación, a la cláusula de la definición [de refugiado] relativa a los “fundados temores de ser perseguida”; **otros, a la cláusula donde se habla de la persona que “no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de [su] país”.** Estos enfoques no son necesariamente contradictorios, puesto que la definición consiste en un examen integral de elementos que están relacionados. El cómo se relacionan estos elementos, y la importancia que se le ha de otorgar a uno u otro elemento, necesariamente deberá determinarse en base a los hechos de cada caso individual” (énfasis agregado). Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/47fdfafb0.pdf>. **Ver las notas de pie de página 21 y 27 con relación a la interpretación de la falta de protección estatal.**

<sup>23</sup> ACNUR, “La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 (...), citada, párrafo 14 (énfasis agregado). Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/47fdfafb0.pdf>.

de temores fundados de persecución **y donde, dadas las circunstancias particulares del caso, es razonable esperar que el individuo pueda asentarse y llevar una vida normal.** En consecuencia, si la huida interna o reubicación han de considerarse en el contexto de la determinación de la condición de refugiado, debe identificarse una zona en particular, así como dar al solicitante una oportunidad apropiada para pronunciarse al respecto<sup>24</sup>.

La directriz del ACNUR mantiene que “quien tome la decisión asumirá la carga de la prueba de establecer que un análisis sobre reubicación es pertinente al caso en particular. De considerarse pertinente, dependerá de la parte que así lo afirme identificar la zona propuesta de reubicación y **brindar pruebas** que establezcan que es una alternativa razonable para el individuo en cuestión”<sup>25</sup>.

La alternativa interna de protección no se examinará en un procedimiento acelerado. Se le proporcionará un tratamiento *análogo* a la aplicación de una cláusula de exclusión<sup>26</sup>.

Ante todo, el órgano de determinación de la condición de refugiado (ODR) indagará si la víctima tiene fundado temor de persecución en el sitio X. Asumamos que lo tiene. Es de seguido carga del ODR probar lo siguiente: Hay “motivos fundados” para estimar que, de volver al país de origen, la víctima encontraría protección estatal adecuada que contrapesa en un lugar Y el temor fundado de persecución en el lugar X<sup>27</sup>. Van de suyo, por analogía, las cautelas inherentes a la aplicación de una cláusula de exclusión (interpretación restrictiva, proporcionalidad, análisis caso por caso).

Más arriba se dijo que ha sido debatido si la evaluación del temor fundado y de la falta de protección debe realizarse conjuntamente; a saber, entonces, si se recomienda cuatro o cinco pasos para determinar si incluimos a una persona como refugiada. Lo importante parece ser, también se dijo, que cada uno de los cinco extremos sea sopesado.

<sup>24</sup> ACNUR, “La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 (...)”, citada párrafo 6. Énfasis agregado. Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/47fdfaf0.pdf>.

<sup>25</sup> ACNUR, “La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 (...)”, citada, párrafo 34. Énfasis agregado

<sup>26</sup> Hathaway, James; Foster, Michelle, “La alternativa de huida, reubicación o protección interna como un aspecto para determinar la condición de refugiado”, en Feller, Erika; Türk, Volker (ed.), “Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional. Consultas Globales sobre Protección Internacional”, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, pp. 418 y siguientes “IV: La lógica de cambiar a la alternativa interna de protección”. Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4ccac1a32.pdf>.

<sup>27</sup> Hathaway, James; Foster, Michelle, “Internal protection/relocation/flight alternative as an aspect of refugee status determination”, citada, p. 400 y siguientes.

Convengamos en que la víctima huye del lugar X porque teme fundadamente persecución. La víctima solicita asilo. Una vez que prima facie se determina su temor fundado de persecución en el lugar X, la administración examina si, de ser devuelta al lugar Y encontraría protección estatal. La víctima podría estar expuesta en el lugar Y a amenazas generalizadas a su vida o libertad por causa de la violencia. **Aunque esas amenazas no constituyeran “persecución” la persona no podría ser excluida como refugiada**, puesto que la razón para que huyera del lugar X es un temor fundado de persecución. Recuérdese que la persona bajo consideración ya satisfizo el criterio de temor fundado de persecución en el lugar X. Con respecto al lugar Y bastan las amenazas generalizadas para que se excluya la aplicación de la alternativa interna de protección. Ver más arriba notas de pie de página n. 21 y 22.

El orden de los factores no altera el producto: Es indiferente que el esbozado examen de la alternativa interna de protección se realice al momento de abordar el paso 5 (falta de protección estatal) o bien como un paso adicional: Lo que importa es que las exigencias de la directriz del ACNUR se respeten, en particular que el ODC *pruebe* que en una determinada zona del país de origen es razonable esperar que el individuo *pueda asentarse y llevar una vida normal*.

5. La víctima no califica si es perseguida por un agente no estatal en el lugar X pero el ODR prueba que hay una alternativa interna de protección en el lugar Y, todo con las cautelas del caso.

Advertimos antes que de la definición regional nos retendrían dos aspectos: La desprotección estatal como requisito medular, y la exigencia de que la vida, seguridad o libertad del solicitante estuvieran amenazadas.

Es hora entonces de precisar la noción de “amenazas” en la definición regional; luego, la posibilidad de una alternativa interna de protección, también en el ámbito de aquella.

Como sabemos, la vida, libertad o seguridad deben estar “amenazadas”. La palabra “amenazas” merece aclaraciones. La Declaración de Cartagena se aleja tanto de la convención regional africana (la cual carece de referencia a amenazas a la vida u otros derechos) como del temor fundado de persecución propio de la Convención de 1951.

#### Definición regional africana:

Es refugiado quien se ha visto obligado a abandonar su residencia habitual para buscar “refugio” en otro país a causa de agresión exterior, ocupación o dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público<sup>28</sup>.

#### Amenazas (definición regional latinoamericana):

Las legislaciones latinoamericanas se alejan de la definición de refugiado de la Convención africana<sup>29</sup> en cuanto exigen que la vida, la libertad o la libertad del solicitante hayan sido *amenazadas*<sup>30</sup>. En las legislaciones de Perú, Brasil y Belice, a

<sup>28</sup> [Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África \(1969\)](#), artículo 1. 2: “El término ‘refugiado’ se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el Orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1270.pdf?view=1>.

<sup>29</sup> Una opinión diferente es por ejemplo la de Arboleda, Eduardo, “La Declaración de Cartagena de 1984 y sus semejanzas con la convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969: Una perspectiva comparativa en Derecho Internacional de los Refugiados”, capítulo III, citada, párrafo 3.2:

En cuanto al “(...) requerimiento de que un individuo necesita temer por su vida antes de ser aceptado como refugiado (...) **en la práctica esta redacción no ha sido interpretada rígidamente y la definición no está limitada por ella**. Para cumplir con este requisito basta con el temor en el contexto de violencia generalizada.” Énfasis agregado. **En un sentido contrario ver nota de pie de página 33.**

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2184>.

<sup>30</sup> “Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en América Latina”, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), citada, párrafo 26: “La definición regional contenida en la Declaración de Cartagena contempla la situación objetiva existente en el país de origen y la situación particular del individuo o grupo de personas

semejanza de la definición regional africana, no hay exigencia de que la vida, la seguridad o la libertad hayan sido amenazadas (cuadro 1).

Los cuadros E, F y G destacan significativas diferencias entre la definición clásica, la africana y la latinoamericana.

Véase que la definición regional africana expresamente excluye la alternativa interna de protección (cuadro F, palabras destacadas en negrita) y no exige *amenazas* ni, mucho menos, temor de *persecución* (cuadro E).

En la definición regional de Latinoamérica la exigencia de *amenaza* nos separa de la definición africana también con arreglo a los antecedentes históricos de la Declaración de Cartagena (cuadro G):

Esta última no favorece la definición tipo regional africana que recomendaron el Coloquio de Tlatelolco de 1981 y el Seminario de la Paz de 1983:

Cartagena inserta la exigencia de que la vida, libertad o seguridad del solicitante hayan sido *amenazadas*; parece tomar este requisito de la propuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe anual 1981-1982) (cuadro G).

Cartagena también se aleja del requisito de *persecución* (aún más exigente que el de *temor fundado* de persecución).

El requisito de persecución figura en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y en el Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Refugiados elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1966 (cuadro G).

---

que buscan protección y asistencia como refugiados. En otras palabras, esta definición requiere que las personas afectadas reúnan dos características: **por un lado, que exista una amenaza a la vida, seguridad o libertad y, por el otro, que dicha amenaza sea el resultado de uno de los cinco elementos enumerados en el texto.**" Énfasis agregado.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1582>.

ACNUR, "Personas cubiertas por la Convención OUA y por la Declaración de Cartagena (presentado por el grupo africano y latinoamericano)", 1992: "Esta definición amplía el concepto de refugiado para abarcar aquellas circunstancias que influyen en la vida, la seguridad y la libertad de los individuos en la región. Categoría (f) ofrece una posibilidad aún más amplia, ya que se prevé el examen de lo que puede o no puede ser considerado como una situación de grave perturbación del orden público a la luz de otros factores que no están incluidos en las categorías anteriores. Para nuestra región, esa definición es suficiente, visto desde el ángulo de cubrir todas las circunstancias que pueden incidir en el mantenimiento del orden público al grado que a aquellas en donde la vida, la seguridad y la libertad de las personas se ponen en grave peligro".

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68cd214.html>.

CUADRO E

Convención de la OUA	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados	Declaración de Cartagena
La persona está "obligada a abandonar su residencia habitual"	La persona se encuentra fuera de su país de origen "debido a"	Las personas "han huido de sus países porque"
	"fundados temores de ser perseguida"	"su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas"

CUADRO F

Convención de la OUA	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados	Declaración de Cartagena
"a causa de"	"por motivos de"	"por"
"ocupación"		
"dominación extranjera"		
		"violencia generalizada"
		"Conflictos internos"
		"violación masiva de derechos humanos"
"agresión exterior"		"agresión extranjera"
"acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen"		"otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público"
	"raza"	
	"religión"	
	"nacionalidad"	
	"pertenencia a determinado grupo social"	
	"opiniones políticas"	



En la definición regional latinoamericana es inaceptable reducir las amenazas a temor de persecución, y, con mayor razón, a persecución individualizada<sup>31</sup>:

Observa el ACNUR que “el Artículo 15(c) fue redactado explícitamente para brindar una solución a casos de amenazas originadas por la violencia indiscriminada, que por definición, puede afectar a cualquier persona en una situación determinada. Una interpretación que no extiende la protección a personas en peligro, simplemente porque ellas forman parte de un segmento más amplio de la población afectada por los mismos daños, sería contradictoria con la redacción y con el espíritu de la disposición”. Ver la “Introducción” de la Declaración del ACNUR de 2008 citada en la nota de página siguiente.

- Argumento literal:

*Violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*, son circunstancias que por definición pueden afectar a cualquier persona. Seguidamente leeremos que así lo considera ACNUR con relación a la Directiva de Reconocimiento del Consejo de Europa 2004/83/CE.

- Antecedentes históricos:

Los antecedentes de Cartagena que más arriba examinábamos: Los redactores se alejaron tanto de la definición regional africana (carente de referencia alguna a amenazas) como del temor fundado de persecución.

El término *amenazas* a la vida, libertad o seguridad significa “el ejercicio de fuerza no dirigida a un objeto o individuo determinado” (según nítida definición del ACNUR en el contexto de la Directiva de Reconocimiento del Consejo de Europa 2004/83/CE)<sup>32</sup>.

El término se refiere a *circunstancias objetivas y difusas* provocadas 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. Así lo señalan Franco y Santistevan<sup>33</sup>.

Ciertamente, es razonable pensar que las personas no huyen por capricho sino porque hay circunstancias que las ponen en riesgo. La definición de la convención africana indica literalmente que la persona *está obligada* a abandonar su residencia habitual. Parece así dar el peligro por un hecho -acaso porque está pensada primordialmente para flujos masivos cuyo carácter de refugiados salta a la vista o porque, para quienes la redactaron, la estricta significación jurídica de sus términos no era una prioridad<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Declaración del ACNUR sobre la protección subsidiaria a personas amenazadas por violencia indiscriminada, bajo la Directiva de Reconocimiento del Consejo de Europa 2004/83/CE (Declaración sobre el Artículo 15(c) de la Directiva de Reconocimiento), 2008, “Introducción”: “Para el ACNUR los términos violencia “indiscriminada” o “generalizada” significan el ejercicio de fuerza no dirigida a un objeto o individuo determinado. Y entiende que “personas amenazadas por una violencia indiscriminada” se refiere a personas que se encuentran fuera de sus países de origen (o en el caso de los apátridas, fuera de sus países de residencia habitual), que no pueden regresar porque hay un riesgo real de que enfrentarían amenazas a su vida, integridad física o libertad a consecuencia de dicha violencia”.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6072.pdf?view=1>.

<sup>33</sup> Franco, Leonardo; Santistevan, Jorge, “La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina”, en ACNUR, “Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados”, citada, p. 117: “Con ello (se refiere a las “amenazas”) se alude fundamentalmente a **situaciones de hecho** derivadas de conflictos o graves perturbaciones del orden público, **objetivamente constatables**, que pudiesen encontrarse como causa originaria de la huida de las personas a las que hace referencia la definición”. Énfasis agregado. En un sentido contrario ver nota de pie de página 29.

Ver <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/reflexiones-sobre-la-aplicacion-de-la-definicion-ampliada-de-refugiados-corcuera-cabezut.pdf>.

<sup>34</sup> Bond Rankin, Micah, “Extending the limits or narrowing the scope? Deconstructing the OAU refugee definition thirty years on”, UNHCR, New Issues in Refugee Protection, Working Paper No. 113, April 2005, p.11. Ver <http://www.unhcr.org/425f71a42.pdf>.

Al menos literalmente, entonces, son suficientes en la definición africana las objetivas circunstancias sin que se requiera acreditar que la vida, la libertad o la seguridad de una persona corren peligro; no así en la definición regional.

**Ni meramente objetiva, como la definición regional africana, ni formulable en términos de fundado temor de persecución (definición clásica). He aquí la dificultad de la exigencia de que la vida, libertad o seguridad estén amenazadas.**

Indagar lo que el solicitante debe acreditar<sup>35</sup> con la colaboración del órgano de determinación de la condición de refugiado, acaso nos ayude a separar las amenazas del temor fundado de persecución.

Cuadro H:

Convención de 1951 (temor de persecución)	Definición regional (amenaza)
<i>¿Es razonable....</i>	<i>¿Es razonable..</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>prever abusos o daños graves de los derechos humanos del solicitante,</li> </ul> <p>a menudo, pero no siempre, con un elemento sistemático o repetitivo</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>y por los motivos que figuran en la Convención?</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>dadas las circunstancias objetivas y difusas (violencia generalizada, conflicto, etc...)</li> <li>prever que la vida, libertad o seguridad del solicitante, están en peligro?</li> </ul>

El temor fundado de persecución comporta que es *razonable* prever una violación a los derechos fundamentales de una persona. La amenaza a la vida, libertad o seguridad cuenta con un mérito de la prueba similar hasta cierto punto: *¿Es razonable* prever que

---

Okoth-Obbo, George, "Thirty Years On: A Legal Review of the 1969 OAU Refugee Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa", in UNHCR, "Special OAU/UNHCR Meeting on the 30th Anniversary of the 1969 OAU Refugee Convention", Refugee Survey Quarterly, Vol. 20, N. 1, OUP, 2001, p.90, p. 137, p.86: El valor de las disposiciones de la Convención de la OUA, ha escrito Okoth-Obbo, no radicaba en su *amplitud legal*, comparada con la Convención de 1951, sino sobre todo en su propósito de *despolitizar* y dar *consistencia* a la concesión de asilo en particular y a la cuestión de refugiados en general, en el contexto de relaciones internacionales y de políticas de seguridad de los estados. Ciertamente la definición de la Convención de la OUA diseñó nuevos conceptos en la esfera legal, pero su más importante y duradera contribución estaba en la estabilidad, coherencia y predictibilidad que confirió al régimen de refugiados en África en el plano político. Al contrario del investigador de los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, el Sr. Okoth-Obbo refiere haberse enfrentado a "uno de los más serios handicaps" porque no hay trabajos preparatorios de la Convención de la OUA. Ver <http://www.unhcr.org/42d673472.pdf>.

<sup>35</sup> ACNUR, "Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, 2001, párrafo 10: "el estándar de la prueba para establecer un temor fundado de persecución, ha sido desarrollado en la jurisprudencia de las jurisdicciones del derecho consuetudinario. Aunque se han utilizado diversas formulaciones, está claro que el estándar requerido es menor que el de litigios de derecho civil. Está generalmente aceptado que **se debe probar que la persecución es "razonablemente posible" para que el temor sea fundado**". Énfasis agregado. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2553.pdf?view=1>

la vida libertad o seguridad de una persona están en peligro dadas las circunstancias objetivas y difusas?

La diferencia es la siguiente:

Además de ser necesario acreditar uno de los motivos de la Convención, la relación con la persona del solicitante es acentuada en la definición clásica:

El mérito de la prueba se mira con relación a la persecución, la cual supone actuaciones violatorias de los derechos humanos por parte del estado o de agentes no estatales.

Para la definición regional latinoamericana el mérito de la prueba se refiere a circunstancias objetivas y difusas provocadas por la violencia generalizada, el conflicto interno, etc.

La relación con la persona del solicitante es menor en la definición regional latinoamericana:

El mérito de la prueba se refiere a circunstancias objetivas y difusas que por su naturaleza misma tienden a afectar a todas las personas.

A tenor de la Convención de 1951, para calificar como refugiado es necesario acreditar un temor fundado de persecución, a saber, que dados los antecedentes personales del solicitante y la información de país de origen es razonable prever persecución (definida como abusos o daños graves de sus derechos humanos, a menudo pero no siempre con un elemento sistemático o repetitivo<sup>36</sup>).

Siguiendo la definición regional latinoamericana, para calificar como refugiado es necesario acreditar que es razonable prever que la vida, la seguridad o la libertad de una persona está en peligro con vista de las circunstancias objetivas en el país de origen; a saber, dada la situación de violencia generalizada, de conflicto interno, de violación masiva de derechos humanos, etc., la cual ha de acreditarse con información de país de origen.

Apréciase que el umbral es más bajo para lo que hace a la definición regional: No se requiere amenaza de grave daño de los derechos humanos. Basta acreditar un peligro razonable para la vida, libertad o seguridad del solicitante

Valga una última acotación:

En una situación de violencia generalizada u otra de las circunstancias de la declaración de Cartagena, pensemos en una persona o un grupo de personas similarmente situadas que corren peligro porque tienen temor fundado de persecución -o con mayor razón, porque fueron personal o colectivamente señaladas por el agente persecutorio-. En

---

<sup>36</sup> ACNUR, "Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, 2001 párrafo 17: "El desarrollo continuo del derecho internacional relativo a los derechos humanos posterior a la adopción de la Convención de 1951, ha ayudado a avanzar en el sentido, expresado en el Manual del ACNUR, acerca de que **la persecución comprende abusos o daños graves de los derechos humanos, a menudo pero no siempre con un elemento sistemático o repetitivo**". Énfasis agregado. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2553.pdf?view=1>.

esas circunstancias no hablaríamos más de “amenazas”. Esas personas enfrentarían una actividad persecutoria, y por consiguiente, serían protegidas bajo la definición clásica.

Recapitulando, encontramos un espectro de definiciones de refugiado con exigencias crecientes relativas al peligro que corre la víctima:

<b>África:</b>	<b>Cartagena:</b>	<b>C. de 1951:</b>	<b>Decl. Americana (1948):</b>
Presume el peligro	“amenaza”	fundado temor de persecución	persecución

Examinemos por último, siempre según la definición regional, la posibilidad de una alternativa interna de protección.

Las circunstancias objetivas y difusas -el ejercicio de fuerza no dirigida a un objeto o individuo determinado- que ocasionan peligro para la vida, libertad o seguridad en un lugar X fundamentan que la víctima clasifique como refugiada según la definición regional.

Sería carga del ODR probar que de ser devuelta la víctima encontraría protección estatal adecuada en otro sitio (lugar Y) que contrapesase ese peligro, con cumplimiento por analogía de las cautelas significativas que han de rodear a la aplicación de las cláusulas de exclusión (interpretación restrictiva, proporcionalidad, análisis caso por caso).

## 2. Buena práctica. Edad, género, diversidad.

Costa Rica, artículo 10 del Reglamento de Personas Refugiadas de 2011:

“Enfoque diferenciado. En la aplicación de este Reglamento, las autoridades nacionales promoverán y aplicarán un enfoque diferenciado en el tratamiento de los casos partiendo y tomando en cuenta las consideraciones y necesidades individuales de los apátridas, personas menores de edad no acompañados, víctimas de trata, mujeres y hombres víctimas de violencia basada en género, solicitantes de la condición de persona refugiada. **Este enfoque deberá permear todas las etapas del procedimiento administrativo** sea éste desde el ingreso al país hasta la efectiva integración económica, social, legal y cultural del individuo”.

Cuadro 2.

Como singular buena práctica las legislaciones mexicana y costarricense dan apoyo a la diversidad prohibiendo la discriminación por razones de orientación sexual:

México, Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (2011):

“Artículo 8. La Secretaría (...) adoptará las medidas que estén a su alcance para que los solicitantes, los refugiados y quienes reciban protección complementaria, no sean objeto de discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, religión, opiniones, **preferencias sexuales**, estado civil o cualquier otra que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de sus derechos”.

Costa Rica, Reglamento de Personas Refugiadas (2011):

“Artículo 6º—Principio de igualdad y no discriminación. Independientemente del proceso migratorio que se inicie, las autoridades migratorias deberán respetar y garantizar los derechos humanos de las personas solicitantes de la condición de refugiado, de las personas refugiadas y apátridas, sin discriminación alguna por motivos de etnia, origen, nacionalidad, género, edad, idioma, religión, **orientación sexual**, opiniones políticas, nivel económico o cualquier otra condición social o migratoria”.

(Cuadro 3)

En Brasil ha sido reconocida la condición de refugiado a personas que temen persecución en razón de su reconocida o imputada orientación sexual. En la mayoría de los casos la decisión se basa en la existencia de disposiciones legales que penalizan conducta consensual no heterosexual en el país de origen y en la falta de protección de

personas LGTBI. También casos de reasentamiento de víctimas de persecución con fundamento en orientación sexual han sido aceptados en Brasil.

Según las Directrices del ACNUR sobre las solicitudes relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género (2012), el solicitante que aduce temor de ser perseguido debido a su orientación sexual no debe acreditar que las autoridades conocían su orientación sexual antes de salir del país de origen<sup>37</sup>. El fundado temor se basa en la evaluación de las consecuencias que enfrentaría si regresara. El solicitante puede ser reconocido como parte de “determinado grupo social” y, como tal, protegido por la Convención de 1951.

“Aunque la definición de refugiado no hace referencia directa a la dimensión de género”, estima la respectiva Directriz del ACNUR, “es comúnmente aceptado que (la dimensión de género) puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado, y las razones de ese trato. Debidamente interpretada, la definición de refugiado abarca, por lo tanto, las solicitudes por motivos de género. Siendo así, no es necesario agregar un nuevo motivo a la definición contenida en la Convención de 1951”<sup>38</sup>.

El solicitante tiene género, como tiene edad, personalidad diferenciada, visión propia de sí y de sus circunstancias. Para relacionar el género con la opinión política, raza, nacionalidad, religión o pertenencia a determinado grupo social no es entonces indispensable que el legislador nacional lo enumere como motivo de persecución.

El “género” es incorporado como motivo de persecución en la legislación sobre refugiados de Panamá, Guatemala, El Salvador, Honduras, Argentina, Uruguay, Nicaragua, Costa Rica, Colombia, Chile, México . Se allana así el camino para que las autoridades nacionales sean sensibles a cuestiones relativas al género, se institucionalice una apropiada interpretación de la Convención de 1951, y se facilite una interpretación creativa. Sería posible construir una jurisprudencia en que el género figurara como un motivo *adicional* de persecución, previsto por el legislador nacional – además, claro, de impregnar todas las etapas del procedimiento administrativo y de ser pertinente con relación a cada uno de los motivos clásicos de temor fundado de persecución-. Al señalar ciertas legislaciones el género como motivo separado, el legislador introduce un *plus* con relación a los motivos de la Convención de 1951: Nos induce a concebir el género como motivo autónomo de persecución. La buena práctica que comentamos acaso favorezca el desarrollo de tal jurisprudencia.

La primera legislación nacional que instituye el temor fundado de persecución por motivo de género es la panameña de 1998; las últimas, la mexicana de 2011 y la chilena de 2010 (cuadro 4).

Válganos como ejemplo el artículo 1 de la Ley nicaragüense de Protección a Refugiados de 2008:

<sup>37</sup> ACNUR, Directrices sobre protección internacional N° 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951(2012), párrafo 18.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8986>

<sup>38</sup> ACNUR, “Directrices sobre la Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967” (2002), párrafo 6.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1753>.

“se considera refugiado a toda persona a quien la autoridad competente le reconozca dicha condición cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

A) Que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, **género**, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.”

La legislación costarricense prohíbe la deportación al país de origen de personas con temor de persecución por razón de género; la panameña que un refugiado sea devuelto al país donde su derecho a la vida, integridad personal, libertad y seguridad estén en peligro por causa de su género (cuadro 4).

El cuadro 2 ilustra algunas consecuencias procesales de la preocupación por un tratamiento diferenciado habida cuenta de edad y género: Tales, las entrevistas separadas a los integrantes del grupo familiar, los entrevistadores del mismo sexo que el solicitante o la solicitante, la asistencia a personas que requieran especializada atención. Citemos las legislaciones chilena y mexicana:

Chile, Ley Nº 20.430 de 2010:

“Artículo 30.- Entrevista Individual. Aun cuando no fuesen solicitantes principales del reconocimiento de la condición de refugiado todos los miembros del grupo familiar, podrán ser entrevistados individualmente y en forma separada, a fin de garantizar que tengan la oportunidad de exponer su caso en forma independiente. Todos ellos serán debidamente informados de su derecho a presentar una solicitud en forma individual y de elegir entrevistadores e intérpretes de su mismo sexo, quienes deberán ser especialmente capacitados a fin de identificar cualquier factor cultural; religioso; de género o de índole personal, tales como la edad y el nivel educativo, que pudieran afectar su habilidad para presentar su caso.”

México, Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011:

“Artículo 20. Durante el procedimiento, la Secretaría tomará las medidas necesarias para garantizar el otorgamiento de asistencia institucional a los solicitantes que requieran atención especial, así como mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, con discapacidad, enfermos crónicos, víctimas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de abuso sexual y violencia de género, de trata de personas o a cualquier otra persona que pudiese encontrarse en situación de vulnerabilidad de conformidad con las disposiciones jurídicas que resulten aplicables en cada materia”.

Más adelante serán indagadas otras cuestiones asociadas con género y edad en los apartados de buenas prácticas en materia de trata y de menores no acompañados.



**3. Buena práctica. La legislación nacional prescribe que no se rechazará en frontera al solicitante y que no se le penalizará por entrada o presencia ilegales.**

Chile, artículo 6 del Reglamento de 2011 de la Ley No. 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados:

**“El principio de no devolución se aplicará desde el momento en que el extranjero manifieste de forma oral o escrita ante la autoridad contralora de frontera o el Departamento de Extranjería y Migración o Gobernaciones Provinciales, su intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado”.**

Cuadro 5.

Brasil, Ley nº 9.474, de 22 de julio de 1997:

**“Art. 8º El ingreso irregular en territorio nacional no constituye impedimento para el extranjero solicitar refugio a las autoridades competentes.**

Art. 9º La autoridad a quien fuera presentada la solicitud deberá oír el interesado y preparar el término de declaración, que deberá contener las circunstancias relativas a la entrada en Brasil y a las razones que le hicieron dejar su país de origen.

Art. 10. La solicitud, presentada a las condiciones previstas en los artículos anteriores, **suspenderá cualquier procedimiento administrativo o criminal** por la entrada irregular, instaurado en contra del peticionario y de personas de su grupo familiar que lo acompañen”.

Cuadro 7

A continuación citaremos buenas prácticas acerca de dos principios: La prohibición del rechazo en frontera y la no penalización por entrada o presencia ilegales. El lector puede consultarlas en detalle en los cuadros 5, 6 y 7.

Al menos ocho legislaciones latinoamericanas expresamente decretan que el principio de no devolución supone la prohibición de rechazo en frontera (cuadro 5).

Según la Convención de 1951 (artículo 33.1):

**“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por**

causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”<sup>39</sup>.

El rechazo de un solicitante en frontera o en el puesto de entrada al país desconoce el principio de no devolución; lo expone al peligro de persecución, muy especialmente si se lo devuelve al país de origen o a un estado que a su vez lo entregue al país de origen. Es una buena práctica incorporar este principio a las legislaciones nacionales; de lo contrario no faltaría autoridad que sin fundamento lo considere programático o reservado a una peregrina legislación interna de desarrollo.

El principio de *non-refoulement* (no devolución) abarca la prohibición del rechazo en frontera. Con alcances variables según los diversos instrumentos que la establecen, la no devolución figura en la Convención de 1951, la Convención que Rige los Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y otros numerosos tratados. Su reiterada incorporación en convenciones y otros instrumentos internacionales y su carácter normativo fundamental lo hacen parte del derecho internacional consuetudinario<sup>40</sup>.

Según la Declaración de Cartagena (conclusión quinta) el principio de no devolución, incluye la prohibición del rechazo en las fronteras; es la “piedra angular de la protección internacional de los refugiados” y norma imperativa de derecho internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en un informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en Canadá (2000) que la “prohibición de devolución significa que cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita reconocimiento como tal puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión. Esto necesariamente implica que esas personas **no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones**”<sup>41</sup>. Reitera el criterio en *John Doe y otros contra Canada* (2011)<sup>42</sup>.

Igualmente estimó violatorio del derecho de asilo no permitir a los solicitantes de la condición de refugiado permanecer en el país hasta la finalización del procedimiento, y no asegurarse antes de deportar a un solicitante de que efectivamente podría solicitar asilo en el estado al cual se lo deporta:

<sup>39</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, citada.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.

<sup>40</sup> Consideración apoyada por la Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, resoluciones de la Asamblea General de la Naciones Unidas y conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR: “The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases” 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93. Ver <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=printdoc&docid=437b6db64>.

<sup>41</sup> Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev.28 febrero 2000, párrafo 25. Énfasis agregado.

Ver <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Canada2000sp/canada.htm#A>. Instrumentos Internacionales

<sup>42</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 78/11, Caso 12586, Fondo, John Doe y otros contra Canadá, 21 de julio de 2011, párrafo 111.

Ver <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/CAPU12586ES.doc>.

”(De) conformidad con el artículo XXVII de la Declaración Americana, cada Estado Miembro tiene la obligación de asegurar que cada solicitante de refugio tiene el derecho a procurar asilo en un territorio extranjero, ya sea este su propio territorio o el territorio de un tercer país al cual el Estado Miembro haya deportado al solicitante. En la medida que las leyes de refugiados del tercer país contengan impedimentos legales para que un solicitante determinado pida asilo, el Estado Miembro no podrá expulsar al demandante al tercer país. Para asegurar que está protegido el derecho de un solicitante a pedir asilo conforme al artículo XXVII, antes de enviar al solicitante a un tercer país, el Estado Miembro deberá realizar una evaluación individualizada del caso del refugiado, tomando en consideración todos los hechos conocidos del reclamo a la luz de las leyes de refugiados del tercer país. **Si hubiere alguna duda sobre la posibilidad del solicitante de buscar asilo en el tercer país, el Estado Miembro no podrá enviar al reclamante a ese tercer país.**<sup>43</sup>.

Examinemos el cuadro 5.

Ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011, artículo 6:

“Ningún **solicitante** o refugiado podrá en modo alguno **ser rechazado en frontera** o devuelto **de cualquier forma** al territorio de otro país donde su vida peligre por los motivos señalados en el artículo 13 de esta Ley, o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

Agrega el artículo 21 que

“**cualquier autoridad** que tenga conocimiento de la pretensión de un extranjero **de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado**, deberá dar aviso por escrito y de manera inmediata a la Secretaría. El incumplimiento de lo anterior será sancionado conforme a las disposiciones aplicables en materia de responsabilidades de los servidores públicos”.

La vulnerabilidad de los menores de edad justifica incluir las buenas prácticas del cuadro 6.

Conforme a las leyes migratorias mexicana y costarricense no serán deportados menores no acompañados -según ambas- y no se rechazará en frontera a menores no acompañados ni se deportará a menores en general -según la segunda-:

México, Ley de Migración (2011):

“Artículo 120:

(...)

En el caso de niñas, niños y adolescentes **migrantes no acompañados** y el de víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio nacional, **no serán deportados** y atendiendo a su voluntad o al interés superior para garantizar su

<sup>43</sup> Informe 78/11, Caso 12586, Fondo, John Doe y otros contra Canadá, 21 de julio de 2011, párrafo 94. Ver <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/CAPU12586ES.doc>.

Énfasis agregado. Ver también párrafo 3:

“De acuerdo con la petición, las presuntas víctimas procuraron solicitar asilo en Canadá después de su arribo a Windsor, Canadá, un punto fronterizo de ingreso desde los Estados Unidos. Llegaron a ese lugar aproximadamente en abril, enero y agosto de 2003, respectivamente. Tras obtener fechas para regresar a Canadá para sus entrevistas, fueron devueltos a los Estados Unidos, donde fueron arrestados por las autoridades de inmigración y luego deportados a sus países de origen.”

mayor protección, podrán sujetarse al procedimiento de retorno asistido o de regularización de su situación migratoria”.

Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería (2009):

“Artículo 65:

(...)

**En ningún supuesto podrán rechazarse personas menores de edad no acompañadas** ni a las personas de las que no exista certeza de su mayoría de edad”.

“Artículo 185

(...)

**Las personas menores de edad no serán sujetos a deportación**, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés”.

Es también una buena práctica que las leyes nacionales reiteren la disposición de la Convención de 1951 (artículo 31.1)<sup>44</sup> sobre no penalización por ingreso o presencia ilegales. En nuestros países por lo común los tratados internacionales en materia de derechos humanos de que un Estado es parte son obligatorios en derecho interno con independencia de que una ley nacional los desarrolle. Las autoridades migratorias o penales en ocasiones tienden sin embargo a ignorar dicho artículo 31.1. Su pretexto es que la ley doméstica debe reiterar el principio de no penalización por entrada o presencia ilegales.

Vamos al cuadro 7. Destaquemos que en Ecuador el principio se encuentra en el artículo 41 de la Constitución Política:

“No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad.”

Son las necesidades de protección las que a menudo impulsan a un solicitante a utilizar documentos falsos para ingresar, permanecer o transitar por un país. La legislación panameña lo proclama:

DECRETO EJECUTIVO No. 23 de 10 de febrero de 1998:

“ARTÍCULO 25. El ingreso al país de forma ilegal o irregular de una persona que invoque la condición de refugiado **se considerará una acción realizada debido a la necesidad de solicitar y obtener protección**; por lo tanto no será motivo para su rechazo, devolución o deportación antes que se determine su condición.”

El Estatuto uruguayo del Refugiado de 2006 contempla *expresamente* la hipótesis del ingreso con documentos fraudulentos o falsificados (hipótesis implícita en la propia Convención de 1951):

“ARTICULO 12. (No rechazo en frontera).- Todo funcionario público, en ejercicio de funciones de control migratorio en un puesto fronterizo de carácter terrestre,

<sup>44</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, citada. Artículo 31: “1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.” Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.

marítimo, fluvial o aéreo, se abstendrá de prohibir el ingreso condicional al territorio nacional a toda persona que manifieste su intención de solicitar refugio. **Esta disposición se aplicará aun cuando el solicitante no posea la documentación exigible por las disposiciones legales migratorias o ésta sea visiblemente fraudulenta o falsificada”.**

En la legislación brasileña leemos:

“El ingreso irregular en territorio nacional no constituye impedimento para el extranjero solicitar refugio a las autoridades competentes” (cuadro 7)

Brasil aporta desde 1997 una muy buena práctica. También se halla en las legislaciones argentina, uruguaya, y mexicana (en ésta solamente para procedimientos migratorios), y en reglamentos costarricense, chileno y ecuatoriano (ver cuadro 7). Es difícil exagerar su importancia si nos empeñamos en que la no penalización por entrada o presencia ilegales sea efectiva: Solicitada la condición de refugiado se suspende cualquier procedimiento por entrada ilegal:

“Art. 8º El ingreso irregular en territorio nacional no constituye impedimento para el extranjero solicitar refugio a las autoridades competentes.

Art. 9º La autoridad a quien fuera presentada la solicitud deberá oír el interesado y preparar el término de declaración, que deberá contener las circunstancias relativas a la entrada en Brasil y a las razones que le hicieron dejar su país de origen.

Art. 10. La solicitud, presentada a las condiciones previstas en los artículos anteriores, **suspenderá cualquier procedimiento administrativo o criminal por la entrada irregular**, instaurado en contra del peticionario y de personas de su grupo familiar que lo acompañen.

§ 1º Si la condición de refugiado fuera reconocida, el procedimiento será archivado, desde que demostrado que la infracción correspondiente fue determinada por los mismos hechos que justificaron dicho reconocimiento.

§ 2º Para efecto del dispuesto en el párrafo anterior, **la solicitud de refugio y la decisión sobre la misma deberán ser comunicadas a la Policía Federal, que las transmitirá al órgano en dónde tramitar el procedimiento administrativo o criminal.”**

En Argentina señala la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (2006):

“ARTICULO 40. — No se impondrán sanciones penales o administrativas al solicitante de la condición de refugiado por motivo de ingreso ilegal al país, a condición de que se presente sin demora a las autoridades y alegue causa justificada de su ingreso o permanencia ilegal. La autoridad competente no aplicará otras restricciones de circulación que las estrictamente necesarias y solamente hasta que se haya regularizado la situación del solicitante en el país. En caso de que se haya iniciado causa penal o expediente administrativo por ingreso ilegal, **estos procedimientos serán suspendidos hasta que se determine por medio de resolución firme la condición de refugiado del solicitante**. En caso de reconocimiento de la condición de refugiado los procedimientos administrativos o penales abiertos contra el refugiado por motivo de ingreso ilegal serán dejados sin efecto, si las infracciones cometidas tuvieron

su justificación en las causas que determinaron su reconocimiento como refugiado.”  
(Cuadro 7).

Esta buena práctica asegura que los procedimientos penales o administrativos por ingreso ilegal serán suspendidos hasta que se puntualice si el solicitante es reconocido como refugiado.

El solicitante no se verá en trance de sufrir, probablemente en prisión preventiva, un proceso penal que carecería de sentido si fuera finalmente identificado como refugiado. También se evitará que la no penalización por entrada o presencia ilegales sea otorgada al solicitante exclusivamente si colabora con las autoridades testificando contra quienes eventualmente le hubieran facilitado su entrada ilegal al país.

Especialmente cuidadoso será el examen de la situación de solicitantes de asilo que se han visto compelidos por las circunstancias en su país de origen a utilizar los “servicios” de individuos cuyo negocio es el tráfico de personas con el propósito de lucrar. El uso de documentación irregular es un modo desesperado de buscar protección que el país de origen no ofrece.

Considera Goodwin-Gill en un documento preparado para el ACNUR acerca de la interpretación del artículo 31.1 de la Convención de 1951, y fundándose en los trabajos preparatorios de éste:

“(El) significado de ‘entrada o presencia ilegal’ no ha ocasionado dificultad alguna de interpretación. **Incluiría llegar o lograr entrar mediante el uso de documentos falsos o falsificados**, el uso de otro engaño, entrada clandestina por ejemplo, como polizonte, y entrada en el territorio estatal con asistencia de traficantes o tratantes. El método preciso de entrada puede no obstante tener ciertas consecuencias prácticas para el refugiado o el solicitante de asilo. **‘Entrada o presencia ilegal’ cubriría llegada ilegal y permanecer después de un pequeño, permitido período de espera (por ejemplo, en tránsito)**”<sup>45</sup>.

Hay solicitantes con temor fundado de persecución que para lograr salir de su país y entrar a un estado en que esperan encontrar protección se procuran documentación irregular. Están cubiertos en principio por la no penalización por entrada o presencia ilegales incluso si brevemente transitan por otro estado.

De ser el tránsito menos breve, habría que probar calificadas razones que acaso pudieran justificar la situación:

Por ejemplo, pérdida de documentación, haberse atrasado los traficantes en el arreglo de conexiones de viaje hacia un destino final en que son esperados por familiares, haber sido los solicitantes burlados por parte de la red de tráfico...En estos últimos supuestos podría llegar a acreditarse que el recurso a documentación irregular ha tenido lugar en busca de protección.

---

<sup>45</sup> Goodwin-Gill, Guy S. (a paper prepared at the request of the Department of International Protection for the UNHCR Global Consultations), “Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection”, (2001), p. 11.  
Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/470a33b10.pdf>

Pero en otro tipo de situación el artículo 31.1 de la Convención de 1951 no ampara a los solicitantes:

Por ejemplo, las personas salen de su país (país A) dado su fundado temor de persecución. Llegados a un país B *-en el cual podrían contar con protección efectiva-* recurren a delincuencia organizada para salir de ese país y entrar a un país C que escogen como su destino final. El uso de documentación irregular en estas circunstancias no está cubierto por la Convención de 1951: No está justificado por temor fundado de persecución en el país B.

Diremos luego que según el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) los migrantes no están sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto por ejemplo de tráfico ilícito de migrantes.

**Como detallaremos luego, dicho Protocolo sí protege a las personas objeto de tráfico de migrantes que en un país en que podrían contar con protección efectiva recurran a delincuencia organizada para salir del país y entrar al estado que escogen como su destino final.**

Contemporáneamente el problema estriba en la migración mixta, en “identificar en qué medida los Estados disponen de mecanismos adecuados para reconocer y dar un tratamiento humanitario a aquellos solicitantes de asilo y refugiados, que están inmersos en flujos mixtos”. Los refugiados viajan junto a migrantes y a víctimas de redes de tráfico y de trata en contextos hostiles a la migración; no es así “sorprendente que cada vez menos personas tengan documentos, que cada vez más se vean obligadas a recurrir a la entrada ilegal, y que en mayor número caigan en manos de las redes de trata y tráfico de migrantes”<sup>46</sup>.

La *no penalización* por entrada o presencia ilegales de un *refugiado* (una de las disposiciones clave de la Convención de 1951) puede entonces creativamente ponerse en relación con el *no enjuiciamiento penal* de un *migrante*<sup>47</sup> que ha sido objeto de tráfico ilícito (innovación del citado Protocolo).

Se abren así posibilidades novedosas para el defensor de un refugiado.

¿Defiende usted a un solicitante acusado de utilizar documentación irregular para buscar protección?

Tenga cuenta de que podría haber solicitantes con una doble protección:

<sup>46</sup> Murillo, Juan Carlos, “La Declaración de Cartagena, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y las migraciones mixtas”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Migraciones y derechos humanos: Reunión de personas expertas”, San José, Costa Rica, 9-11 de agosto, 2004, pp. 175-176. (En línea).

<sup>47</sup> En términos generales, los migrantes internacionales son aquellos que cruzan fronteras internacionales con el fin de establecerse en otro país, incluso temporalmente. Los turistas y viajeros de negocios por períodos cortos generalmente no se cuentan entre los migrantes.

A) A título de refugiados.

B) A título de migrantes que han sido objeto de tráfico ilícito.

A) Invoque usted el principio de *no penalización* por entrada o presencia ilegales. Este principio evita una sentencia condenatoria. Al menos literalmente leído el artículo 31.1 de la Convención de 1951 será difícil argumentar que el proceso mismo no debe iniciarse. Se reafirma de esta suerte la buena práctica mexicana, argentina, costarricense y ecuatoriana que manda la suspensión del procedimiento penal o administrativo hasta que por resolución firme se establezca si la persona es reconocida como refugiada.

B) Invoque usted el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000):

Los migrantes no están sujetos a enjuiciamiento penal<sup>48</sup> por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 de dicho Protocolo, a saber:

Tráfico ilícito de migrantes y crímenes relacionados, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

- Facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente.
- La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos legales.
- Crear, facilitar, suministrar o poseer documento de viaje o identidad falso, *con el propósito de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes*.

El Protocolo citado buscar reprimir a los traficantes. Se propone asimismo excluir a los migrantes de enjuiciamiento.

Hay aquí una decisión de política criminal consagrada en un tratado internacional que favorece la persecución de los traficantes pero libra de enjuiciamiento a quienes son objeto de sus actividades criminales.

<sup>48</sup> Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).

Artículo 5: "Responsabilidad penal de los migrantes.

Los migrantes **no estarán sujetos a enjuiciamiento penal** con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo". Énfasis agregado.

Artículo 6: 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

**a) El tráfico ilícito de migrantes (...)** ". Énfasis agregado.

Por lo demás, la sola circunstancia de haber sido objeto de una de las conductas mencionadas no prejuzga sobre el derecho de asilo del solicitante.

Ver <http://www.unodc.org/documents/peruandecuador/Publicaciones/tocebook.pdf>.



Se invocará el Protocolo conjuntamente con la Convención de 1951 cuando:

El solicitante ha sido objeto de tráfico ilícito de migrantes: y  
está involucrada delincuencia organizada *transnacional*<sup>49</sup>.

Se lo invocará conjuntamente por dos razones:

Acaso el solicitante no sea reconocido como refugiado, con lo cual eventualmente estaría cubierto a título de migrante objeto de tráfico ilícito. El refugiado (además de tal, de tener temor fundado de persecución) es un migrante internacional: Una persona que, no siendo turista ni viajero de negocios, ha cruzado una frontera internacional para establecerse en otro país. Y El Protocolo proporciona una protección reforzada en derecho de fondo y en procedimiento:

No exige, como el artículo 31.1 de la Convención de 1951, que la persona venga directamente de un sitio donde es perseguida; tampoco limita los supuestos de hecho a entrada, presencia o breve tránsito; no manda que la persona debe presentarse sin demora a las autoridades y acredite causa justificada de la entrada o presencia ilegales. Por el lado procesal, el Protocolo se orienta a evitar que el proceso penal mismo tenga lugar.

El propósito del Protocolo, leemos en su artículo 2, “es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, **protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico**” (énfasis agregado). La protección de estos últimos también se halla en el artículo 4 y en los antecedentes del Protocolo<sup>50</sup>.

Una sentencia del Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela (Costa Rica)<sup>51</sup> absolvió a dos personas de nacionalidad iraquí del delito de uso de documento falso. Dichas personas salieron de Irak en 2008, recibieron la condición de refugiado en Grecia y, constatando las muy serias deficiencias de ese “asilo”, terminaron por contactar en Grecia una organización criminal que les facilitó pasaportes falsos en 2009. En Costa Rica intentaron tomar un vuelo rumbo a Panamá con conexión a Guadalajara, con la intención de viajar luego a los Estados Unidos, donde cuentan con familiares. Fueron detenidos por oficiales de migración costarricenses, que detectaron la falsedad de la documentación. Solicitaron y obtuvieron luego la condición de refugiados en Costa Rica.

<sup>49</sup> Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, citado, “*Artículo 4. Ámbito de aplicación*. A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, **cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado**, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos”. Énfasis agregado.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1306>.

<sup>50</sup> Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Organized Crime and the Protocols thereto. Por ejemplo, Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, Fifth session (Vienna, 4 - 15 October 1999), notes de pie de página 49, 50, 51; Sixth session (Vienna, 6 - 17 December 1999), nota de pie de página, notas de pie de página 60 a 63. En línea.

Ver <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/travaux-preparatoires.html>

<sup>51</sup> Expediente 09-006478-0305-PE Sumaria por uso de documento falso. Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela, dos de julio de 2010.

El tribunal los absolvió invocando en la parte considerativa y en la dispositiva de la sentencia no solamente el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados sino el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

Las muy serias deficiencias del “asilo” que presuntamente encontraran en Grecia fueron resaltadas por el Tribunal y decisivas para considerar que el uso de documentación falsa era una acción realizada debido a la necesidad de solicitar y obtener protección.

Así las cosas, a pesar de deficiencias de redacción y fundamentación, el resultado –la absolución- debe destacarse. Desafortunadamente la sentencia no llegó al punto de señalar que el proceso mismo nunca debió iniciarse pues los encartados, como personas objeto de tráfico, estaban protegidos por el principio de no enjuiciamiento penal.

A juicio del Comité Ejecutivo del ACNUR los solicitantes de la condición de refugiado y refugiados interceptados en buques involucrados en el tráfico ilícito de migrantes no deben ser enjuiciados penalmente. Se fundamenta tanto en la Convención de 1951 como en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, ya que *los solicitantes o refugiados habían sido objeto de tráfico ilícito de migrantes*<sup>52</sup>.

Por analogía, es razonable aplicar esta Conclusión del Comité Ejecutivo a los solicitantes arrestados al ingresar al territorio o encontrándose en tránsito en puestos fronterizos o aeropuertos.

A igualdad de razón igualdad de disposición. Igualmente necesitados de protección están los solicitantes de la condición de refugiado, se les intercepte en buques involucrados en el tráfico ilícito de migrantes o se les detenga cuando se encuentran en puertos o aeropuertos. Necesitan protección a dos títulos: Se les persigue en su país de origen y están encerrados en un esquema transnacional de tráfico.

En Chile estamos frente a un cuadro dudoso que requiere atenerse al principio según el cual el derecho nacional se interpretará conforme al derecho internacional:

La Ley sobre refugiados de 2010 (artículo 6) y el respectivo reglamento de 2011 (artículo 8) parecen contemplar que los refugiados suelen estar inmersos en flujos mixtos:

“Artículo 6°.- No Sanción por Ingreso Clandestino y Residencia Irregular. No se impondrán a los refugiados sanciones penales ni administrativas con motivo

<sup>52</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, 2003 (54° período de sesiones del Comité Ejecutivo), N° 97 (LIV) Conclusión sobre las salvaguardias de protección de las medidas de interceptación: “Recordando el marco jurídico en elaboración para combatir el tráfico ilícito y la trata criminales y organizados de personas, en particular el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (...) a) Recomendación que las medidas de interceptación se rijan por las siguientes consideraciones, a fin de velar por que se dé un tratamiento adecuado a los solicitantes de asilo y los refugiados que se encuentren entre las personas interceptadas:(...)”

**vi) Los solicitantes de asilo y refugiados interceptados no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo; las personas interceptadas tampoco deben ser sancionadas por su entrada o presencia ilegal en un Estado en que se reúnan las condiciones del artículo 31 de la Convención de 1951”.** Énfasis agregado. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2411.pdf>

de su ingreso o residencia irregular, siempre que se presenten, dentro de los diez días siguientes a la infracción a la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile, ante las autoridades, alegando una razón justificada.

Respecto de los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiados que hayan ingresado o que residan irregularmente en el territorio nacional, no se aplicarán las restricciones de circulación establecidas por las normas generales sobre extranjeros, **cuando aquellos se hayan visto forzados a recurrir a redes de tráfico ilícito de migrantes como forma de asegurar su ingreso al territorio y obtener protección."**

"Artículo 8.

(...) En todo caso, a los solicitantes de la condición de refugiado que hayan ingresado o residan irregularmente en el territorio nacional, no se les aplicarán las medidas de control y traslado establecidas en las normas generales sobre extranjeros en Chile, **cuando aquellos se hayan visto forzados a recurrir a redes de tráfico ilícito de migrantes como forma de asegurar su ingreso al territorio y obtener protección"**.

(Cuadro 7).

Desafortunadamente la redacción de las anteriores disposiciones no llega a reiterar el principio de no enjuiciamiento penal de los migrantes que hubieran sido objeto de tráfico.

Rara vez está de más insistir en la interpretación del derecho interno conforme al derecho internacional, particularmente frente a legislación vaga, ambigua o incompleta; por ejemplo las disposiciones jurídicas chilenas que acabamos de leer.

Jueces y administradores interpretarán las normas internas relativas a no penalización por entrada o presencia ilegales y las relativas a protección de personas que han sido objeto de tráfico de conformidad con el derecho internacional (respectivamente, la Convención de 1951 y el Protocolo varias veces citado).

Jueces y administradores elaborarán entonces una interpretación de las disposiciones internas que honre el principio de no enjuiciamiento penal de los migrantes objeto de tráfico.

Literalmente leídas, las disposiciones chilenas precitadas se circunscriben a señalar que a los solicitantes que se hubieran visto forzados a recurrir a redes de tráfico no les serán aplicadas las restricciones de circulación que figuran en los artículos 31.2 y 26 de la Convención de 1951<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Las disposiciones transcritas parecen circunscribirse a señalar que a los solicitantes en esa situación no les serán aplicadas las restricciones de circulación que figuran en los artículos 31.2 y 26 de la Convención de 1951. Artículo 31.2; **"Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio.** Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país". **Artículo 26. -- Libertad de circulación.** Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general."

Lo anterior no obsta para que el principio de no enjuiciamiento penal se mantenga firme y pueda librarse a los migrantes objeto de tráfico de un proceso penal. Este principio es parte del derecho interno del estado parte del Protocolo citado y cabe interpretar, salvo inequívoca redacción en contrario, que el legislador nacional no ha querido dejarlo sin efecto.

Con otras palabras: El legislador chileno no ha decretado que el principio de no enjuiciamiento penal quede sin efecto<sup>54</sup>. En estas circunstancias, la administración y los jueces deben tomar medidas para hacer efectivo el derecho a que no se inicie un proceso penal si los hechos del caso reúnen los requisitos del mencionado Protocolo. Dichas medidas incluyen interpretar el derecho interno conforme a los instrumentos internacionales en vigor.

En un apartado más abajo será cuestión del no rechazo en frontera desde un punto de vista procesal. Diremos que estas buenas prácticas legislativas acarrearán consecuencias procesales de primer orden.

Los estados, pondremos énfasis, respetarán la protección de los refugiados contra devolución. La sola forma de hacerlo es instaurar un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado. De lo contrario los estados no pueden identificar a los beneficiarios del derecho de no devolución (artículo 33.1 de la Convención de 1951).

Analizaremos allí que una persona interceptada en alta mar -sujeta como está a la efectiva autoridad y control del estado que la intercepta- o, con mayor razón, en aguas territoriales, tiene el derecho subjetivo de no devolución.

El traslado procesal de este último es el derecho a acceder al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado en vigor en el estado que la intercepta.

---

<sup>54</sup> Si, hipotéticamente, lo hubiera decretado, sería una violación del Protocolo y eventualmente del derecho constitucional que manda el respeto de los compromisos internacionales.

#### 4. Buena práctica. Carácter declarativo de la condición de refugiado.

Argentina, Artículo 2 de la Ley N° 26.165 de 2006:

“La protección de los refugiados en la República Argentina se realizará con arreglo a los principios de no devolución, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia, confidencialidad, trato más favorable y de interpretación más favorable a la persona humana o principio pro homine. **Conforme al carácter declarativo que tiene el reconocimiento de la condición de refugiado**, tales principios se aplicarán tanto al refugiado reconocido como al solicitante de dicho reconocimiento”.

Cuadro 8

Una persona es refugiada tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición. Pese a que no haya sido formalmente identificada debe ser considerada como tal. El acto de reconocimiento de la condición de refugiado es declarativo, no constitutivo.

¿Cuál es la razón jurídica?

El principio de no devolución se vería burlado si solamente los refugiados ya reconocidos por el estado gozaran de protección contra la devolución. De estimarse que la decisión de reconocimiento es constitutiva ofreceríamos fácil salida a un estado deseoso de ignorar el principio de no devolución:

El estado argüiría que no está desprotegiendo a los refugiados, en virtud de que “refugiados” solamente serían aquellos a quienes él, por sí y ante sí, se hubiera dignado permitir el acceso al procedimiento y el formal reconocimiento como refugiados.

Llevemos este argumento a su límite, y al absurdo:

No habría *buena fe* en el acatamiento de sus obligaciones internacionales por parte que un estado que impidiera a los *solicitantes* el acceso al procedimiento y pretendiera así librarse del compromiso de proteger a los *refugiados*.

Más arribamos comentábamos buenas prácticas con relación a la no sanción por ingreso ilegal y la prohibición de rechazo en frontera. Estos principios se aplican a los solicitantes tanto como a los refugiados en virtud del carácter declarativo de la condición de refugiado. La ley argentina citada al principio de este apartado, con singular claridad, así lo indica, de igual manera que la chilena y la costarricense (cuadro 8).

La Ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011 ofrece una situación peculiar al traer a debate el carácter declarativo en el supuesto de la protección efectiva en otro país:

“Artículo 47. Cuando un extranjero reconocido como refugiado en un tercer país, se interne en contravención a las disposiciones de ingreso al territorio nacional, la Secretaría, teniendo en cuenta el **carácter declarativo** del reconocimiento de la condición de refugiado, analizará los motivos de dicha internación y las razones por las cuales salió del país donde fue reconocido como refugiado con el objeto de determinar si gozaba o no de protección efectiva.

Si la protección otorgada por un tercer país fuese efectiva y las causas por los cuales fue reconocido como refugiado se mantienen vigentes será procedente la salida del refugiado del territorio nacional. **La Secretaría deberá emitir una resolución fundada y motivada sobre este hecho, la cual deberá ser notificada por escrito al extranjero.** El refugiado podrá interponer recurso de revisión dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de la notificación de acuerdo con el reglamento; de igual forma podrá interponer los medios de defensa que estime pertinentes de conformidad con las disposiciones aplicables. La salida del refugiado sólo procederá en caso de no existir riesgos a su vida, libertad y seguridad”; cuadro 39).

Suele denegarse el acceso al asilo si la persona ya ha encontrado protección en un primer país de asilo (Consultas Globales sobre Protección Internacional<sup>55</sup>). “En principio, esto no debe representar mayores dificultades, asumiendo que la protección sustituta requerida por el individuo se encuentra disponible y puede ser accedida por él. La noción ha resultado problemática en la práctica, sin embargo, en el momento en que se realiza la valoración sobre si las posibilidades de protección se encuentran efectivamente ‘disponibles’, es decir, si éstas resultan accesibles al individuo en cuestión, y si son ‘eficaces’ ”<sup>56</sup>.

La antes citada ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011, artículo 47, tiene como objetivo precisar caso por caso si la persona gozaba de protección efectiva y en ese sentido constituye una buena práctica. Por lo demás el Reglamento de dicha ley contribuye a resguardar el debido proceso porque reitera que el solicitante debe ser notificado del dictamen acerca de la efectividad del asilo y podría llegado el caso rebatirlo.

“Artículo 91.- Para efectos del cumplimiento del artículo 47 de la Ley, la Coordinación realizará el análisis respectivo conforme a lo establecido en el Título Cuarto del presente Reglamento, emitiendo el dictamen sobre la protección efectiva, mismo que deberá ser notificado al extranjero reconocido como refugiado en un tercer país, así como al Instituto para los efectos a que haya lugar”; (cuadro 39).

“Los procedimientos de admisibilidad que establecen una valoración individual de cada caso son claramente una Buena práctica: Aunque un individuo haya disfrutado

<sup>55</sup> ACNUR, Consultas Globales sobre Protección Internacional, “Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)”, EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001, párrafo 12: Diferenciar el “primer país del asilo” del “tercer país seguro”. La noción de “tercer país seguro” presume que la persona tuvo la capacidad de solicitar asilo y que, por lo tanto, debió haberlo hecho en caso de haber transitado por un país seguro en ruta al estado donde presenta su solicitud.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2888>.

<sup>56</sup> ACNUR, Consultas Globales sobre Protección Internacional, “Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)”, citada, párrafo 10.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2888>.

previamente de protección en otro país tal vez tenga razones válidas para temer que su seguridad física o libertad se encuentran en peligro en ese país. De igual manera, un refugiado no estaría en capacidad de obtener protección efectiva, ni disfrutar del goce pleno y duradero de sus derechos en el primer país de asilo, por ejemplo, si se estuviera obligado a vivir sin una condición legal apropiada. En tales casos, los refugiados pueden legítimamente sentirse obligados a buscar protección en otro lugar” (Consultas Globales sobre Protección Internacional <sup>57</sup>).

Han sido señalados algunos elementos para evaluar si una persona gozaba de protección efectiva en el primer país de asilo<sup>58</sup>: Entre otros, que no tenga temor de persecución por los motivos de la Convención de 1951; que exista respeto por los derechos humanos fundamentales; que no haya riesgo de que el primer país de asilo la envíe a un estado en que no gozaría de efectiva protección.

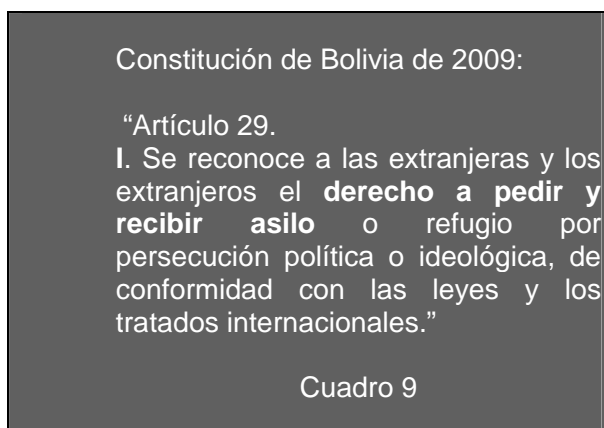
---

<sup>57</sup> ACNUR, Consultas Globales sobre Protección Internacional, “Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)”, párrafo 11, EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2888>.

<sup>58</sup> El concepto de “protección efectiva” en el contexto de los movimientos secundarios de Refugiados y solicitantes de asilo: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Lisboa Mesa Redonda de Expertos (9-10 de Diciembre de 2002), párrafo 15. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2229.pdf?view=1>.

## 5. Buena práctica: Derecho de buscar y recibir asilo.



Decretar el derecho de asilo en la constitución es buena práctica (cuadro 9): Violar el asilo es también violar la constitución.

Empecemos por definir la palabra “asilo” en algunos tratados internacionales. Luego volveremos al derecho constitucional. Entre el ordenamiento interno y el internacional hay múltiples vinculaciones que serán examinadas

Hay quienes se inclinan a construir la definición de asilo tomando elementos de las diferentes convenciones y de seguido construyen un genérico derecho de buscar y recibir asilo.

Otra perspectiva objetaría que las diferentes convenciones en que aparece la palabra asilo o su componente elemental (*non refoulement*) no tienen igual alcance.

En el cuadro H (más abajo) se extraen disposiciones sobre “asilo” en convenciones internacionales en la región, con alcances muy diferentes (¡no se diga si se hubiera incluido la Convención de 1951!). Una definición generalísima de “asilo” podría oscurecer esas diferencias.

Definir el asilo es ponerse de acuerdo sobre el significado de una palabra. Una definición será más o menos útil según nos permita describir más o menos apropiadamente el contenido de los instrumentos internacionales que analizamos.

Por asilo entendamos en el presente trabajo *la condición jurídica internacional de una persona que es titular de los derechos enumerados en la Convención de 1951*.

Si hablamos de “asilo diplomático” no pretendemos atribuirle las características del “asilo” a tenor de la Convención de 1951:



Sea suficiente un examen somero de la Convención sobre Asilo diplomático adoptada en Caracas en 1954<sup>59</sup> para constatar que la palabra “asilo” allí tiene otro significado jurídico que en la Convención de 1951.

En general, incluso podríamos en lugar de “asilo” utilizar la palabra “protección” (tutela de derechos) siempre que ésta la liguemos a la específica convención cuyo contenido queremos describir.

Hablaríamos de la protección de refugiados en la Convención de 1951, o bien de la protección que ofrece la Convención sobre Asilo diplomático de 1954. Estas convenciones versan sobre materia diferente aunque ambas usen la palabra asilo. Diríamos entonces que la Convención de 1951 protege al solicitante contra *refoulement* (devolución), y que a quienes son reconocidos como refugiados reconoce la gama amplia de derechos que figuran en su articulado.

Desde luego también diríamos que (al menos en los estados latinoamericanos) tanto la protección contra devolución como la protección que ofrece el resto del articulado de la Convención de 1951 son derechos subjetivos, no graciosas concesiones estatales. Más adelante nos extenderemos sobre este último punto.

La materia<sup>60</sup> que regula la Convención de 1951 versa sobre una condición jurídica internacional, un auténtico catálogo de derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los refugiados (además de la no devolución, que es su componente elemental pues sin ella casi todos los otros derechos no son susceptibles de ser reclamados).

Pero la materia que regula la Convención de Caracas de 1954 es la siguiente:

a) Obligación del estado territorial de conceder, una vez acordado el “asilo”, las garantías necesarias para que la persona beneficiada salga del territorio del estado territorial y cuente con un salvoconducto; y

b) la obligación del estado asilante de no devolverla al país de origen.

<sup>59</sup> Convención sobre Asilo diplomático, adoptada en Caracas en 1954. Entrada en vigor el 29 de diciembre de 1954. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0038.pdf>. Para el status de firmas y ratificaciones ver <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-46.html>.

<sup>60</sup> Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados de 1969, **artículo 30: “Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia**. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos **concernientes a la misma materia** se determinarán conforme a los párrafos siguientes. 2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último. 3. **Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior**. 4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior: a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3; b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes. (...)”. Énfasis agregado. [http://www.oas.org/dil/esp/Convencion\\_de\\_Viena\\_sobre\\_derecho\\_tratados\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf).

Obsérvese que en la Convención de Caracas de 1954 el *non refoulement* solamente es derecho del solicitante una vez que ha recibido el "asilo" diplomático:

"Artículo V.

El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable **para que el asilado salga del país** con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial a fin de que no peligre su vida, su libertad o su integridad personal, o para que se ponga de otra manera en seguridad al asilado".

"Artículo XI.

El gobierno del Estado territorial puede, en cualquier momento, exigir que el asilado **sea retirado del país**, para lo cual deberá otorgar un salvoconducto y las garantías que prescribe el artículo V".

"Artículo XII.

Otorgado el asilo, el Estado asilante puede pedir la salida del asilado para territorio extranjero, y el Estado territorial está obligado a dar inmediatamente, salvo caso de fuerza mayor, las garantías necesarias a que se refiere el artículo V y el correspondiente **salvoconducto**".

"Artículo XVII.

Efectuada la salida del asilado, el Estado asilante **no está obligado a radicarlo en su territorio**; pero **no podrá devolverlo a su país de origen**, sino cuando concurra voluntad expresa del asilado".

CUADRO H

Decl. Americana	Convención sobre Asilo Territorial (1954) <sup>61</sup>	Convención sobre Asilo diplomático (1954) <sup>62</sup>	Convención sobre el Asilo y Refugio Político de Montevideo (1939) <sup>63</sup>	Convención sobre Asilo (1928) <sup>64</sup>
<p>“Toda <b>persona</b> tiene derecho de <b>buscar y recibir</b> asilo en territorio extranjero (...)”</p> <p>Art. XXVII<sup>65</sup></p>	<p>“<b>Todo Estado</b> tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio <b>a las personas que juzgue conveniente</b>”</p> <p>Art. I</p>	<p>“<b>Todo Estado</b> tiene derecho a conceder asilo; pero <b>no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega</b>”</p> <p>Art. II</p>		<p>“El asilo (...) será <b>respetado en la medida en que, como un derecho o por humanitaria tolerancia, lo admitieren el uso, las Convenciones o las leyes del país de refugio</b> (...)”</p> <p>Art. 2</p>
		<p>“El asilo otorgado en <b>legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares</b>, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos, será respetado por el Estado territorial”</p> <p>Art. I.</p> <p>“El asilo no podrá ser concedido sino en casos de <b>urgencia</b> y por el tiempo estrictamente indispensable para que <b>el asilado salga del país</b> con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial (...)”</p> <p>Art. V</p>	<p>* “<b>El asilo</b> sólo puede concederse en las embajadas, legaciones, buques de guerra, campamentos o aeronaves militares”</p> <p>Art. 2</p> <p>* “<b>El refugio</b> (será) concedido en el territorio de las Altas Partes Contratantes”</p> <p>Art. 11</p>	<p>“Legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares”</p>
<p>“en caso de persecución”</p>	<p>Personas “perseguidas”</p> <p>Art. II</p>	<p>Personas “perseguidas”; (únicamente) “en casos de urgencia” (incluso cuando el individuo) “se encuentre en peligro de ser privado de su vida o libertad por razones de persecución política”</p> <p>Art. V</p>	<p>“perseguidos” Arts. 2 y 11</p>	<p>“El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad” Art. 2</p>
		<p>Artículo XVII</p> <p>Efectuada la salida del asilado, el Estado asilante no está obligado a radicarlo en su territorio; pero no podrá devolverlo a su país de origen, sino cuando concurra voluntad expresa del asilado.</p>	<p>La concesión de refugio no comporta para el Estado que lo otorga, el deber de admitir indefinidamente en su territorio a los refugiados.</p> <p>Art. 11</p>	

<sup>61</sup> <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0037.pdf?view=1>. Énfasis agregado.

<sup>62</sup> <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0038>. Énfasis agregado.

<sup>63</sup> <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0608.pdf?view=1>. Énfasis agregado.

<sup>64</sup> <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0609>. Énfasis agregado.

<sup>65</sup> <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0025>. Énfasis agregado.

<b>Declaración Americana (1948) Art. XXVII</b>	<b>Convención sobre Asilo Territorial (1954)</b>	<b>Convención sobre Asilo diplomático (1954)</b>	<b>Convención sobre el Asilo y Refugio Político de Montevideo (1939)</b>	<b>Convención sobre Asilo Político (1928)</b>
“que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y los convenios internacionales”	“por sus creencias, opiniones o afiliación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos” Art. II	“por motivos o delitos políticos” Art. I	“Asilo” y “refugio”: por motivos o delitos políticos y por delitos políticos concurrentes en que no procede la extradición  Art. 2 y 11	“Delinquentes políticos” Art.2
		“Otorgado el asilo el Estado asilante puede pedir la salida del asilado para territorio extranjero y el Estado territorial está obligado a dar inmediatamente, salvo caso de fuerza mayor, las garantías necesarias” (“para que el asilado salga del país”) Art. XII	“el agente diplomático o el comandante que haya concedido el asilo podrá por su parte, exigir las garantías necesarias para que <b>el refugiado salga del país</b> respetándose la inviolabilidad de su persona” Art.6	“Tercero: <b>El Gobierno del Estado</b> podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible; <b>y el Agente Diplomático del país que hubiere acordado el asilo, podrá a su vez exigir</b> las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona. Cuarto: <b>Los asilados no podrán ser desembarcados en ningún punto del territorio nacional</b> ni en lugar demasiado próximo a él.” Art. 2
		“Efectuada la salida del asilado, el Estado asilante <b>no está obligado a radicarlo en su territorio</b> ; pero <b>no podrá devolverlo</b> a su país de origen” Art. XVII.	“El Estado que acuerde el asilo <b>no contrae por ese hecho el deber de admitir en su territorio a los asilados, salvo el caso de que éstos no fueran recibidos por otros Estados</b> ” Art.1	

A tono con el carácter interestatal de la Convención de 1954 (y contrastando con el estatuto del refugiado como conjunto de derechos individuales) el “asilo” diplomático, al igual que el llamado “asilo territorial”, es eminentemente discrecional (tal vez, para el caso del asilo diplomático, porque incide muy de cerca en la soberanía del estado territorial y suele afectar las relaciones entre los estados involucrados).

Según la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954 “todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero **no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega**” (artículo II, énfasis agregado).

Todo lo contrario en la Convención de 1951:

El estado que recibe una solicitud está obligado a reconocer derechos subjetivos:

- a) El del solicitante a la no devolución; y,
- b) *en los países latinoamericanos*, los del refugiado, titular del conjunto de derechos previstos por esa Convención, más allá del vital pero insuficiente derecho de no devolución.

Por su parte, la protección ofrecida por la Convención sobre Asilo Territorial de 1954 expresamente está sujeta a la mera *conveniencia* del estado de asilo, exige persecución y no temor fundado de ésta, tiene carácter interestatal antes que declaratorio de derechos humanos y está muy lejos de reconocer a las personas formalmente reconocidas como asilados un elenco de derechos políticos, económicos y culturales comparable con el estatuto internacional del refugiado a tenor de la Convención de 1951.

Examinemos ahora la protección que ofrece la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)<sup>66</sup>. Sus beneficiarios gozan de protección contra devolución: Cuando haya razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura el estado debe negarse a expulsarla, devolverla o extraditarla.

¿Llamaríamos “asilo” a la protección que confiere la Convención contra la Tortura con el prurito de construir una definición genérica, pensando acaso que por incluir el *non refoulement* incluye también un componente “esencial” del “asilo”?

Una decisión que expulsara, devolviera o extraditara una persona en peligro de ser torturada sería absolutamente nula. Pero es preferible utilizar la palabra protección antes que “asilo” para designar los derechos de una persona en riesgo de tortura porque no parece lo mejor asimilar el asilo en los términos de la Convención de 1951 a la simple prohibición de devolver a alguien sin temor de persecución.

La protección medular contra devolución, digámoslo también, se resiste a ser definida de manera generalísima.

<sup>66</sup> Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0020.pdf>. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

Es aconsejable referir el “derecho de no devolución” a un específico instrumento internacional. El *non-refoulement* tiene mayor o menor alcance en diferentes instrumentos internacionales (cuadro I).

- La Convención de 1951 protege al “refugiado” (temor fundado de persecución) y por motivos tasados (además de contener una excepción en el art. 33.2)
- La Convención Americana sobre Derechos humanos protege al “extranjero”; no exige persecución, pero sí motivos tasados de riesgo.
- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1987 protege a cualquier persona, pero únicamente si hay riesgo de tortura.
- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 protege a quienes corrieren riesgo de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o ser juzgados por tribunales especiales
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tal como lo interpreta el Comité de Derechos Humanos parece poder llegar a tener significativa cobertura.
- Por su parte, la Declaración sobre el Asilo Territorial de 1967 expresamente prohíbe la inadmisión en frontera de las víctimas de persecución.

CUADRO I<sup>67</sup>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	<p>“Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”</p> <p>* Ver Observación General No. 7, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7.</p>
Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969	Artículo 22.8 “En ningún caso <b>el extranjero</b> puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a <b>causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.</b> ”
Convención de 1951	<p>“Artículo 33.</p> <p>1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a <b>un refugiado</b> en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre <b>por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.</b>”</p>
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984	Artículo 3 “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en <b>peligro de ser sometida a tortura.</b> ”
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985	Art- 13 No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a <b>tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes</b> o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.
DECLARACIÓN SOBRE EL ASILO TERRITORIAL Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967	<p>Artículo 3</p> <p>1. Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de <b>persecución.</b></p> <p>Artículo 1</p> <p>1. El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados.</p>

<sup>67</sup> Convención de 1951, citada, artículo 33.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (tal como ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos), artículo 7. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>.

Observación General No.7, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7:

“2. Según se desprende de los términos de este artículo, el alcance de la protección exigida es mucho más amplio que la simple protección contra la tortura, tal como se la entiende normalmente. Quizás no sea necesario establecer distinciones muy precisas entre las diversas formas prohibidas de tratos o penas. Estas distinciones dependen de la naturaleza, la finalidad y la severidad del trato particular que se dé. A juicio del Comité, la prohibición debe abarcar el castigo corporal, inclusive los castigos físicos excesivos impuestos como medida pedagógica o disciplinaria. Incluso una medida como el encarcelamiento solitario, según las circunstancias, y especialmente cuando se mantiene a la persona en situación de incomunicación, puede estar reñida con este artículo. Además, el artículo claramente protege no sólo a las personas presas o detenidas, sino también a los alumnos de los establecimientos de enseñanza y a los pacientes de las instituciones médicas. Por último, es también obligación de las autoridades públicas garantizar la protección de la ley contra esa clase de tratos, aun cuando sean infligidos por personas que actúan fuera de los límites de su función pública o que no ejercen función pública alguna. Respecto de todas las personas privadas de libertad, la prohibición de tratos contrarios al artículo 7 se complementa con la exigencia positiva contenida en el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto de que se les trate humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.” Énfasis agregado.

Ver <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom7.html>.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1987, art. 3. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0020>. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

DECLARACIÓN SOBRE EL ASILO TERRITORIAL adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0009>.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>.

El asilo -conjunto de derechos de que una persona goza bajo la Convención de 1951- incluye la no devolución. Es un derecho subjetivo conforme a dos instrumentos internacionales:

Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.7):

“Toda persona tiene el derecho de **buscar y recibir** asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales<sup>68</sup>”.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

“Artículo XXVII: Toda persona tiene el derecho de **buscar y recibir** asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales<sup>69</sup>”.

En derecho internacional general es asunto librado al derecho interno si en un estado las disposiciones de la Convención de 1951 son domésticamente exigibles con la mera ratificación o adhesión, o si es necesario que el poder legislativo expresamente las incorpore al ordenamiento interno.

En Latinoamérica los tratados de derechos humanos en vigor en un estado por lo general son directa e inmediatamente exigibles. Jueces, administradores y legisladores han de interpretar las disposiciones internas conforme al derecho internacional en vigor. Jueces y administradores no pueden ampararse en la inexistencia de ley interna que proteja los derechos que los instrumentos internacionales reconocen a las personas y las obligaciones estatales que son su contrapartida.

Los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometieron a *dictar medidas* (judiciales o administrativas) cuando estimen que el ejercicio del derecho de asilo requiere norma legislativa doméstica y por una u otra razón no hay ley formal que así lo establezca. Su obligación está en el artículo 2 de la Convención. Tal es el sentido de la frase “medidas legislativas **o de otro carácter**”, formulación por lo demás usual en los principales tratados sobre derechos humanos<sup>70</sup> :

<sup>68</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. (Énfasis agregado).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>.

<sup>69</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948). Serie: Novena Conferencia Americana, Bogotá, 1948. Acta y Documentos, p. 297. (Énfasis agregado).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0025>.

<sup>70</sup> Por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, citado, artículo 2.2: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas **o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.” (Énfasis agregado).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, artículo 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el



“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas **legislativas o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”<sup>71</sup>

Un estado parte de la Convención Americana sobre derechos humanos y de la Convención de 1951 tiene obligación, en virtud precisamente de este artículo, de dictar medidas administrativas o judiciales para hacer efectivo el derecho de buscar y recibir asilo.

El estado no podría alegar que carece de legislación nacional o que ésta es insuficiente, ya que ambas convenciones se han insertado en su ordenamiento interno y, combinadas, conforman un derecho subjetivo de buscar y recibir asilo. Así lo expresa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en *John Doe y otros contra Canadá* (2011):

“91. El análisis de este caso requiere una aclaración acerca del ámbito de los derechos protegidos y cada una de las obligaciones del Estado conforme al artículo XXVII; cuestiones previamente examinadas por la Comisión, incluido el Caso de Interdicción de Haitianos. Los Estados parte, incluido Canadá en este caso, han mantenido que el efecto del criterio dual cumulativo del artículo XXVII es que si un derecho está establecido en el derecho internacional pero no en la legislación interna, no constituye un derecho que sea reconocido por el artículo XXVII. En el contexto de este caso, el Estado alega que como la legislación canadiense autoriza expresamente las devoluciones directas, el derecho a procurar asilo en Canadá incluye la posibilidad de que una solicitud no sea procesada inmediatamente y que se le pueda pedir a un solicitante que regrese temporalmente a Estados Unidos sin que el Estado viole el artículo XXVII.

92. Esta interpretación del artículo XXVII no está bien fundamentada. El artículo XXVII no tendría sentido de acuerdo a esta interpretación porque los Estados Miembros podrían excluir amplios grupos de refugiados a través de su legislación interna sin cumplir con sus obligaciones consagradas en el artículo XXVII y el derecho internacional de refugiados. Este caso ofrece una oportunidad para aclarar este punto que fue tratado en el Caso de Interdicción de Haitianos. Al mismo tiempo, como se estableció claramente en el Caso de Interdicción de Haitianos, la Comisión cree que “la legislación internacional ha evolucionado a un nivel en el que se reconoce el derecho de audiencia de una persona que busca refugio para determinar si cumple con lo previsto en la Convención [de Refugiados]”. El derecho a buscar asilo requiere que una persona sea oída para ver si se encuentra en riesgo de persecución --es el acto de oír a una persona lo que implementa el elemento más fundamental del derecho a buscar

---

máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, **por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas**, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. (Énfasis agregado). Entrada en vigor: 3 de enero de 1976,

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0014>.

<sup>71</sup>Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, citada. (Énfasis agregado).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>

asilo—y fue esta oportunidad de procedimiento esencial lo que se les denegó a los John Does. En consecuencia, la Comisión concluye que el artículo XXVII ofrece el fundamento del debido proceso para los demandantes que procuran asilo en un territorio extranjero”<sup>72</sup>.

Haremos bien de precavernos contra la simplista contraposición entre asilo y un peregrino “refugio”<sup>73</sup>.

Numerosas constituciones latinoamericanas proclaman el derecho de asilo, a veces con acusadas diferencias de redacción. La Constitución de Bolivia de 2009 expresamente proclama el derecho de pedir y *recibir* asilo:

“Artículo 29.

I. Se reconoce a las extranjeras y los extranjeros el **derecho a pedir y recibir asilo o refugio** por persecución política o ideológica, de conformidad con las leyes y los tratados internacionales.”

La Constitución ecuatoriana de 2008, por su parte, no señala expresamente el derecho de *recibir* asilo, pero éste se incorpora al ordenamiento interno de cualquier estado latinoamericano en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Ecuador. “Artículo 41 de la Constitución:

Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que

<sup>72</sup> INFORME No. 78/11, CASO 12.586, FONDO, JOHN DOE Y OTROS c/ CANADÁ, 21 de julio de 2011.

Ver <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/CAPU12586ES.doc>.

<sup>73</sup> Murillo, Juan Carlos, “El debate entre ‘asilo’ y ‘refugio’”, El Universal, México, 5 de enero de 2011: “América Latina es una región pionera en la institución del asilo. La costumbre de brindar tratamiento humanitario a quienes buscan protección y asilo ha alcanzado expresión positiva en los instrumentos del sistema interamericano. Sin embargo, actualmente existen confusiones terminológicas que pueden minar la protección del derecho humano a solicitar asilo. ¿En qué consiste el dualismo asilo-refugio? **En un contexto latinoamericano**, donde el asilo tiende a ser visto como una institución de patrimonio regional, con características de interestatal y discrecional, no resulta sencillo ver su vinculación con el tema de la protección de refugiados. **Y si decimos que al brindarse protección a un refugiado, en realidad lo que un país o un Estado le brinda es asilo, no falta que salten las voces que digan que lo que se ha brindado es ‘refugio’.** Ciertamente cuando hablamos de refugiados y la protección internacional que les brinda un Estado, nos referimos a un estatuto o condición jurídica de un extranjero amparado por un régimen especial de protección, donde la utilización común del término “refugio” resulta no sólo imprecisa sino simplista. Mientras que el asilo es un derecho subjetivo y no un acto discrecional del Estado, la institución del asilo político latinoamericano fue incluida en tratados del derecho internacional clásico, que reconocen obligaciones recíprocas entre Estados y no crean derechos para los individuos ni obligaciones correspondientes para los Estados, por lo que la concesión de asilo político es una facultad discrecional del Estado que se da dentro del ejercicio de su soberanía. No así el reconocimiento de la condición de refugiado, que tiene como fundamento el derecho humano a solicitar asilo contemplado en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo que no se trata de una concesión discrecional del Estado sino de un reconocimiento de un derecho connatural. Lo propio sucede respecto del derecho a solicitar y recibir asilo consagrado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVII) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.7)”. Énfasis agregado. Ver <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51216.html>.

San Juan, César Walter, con la participación de Manly, Mark, “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina”, San José, Costa Rica, Editorama, 1ª. ed, 2004. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3187.pdf>.

garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia.”

Los gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y la República Bolivariana de Venezuela, en la Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano de 2010, reiteran “el derecho de toda persona de **buscar y recibir asilo** y la importancia del derecho a la nacionalidad, consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969”<sup>74</sup>.

“Los órganos de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano han revisado casos relativos a víctimas de desplazamiento forzoso, que involucran a países tan diversos como Bahamas, Brasil, Colombia, Chile, Estados Unidos de América, México, Panamá, República Dominicana y Venezuela. Estos casos han revelado la existencia de una serie de problemas, incluyendo los niveles dispares de las garantías del debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado en los países de la región, la falta de legislación nacional en materia de refugiados, la detención de solicitantes de asilo y refugiados, la precariedad de las condiciones de detención, las violaciones al derecho a no ser desplazado forzosamente, las condiciones de vida de los desplazados internos, el irrespeto del principio de *non-refoulement*, no obstante su carácter de norma de *jus cogens*, y la falta del reconocimiento de las obligaciones de los Estados que van más allá de sus fronteras”<sup>75</sup>.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos tendrá oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de no devolución, el de buscar y recibir asilo, y el debido proceso: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recientemente presentó ante la Corte el Caso No. 12.474. Los hechos son así sintetizados por la Comisión:

“En el presente caso ha quedado establecido que Rumaldo Juan Pacheco Osco, Fredesvinda Tineo Godos y sus tres hijos, ingresaron a Bolivia el 19 de febrero de 2001 sin cumplir los controles migratorios de ese país. Al día siguiente, el señor Pacheco Osco y la señora Tineo Godos, se apersonaron en las oficinas del Servicio Nacional de Migración, donde informaron sobre su intención y solicitud de apoyo para llegar al Estado de Chile. En ese momento, las autoridades migratorias bolivianas se percataron del ingreso irregular a Bolivia e iniciaron las gestiones para la expulsión de la familia Pacheco Tineo a Perú. El 21 de febrero de 2001 el señor Pacheco Osco solicitó el reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia para él y su familia, según él, como un mecanismo de defensa ante la respuesta otorgada por las autoridades migratorias en el sentido de detener arbitrariamente a su esposa e iniciar las gestiones para su expulsión a Perú como consecuencia de su ingreso irregular. Ese mismo día, la CONARE se reunió y sumariamente determinó la improcedencia de la nueva solicitud de asilo, con base en que tres años atrás la familia había solicitado su repatriación

<sup>74</sup> Énfasis agregado. Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, Brasilia, 11 de noviembre de 2010, Preámbulo, párrafo sexto. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8133>

<sup>75</sup> Murillo, Juan Carlos, “El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano”, en ACNUR (ed.), “La Protección Internacional de Refugiados en las Américas”, Quito, 2011, p. 64. Ver: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8340>.

voluntaria a Perú. Dos días después, el 23 de febrero de 2001, el SENAMIG emitió la Resolución No. 136/2001 mediante la cual resolvió la expulsión de la familia del territorio boliviano. El 24 de febrero de 2001 se concretó la expulsión mediante el traslado y entrega de la familia Pacheco Tineo en la frontera con el Estado de Perú, específicamente la zona llamada El Desaguadero<sup>76</sup>.

Cuando la Corte Interamericana se pronuncie sobre el fondo destacará los alcances del derecho de buscar y *recibir* asilo. A juicio de la Comisión Interamericana el derecho a recibir asilo no supone una garantía de que el asilo será otorgado pero sí contempla el derecho de que el peticionario sea oído al presentar la solicitud<sup>77</sup>.

La no devolución y los demás derechos contenidos en la Convención de 1951 son derechos humanos:

La declaración adoptada el 13 de diciembre 2001 (Ginebra, Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967) reconoce que la Convención de 1951 “establece derechos”, incluyendo derechos humanos<sup>78</sup>. Constatamos entonces que no se trata simplemente de “beneficios” o graciosas concesiones de los estados. Solicitantes y refugiados tienen derechos -derechos subjetivos, a saber, pretensiones exigibles ante la administración, la judicatura; incluso frente al parlamento-.

El derecho de buscar y recibir asilo nos permite echar un vistazo a la interacción entre derecho internacional general, derechos humanos y derecho de los refugiados:

El derecho internacional aplicable entre las partes incluye el derecho internacional de los derechos humanos, cuya evolución desde la adopción de la Convención de 1951 es tan señalada.

Detengámonos en la múltiple vinculación entre la Convención de 1951 y los instrumentos relativos a derechos humanos:

#### a) El Preámbulo de la Convención de 1951.

<sup>76</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.474, fondo, FAMILIA PACHECO TINEO. BOLIVIA, 31 de octubre de 2011, citado, párrafo 146 (en línea).

<sup>77</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.474, fondo, FAMILIA PACHECO TINEO. BOLIVIA, 31 de octubre de 2011, citado: “**Tal como se indicó anteriormente, el derecho a buscar y recibir asilo no contiene una garantía de que el mismo será otorgado.** Sin embargo, este derecho contemplado en el artículo 22.7 de la CADH **sí exige que el peticionario sea oído al presentar la solicitud** (la nota de pie de página 127 reza: CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000. Párr. 60). Es decir, si bien el derecho internacional aplicable en materia de refugiados deja a los Estados la determinación de los procedimientos y autoridades para hacer efectivo el derecho a solicitar y recibir asilo, esta determinación no puede perder de vista que “la naturaleza de los derechos potencialmente afectados – por ejemplo, el derecho a la vida y a no ser víctima de tortura – hace necesaria la más estricta observancia de todas las salvaguardas aplicables”, párrafo 138. Énfasis agregado (La nota de pie de página 128 reza: CIDH – Canadá. Párr. 60. Citando, en general. CIDH. Informe No. 51/96. Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675. Interdicción de Haitianos en Alta Mar – Haitian Boat People. Estados Unidos. 13 de marzo de 1997. Párr. 163 (en línea).

<sup>78</sup> Declaración adoptada el 13 de diciembre 2001 (Ginebra, Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967) Preámbulo, párrafo 2. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf>

Las partes se propusieron “asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales”.

b) La precitada Declaración adoptada el 13 de diciembre 2001 (Ginebra, Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967).

A su tenor, como acabamos de constatar, la Convención de 1951 contiene *derechos*, incluidos los derechos humanos de sus beneficiarios. Esa declaración es un acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación de la Convención del 51 o de la aplicación de sus disposiciones, y como tal un criterio decisivo para el intérprete<sup>79</sup>.

c) Declaraciones como la también precitada Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano de 2010, según la cual los estados reiteran “el derecho de toda persona de **buscar y recibir asilo** y la importancia del derecho a la nacionalidad, consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969”.

d) El artículo 5 de la Convención de 1951<sup>80</sup> estatuye que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en menoscabo de otros derechos otorgados por las partes a los refugiados. A saber: La Convención de 1951 no es pretexto, leemos en el clásico Comentario de Grahl-Madsen, para quitar o reducir los derechos y beneficios que mediante tratados, leyes o normas domésticas, el Estados hubieran independientemente otorgado a los refugiados<sup>81</sup>.

Los diferentes tratados de derechos humanos o las disposiciones internas que los Estados Parte de la Convención de 1951 hayan adoptado desde entonces o adopten en lo venidero vienen o vendrán a beneficiar al solicitante por la vía del artículo 5 de la Convención de 1951.

<sup>79</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, citada:

“Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

(...)

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

**a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”** (Énfasis agregado).

Ver [http://www.oas.org/dil/esp/Convencion\\_de\\_Viena\\_sobre\\_derecho\\_tratados\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf).

<sup>80</sup> Artículo 5. – “**Derechos otorgados independientemente de esta Convención.**

Ninguna disposición de esta Convención podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta Convención otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados.” (Énfasis agregado).

<sup>81</sup> Grahl-Madsen, Atle, “Commentary on the Refugee Convention”, 1951, published by UNHCR, 1997, Article 5: El propósito del Artículo 5 es que los refugiados pueden, en virtud de la Convención obtener una posición más favorable de lo que la que pudo haber tenido, mientras que por otra parte, la Convención no debe ser una excusa para reducir o quitar los derechos y beneficios que de otra forma se les concede a los refugiados por parte de algunos Estados. Los derechos se podrá otorgar a los refugiados, ya sea por tratado o por las disposiciones de una ley interna (directamente por la operación de la ley, o por medio de una decisión administrativa o judicial basada en la ley), o por medio de un contrato entre el refugiado y la autoridad competente.

Ver <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=3d4ab5fb9&query=Grahl%20Madsen>

e) La Convención de 1951 se ubica en el mundo de los derechos humanos de hoy, al cual nos remite el artículo 31, 3 c) de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 cuando sienta como criterio de interpretación “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”<sup>82</sup>.

f) Los Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>83</sup> y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometieron a dictar medidas legislativas o de otro carácter (judiciales y administrativas, por ejemplo) para hacer efectivos los derechos reconocidos en dichos instrumentos.

g) Las disposiciones jurídicas rara vez son unívocas.

Así, los actos deben interpretarse conforme a las leyes. Las leyes conforme a la Constitución. Las constituciones latinoamericanas suelen proclamar el respeto al derecho internacional (tratados en vigor y derecho internacional general). Luego, si no es claro y distinto el significado de un acto o de una ley ha de interpretárselos conforme al derecho internacional. Entre las diversas interpretaciones posibles, la administración o la judicatura deben escoger la que mejor se adapte al derecho internacional.

---

<sup>82</sup> “Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

**c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.**

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.” (Énfasis agregado).

Ver [http://www.oas.org/dil/esp/Convencion\\_de\\_Viena\\_sobre\\_derecho\\_tratados\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf).

<sup>83</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.2: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas **o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.” (Énfasis agregado).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, **por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas**, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. (Énfasis agregado).



## 6. Buena práctica: Efectivo derecho de acceder al procedimiento.

Argentina. Ley N° 26.165 de 2006 - De reconocimiento y protección al refugiado:

“ARTICULO 3º — Las disposiciones y principios mencionados en los artículos 1º y 2º se aplicarán desde que el solicitante de la condición de refugiado o el refugiado **se encuentre bajo jurisdicción de las autoridades argentinas** y se extenderán hasta que alcance una solución. Asimismo se le aplicará el principio del trato más favorable, y en ningún caso, el menos favorable que el concedido a los extranjeros en las mismas circunstancias.”

Cuadro 5

El rechazo de un solicitante en frontera o en cualquier puesto de entrada al país violenta la protección contra devolución, observábamos en un apartado anterior. Nos aproximábamos al asunto en términos del *derecho de fondo* protegido. De nuevo citemos como buena práctica la que ya destacáramos antes; esta vez para ocuparnos de sus consecuencias *procesales*:

**“El principio de no devolución se aplicará desde el momento en que el extranjero manifieste** de forma oral o escrita ante la autoridad contralora de frontera o el Departamento de Extranjería y Migración o Gobernaciones Provinciales, **su intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado”**

(Chile, artículo 6 del Reglamento de 2011 de la Ley No. 20. 430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados).

De poco nos sirve el derecho de asilo -de poco incluso el derecho de no devolución, que, hemos venido apreciando, se ubica como médula de la Convención de 1951 por cuanto al ser violentado torna nugatorios virtualmente todos los demás derechos- si los solicitantes están inhibidos de iniciar un proceso para que se les identifique, a saber para que se determine si en efecto son refugiados.

Es difícil no advertir la perspicacia del legislador argentino: Adviértase en el cuadro 5 que el solicitante es protegido desde el momento en que se encuentre “bajo jurisdicción de las autoridades argentinas”, se encuentre o no en el territorio nacional.

En Bolivia leemos en la Ley de Protección a Personas Refugiadas (2012):

“Artículo 4. (NO DEVOLUCIÓN).

I. Ninguna persona refugiada o solicitante de tal condición, cuya solicitud se encuentre pendiente de resolución firme, podrá ser devuelta a su país de origen o a otro país donde su vida, seguridad o libertad peligre por cualquiera

de las causales que dieron lugar al reconocimiento o solicitud de la condición de persona refugiada.

**II. A efectos de la aplicación del presente Artículo, el rechazo en frontera y la extradición son consideradas formas de devolución de la persona”.**

En México y en Costa Rica se hace responsable a cualquier funcionario, tenga o no atribuciones migratorias, de garantizar la no devolución.

Es pacífico concluir que una persona interceptada en alta mar se encuentra sujeta a la efectiva autoridad y control del estado que la intercepta y que viola el derecho de no devolución no ofrecerle acceso al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado amparándose en que se encontraría fuera del territorio o de la jurisdicción del estado interceptor<sup>84</sup>.

Fuera del territorio, el estado está obligado a asegurar al individuo sus derechos si ejerce *autoridad y control* sobre él: La Corte Europea de Derechos Humanos así lo resuelve el 23 de febrero de 2012 con ocasión de nueve personas de Somalia, Eritrea y Nigeria interceptadas en alta mar por buques oficiales italianos, quienes fueron devueltas al país de origen, Libia, a pesar del riesgo de ser sometidas a tratamientos crueles o inhumanos por el solo hecho de haber abandonado el país ilegalmente<sup>85</sup>.

Es también contrario al derecho de no devolución que determinadas zonas de puertos aéreos o marítimos sean declaradas “de tránsito” o “internacionales” para no admitir las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, argumentando que el solicitante no se encontraría propiamente en “territorio” nacional.

El artículo 33.1 de la Convención de 1951 (no devolución)<sup>86</sup> sería dejado sin efecto de no preconizarse el libre acceso al procedimiento:

<sup>84</sup> ACNUR, “Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967” (2007), párrafo 35: “(...) los Estados están obligados a no devolver a ninguna persona sobre la que ejerzan jurisdicción al peligro de daño irreparable. Al determinar si están en discusión las obligaciones de derechos humanos de un Estado con respecto a una determinada persona, el criterio decisivo no es si la persona se encuentra en el territorio nacional del Estado o en un territorio que está *de jure* bajo el control soberano del Estado. Más bien, si esa persona está sujeta o no a la efectiva autoridad y control del Estado”. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7123.pdf?view=1>.

Ver también el estudio inédito siguiente: Klug, Anja; Howe, Tim, “The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the *Non-refoulement* Principle to Extraterritorial Interception Measures”, p.97: “5. *Critical Assessment*. El establecimiento de la jurisdicción extraterritorial parece no controversial para muchos escenarios de interceptación habituales. Hay, sin embargo, ciertas medidas de interceptación, donde la Corte Europea de Derechos humanos podría no concurrir con los demás órganos de derechos humanos en la jurisdicción del Estado interceptor. Dos requisitos, en particular, pueden hacer el establecimiento de la jurisdicción difícil: 1. la necesidad de un derecho para el establecimiento de la jurisdicción, y 2. la exigencia de un alto nivel de control de los hechos. Ambos criterios se aplican únicamente por la Corte de Derechos Humanos, y sólo en algunas de sus decisiones”.

<sup>85</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, CASE OF HIRSI JAMAA AND OTHERS V. ITALY (*Application no. 27765/09*) en particular párrafo 74.

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4f4507942.pdf>.

<sup>86</sup> “Artículo 33. - Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”



¿Cómo, de buena fe, podría un estado alegar que cumple con la Convención si no permite al solicitante acceder al procedimiento para identificar a los refugiados, procedimiento a cuyo término aquel ocurriría a los tribunales si está disconforme?

El Comité Ejecutivo del ACNUR ha subrayado “la necesidad de admitir a los refugiados en el territorio de los Estados, lo que incluye el no rechazo en las fronteras sin que se hayan aplicado procedimientos imparciales y efectivos para la determinación del estatuto y las necesidades de protección”<sup>87</sup>.

Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR como la que acabamos de leer no crean obligaciones legales; sí son expresiones autorizadas de la opinión jurídica de los Estados globalmente involucrados en la protección de los refugiados<sup>88</sup>.

La Convención de 1951 es un instrumento *internacional*. Decenas de interpretaciones diferentes acaso moldeadas por intereses meramente nacionales la desnaturalizarían. 147 Estados son parte de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967; 87 integran hoy el Comité Ejecutivo del ACNUR.

Las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR son adoptadas por consenso; no evidencian un acuerdo de *todas* las partes. Sin embargo expresan la interpretación de un elevado número de éstas, incluidos los Estados más interesados en los asuntos de refugiados, e internacionalizan el sentido que a las palabras de la Convención de 1951 debe atribuirse.

Entendámonos. Para vindicar el derecho de acceso al procedimiento no encontramos, palabra por palabra, una disposición de la Convención de 1951 de la cual aferrarnos. Pero sí hay una combinación de artículos (una interpretación sistemática) cuyo resultado es precisamente afirmar sin restricciones el acceso al procedimiento como derecho subjetivo:

He aquí nuestro asunto: “(E)n el territorio de los Estados Contratantes, todo refugiado tendrá libre acceso a los tribunales de justicia” (artículo 16.1 de la Convención de 1951<sup>89</sup>).

¿Cómo alcanzaremos entonces las afirmaciones siguientes?

- a) el libre acceso lo es al procedimiento *administrativo* (no solamente “a los tribunales”); y
- b) el libre acceso es derecho de todo refugiado *aunque no se encuentre en el territorio nacional* pero sí sujeto a la autoridad y control del estado.

<sup>87</sup> ACNUR, “Compilación temática de las conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la protección internacional”, 2ª edición, 2005. Conclusión del Comité Ejecutivo N° 82 (XLVIII) – 1997 sobre la Salvaguarda de la Institución de Asilo.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4050.pdf>

<sup>88</sup> Goodwin-Gill, Guy; McAdam, Jane, “The Refugee in International Law”, third edition, Oxford University Press, 2007, p. 217. Hathaway, James, “The Rights of Refugees under International Law”, Cambridge University Press, 2005 p.54.

<sup>89</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, citada.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.

Generalmente los ordenamientos internos no permiten al solicitante directamente acceder a los tribunales a reclamar sus derechos. En Latinoamérica el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado es administrativo; por lo común, *solamente una vez que un acto administrativo<sup>90</sup> deniega al solicitante la condición de refugiado éste tendría derecho de acudir a los tribunales<sup>91</sup>.*

Para que el derecho al libre acceso a los tribunales no se deje alegremente de lado, es patente que ha de instituirse un procedimiento administrativo. A esta conclusión llegamos relacionando los derechos siguientes:

<sup>90</sup> No necesariamente el acto administrativo debe “final” porque hay ordenamientos internos en que el agotamiento de la vía administrativa no es requisito *sine qua non* para acudir a la vía judicial. Por ejemplo, Costa Rica, Código Procesal Contencioso-Administrativo, artículo 31.1: “1) El agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para lo dispuesto en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política.”

<sup>91</sup> Por ejemplo:

**Nicaragua**, Ley N° 130 del 9 de julio de 2008, Ley de Protección a Refugiados, “Artículo 27. Recursos.

A) Las resoluciones que reconozcan la condición de refugiado no serán objeto de recurso alguno.

B) Las resoluciones denegatorias de la CONAR serán objeto de los siguientes recursos:

1. De Revisión, que será interpuesto ante la Secretaría Ejecutiva a más tardar cinco días después de ser notificado de la resolución denegatoria, para que sea resuelto y notificado por la CONAR en quince días después de la interposición del recurso.

2. De Apelación, que será interpuesto ante la Secretaría Ejecutiva a más tardar cinco días después de ser notificada de la decisión sobre el recurso de revisión, para que el Ministro de Gobernación resuelva y notifique en los treinta días siguientes.

C) De no pronunciarse en los términos establecidos en el inciso B, se operará el silencio administrativo a favor del solicitante.

D) La resolución denegatoria de la Apelación agotará la vía administrativa y será recurrible ante la vía judicial competente. Todos los recursos tendrán tramitación preferente.” (Énfasis agregado)

Argentina, Ley N° 26.165 de 2006 de reconocimiento y protección al refugiado, artículo 50: “Una vez emitida la resolución por la Comisión en primera instancia, el Secretariado Ejecutivo procederá a su inmediata notificación por escrito al solicitante, quien podrá interponer por escrito recurso jerárquico dentro de los diez días subsiguientes a la fecha de notificación. El recurso deberá ser fundado e interpuesto ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional y elevado al Ministro del Interior, previa intervención de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

La interposición de recursos administrativos o judiciales, suspenderá la ejecución de las medidas dictadas hasta tanto queden firmes.”

**Costa Rica**, Ley N° 8.764 - Ley General de Migración y Extranjería. Entrada en vigor el 01 de marzo de 2010, “ARTÍCULO 28.-

El Tribunal Administrativo Migratorio deberá realizar sus funciones sujeto a los principios de oralidad, oficialidad, celeridad e inmediación de la prueba, sin perjuicio de la implementación de medios supletorios para la evacuación de la prueba, cuando las circunstancias así lo ameriten.

El Tribunal deberá ajustar su actuación al procedimiento y las normas de funcionamiento establecidos en la presente Ley y su Reglamento, y supletoriamente, por la Ley general de la Administración Pública, N.º 6227, de 2 de mayo de 1978; el Código Procesal Contencioso-Administrativo, N.º 8508, de 28 de abril de 2006, y la Ley N.º 8220, Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, de 4 de marzo de 2002.

ARTÍCULO 29.-

El Tribunal Administrativo Migratorio será el órgano competente para conocer y resolver los recursos de apelación planteados contra las resoluciones finales dictadas por la Dirección General de Migración y Extranjería, en materia migratoria, y contra las resoluciones finales dictadas por la Comisión de Visas Restrictivas y Refugio, en materia de refugio.”

**Venezuela**, Ley Orgánica sobre refugiados o refugiadas, asilados o asiladas. Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.296 del 03 de Octubre del 2001, Artículo 21. “En caso de haber recurrido, el (la) solicitante podrá permanecer, al igual que su grupo familiar, en el territorio nacional hasta que se adopte una decisión final. Agotado el recurso de reconsideración a que se refiere esta Ley, la persona podrá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. Ejercida la vía jurisdiccional, quedará sujeta a las disposiciones de la Ley respectiva y su reglamento.” (Énfasis agregado).

- El derecho de no devolución (artículo 33.1 de la Convención de 1951).
- El derecho de libre acceso a los tribunales (artículo 16.1 de la Convención de 1951).
- El artículo 31, inciso 2 de la Convención de 1951 (potestad del estado de optar por conferir al refugiado el asilo, o bien otorgarle un plazo razonable para que logre su admisión en otro país, siempre que éste garantice el derecho de asilo).

Los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, escribe Hathaway, dejan claro que el artículo 16.1 (acceso de todo refugiado a los tribunales) comporta un derecho para todos los refugiados, hayan o no sido admitidos a un Estado<sup>92</sup>.

Mantengámonos, así sea por un momento, dentro de los límites de la Convención de 1951. Hay consenso en que los estados no se obligaron a otorgar asilo a los solicitantes que entren o se encuentren *ilegalmente* en el territorio, y en que los estados pueden optar por obtener la admisión de esos refugiados en otro país, según leemos en dicho artículo 31<sup>93</sup> <sup>94</sup>. Va de suyo que el primer estado ha de verificar que el segundo ofrezca asilo de acuerdo con estándares internacionales.

<sup>92</sup> Hathaway, James, "The Rights of Refugees under International Law", Cambridge University Press, 2005, p.645.

Aunque no invoca expresamente un criterio de interpretación, leemos en Grahl-Madsen, Atle, UNHCR, 1997, "Commentary on the Refugee Convention", citado, "Article 16":

"El párrafo 1 se aplica a todo refugiado, donde quiera que tenga su residencia habitual, y no se limita a los refugiados que tienen residencia en uno de los Estados contratantes. Si él tiene su residencia habitual en un Estado no contratante tendrá, no obstante, el acceso a los tribunales de justicia en cualquiera de los Estados Contratantes, con sujeción únicamente a la regla que subyace en la Convención que cada Estado contratante debe determinar para sus propios fines si una persona es considerada como un refugiado o no. El párrafo 2 confiere la obligación de un Estado Contratante solamente con respecto a los refugiados que tengan su residencia habitual en su territorio."

Ver <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=3d4ab5fb9&query=Grahl%20Madsen>

Hathaway, James, "Why Refugee Law Still Matters", Melbourne Journal of International Law, May 2007, p. 96: "until a refugee is actually admitted to a state's status determination procedure — at which point he or she becomes, in the language of the treaty, lawfully present — governments may lawfully assign their protection responsibilities to another country, even without the refugee's consent. But — and this is a big but — any such assignment is legally contingent on meaningful verification by the sending state that the destination country will both recognize refugee status in accordance with international standards, and respect all Refugee Convention and other internationally binding rights."

Ver <http://law.queensu.ca/events/lectureships/Visitorships/hathawayPaper.pdf>

<sup>93</sup> "Artículo 31. -- Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, **hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización**, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán **a tales refugiados** otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. **Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.**" (Énfasis agregado).

Véase que el estado no se obligó a otorgar asilo a los solicitantes que entren o se encuentren ilegalmente en el territorio. El estado está obligado a respetar el non refoulement (artículo 33) y puede optar por obtener la admisión del solicitante en otro país.

Para estas legislaciones nacionales ver la base de datos legales del sitio Web del ACNUR en español <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=2>.

Siempre restringiendo por un momento nuestro análisis a la Convención de 1951, los Estados Parte sí tienen que respetar el derecho de no devolución de los solicitantes que entren o se encuentren ilegalmente, y hemos señalado que la sola forma de hacerlo es instaurando un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado.

El asilo no es un derecho subjetivo, salvo para los solicitantes que entren o se encuentren legalmente en el país de acogida:

La afirmación anterior es válida para los Estados Parte de la Convención de 1951 que *no lo sean* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Más arriba quedó aclarado que en los términos de ésta y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre el propio derecho de asilo se transforma en derecho subjetivo).

Vamos ahora al libre acceso al procedimiento aunque el solicitante no se encuentre en el territorio nacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (petición interestatal *Ecuador contra Colombia*, 2010) “no sólo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen imputables dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera de su territorio, pero dentro de una esfera en la que ejerzan jurisdicción”<sup>95</sup>; este último término entendido como sometimiento de una persona al efectivo control y autoridad del estado<sup>96</sup>.

No olvidemos que el intérprete de un convenio internacional tendrá en mente todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

La declaración de 13 de diciembre 2001 (Ginebra, Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967) llama a todos los Estados a adoptar y ejecutar normas domésticas de procedimiento para la determinación de la

---

<sup>94</sup> **Pero los solicitantes que entraren *legalmente* sí tienen derecho a recibir asilo: El artículo 31.2 no manda que respecto a *todo* refugiado el estado pueda contentarse con asegurarle el derecho de no devolución.**

<sup>95</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, INFORME No. 112/ 10 PETICIÓN INTERESTATAL PI-02, ADMISIBILIDAD FRANKLIN GUILLERMO AISALLA MOLINA, ECUADOR – COLOMBIA (2010), párrafo 90. Ver <http://cidh.org/annualrep/2010sp/EC-CO.PI-02ADM.SP.doc>.

<sup>96</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, INFORME No. 112/ 10, citado, Párrafo 92: “El Comité de Derechos Humanos, aun cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) está redactado de una manera más restrictiva al establecer la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos ‘a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción’, ha admitido la aplicabilidad extraterritorial del Pacto sobre la base del requisito de la autoridad o el control efectivo en múltiples casos”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio **a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción**”. Énfasis agregado.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969, artículo 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren **en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción** los derechos reconocidos en el presente Pacto”. Énfasis agregado.

condición de refugiado<sup>97</sup>. Dicha declaración es un acuerdo ulterior entre todos los Estados Parte acerca de la interpretación de la Convención de 1951 o de la aplicación de sus disposiciones<sup>98</sup> (Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969, artículo 31.3.a).

---

<sup>97</sup>(Párrafo operativo) “6. Hacemos un llamamiento a todos los Estados, para que tomen o sigan tomando medidas que fortalezcan el asilo y hagan más efectiva la protección de acuerdo con los estándares internacionales aplicables, por medio de la adopción e implementación de legislación nacional sobre refugiados y de procedimientos para la determinación del estatuto de los refugiados y el tratamiento de los solicitantes de asilo y refugiados, prestando especial atención a los grupos vulnerables y a los individuos con necesidades especiales, incluyendo las mujeres, los niños y los ancianos;”

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf>

<sup>98</sup> James Hathaway, “The Rights of Refugees under International Law”, Cambridge University Press, 2005, pp 54-55.

## 7. Buena práctica: Derecho de apelación y debido proceso.

Una buena mayoría de las legislaciones latinoamericanas permite al solicitante apelar la decisión del órgano de determinación de la condición de refugiado (ODR). Se tutela así el debido proceso.

Cuadro 10.

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. **Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.**

**Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo***

Exploraremos a continuación el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, cuya sobresaliente exigencia es el acatamiento puntual del debido proceso.

Dígase de entrada que a juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*Interdicción de Haitianos contra Estados Unidos* (1997), *John Doe y otros contra Canadá* (2011)) viola el debido proceso rechazar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado sin otorgar al solicitante la oportunidad de una audiencia<sup>99</sup>.

Aun a riesgo de simplificar, entendamos aquí por *procedimiento* una tramitación prevista por normas jurídicas y por *proceso* el específico y concreto asunto que se debate ante la administración. Apuntémoslo para evitar discusiones sobre palabras y señalar que la distinción es asunto de énfasis: El primer término tiende a utilizarse de forma general

<sup>99</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, INFORME No. 78/11, CASO 12.586 FONDO JOHN DOE Y OTROS v. CANADÁ, 21 de julio de 2011, párrafo 92. “ (...) como se estableció claramente en el Caso de Interdicción de Haitianos, la Comisión cree que “la legislación internacional ha evolucionado a un nivel en el que se reconoce el derecho de audiencia de una persona que busca refugio para determinar si cumple con lo previsto en la Convención [de Refugiados]” (*La nota de pie de página No. 50 reza: CIDH, Caso de Interdicción de Haitianos, (Estados Unidos) Informe Nº 51/96 (fondo), Caso No. 10.675 (13 de marzo de 1997), párrafo 153*). El derecho a buscar asilo requiere que una persona sea oída para ver si se encuentra en riesgo de persecución -es el acto de oír a una persona lo que implementa el elemento más fundamental del derecho a buscar asilo”.

Ver <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/CAPU12586ES.doc>.

mientras que el segundo particulariza, o bien designa las exigencias que el procedimiento debe cumplir:

La ley nicaragüense o la argentina, por ejemplo, prevén general y abstractamente un procedimiento razonable, una tramitación para determinar la condición de refugiado. Si ponemos atención a una persona cuyas necesidades de protección son examinadas en Nicaragua o en Argentina hablamos del debido o indebido *proceso* a que esa específica persona ha sido sometida.

“El procedimiento para determinar la condición de refugiado” –manda la legislación argentina- “se llevará a cabo con arreglo a los principios de confidencialidad y de debido proceso legal. En especial, se reconoce al solicitante de estatuto de refugiado el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete calificado si no comprende o no habla el idioma nacional; debe concedérsele el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de sus intereses y tendrá derecho a ser asistido por un defensor en todas las instancias del procedimiento”<sup>100</sup>.

Establece la legislación nicaragüense:

“Todo solicitante deberá ser informado de los derechos inherentes al debido proceso legal, ser entrevistado por la Secretaría Ejecutiva de la CONAR o a quien ésta designe, ser asistido por un intérprete y/o traductor si lo precisare y poder ponerse en contacto con el ACNUR o la Agencia Social de los programas del ACNUR en Nicaragua”<sup>101</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos remitió el 21 de febrero de 2012 un caso relativo al derecho de asilo, *non refoulement* y debido proceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Argumenta que “de acuerdo a la jurisprudencia constante de los órganos del sistema interamericano, las garantías del debido proceso no se limitan a los recursos judiciales sino que aplican a todas las instancias procesales incluyendo, además de los procesos migratorios que pueden terminar en la expulsión o deportación de una persona, **también los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado** así como todo procedimiento que pueda culminar con la expulsión o deportación de una persona. Desde esta perspectiva, el objeto y fin de las protecciones establecidas en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, establecen ciertas especificidades en la satisfacción del derecho a las garantías del debido proceso en el marco de procedimientos relativos al alcance de dichas normas”<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Ley N° 26.165 de 2006 de Reconocimiento y Protección al Refugiado, Título V. Sobre los principios del procedimiento, Artículo 32. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4658.pdf>.

<sup>101</sup> Ley N° 130 del 9 de julio de 2008, Ley de Protección a Refugiados, artículo 18: “El procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado se basará en los principios de simplicidad, confidencialidad, celeridad, transparencia y gratuidad. Todo solicitante deberá ser informado de los derechos inherentes al debido proceso legal, ser entrevistado por la Secretaría Ejecutiva de la CONAR o a quien ésta designe, ser asistido por un intérprete y/o traductor si lo precisare y poder ponerse en contacto con el ACNUR o la Agencia Social de los programas del ACNUR en Nicaragua”.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6435.pdf>.

<sup>102</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.474. Fondo Familia Pacheco Tineo. Bolivia. 31 de octubre de 2011, párrafo 133. Énfasis agregado. Ver <http://search.oas.org/es/cidh/default.aspx?k=Comisi%F3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.%20Caso%2012.474.%20fondo.%20FAMILIA%20PACHECO%20TINEO&s=CIDH>



Volveremos más abajo a pronunciamientos de esa Comisión sobre debido proceso y determinación de la condición de refugiado. Ahora digamos que el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado* estima básicas la apelación y la obligación de proporcionar al solicitante los medios necesarios para presentar su caso a las autoridades competentes<sup>103</sup>. Va de suyo entonces el derecho de audiencia del solicitante, el de combatir la prueba de cargo, y el de proponer y que le sea evacuada la de descargo.

Esta aproximación a la prueba obedece a la contraposición de intereses entre el solicitante y la administración (tensión inherente a todos los derechos subjetivos, espacios individuales contra la eventual arbitrariedad de la administración).

El *Manual*<sup>104</sup> recomienda que los procedimientos respeten “requisitos básicos”, entre ellos que la autoridad de migración o la policía de fronteras actúe conforme al principio de no devolución, y que ha de permitirse al solicitante permanecer en el país hasta que la autoridad competente adopte una decisión sobre el caso.

El *Manual* ha sido invocado por prestigiosos tribunales para interpretar la Convención de 1951. Fue publicado a solicitud del Comité Ejecutivo del ACNUR para “orientación de los gobiernos” por lo que hace a “los procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado”<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, 1992, párrafo 192. Ver [http://www.acnur.org/paginas/index.php?id\\_pag=4359&id\\_sec=23](http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4359&id_sec=23).

<sup>104</sup> ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, 1992, citado, párrafo 192:

“i) el funcionario competente (funcionario de inmigración u oficial de la policía de fronteras) al que se dirija el solicitante en la frontera o en el territorio del Estado contratante debe tener instrucciones claras para tratar los casos que puedan estar incluidos en el ámbito de los instrumentos internacionales pertinentes. **Debe actuar en conformidad con el principio de no devolución (“non-refoulement”)** y remitir tales casos a una autoridad superior;

ii) el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse;

iii) debe existir una autoridad claramente identificada – de ser posible una sola autoridad central – encargada de examinar las solicitudes de concesión de la condición de refugiado y de adoptar una decisión en primera instancia;

**iv) debe proporcionarse al solicitante los medios necesarios, incluidos los servicios de un intérprete calificado, para presentar su caso a las autoridades competentes.** Debe darse también al solicitante la oportunidad, acerca de la cual se le debe informar, de ponerse en contacto con un representante del ACNUR;

v) si se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe informársele al respecto y debe expedírsele el documento que certifique tal condición;

**vi) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe concedérsele un plazo razonable para apelar ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, administrativa o judicial,** con arreglo al sistema prevaleciente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada;

vii) debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente a que se refiere el anterior inciso iii) adopte la decisión del caso, a menos que tal autoridad haya demostrado que la solicitud era claramente abusiva. **Debe permitírsele asimismo permanecer en el país mientras esté pendiente una apelación a una autoridad administrativa o judicial superior.**” (Énfasis agregado)

<sup>105</sup> ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, 1992, citado, Prólogo, IV.



Para este tipo de desarrollos del debido proceso no nos bastan los artículos de la Convención de 1951. Acudamos una vez más al derecho internacional de los derechos humanos. La incidencia de los derechos humanos en los derechos de los refugiados está prevista en el Preámbulo de la Convención de 1951:

Los Estados se empeñaron allí en asegurar a los refugiados el más amplio ejercicio de los derechos humanos que figuran en la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y en la Carta de las Naciones Unidas. Tal es el propósito y objeto de la Convención en 1951.

¿Cuál es su propósito y objeto hoy?

El mismo que en 1951, pero nos ubicamos hoy en un derecho internacional de los derechos humanos mucho más desarrollado.

La Declaración de 13 de diciembre 2001 (Ginebra, Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967) nos lleva a consultar el derecho internacional de los derechos humanos<sup>106</sup>. Declaran unánimemente los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 que reconocen “la importancia de otros instrumentos de derechos humanos e instrumentos regionales de protección de los refugiados, incluyendo la Convención de 1969 de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre los Aspectos Específicos del Problema de los Refugiados en África y la Declaración de Cartagena de 1984”<sup>107</sup>.

El derecho internacional de los derechos humanos ha sido significativamente ampliado<sup>108</sup> por los órganos de vigilancia de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos vigorosamente afirma el debido proceso. Observa la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Baena Ricardo contra Panamá* (febrero (2001) y *Tribunal Constitucional contra Perú* (2001):

---

<sup>106</sup> Preámbulo “2. Reconociendo la continua importancia de la Convención de 1951 como el principal instrumento para la protección de los refugiados, la cual, enmendada por su Protocolo de 1967, establece los derechos, **incluyendo los derechos humanos**, y las normas mínimas de tratamiento que se aplican a las personas bajo su ámbito de aplicación”. (Énfasis agregado).

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf>.

<sup>107</sup> Declaración adoptada el 13 de diciembre 2001 en Ginebra en la Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967, Preámbulo, 3.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf>.

<sup>108</sup> ACNUR, “Los derechos humanos y la protección de los refugiados”, módulo autoformativo 5, volumen II, 2006, “Panorama General”:

“La jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, incluidos el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, ha experimentado un desarrollo extenso, mientras que los órganos de vigilancia de derechos humanos de las Naciones Unidas (es decir, los órganos de los tratados) y los órganos regionales, tales como la Comisión Africana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han desarrollado el contenido y ampliado el alcance de las normas de derechos humanos. De manera cada vez más importante, estas normas se aplican a la protección de los refugiados y de otras personas que se encuentran bajo la competencia del ACNUR, es decir, solicitantes de asilo, repatriados, apátridas y desplazados internos. De hecho, actualmente se reconoce que el derecho internacional de los refugiados, de los derechos humanos y el humanitario deben aplicarse de manera convergente para proteger mejor a los refugiados y otras personas que se encuentran bajo la competencia del ACNUR”.

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/489c142e2.pdf>.

“(C)ualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”<sup>109</sup>.

*Baena Ricardo* no comporta el examen de solicitantes de la condición de refugiados; la Corte Interamericana juzga el caso de funcionarios víctimas de violación al debido proceso, pues no habían sido sometidos a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución. La Corte estimó que el derecho al debido proceso había sido violentado.

A diferencia de *Baena Ricardo*, el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado no es disciplinario, pero obviamente es un procedimiento administrativo susceptible de afectar negativamente los derechos del solicitante. La determinación de la condición de refugiado supone el ejercicio por parte de la administración de una función materialmente jurisdiccional, cual es el criterio expresado en el caso *Tribunal Constitucional* para exigir el debido proceso (enero 2001)<sup>110</sup>.

Los procedimientos para determinar la condición de refugiado han de arreglarse al debido proceso legal. Esta conclusión se nos impone siguiendo los razonamientos de la Corte Interamericana, cuya argumentación descansa en exigir “las garantías mínimas (que) deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 124 in fine.

Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.doc)

<sup>110</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas):

“71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente **jurisdiccional**, **tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana**”. Énfasis agregado.

Ver [http://www.tc.gob.pe/corte\\_interamericana/seriec\\_71\\_esp.pdf](http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_71_esp.pdf)

<sup>111</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, citado:

“124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” (la Corte cita el precedente *Tribunal Constitucional*) a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. **Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal**”.

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. **Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.**

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la

En un caso reciente, ahora sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos exige que el debido proceso sea respetado en los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado:

“(...) de acuerdo a la jurisprudencia constante de los órganos del sistema interamericano, las garantías del debido proceso no se limitan a los recursos judiciales sino que aplican a todas las instancias procesales incluyendo, además de los procesos migratorios que pueden terminar en la expulsión o deportación de una persona, **también los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado así como todo procedimiento que pueda culminar con la expulsión o deportación de una persona.** Desde esta perspectiva, el objeto y fin de las protecciones establecidas en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, establecen ciertas especificidades en la satisfacción del derecho a las garantías del debido proceso en el marco de procedimientos relativos al alcance de dichas normas”<sup>112</sup>.

Extrememos el cuidado. En ocasiones se califica al procedimiento de determinación de la condición de refugiado como procedimiento *no contencioso* o denominaciones similares. Acaso se tiene en mente que la administración no está sujeta en toda su amplitud a los estándares probatorios de la materia civil, o se considera con razón que los interrogatorios no deben transformarse en un acoso del solicitante. Pero de aquí a considerar que elementales consideraciones de debido proceso no rigen, habría un largo trecho.

---

administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

**127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.**” (Énfasis agregado).

El artículo 8 de la Convención, en sus incisos 1 y 2, señala que:

“1. **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,** establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.” (Énfasis agregado)

<sup>112</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.474, fondo, familia PACHECO TINEO v. BOLIVIA, 31 de octubre de 2011, párrafo 133. Énfasis agregado. Ver <http://search.oas.org/es/cidh/default.aspx?k=Comisi%F3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.%20Caso%2012.474,%20fondo,%20FAMILIA%20PACHECO%20TINEO&s=CIDH>

Entre la administración que examina su solicitud y la persona que alega temor fundado de persecución puede y suele haber contradicción que se oscurece si calificamos al procedimiento como “no contencioso”. Ciertamente, ¡no se establece en los procedimientos una contradicción entre el solicitante y un representante de su país de origen!

Pero no nos demoremos en discusiones sobre palabras (discusiones sobre definiciones). Denomínesele como se quiera, lo que importa al solicitante son las garantías que han de rodear al procedimiento en general y al debido proceso que se le sigue:

Si se lo llama *no contencioso* pero se vela porque la carga y mérito de la prueba y la regulación de las probanzas estén sujetas a garantías (entre ellas las clásicas del debido proceso, junto a elementales cautelas humanitarias para auxiliar a una persona muy vulnerable y eventualmente traumatizada por la persecución), poco habría que objetar.

Establecida la credibilidad del solicitante y que sus declaraciones son compatibles con hechos de público conocimiento, la inexistencia de prueba documental, testimonial o pericial que fortalezca sus declaraciones no debe impedir la aceptación de la solicitud<sup>113</sup>.

¿Qué hacer si hay aspectos del relato o probanzas que induzcan a duda?

El solicitante tiene derecho a que expresamente *se le advierta de la situación*, a combatir las probanzas en su contra, a presentar llegado el caso evidencia adicional, y a aclarar aspectos que el órgano de determinación de la condición de refugiado (ODR) no estime creíbles<sup>114</sup>. Contará con la oportunidad de presentar evidencia en supuestos en que la administración dude si ciertos hechos importantes ocurrieron o si estuvieron vinculados con la solicitud<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, 1992, citado párrafo 196: “Es un principio general de derecho que la carga de la prueba incumbe al peticionario. Ahora bien, es frecuente que el solicitante no pueda aportar, en apoyo de sus declaraciones, pruebas documentales o de otra clase, y los casos en que pueda presentar pruebas de todas sus afirmaciones serán la excepción más que la regla. La mayoría de las veces, una persona que huya de la persecución llegará con lo más indispensable y, en muchos casos, incluso sin documentación personal. Por consiguiente, aún cuando, en principio, la carga de la prueba incumbe al solicitante, el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes corresponde a la vez al solicitante y al examinador. Es más, en algunos casos el examinador habrá de recurrir a todos los medios que tenga a su disposición para conseguir las pruebas necesarias en apoyo de la solicitud. Sin embargo, puede ser que ni siquiera esa investigación independiente tenga siempre éxito y que haya además declaraciones que no sea posible probar. En esos casos, si el relato del solicitante parece verídico deberá concedérsele, a menos que existan razones de peso para no hacerlo, el beneficio de la duda.”

<sup>114</sup> Gorlick, Brian, “Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status”, NEW ISSUES IN REFUGEE RESEARCH, Working Paper No. 68, UNHCR, 2002.

Ver [http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opensslPDFViewer.html?docid=3db7c5a94&query="New%20issues%20in%20Refugee%20Research](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opensslPDFViewer.html?docid=3db7c5a94&query=).

<sup>115</sup> Immigration and Refugee Board of Canada, “Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection”, 2004, para. 1.5: “Al solicitante debe proporcionársele una oportunidad razonable para presentar pruebas. Cuando la Junta rechaza una reclamación, porque duda de si ciertos elementos esenciales ocurrieron o de si estos están relacionados con las actividades en que se basa la reclamación, algunas

La administración, bien entendido, está en su derecho de estimar que la versión del solicitante no es compatible con información de país de origen, o de sospechar de su credibilidad, pero habrá de proponer y evacuar probanzas al efecto<sup>116</sup>.

El beneficio de la duda debe concederse, según el *Manual*<sup>117</sup>, una vez que el órgano de determinación de la condición de refugiado está convencido de la credibilidad del solicitante. Se ha sugerido que el beneficio de la duda pudiera ser más amplio: El proceso debe iniciarse sin presumir que las afirmaciones del solicitante son hechas para favorecerse personalmente.

El uso de informes confidenciales sin oportunidad de que el solicitante los conozca y eventualmente los contradiga puede perjudicar su caso: No estaría en posición de rebatir la evidencia o de proporcionar una completa e informada explicación.

Tutela el debido proceso el Reglamento de 2012 de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria en cuanto exige remitir al solicitante la información de país de origen (prueba muy importante que el solicitante puede entonces poner en cuestión):

“Artículo 40.- Previo al análisis de cada solicitud, la Coordinación solicitará a la Secretaría de Relaciones Exteriores su opinión sobre las condiciones prevalecientes en el país de origen de cada solicitante, misma que deberá ser remitida dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de la presentación de la solicitud, de conformidad con el artículo 24 de la Ley. Para ello, la Coordinación informará a la Secretaría de Relaciones Exteriores en cada caso el nombre del solicitante, el país de origen, los motivos de persecución alegados así como el agente de persecución alegado”.

Un órgano de determinación de la condición de refugiado, como cualquier órgano administrativo, no deja de poner en juego un punto de vista eventualmente contrario al del solicitante, sin mengua de su obligación de evaluar imparcialmente las probanzas de cargo y de descargo en su conjunto.

---

Cortes Federales han sugerido que se le debe dar al reclamante una oportunidad para testificar sobre esos eventos”. Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4638af792.html>.

<sup>116</sup> Immigration and Refugee Board of Canada, “Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection”, citado, para.1.4. : “(...) en *Velauthar* la Corte Federal señaló: si los órganos de decisión tienen dudas acerca de la credibilidad pero le ordenan al abogado del solicitante que se ocupe solamente de otros aspectos de la petición, atentaría contra la justicia natural fundamentar una determinación negativa en cuestiones de credibilidad, ya que al solicitante se le habría negado la oportunidad de conocer y responder al caso que contra el se tiene. Similarmente es una negación de la justicia natural cuando un órgano induce al solicitante a creer que un asunto de identidad esta resuelto solamente para luego rechazar la petición precisamente en consideraciones de identidad.”

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4638af792.html>.

<sup>117</sup> ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”, citado, párrafos 203 y 204: “203. Puede suceder que después de haber hecho el solicitante un auténtico esfuerzo para acreditar la veracidad de su declaración todavía falta comprobar algunas de sus afirmaciones. Como se ha explicado antes (párrafo 196), es casi imposible que un refugiado “pruebe” en todos sus puntos los hechos expuestos, y si ello fuera condición indispensable la mayoría de los refugiados no verían reconocida su condición de tales. De ahí que suela ser necesario conceder al solicitante el beneficio de la duda. 204. Por otra parte, el beneficio de la duda no debería concederse más que cuando se hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles y el examinador esté convencido de la credibilidad general del solicitante. Las declaraciones del solicitante tienen que ser coherentes y verosímiles, y no estar en contradicción con los hechos conocidos”.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0626>.

Los abogados de refugiados lo saben. La evaluación de credibilidad<sup>118</sup> es clave. Una vez más el debido proceso se impone. La decisión sobre la credibilidad del solicitante no es asunto de corazonadas e intuiciones sino de cuidadosa evaluación de la evidencia<sup>119</sup>, obviamente, sin que se exija el rigor probatorio de la materia civil, ni la singular prueba más allá de toda duda, del derecho penal.

Si hubiera diferencias culturales significativas entre quien examina y el solicitante serían muy arriesgadas las inferencias a partir del lenguaje corporal de éste al describir los hechos que fundamentan su solicitud (gestos, mirar o no de frente al entrevistador, cambios en la entonación de la voz, expresión de irritación o de fatiga...) <sup>120</sup>.

Estas exigencias del debido proceso están lejos de constituir una singularidad de derecho de los refugiados. Virtualmente en cualquier procedimiento la administración ostenta una doble posición pues debe actuar imparcialmente y al mismo tiempo hacer valer un enfoque eventualmente contrario al administrado. Dos ejemplos:

En un procedimiento disciplinario la administración debe formular cargos al funcionario que pretende sancionar, buscar aun de oficio las probanzas de cargo y de descargo, y al tiempo, juzgarlo imparcialmente.

En un procedimiento para invalidar un título profesional, la administración está obligada a intimar las causas de nulidad a la persona afectada, al tiempo que debe resolver sin parcialidad.

La discusión no es meramente académica. El presunto carácter no contencioso del procedimiento se utilizaba en Canadá para negar al solicitante el debido proceso a

<sup>118</sup> ACNUR, "Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo" (1998):

"11. Al evaluar la credibilidad general de la petición del solicitante de asilo, el examinador deberá tener en cuenta elementos tales como la razonabilidad de los hechos alegados, la consistencia general y coherencia de la historia del solicitante, la evidencia complementaria aducida por el solicitante en apoyo de sus declaraciones, la consistencia con acontecimientos de conocimiento público o generalmente conocidos y la situación conocida en el país de origen. **La credibilidad se establece cuando el solicitante ha presentado una solicitud coherente y verosímil, que no contradice hechos de conocimiento público y que por lo tanto, en su conjunto, puede resultar creíble**". Énfasis agregado.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1906>.

<sup>119</sup> Immigration and Refugee Board of Canada, "Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection", citado, para 2.1.1: "El Tribunal Federal ha dejado claro en una serie de casos que al evaluar la credibilidad de los solicitantes, es importante recordar que todas las pruebas, tanto oral como documental, debe ser considerada y evaluada, no sólo algunas porciones seleccionadas de las pruebas. Así, el RPD no debe en forma selectiva hacer referencia a la evidencia que apoya sus conclusiones sin referirse también a pruebas en contrario. Además, al evaluar todas las pruebas, debe ser evaluada en conjunto, no partes de la misma en forma aislada del resto de las pruebas. Las pruebas deben, por tanto, ser tratadas de una manera consistente" (énfasis agregado).

1.7:" Una constatación negativa de credibilidad debe tener una base adecuada en la evidencia. El RPD puede equivocarse en este sentido haciendo caso omiso de las pruebas, por falta de comprensión o por interpretar erróneamente las pruebas, o basando sus conclusiones en la especulación. Si una apreciación de hecho que era fundamental para la constatación de la falta de credibilidad se hizo sin tener en cuenta la evidencia, la decisión de la RPD generalmente se revocará. En consecuencia, la constatación de la falta de credibilidad basada en un malentendido o ignorancia de la evidencia, o para los que no hay ninguna base en la evidencia para apoyar la conclusión a la que llegó el tribunal, no se dejara en firme" (énfasis agregado).

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4638af792.html>.

<sup>120</sup> Norman, Steven, "Assessing the Credibility of Refugee Applicants: A Judicial perspective", *International Journal of Refugee Law*, 2007, 19(2), p.289.



plenitud; por esto, al declarar inconstitucional la ausencia de una audiencia sobre el fondo en el proceso para determinar la condición de refugiado, la Corte Suprema ironizó sobre el particular: La descripción del procedimiento como no contencioso es defectuosa, porque, efectivamente, es altamente contencioso (*adversarial*) pero la parte contrapuesta, el Ministro, está detrás de la esquina (“it is in fact highly adversarial but the adversary, the Minister, is waiting in the wings”<sup>121</sup>).

Un estudio multidisciplinario en Canadá documenta el juego sutil de factores psicológicos, culturales y legales en el proceso de determinación de la condición refugiado<sup>122</sup>. Estudio útil porque este proceso es especialmente garantista en Canadá. ¡Qué tal en países que no tienen una tradición humanitaria y jurídica comparable!

Cuarenta expedientes fueron examinados. El equipo encontró dificultades -cuando no franca indisposición de parte de la administración- en la evaluación de la evidencia, en los interrogatorios a los solicitantes y en la conducción no siempre humanitaria de las audiencias.

Estudio descarnado del proceso que nos hace tanta falta. Buena práctica. Francamente se exponen los problemas de algunos integrantes de la administración afectados por “traumatización vicaria”:

El constante contacto con situaciones terribles, víctimas de violencia, contrastes culturales muy marcados, desconocimiento de las diversidades nacionales...termina menguando -por una reacción muy humana- la capacidad de *simpatizar* con las víctimas, endureciendo a veces a los integrantes del órgano de determinación de la condición de refugiado

---

<sup>121</sup> Singh v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177, Canada: Supreme Court, 4 April 1985, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/470a4a6dd.html>, para. “61. Me parece que el error básico que hace el señor Bowie’s cuando caracteriza el procedimiento (70 y 71) es la descripción del procedimiento como no contencioso (non adversarial) de hecho es profundamente contencioso pero el adversario, el ministro esta detrás de la esquina. Lo que la Junta tiene en frente es una determinación realizada por el ministro basada en parte en información y políticas a las cuales el solicitante no tiene acceso. El solicitante tiene derecho a presentar cualquier material pertinente que desee, sin embargo esta frente al obstáculo de establecer ante la Junta que en una balance de probabilidades el ministro se equivocaba. Además, debe hacer esto sin ningún conocimiento de las razones del ministro más allá de las rudimentarias razones que el ministro ha expresado al rechazar su solicitud. Es ese aspecto de los procedimientos establecidos en la ley que encuentra imposible de conciliar con los requisitos que justicia fundamental de la *Chart*”.

<sup>122</sup> Rousseau, Cécile; Crépeau, Francois; Foxen, Patricia; Houllé, Francé, “The Complexity of Determining Refugeehood: A Multidisciplinary Analysis of the Decision-Making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board”, Journal of Refugees Studies, Vol. 15, No.1, 2002.  
Ver <http://oppenheimer.mcgill.ca/IMG/pdf/Crepeau.pdf>.

## 8. Buena práctica: Asistencia legal gratuita al solicitante. Representación legal gratuita en Argentina.

Ley General de reconocimiento y Protección al Refugiado de 2006 (Argentina):

“ARTICULO 32. (...) La Comisión deberá coordinar las acciones necesarias para la accesibilidad de servicios jurídicos gratuitos e idóneos para los solicitantes de asilo.”

(Cuadro 11)

La representación legal a los solicitantes en general es prevista en la legislación nicaragüense, y efectivamente garantizada en la argentina; en Uruguay, en ciertos supuestos, en general a extranjeros que carezcan de medios económicos, y a niños no acompañados; y en El Salvador, a niños en general.

La asistencia legal gratuita a los solicitantes es una buena práctica. Los Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometieron a respetar los derechos reconocidos en ella y a asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna<sup>123</sup>. El derecho de solicitar y recibir asilo –inferimos- debe ser respetado y garantizado, lo cual supone otorgar asistencia legal a un solicitante indigente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en los términos siguientes:

“Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley”<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, citada. “Artículo 1. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a **respetar** los derechos y libertades reconocidos en ella y **a garantizar** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (Énfasis agregado).

<sup>124</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos, párrafo 22.

Ver también el párrafo 28: “En materias que conciernen con la *determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el artículo 8 no especifica *garantías mínimas*, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de *debidas garantías* se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.”

Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_11\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.doc).



La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en *Vélez Loor contra Panamá* (2010) que “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”, criterio reiterado en *Nadege Dorzema y otros contra la República Dominicana* (2012)<sup>125</sup>.

Según la ley nicaragüense de protección a refugiados de 2008:

“el solicitante de la condición de refugiado tendrá el derecho a solicitar representación legal. La autoridad competente deberá facilitar la accesibilidad de servicios jurídicos gratuitos, incluyendo los de las escuelas de leyes y bufetes populares.” (Cuadro 11).

La Ley General de reconocimiento y Protección al Refugiado de 2006 (Argentina) indica: “ARTICULO 32. —(...). La Comisión deberá coordinar las acciones necesarias para la accesibilidad de servicios jurídicos gratuitos e idóneos para los solicitantes de asilo.”

A partir de febrero de 2012 un programa en Argentina brinda “asesoramiento y representación legal a toda persona que solicite el reconocimiento de la condición de refugiado con posterioridad a la fecha indicada”.

Esta política generosa se extiende para ciertos procedimientos a los extranjeros en general que carezcan de medios económicos (ley migratoria argentina (No. 25871 de 2004):

“Artículo 86 - **Los extranjeros** que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino”<sup>126</sup>.

El 3 de octubre de 2011 se firmó un Acuerdo Marco de Cooperación entre el Ministerio Público de Defensa de la República Argentina, la Comisión Nacional para Refugiados y el ACNUR, para asegurar la representación legal pública y gratuita de refugiados y solicitantes. El Acuerdo se logró tras la creación de la “Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio” (Dirección Nacional de Migraciones) la cual velará por sus necesidades legales durante las distintas etapas del procedimiento de asilo. El ACNUR se compromete a apoyar en la selección y capacitación de los abogados que tendrán a su cargo la implementación del proyecto (cuadro 11).

<sup>125</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Loor contra Panamá* (2010), párrafo 146.

Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema y otros contra la República Dominicana* (2012), párrafo 164. Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf).

<sup>126</sup> Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2441>.

Según la Ley brasileña de Protección a Refugiados corresponde a la CONARE orientar y coordinar las acciones necesarias para la protección efectiva, la asistencia y ayuda legal a los refugiados. En un Memorando de entendimiento entre la *Defensoria Pública da União* y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados se establece un marco para la cooperación entre las partes para asegurar el acceso a la justicia y una amplia defensa.

El legislador uruguayo, tratándose de niños no acompañados, asegura la designación de asistencia letrada obligatoria:

“ARTICULO 36. (Niños, niñas o adolescentes no acompañados).- Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a solicitar y a que se reconozca su condición de refugiado, en forma independiente a las personas que ejercen su representación legal. Cuando la solicitud sea realizada por un niño, niña o adolescente no acompañado, **la Secretaría Permanente le asegurará la designación de asistencia letrada obligatoria** dándole trámite en forma prioritaria.”

La Ley salvadoreña de Protección de la Niñez y de la Infancia de 2009 contempla la representación jurídica gratuita para niños en general:

“Artículo 50.- Defensa material de sus derechos

Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a defenderse con todos los medios que la Ley disponga, ante cualquier persona, entidad u organismo, sea este público o privado.

Asimismo, tienen garantizada la protección administrativa y judicial, la cual implica la posibilidad de acudir ante las autoridades competentes, ya sea directamente o por medio de su madre, padre, representantes o responsables, conforme a las disposiciones de esta Ley.

**Para el ejercicio de este derecho, el Estado debe garantizar la asistencia y la representación jurídica gratuitas a niñas, niños y adolescentes.”** (Cuadro 11).

Con relación a garantías mínimas debidas a los extranjeros en general y con independencia de su situación migratoria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estima que para garantizar los derechos del debido proceso de la persona extranjera detenida, “deben asegurarse al menos tres elementos de la misma garantía: i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena<sup>230</sup>, lo cual debe realizarse en conjunto con sus obligaciones bajo el artículo 7.4 de la Convención; ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y iii) el derecho a la asistencia misma”<sup>127</sup>.

<sup>127</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párrafo 166.

Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf).

9. Buena práctica: Documentación gratuita o a bajo costo.

Bolivia Ley N° 251 de 2012 - Ley de Protección a Personas Refugiadas:

“Artículo 11. (GRATUIDAD).

I. El procedimiento seguido por una persona solicitante ante la Comisión Nacional del Refugiado – CONARE\_ no tiene costo alguno.

II. Se eximirá del pago de timbres, valores y de cualquier otro tipo de pago, en los trámites que toda persona refugiada deba realizar en las distintas oficinas públicas para obtener su permanencia migratoria y el documento de identidad de persona extranjera”

(Cuadro 24)

Se aprecia en el cuadro 24 la amplitud con que la legislación chilena o la boliviana formulan el principio de gratuidad: Explícitamente cubren el procedimiento mismo y la obtención de “visas y permisos”:

Chile, Ley 20.430 de 2010:

“Artículo 48. Gratuidad. El procedimiento de determinación de la condición de refugiado será **gratuito**. **También tendrán este carácter, los trámites para la obtención de visas y permisos, incluido el de trabajo.**”

En otros países se declara la gratuidad del “procedimiento” pero no es explícito si ello también comprende la obtención de autorizaciones, documentos, etc. Por ejemplo Argentina, Brasil, México y Venezuela:

Argentina, Ley 26.165 de 2006:

“ARTICULO 54. — El **procedimiento** para la determinación de la condición de refugiado será llevado a cabo sin costo alguno para el solicitante y de la manera más expedita, sin perjuicio de las garantías procesales y los derechos del peticionante.”

Brasil, Ley 9.474 de 1997:

“Art. 47. Los **procesos** de reconocimiento de la condición de refugiado serán **gratuitos** y tendrán carácter urgente”.

México. Ley de Refugiados y Protección Complementaria de 2011:

“Art. 18 (...) El **procedimiento** para la determinación de la condición de refugiado **será gratuito**”.

Venezuela. Ley Orgánica sobre Refugiados de 2002:

“Artículo 3.- Principios Procedimentales. Todos los **procedimientos** establecidos en esta Ley, para la determinación de la condición de refugiado o refugiada y asilado o asilada, estarán sujetos a los principios de accesibilidad, oralidad, celeridad y **gratuidad**.”

En Perú establece la Ley del Refugiado de 2002, artículo 28:

“Las exoneraciones de tasas y gravámenes por conceptos migratorios y de extranjería, se establecerán por decreto supremo, a favor de los refugiados y de los familiares que dependan económicamente de éste”.

La Ley uruguaya de Migración (2008) dispone:

“Artículo 70.- La Dirección Nacional de Migración **podrá exonerar** del pago de la tasa correspondiente a sus servicios a aquellas personas que se encuentren en situación de pobreza. Dicha situación deberá justificarse fehacientemente, entendiéndose como tal, a quien presente carencias críticas en sus condiciones de vida.

Asimismo, y en igualdad de condiciones, **podrá exonerar** de la tasa correspondiente a sus servicios a aquellas personas que sean **solicitantes de refugio o refugiadas**”.

La legislación nicaragüense da derecho a solicitantes y refugiados a la gratuidad de su residencia temporal y al pago del cincuenta por ciento del valor de las tasas al cambiar a residencia permanente; la costarricense establece que los refugiados están exentos del pago por cambio de categoría migratoria y depósito de garantía (cuadro 24).

# **10. Buena práctica: Capacitación permanente y acuerdos con instituciones de derechos humanos.**

A pesar de los significativos avances institucionales en la región para el fortalecimiento de los mecanismos nacionales encargados de la determinación de la condición de refugiado, aún se requiere capacitación en derecho internacional de refugiados para los funcionarios encargados de estudiar las solicitudes de asilo con el propósito de garantizar un procedimiento justo y eficiente.

Cuadros 12, 13, 14,16

Los gobiernos participantes en la Declaración y Plan de Acción de México (2004) apuntaron:

“El marco normativo e institucional para la protección de refugiados se ha fortalecido en los últimos 20 años. Un importante número de países de América Latina han consagrado a nivel constitucional el derecho de asilo y la gran mayoría es parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o de su Protocolo de 1967 (...) También se constataron las dificultades de algunas Comisiones Nacionales de Refugiados, u otras instancias responsables de refugiados, para la identificación de personal especializado, la puesta en marcha de sistemas de registro computarizados, la lentitud de los procesos de determinación de la condición de refugiado o la debilidad de los procesos de documentación por falta, entre otros motivos, de recursos técnicos, humanos y financieros”; al respecto, se instó a los Estados a fortalecer los mecanismos institucionales creados para la determinación de la condición de refugiado, dotándoles de mayores recursos financieros, y se requirió al ACNUR a que proporcionara capacitación y asesoría técnica<sup>128</sup>.

(Ver también el cuadro 12 sobre mecanismos nacionales para la determinación de la condición de refugiado).

Con el objetivo de fortalecer las comisiones nacionales de elegibilidad en materia de determinación de la condición de refugiado<sup>129</sup> el ACNUR ha realizado anualmente desde 2002 cursos regionales de derecho internacional de refugiados (cuadro 13). También organiza talleres y cursos nacionales, regionales y subregionales relacionados con la

<sup>128</sup> “Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina” (2004), citado,p.7 y p.9.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2973.pdf?view=1>.

<sup>129</sup> “Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina” (2004), citado, “2.1. A fin de contribuir a un amplio conocimiento y una efectiva ejecución del marco normativo, así como para facilitar el uso efectivo de los recursos legales internos (administrativos, judiciales y constitucionales) en la protección de los derechos de solicitantes de la condición de refugiado y de los refugiados y garantizar, de esta forma, el derecho a buscar y recibir asilo, se acuerda pedir al ACNUR que, en cooperación con los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, las universidades, organizaciones de la sociedad civil e instituciones nacionales de promoción y protección de derechos humanos, desarrolle y ejecute un Programa Latinoamericano de Formación en Protección Internacional de los Refugiados”.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2973.pdf?view=1>.

protección de personas de interés del ACNUR. Participan funcionarios de seguridad, funcionarios de migración, encargados de decidir o asesorar en materia de determinación de la condición de refugiado, funcionarios de cancillería y otras personas interesadas. Son también capacitadas en materia de derecho internacional de Refugiados las Misiones Permanentes ante la OEA (cuadro 14).

Las Defensorías del Pueblo, Procuradores de Derechos Humanos y otras instituciones nacionales tienen peso en la protección y defensa de los derechos humanos de los refugiados y desplazados internos y es deseable la coordinación con las actividades de protección del ACNUR.

El ACNUR ha concluido acuerdos con instituciones nacionales de Derechos Humanos en Guatemala (1996), El Salvador (1996), Bolivia (2007), Costa Rica (2008), Panamá (2009), México (2010), Venezuela (2011), Argentina (2011), Ecuador (2012) (cuadro 15) para la difundir y promover las normas internacionales de protección a refugiados, colaborar en la defensa de personas con necesidad de protección internacional, y reafirmar las definiciones de refugiado, repatriado, retornado y persona desarraigada.

En 2012 fue firmada una Carta de Entendimiento entre ACNUR y la Corte Constitucional del Ecuador. Las partes decidieron “aunar esfuerzos y coordinar programas de capacitación y actividades específicas para lograr la atención más efectiva hacia las poblaciones desarraigadas, velando por el respeto de sus derecho como personas, su bienestar y dignidad humana”; se comprometieron a

“2. Difundir y promover el conocimiento y respeto de las responsabilidades del Ecuador frente a las normas internacionales relativas a la protección de los refugiados, así como los principios contenidos en otros instrumentos (...). Evaluar la concordancia de estos instrumentos con la normativa interna”.

En el cuadro 16 figuran países en que la legislación manda se emprenda permanentemente actividades de capacitación en materia de trata.

## 11. Buena práctica: Niños no acompañados.

Uruguay, Ley sobre el Estatuto de Refugiado N° 18.076 de 2006:

“ARTICULO 36. (Niños, niñas o adolescentes no acompañados).-

Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a solicitar y a que se reconozca su condición de refugiado, en forma **independiente** a las personas que ejercen su representación legal.

Cuando la solicitud sea realizada por un niño, niña o adolescente no acompañado, la Secretaría Permanente le asegurará la designación de **asistencia letrada obligatoria** dándole trámite en forma prioritaria.

**Asimismo, deberá comunicar el hecho en forma inmediata al Juez de Familia quien adoptará las medidas pertinentes.** Es nula toda actuación que se hubiese realizado sin la presencia del defensor. **En caso de duda sobre la edad de la persona se estará a la declarada por ésta** mientras no mediaren estudios técnicos que establecieran otra edad.

**Deberá prevalecer la defensa del interés superior del niño, niña o adolescente a lo largo de todas las instancias del procedimiento.** Todas las decisiones que sean adoptadas en el mismo deberán tomarse considerando el desarrollo mental y madurez del niño, niña o adolescente.”

(Cuadro 17).

El desarraigo tiene efectos particulares sobre los niños refugiados, en especial los no acompañados o separados.

Las precitadas disposiciones de la ley uruguaya expresan una serie de buenas prácticas acordes con requisitos en materia de protección de los niños, subrayados por el ACNUR<sup>130</sup> y órganos de tratados de Naciones Unidas:

<sup>130</sup> A juicio del ACNUR “la innovación más importante de la Convención sobre los Derechos del Niño es la concesión de derechos a los niños. Estamos habituados a considerar a los niños como sujetos con necesidades que deben satisfacerse, más que como (sujetos) de derecho”: ACNUR, “Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado”, Ginebra, 1994, p.14.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0252>.

Hay tres derechos que son “la base de la CDN: la norma del «interés superior», la no discriminación y la participación”: ACNUR, “Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado”, citado, p.14.

El interés superior del niño plantea exigencias a todas las autoridades más allá del mero abstenerse de conculcar los derechos del niño: “El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten”:

- Es una ley, no una disposición inferior a ésta, la que establece los elementos esenciales para dotar de representación al menor.
- Los elementos esenciales de la determinación del interés superior del menor están encargados al poder judicial.
- El menor, sujeto de derecho, puede ser reconocido como refugiado independientemente de las personas que ejerzan su representación legal.
- Las solicitudes de menores no acompañados cuentan con asistencia letrada y se les tramita prioritariamente.
- A falta de prueba en contrario sobre la edad de la persona la autoridad se atiene a la edad que ésta declare.
- Preponderancia del interés superior del menor en todas las etapas del procedimiento.

Prevé la Ley General argentina de Reconocimiento y Protección al Refugiado de 2006:

“ARTICULO 53. La Comisión procurará cuando se tratare de mujeres o **menores en especial si no están acompañados**, que hubieren sido víctimas de violencia, la atención psicológica especializada de los mismos, y durante el procedimiento, se observará las recomendaciones del ACNUR formuladas en las Guías para la protección de mujeres refugiadas y las directrices sobre persecución por motivos de género. **En caso de los menores se tendrá en cuenta las directrices sobre su protección y cuidado** dando cuenta a los organismos con responsabilidad primaria en políticas dirigidas a grupos vulnerables a los fines de una solución eficaz, rápida y de contención efectiva a dichas personas.”

Ya el “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”<sup>131</sup>, apunta que el niño no acompañado debe tener un tutor cuya tarea es promover sus mejores intereses.

“Normalmente, más de la mitad de la población de refugiados del mundo son niños. Los niños refugiados son, en primer lugar y antes que nada, niños y, como niños, necesitan una atención especial”<sup>132</sup>.

Es difícil imaginar un ordenamiento que respete y asegure los derechos de los niños refugiados o los de otros niños de interés del ACNUR sin respetar y asegurar los

---

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, párrafo 12. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4281>.

El interés superior es determinante para lo que hace a **adopción** (Artículo 21 CDN) y **separación del menor de sus padres contra su voluntad** (Artículo 9 CDN). Las **disputas sobre custodia y las solicitudes de adopción han de someterse a un órgano jurisdiccional** y los procedimientos respectivos deben ser regulados por ley y comportar el más cuidadoso respeto al debido proceso (desde luego, incluido el derecho de los progenitores de hacerse oír y de presentar apelación). No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley (artículo 14 CDN): ACNUR, “Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor” (2008).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>.

<sup>131</sup> ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”, citado, párrafos 213-219. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0626>.

<sup>132</sup> Prefacio de Sadako Ogata, ACNUR, “Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado”, 1994. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0252>



derechos de los niños nacionales –y acatando el principio fundamental de no discriminación, los de cualquier niño extranjero-.

En El Salvador, la Ley de Protección de la Niñez y de la Infancia de 2009 prescinde expresamente de la nacionalidad del menor:

“Artículo 1.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente en El Salvador, contenidos en la presente Ley, **independientemente de su nacionalidad**, para cuyo efecto se crea un **Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia** con la participación de la familia, el Estado y la sociedad, fundamentado en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

(Cuadro 17).

Por sistema comprensivo de protección del menor entendamos las leyes, políticas, procedimientos y prácticas para prevenir y actuar de manera efectiva ante el abuso, el trato negligente, la explotación y el trato violento al menor. En cuanto a menores no acompañados y separados ha de preverse medidas para identificarlos y registrarlos tan pronto como sea posible y de manera sensible a sus necesidades. Un adecuado registro y documentación facilitará la determinación de su interés superior<sup>133</sup>.

Numerosos niños no acompañados y separados han sido afectados por conflictos, desplazamientos de población o desastres naturales; los hay que temen persecución o huyen de la amenaza de conflictos internos, agresión extranjera, violencia generalizada, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que han perturbado gravemente el orden público.

Junto a ellos viajan también niños migrantes<sup>134</sup> en busca de mejoras económicas, niños y niñas víctimas de trata u objeto de tráfico. Los niños no acompañados y separados son protegidos por instrumentos internacionales diversos y por el ordenamiento nacional; se aplicará la disposición más generosa<sup>135</sup>.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño son parte de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>133</sup> ACNUR, “Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor” (2008), párrafo 2. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>.

<sup>134</sup> “En términos generales, los migrantes internacionales son aquellos que cruzan fronteras internacionales con el fin de establecerse en otro país, incluso temporalmente. Los turistas y viajeros de negocios por períodos cortos generalmente no se cuentan entre los migrantes.”

Ver <http://www.iom.int/jahia/Jahia/developing-migration-policy/identify-intl-migrants/lang/es>

<sup>135</sup> Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o  
b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.”

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0021>.

llama un *corpus juris* internacional de protección de los niños<sup>136</sup>. La interpretación y aplicación del *corpus juris* será sensible a matices de género, edad, pluralidad cultural y diversidad.

Al igual que otros tratados de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño no es un agregado de meras aspiraciones. Se propone reconocer derechos subjetivos, directamente exigibles ante los tribunales y ante todas las autoridades. Prevalece sobre el derecho interno que se le oponga<sup>137</sup>. Como cualquier otro instrumento jurídico nacional o internacional, puede ser infringida de diferentes maneras: Por el texto de una ley o de un acto cualquiera, por su interpretación y aplicación, o bien por sus consecuencias reales.

Carece de importancia si la violación de la Convención ocurre porque tal fue la intención del legislador o porque con independencia de esta última las consecuencias reales terminan por infringirla.

¿Qué hacer si, como es usual, un acto o una norma interna relativa a niños admite varias interpretaciones?

Antes se resaltó la importancia de una técnica jurídica: La *interpretación conforme*:

Las disposiciones jurídicas pocas veces son unívocas. Vimos que si no es claro y distinto el significado de un acto o de una ley ha de interpretárselos conforme al derecho internacional. La administración o la judicatura deben entonces escoger la interpretación que más se adapte a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para que “los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones”, estima el Comité de los Derechos del Niño: Los “Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños”<sup>138</sup>.

Las autoridades del Estado donde el niño reside habitualmente son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes. Con respecto a niños refugiados y aquellos que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados, las autoridades del estado en cuyo

<sup>136</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 194.

Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf)

<sup>137</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 5 (2003): “20. El Comité acoge con satisfacción la incorporación de la Convención al derecho interno, incorporación que es el procedimiento tradicional de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en algunos Estados, pero no en todos ellos. La incorporación debe significar que las disposiciones de la Convención pueden ser invocadas directamente ante los tribunales y ser aplicada por las autoridades nacionales y que la Convención prevalece en caso de conflicto con la legislación interna o la práctica común”.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4281>.

<sup>138</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), citada, párrafo 24. Por lo demás, “ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración”. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4281>.

territorio se encuentran como consecuencia del desplazamiento ejercen esa competencia<sup>139</sup>.

En Argentina la Defensoría General de la Nación creó en 2007 el “Programa para la asistencia y protección del refugiado y solicitante de refugio”, que en la práctica se encuentra funcionando muy aceptablemente:

Cuando un menor no acompañado o separado de su familia se presenta ante el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE), es notificado el Defensor de Menores e Incapaces de Turno, quien promueve el inicio de medidas precautorias ante un Juez de Familia.

El juez, entre otras medidas (informes socio-ambientales, psicofísicos) le designa un tutor, cargo que normalmente recae, en las jurisdicciones donde son habidos, en los tutores públicos oficiales. A partir de ese momento, el tutor se convierte en el representante legal del menor en el procedimiento de elegibilidad y, además, contribuye a la búsqueda de soluciones transitorias (guarda, adopción) o duraderas (integración local, repatriación voluntaria o reasentamiento en un tercer país) teniendo en miras, siempre el interés superior del niño (cuadro 17)

En México encontramos la buena práctica de los Oficiales de Protección de la Infancia (OPI), cuya encomienda es proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. Obsérvese que los niños son informados de sus derechos, incluido el de solicitar asilo:

- El OPI, de ser posible, **entrevistará** al niño, niña o adolescente migrante extranjero.
- Cuando el niño se aloje con algún familiar consanguíneo, la representación consular o diplomática del país de origen será la única instancia facultada para verificar el vínculo familiar (**salvo que sea solicitante de la condición de refugiado**).
- Si no es posible realizar la entrevista por la edad o condición física de los niños, o si no es posible determinar la nacionalidad, el OPI lo comunicará a la persona responsable de la estación migratoria con el propósito de que se realicen las investigaciones necesarias para demostrar vínculos de nacionalidad con algún Estado, salvo si son solicitantes de la condición de refugiado.
- **El OPI deberá informar a los niños no acompañados sobre sus derechos.**
- En caso de no detectarse ninguna necesidad que requiera la atención médica inmediata del niño se le dirigirá a la estación migratoria más cercana. El Responsable de la Estación Migratoria dará aviso al Sistema Nacional, Estatal o Municipal para el Desarrollo Integral de la Familia a fin de que se le brinde la atención que requiera.
- **Se informará al niño en un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad que tiene derecho de asilo.**
- El OPI acompañará al niño en acciones como visitas al médico, llamadas telefónicas a su familia, y le mostrará sus derechos como posible víctima de trata.
- Cuando el niño, niña o adolescente migrante extranjero no acompañado no sea solicitante de asilo o éste no se le otorgue y se estime que la repatriación puede

<sup>139</sup> Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, artículos 5 y 6. Ver <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt34es.pdf>.

afectarlo, el INM deberá, en coordinación con el consulado respectivo, analizar las alternativas jurídicas o humanitarias, incluyendo la protección complementaria, de conformidad con el derecho internacional y la legislación federal o local aplicable<sup>140</sup>.

El artículo 74 de la Ley mexicana de Migración (2011) prescribe:

“cuando así convenga al interés superior de la niña, niño o adolescente migrante extranjero no acompañado, dicho niño, niña o adolescente será documentado provisionalmente como Visitante por Razones Humanitarias en términos del artículo 52, fracción V, de esta Ley, mientras la Secretaría ofrece alternativas jurídicas o humanitarias temporales o permanentes al retorno asistido”.

Los niños solicitantes de asilo no deben ser detenidos a severa, citando directrices del ACNUR, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*Informe sobre migración en los Estados Unidos, detenciones y debido proceso* (2010)<sup>141</sup>. Si efectivamente no hubiera medida alternativa a la detención y fuera estrictamente necesario se les detendría separados de los adultos y en establecimiento no carcelarios.

Leemos en el *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011) que el Estado, al privar de libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física; que el “ejercicio de la posición de garante del Estado se mantiene en situaciones tales como el internamiento en hospitales psiquiátricos e instituciones para personas con discapacidades; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para **migrantes, refugiados, solicitantes de asilo**, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas. En cada uno de estos supuestos las medidas concretas que adopte el Estado estarán determinadas por las condiciones y necesidades particulares del grupo que se trate”<sup>142</sup>.

En *Vélez Lóor vs Panamá* (2010), la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia sobre la detención de migrantes. Los requisitos para que la detención no sea arbitraria son aplicables a solicitantes de asilo y refugiados (y, con mayor razón, a los niños refugiados). La sentencia es terminante:

“(…) la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Así, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados supra y únicamente durante el menor tiempo posible.

<sup>140</sup> CIRCULAR No. 001/2010, por la que se instruye el procedimiento para la atención de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados.

Ver <http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/PROCE1B.PDF>.

<sup>141</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre migración en los Estados Unidos, detenciones y debido proceso” (2010), párrafos 47 y 54.

Ver <http://cidh.org/pdf%20files/InformeSobreMigracionesEnEEUU-Detenciones-y-DebidoProceso.pdf>.

<sup>142</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas OEA/Ser.L/V/II.Doc. 64, 31 diciembre 2011, párrafo 38. Énfasis agregado. Cita, de la propia Comisión, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Disposición general, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08 en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Ver [http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011_esp.pdf).

Para ello, es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines”<sup>143</sup>.

Son evidentes, así, las buenas prácticas siguientes:

El Reglamento costarricense de Personas Refugiadas (artículo 47) prohíbe la aprehensión de menores de edad, sean o no acompañados. En Nicaragua, según la ley de Protección a Refugiados de 2008 (artículo 10), los solicitantes menores no acompañados o separados no pueden ser retenidos:

Costa Rica:

“Artículo 47. **Bajo ninguna circunstancia procederá la aprehensión de personas menores de edad**, sean estos acompañados, no acompañados o separados.”

Nicaragua:

“ARTÍCULO 10. No sanción administrativa o penal: (...)

C) Tratándose de solicitantes de la condición de refugiado con necesidades especiales, como son las víctimas de la violencia sexual o de género, ancianos, personas que han sufrido violencia extrema o tortura, **menores no acompañados o separados**, discapacitados, o personas con una enfermedad física o mental, ellos **no podrán ser retenidos** y serán trasladados inmediatamente a una institución que les pueda otorgar la asistencia necesaria.”

La ley de Migración costarricense (2010) exceptúa a los menores de edad de la regla según la cual es inadmisibile la permanencia de extranjeros que ingresen o permanezcan ilegalmente en el país; de igual forma, manda que solamente en resguardo de su propio interés pueden ser deportados o expulsados, buenas prácticas en atención a la particular vulnerabilidad de los menores:

“ARTÍCULO 69.-

Será inadmisibile la solicitud de permanencia legal de la persona extranjera que haya ingresado al país o permanezca en él en condiciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley; **se exceptúa de esta norma a las personas menores de edad**. Bajo condiciones de humanidad, la Dirección General podrá admitir dichas solicitudes mediante resolución fundada”.

“ARTÍCULO 185.-

La persona extranjera deportada no podrá reingresar al país por el término de cinco años.

<sup>143</sup> Vélez Loor vs Panamá” (2010), Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 171.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8140>

El director general, mediante resolución fundada, podrá autorizar, excepcionalmente, el ingreso antes de dicho término, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la presente Ley.

**Las personas menores de edad no serán sujetos de deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés.”**

Es también buena práctica la de Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (Venezuela, 2001), que respalda el derecho a la unidad familiar de niños refugiados:

“ARTÍCULO 2.

(...) 6. Se garantizará la unidad de la familia del refugiado o de la refugiada, del asilado o de la asilada, y de manera especial la protección de los **niños refugiados o de las niñas refugiadas y adolescentes no acompañados** o separados del núcleo familiar, en los términos establecidos en esta Ley.”

Está en el cuadro 17 el Memorando de Entendimiento (2011) entre el Instituto Autónomo Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela y el ACNUR, cuyo propósito es fortalecer la colaboración entre las partes y promover la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes no acompañados.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela de 2007 -sin distinguir entre niños nacionales y extranjeros- decreta que la atención institucionalizada del menor solamente tendrá lugar si no fuera posible encontrar una familia sustituta. También provee en materia de tutela conforme al ordenamiento general:

“Artículo 397-A. Protección de niños, niñas y adolescentes separados o separadas de su familia de origen

A los efectos del artículo 394-A, toda persona que tenga conocimiento de un niño, niña o adolescente que carezca de sus progenitores o se encuentre separado o separada de ellos, ya sea porque se desconoce su identidad o su paradero deberá informarlo al correspondiente Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tan pronto sea posible. (...) Si fuere imposible ubicar a la familia de origen dictará la medida de abrigo. Las familias en las cuales se ejecute la medida de abrigo sólo podrán ser aquéllas que aparezcan inscritas en el correspondiente registro de elegibles en materia de abrigo. **En caso de no encontrarse una familia que llene este requisito previo y que responda a las necesidades y características del respectivo niño, niña o adolescente, la medida de abrigo se ejecutará en entidad de atención (...)**”

“Artículo 397-B. Tutela de niños, niñas y adolescentes separados o separadas de su familia de origen

En los casos en que ambos progenitores o uno solo de ellos, cuando sólo existe un representante, hayan fallecido o, se desconozca su paradero, y existe Tutor o Tutora nombrado por dicho progenitor o progenitores, el mismo Tutor o Tutora o, cualquier pariente del respectivo niño, niña o adolescente, deberá informar directamente al juez o jueza de mediación y sustanciación del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, **a fin de que proceda a constituir la correspondiente Tutela**, en los términos previstos por la Ley”.

En *Wayne Smith y otros vs. Estados Unidos* (2010) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera que la política de inmigración “debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección”; en cuanto a decisiones de expulsión, postula una prueba de equilibrio conforme a la cual se sopesa la potestad del Estado de promover el bienestar general frente a los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida familiar<sup>144</sup>.

Ya en el *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado* (2000), la Comisión había insistido en “el respeto de los derechos del niño y del derecho a la vida familiar en procedimientos de expulsión bajo los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana”<sup>145</sup>.

La Ley de Migración uruguaya de 2008 confiere a los migrantes (y, por mayoría de razón, a los refugiados, especialmente los niños) el derecho a la reunificación familiar y al debido proceso:

“Artículo 1º.- El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna (...)”<sup>146</sup>.

Los Gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela consideran “la reunificación familiar como un derecho de los migrantes y un elemento fundamental para una mejor integración en la sociedad receptora”<sup>147</sup>.

<sup>144</sup> Informe No. 81/10 CASO 12.562, WAYNE SMITH, HUGO ARMENDARIZ, Y OTROS contra ESTADOS UNIDOS párrafo 51. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7959.pdf>.

<sup>145</sup> Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev. 28 febrero 2000, párrafo 180. Ver <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Canada2000sp/indice.htm>.

<sup>146</sup> Ley N° 18.250 de 2008. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6248>.

<sup>147</sup> Quinta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, La Paz, Bolivia, 25 y 26 de Noviembre de 2004, Declaración de La Paz, octavo. Ver [http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/7179.2977.pdf5\\_2004.pdf](http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/7179.2977.pdf5_2004.pdf).



**12. Buena práctica: Las víctimas de trata u otras personas especialmente vulnerables expresamente tienen derecho a buscar y recibir asilo.**

Nada de lo dispuesto en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>148</sup>, debe afectar los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados según la Convención de 1951 ni el derecho de asilo.

Cuadros 18 y 16

Los estados integrantes de la Conferencia Regional sobre Migración elaboraron en 2009 Lineamientos Regionales para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes no Acompañados en Casos de Repatriación -guía para la repatriación legal, ágil, digna, segura y ordenada de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados-. Expresamente advirtieron que los Lineamientos no afectarán obligaciones de los países ni el derecho de asilo.

Consultemos el cuadro 18:

La ley guatemalteca contra la violencia sexual, explotación y trata de personas de 2009 (Artículo 2.h) señala el derecho de las personas tratadas a que se les informe sobre “el procedimiento de asilo, la búsqueda de su familia y la situación en su país de origen” y manda que el proceso de repatriación se realice sin perjuicio del derecho de asilo.

Con relación a niños no acompañados según una disposición mexicana (cuadro 18) ha de informarse a los niños no acompañados del derecho a solicitar asilo. Por lo que hace migrantes en general leemos en la Ley de Migración de 2011:

“Artículo 13. Los migrantes y sus familiares que se encuentren en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos tendrán derecho a que se les proporcione información acerca de:

- I. Sus derechos y obligaciones, conforme a la legislación vigente;
- II. Los requisitos establecidos por la legislación aplicable para su admisión, permanencia y salida, y

<sup>148</sup> Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional:

“Artículo 14 Cláusula de salvaguardia

1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de non-refoulement consagrado en dichos instrumentos.

2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.”

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1305>.



**III. La posibilidad de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, del otorgamiento de protección complementaria** o de la concesión de asilo político y la determinación de apátrida, así como los procedimientos respectivos para obtener dichas condiciones”.

En Brasil el Comité Estadual para Refugiados y Migrantes del Estado del Paraná determina en su Decreto creador (2012, art. 1 §2º) el establecimiento de un mecanismo para identificar y referir víctimas de trata con fundado temor de persecución al Comité Nacional para Refugiados.

En Costa Rica la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas es la responsable de promover la formulación, la ejecución, el seguimiento y la evaluación de políticas públicas nacionales, regionales y locales, para la prevención del tráfico ilícito y la trata de personas. Según la ley respectiva (2013) ACNUR puede participar como observador en las reuniones de la Coalición (ver cuadro 37)

### 13. Buena práctica: No discriminación por situación migratoria.

Ley de Migración uruguaya de 2008:

Art. 1. "El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares **sin perjuicio de su situación migratoria**, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición"

(Cuadro 19)

La irregularidad de la situación migratoria no debe comportar restricción de los derechos humanos. Migrantes<sup>149</sup>, solicitantes, víctimas de trata y personas objeto de tráfico ilegal, apátridas, menores no acompañados, viajan juntos y juntos sufren los embates de redes organizadas y en ocasiones del descuido de algunas autoridades. Diremos luego que hay que prever salvaguardas para que el derecho a solicitar y recibir asilo no sea menguado en estos flujos mixtos.

"(T)enemos que reconocer que, en la medida en que los migrantes económicos no tengan posibilidades reales para acceder a una estadía legal en muchos países, recurrirán igualmente a los sistemas para la determinación de la condición de refugiado a efectos de lograr asentarse o, al menos, permanecer cierto tiempo en un determinado país. Esto es lo que tradicionalmente se ha dado a conocer, en particular en el caso de Norteamérica y Europa, y por ello se habla del abuso de los sistemas de asilo. Pero también debemos reconocer que, en virtud de que los Estados han adoptado políticas migratorias más restrictivas, los solicitantes de asilo y refugiados deben recurrir a los mismos medios que utilizan, en general, los emigrantes económicos, para lograr el acceso a un país. Por eso, no es sorprendente que cada vez menos personas tengan documentos, que cada vez más se vean obligadas a recurrir a la entrada ilegal, y que en mayor número caigan en manos de las redes de trata y tráfico de migrantes"<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> "En términos generales, los migrantes internacionales son aquellos que cruzan fronteras internacionales con el fin de establecerse en otro país, incluso temporalmente. Los turistas y viajeros de negocios por períodos cortos generalmente no se cuentan entre los migrantes."

Ver <http://www.iom.int/jahia/Jahia/developing-migration-policy/identify-intl-migrants/lang/es>.

<sup>150</sup> Murillo, Juan Carlos, "La Declaración de Cartagena, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y las migraciones mixta", citado, pp. 175-176. Ver [http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\\_157895943/Migraciones%20y%20derechos%2](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_157895943/Migraciones%20y%20derechos%2)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es de opinión:

“5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.”

“7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, **independientemente de su estatus migratorio**. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.”

“8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral”<sup>151</sup>.

La Declaración de Brasilia (XI Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, 2011) destaca la prioridad que confieren los estados que la adoptan “al respeto y promoción de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, independientemente de su condición migratoria”, y repudia “las políticas gubernamentales que tratan de forma indiferenciada a los migrantes indocumentados o en situación irregular y a los criminales”<sup>152</sup>.

Según la legislación migratoria argentina de 2003:

“Artículo 5 - El Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes.”

“Artículo 6 - El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el **acceso igualitario a los inmigrantes** y sus familias **en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales**, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social.”

“Artículo 8 - No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, **cualquiera sea su situación migratoria**. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto

---

[Ohumanos.pdf?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD\\_157895943%2FMigraciones+y+derechos+humanos.pdf.](#)

<sup>151</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Énfasis agregado  
Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc).

<sup>152</sup> XI Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Brasilia, 19 al 21 de octubre de 2011, numerales 1 y 2 de la parte resolutoria.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8166.pdf?view=1>.

de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria.” (Cuadro 19).

En México la Ley de Migración de 2011 ordena:

“Artículo 66. La situación migratoria de un migrante no impedirá el ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, así como en la presente Ley.

El Estado mexicano garantizará el derecho a la seguridad personal de los migrantes, con independencia de su situación migratoria.”

“Artículo 67. **Todos los migrantes en situación migratoria irregular tienen derecho a ser tratados sin discriminación alguna** y con el debido respeto a sus derechos humanos.” (Cuadro 19).

Tengamos cuenta de uno de los principios en que “debe sustentarse la política migratoria”, para tratar de evitar que en el exterior un estado proclame la no discriminación de los emigrantes nacionales mientras en el interior pudieran menoscabarse los derechos de los inmigrantes:

“Congruencia de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior, en la admisión, ingreso, permanencia, tránsito, deportación y retorno asistido de extranjeros en su territorio”<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> México, Ley de Migración de 2011, artículo 2.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7525>.

**14. Buena práctica: No hay plazo para presentar la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.**

Que no se lo establezca es una buena práctica porque un plazo fatal implica un arbitrario límite temporal para que el solicitante ejerza su derecho a solicitar y recibir asilo –plazo que no se encuentra, por cierto, en la Convención de 1951-.

Cuadro 20

En muchas legislaciones latinoamericanas no se lo implanta; en otras lo hay, pero la administración está autorizada a examinar solicitudes presentadas fuera de plazo, examinando las circunstancias que pudieran justificar el atraso (cuadro 20).

Solamente caso por caso es posible precisar si un atraso significativo en la presentación de la solicitud de la condición de refugiado afecta la credibilidad del solicitante. Queda entonces deslindado, a una parte, establecer un arbitrario obstáculo que impide al ODR conocer el fondo y, a otra parte, que la ley mande evaluar las probanzas una vez instruido el expediente a fin de decidir con vista de las circunstancias si el atraso puede afectar la credibilidad.

**15. Buena práctica: No comunicación con las autoridades del país de origen del solicitante.**

Según la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos; si se hallaren arrestados, detenidos o en prisión preventiva, podrán conversar con ellos y organizar su defensa ante los tribunales<sup>154</sup>.

Ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011:

**“Art. 21. (...) Una vez presentada formalmente la solicitud, ninguna autoridad podrá proporcionar información o notificar a las autoridades diplomáticas o consulares del país de origen del solicitante, a menos que se cuente con evidencia del consentimiento expreso de éste”**

Cuadro 21

La Corte Interamericana de Derechos Humanos juzga que estos y otros aspectos de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 conciernen a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y están integrados a las normas internacionales sobre derechos humanos<sup>155</sup>.

Sin embargo, por definición, el solicitante tiene temor fundado de persecución; comunicarse con las autoridades del país de origen arriesga entregarlo en manos de sus perseguidores. La Corte Interamericana de Derechos Humanos alude a esta situación en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* (2010):

<sup>154</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Entró en vigor el 19 de marzo de 1967. “Artículo 36. 1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello. 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”.

<sup>155</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16-99 de 1 de octubre de 1999, párrafo 141, “Opinión”, 2. [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.doc).

La Corte considera que “tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma”<sup>156</sup>. Pero queda implícito en esta sentencia que otro sería el caso si de la prueba y de los alegatos de las partes se hubiera desprendido que el extranjero era solicitante de protección internacional<sup>157</sup>.

Examinemos el cuadro 21.

La Ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011 reza:

“Art. 21. (...) Una vez presentada formalmente la solicitud, **ninguna autoridad podrá proporcionar información o notificar a las autoridades diplomáticas o consulares del país de origen del solicitante**, a menos que se cuente con evidencia del consentimiento expreso de éste”.

Leemos en el Reglamento de 2012 de esta última ley:

“Artículo 28.- De conformidad con lo previsto por los artículos 10 y 23 de la Ley, toda la información proporcionada por el solicitante será tratada con estricta confidencialidad. Para tal efecto, la Coordinación deberá tomar las medidas para asegurar, de ser el caso, que cualquier autoridad que tenga acceso a la información le dé el mismo tratamiento.

Ninguna autoridad proporcionará información de ninguna índole a las autoridades diplomáticas o consulares del país de origen del solicitante, a menos que se cuente con el consentimiento expreso y por escrito del solicitante. La información a que se refiere este párrafo incluye aquella proporcionada por el solicitante, el avance del procedimiento, así como la resolución.”

Uruguay específicamente penaliza la violación de confidencialidad:

“ARTICULO 17. (Confidencialidad).- Los órganos creados por la presente ley y sus integrantes, no podrán facilitar información alguna relativa a las personas solicitantes o refugiadas. Toda la información que reciban de o sobre los solicitantes y refugiados es confidencial. Solo podrá ser revelada por

<sup>156</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Vélez Loor vs. Panamá sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 153. Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp1.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp1.doc).

<sup>157</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Vélez Loor vs. Panamá, citado, párrafo 106: “(...) En el presente caso, es de notar que el titular de derechos es una persona extranjera, quien fue detenida a raíz de que no se encontraba autorizada a ingresar y a permanecer en Panamá, de conformidad con las leyes de ese Estado. Es decir, las medidas restrictivas de la libertad personal aplicadas al señor Vélez Loor no se encontraban relacionadas con la comisión de un delito penal, sino que respondían a su situación migratoria irregular derivada del ingreso a Panamá por una zona no autorizada, sin contar con los documentos necesarios y en infracción de una orden previa de deportación. **Del mismo modo, la Corte estima pertinente precisar que, de la prueba y de los alegatos de las partes, no se desprende que el señor Vélez Loor solicitara una medida de protección internacional**, ni que ostentara algún otro estatus respecto del cual podrían ser aplicables como *lex specialis* otras ramas del derecho internacional”. Énfasis agregado. La nota 105 reza: “Incluyendo con esta expresión (protección internacional) el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas y las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.”

Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp1.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp1.doc).

autorización expresa y escrita de la persona interesada o por resolución fundada de la Justicia competente.

No se admitirá otra excepción que las establecidas en la presente ley.”

“ARTICULO 18. (Violación de confidencialidad).- El que por cualquier medio facilitara alguna de las informaciones confidenciales a las que refiere el artículo anterior, será castigado con una pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

Conforme a la Ley mexicana de Migración de 2011, se pondrá en contacto al niño con el consulado de su país, salvo que pudiera solicitar asilo:

“Artículo 112. Cuando alguna niña, niño o adolescente migrante no acompañado, sea puesto a disposición del Instituto quedará bajo su custodia y se deberá garantizar el respeto a sus derechos humanos, sujetándose particularmente a lo siguiente:

(...)

II. Se le informará a la niña, niño y adolescente del motivo de su presentación, de sus derechos dentro del procedimiento migratorio, de los servicios a que tiene acceso y se le pondrá en contacto con el consulado de su país, **salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular”.**

Las víctimas de trata y violaciones de derechos humanos pueden recibir en Nicaragua visa humanitaria; las autoridades tampoco podrán comunicarse con las autoridades diplomáticas o consulares del país del origen:

Artículo 220 de la Ley General de Migración y Extranjería (2011):

“De conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, se podrá otorgar visas humanitarias a aquellas **personas que sufren violaciones de sus derechos humanos y víctimas de trata** de personas en particular mujeres, niñas y niños, lo que será regulado en el reglamento de la presente Ley; y en materia de notificación consular, se regirán por lo dispuesto en la Ley No. 655, "Ley de Protección a Refugiados", en lo relativo a la **prohibición de notificación consular”.**

Artículo 19 de la Ley de Protección a Refugiados (2008):

“Toda la información relacionada con la solicitud de la condición de refugiado tendrá carácter estrictamente confidencial. A este fin, la CONAR deberá dar las instrucciones del caso a las autoridades nacionales involucradas, en particular con relación a comunicaciones con las autoridades del país de nacionalidad o residencia habitual del solicitante Ninguna autoridad podrá brindar información o notificar a las autoridades diplomáticas o consulares del país de origen del solicitante, del reconocimiento de la condición de refugiado, a menos que cuente con el consentimiento expreso y comprobable del solicitante”.



**16. Buena práctica: PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL O DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN LAS COMISIONES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO.**

Brasil, Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997:

“Art. 14. O CONARE será constituído por:

I - um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá;

II - um representante do Ministério das Relações Exteriores;

III - um representante do Ministério do Trabalho;

IV - um representante do Ministério da Saúde;

V - um representante do Ministério da Educação e do Desporto;

VI - um representante Departamento de Polícia Federal;

**VII - um representante de organização não-governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País.**

§ 1º O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR será sempre membro convidado para as reuniões do CONARE, com direito a voz, sem voto”.

Cuadro 22

Esta participación favorece una aproximación humanitaria a la determinación de la condición de refugiado.

En el cuadro 22 encontramos países en que organizaciones no gubernamentales o personas designadas por el *Ombudsman* son integrantes del órgano que determina la condición de refugiado.

ACNUR, por su parte, participa en varios estados con derecho a voz y sin voto.

Dos organizaciones no gubernamentales tienen derecho a voto en el Uruguay y el poder ejecutivo carece de mayoría en la Comisión de Refugiados:

“ARTICULO 24. (Integración).- La Comisión de Refugiados (CORE) estará integrada por:

A) Un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, designado por el Ministro.

B) Un representante de la Dirección Nacional de Migración, designado por el Ministro del Interior.

C) Un representante de la Universidad de la República, designado por el Consejo de la Facultad de Derecho entre los docentes de la Cátedra de Derechos Humanos o disciplinas específicas.

D) Un representante del Poder Legislativo que será el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Representantes o quien sea designado por la propia Comisión de entre sus miembros.

**E) Un representante de una organización no gubernamental, sin fines de lucro, con competencia en la materia, designada por el Representante Regional o Nacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.**

**F) Un representante de una organización no gubernamental, sin fines de lucro, cuyo objetivo y práctica esté centrada en los derechos humanos, designada por la Asociación Nacional de Organizaciones No Gubernamentales, o quien haga sus veces.**

G) El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o su representante, será siempre miembro invitado para las reuniones de la Comisión de Refugiados, con derecho a voz pero sin voto.

Sin perjuicio de ello cada uno de los integrantes de la CORE será designado por cada autoridad competente conjuntamente con su alterno respectivo (...).

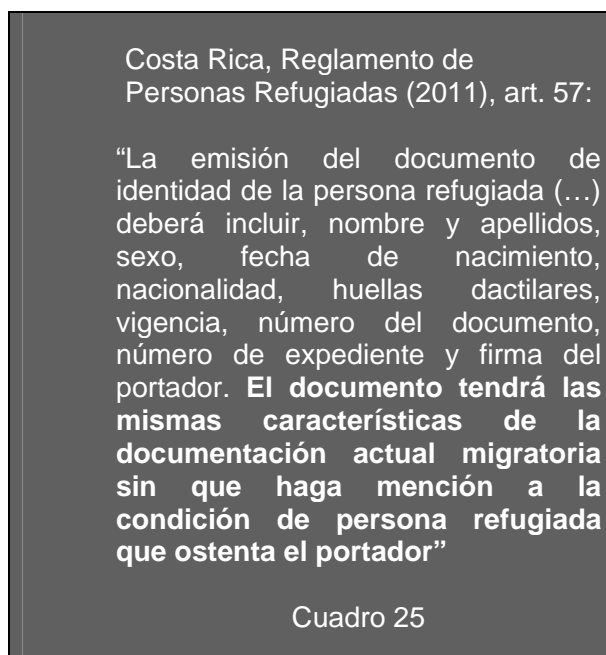
**17. Buena práctica: RECOPIACIÓN DE PRECEDENTES.**

Contribuye a que las decisiones sean consistentes y a difundir el conocimiento del derecho internacional de los refugiados

Cuadro 23

En Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú, Uruguay las Secretarías Técnicas de las comisiones nacionales de elegibilidad recopilan sus dictámenes en forma digital. La Secretaría Técnica en Argentina con apoyo del ACNUR ordena sus precedentes sobre la base de ejes temáticos. En Ecuador la propia Comisión sistematiza sus resoluciones; las actas de las comisiones son comunicadas al ACNUR. En Brasil se ha elaborado un libro de jurisprudencia con fondos del ACNUR (cuadro 23).

**18. Buena práctica: El documento de identificación del refugiado no menciona la condición del portador.**



Que la condición de refugiado no figure expresamente en el documento de identificación contribuye a evitar la discriminación en contextos de intolerancia o discriminación. Desde 2002 se prescribe en Perú:

“La Dirección General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior, otorga al refugiado reconocido el Carné de Extranjería **emitido al común de los extranjeros, sin ningún tipo de anotación adicional**; como documento oficial de identificación personal, a fin de que pueda ejercer los actos civiles, administrativos y judiciales a que están facultados los extranjeros de conformidad con la normatividad interna.”

En Bolivia y en Costa Rica el documento de identificación tampoco menciona que su titular sea refugiado:

Bolivia, Ley Nº 251 de 2012 - Ley de Protección a Personas Refugiadas:

“Artículo 47. (IDENTIFICACIÓN). La entidad competente otorgará a la persona refugiada, el documento de identidad para la persona extranjera...”

Costa Rica, Reglamento de Personas Refugiadas (2011):

Artículo 57. “...el documento de identidad de la persona refugiada tendrá las mismas características de la documentación actual migratoria sin que haga mención a la condición de persona refugiada que ostenta el portador”.

(Ver cuadro 25).

## 19. Buena práctica: Empleo remunerado de los solicitantes.

Perú, Ley del Refugiado (2002):

“Artículo 14°.- Del documento provisional de trámite

14.2 Dicho documento faculta al solicitante a permanecer en el país mientras su solicitud se resuelve en forma definitiva y lo autoriza provisionalmente a trabajar.

Brasil, Ley 9474/1997- Que define mecanismos para la implementación del Estatuto de los refugiados de 1951:

“Art. 21.1: Recebida a solicitação de refúgio, o Departamento de Polícia Federal emitirá protocolo em favor do solicitante **e de seu grupo familiar** que se encontre no território nacional, o qual autorizará a estada até a decisão final do processo”

(El protocolo permitirá al Ministerio de Trabajo emitir los documentos de trabajo temporal para el ejercicio de actividades remuneradas en el país.)

Cuadro 26

El empleo remunerado de los solicitantes favorece la pronta integración local del solicitante, en particular si los tiempos de espera son largos.

Al menos once países latinoamericanos conceden a los solicitantes el derecho a empleo remunerado (cuadro 26). A tono con el derecho al trabajo de toda persona<sup>158</sup> estos

<sup>158</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, artículo 6. “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0014>.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 23: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo XXIV. “Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0025>.

Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” 1988), artículo 6, 1: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0026>.

estados se apartan de ciertas limitaciones impuestas al derecho al empleo remunerado por la Convención de 1951<sup>159</sup>.

Lo anterior comporta comporta tres buenas prácticas:

A) Los estados están obligados por la Convención de 1951 a conceder a los *refugiados* formalmente reconocidos el derecho a empleo remunerado.

La buena práctica latinoamericana lo confirió también a los *solicitantes*.

B) Los estados deben, a tono con la Convención de 1951, reconocer a los refugiados *el trato más favorable* concedido a los *nacionales de países extranjeros* para el ejercicio del derecho al empleo.

La buena práctica latinoamericana equiparó el tratamiento al de los *nacionales*.

Excepcionalmente, al menos un país otorga el derecho al trabajo a los refugiados “en igualdad de condiciones que los demás extranjeros”<sup>160</sup>.

C) La Convención de 1951 acepta ciertas medidas restrictivas impuestas para resguardar el mercado nacional de trabajo (con ciertas excepciones:

Tres años de residencia en el país, cónyuge o un hijo que posea la nacionalidad del país de asilo, derecho adquirido).

La buena práctica latinoamericana descarta esa protección del mercado nacional.

El cuadro 26 muestra que Argentina, Brasil y Chile conceden a los solicitantes y *sus familias* el derecho a trabajar. Bolivia, Nicaragua, Paraguay, Perú y El Salvador lo conceden a los solicitantes. Costa Rica puede concederlo al solicitante si la administración no resuelve la solicitud en el término de tres meses.

En Uruguay, según la ley de refugiados y la de migración, refugiados y migrantes tienen los mismos derechos que los nacionales:

<sup>159</sup> “Artículo 17. -- Empleo remunerado

1. En cuanto al derecho a empleo remunerado, todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros.

2. En todo caso, las medidas restrictivas respecto de los extranjeros o del empleo de extranjeros, impuestas para proteger el mercado nacional de trabajo, no se aplicarán a los refugiados que ya estén exentos de ellas en la fecha en que esta Convención entre en vigor respecto del Estado Contratante interesado, o que reúnan una de las condiciones siguientes:

a) Haber cumplido tres años de residencia en el país;

b) Tener un cónyuge que posea la nacionalidad del país de residencia. El refugiado no podrá invocar los beneficios de esta disposición en caso de haber abandonado a su cónyuge;

c) Tener uno o más hijos que posean la nacionalidad del país de residencia.

3. Los Estados Contratantes examinarán benévolamente la asimilación, en lo concerniente a la ocupación de empleos remunerados, de los derechos de todos los refugiados a los derechos de los nacionales, especialmente para los refugiados que hayan entrado en el territorio de tales Estados en virtud de programas de contratación de mano de obra o de planes de inmigración”.

<sup>160</sup> La excepción parece ser Chile que remite a igualdad de condiciones que los demás extranjeros. LEY NÚM. 20.430 (2010): “Artículo 13.- Derechos (...) De la misma manera, los refugiados y sus familias tendrán derecho a acceder a la salud, a la educación, a la vivienda y al trabajo, ya sea en condiciones de trabajador dependiente o por cuenta propia, **en igualdad de condiciones que los demás extranjeros**”. Énfasis agregado. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7733>

Estatuto del Refugiado de 2006:

“ARTICULO 20. (Derechos humanos).- El Estado debe garantizar a los refugiados y solicitantes de refugio el goce y ejercicio de los derechos civiles, económicos, sociales, culturales y todos los demás derechos inherentes a la persona humana reconocidos a los habitantes de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado, así como en su normativa interna”.

Ley N° 18.250 (Migración, 2008):

“Artículo 8º.- Las personas migrantes y sus familiares gozarán de los derechos de salud, trabajo, seguridad social, vivienda y educación en pie de igualdad con los nacionales. Dichos derechos tendrán la misma protección y amparo en uno y otro caso”

“Artículo 3º.- Se entiende por "migrante" toda persona extranjera que ingrese al territorio con ánimo de residir y establecerse en él, en forma permanente o temporaria”.

## 20. Buena práctica: Empleo remunerado de los refugiados.

Conforme a la legislación de numerosos estados latinoamericanos los refugiados tienen derecho al empleo remunerado.

Cuadro 27

México, Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (2011):

“Artículo 44. (...) los refugiados (...) **deberán recibir las mayores facilidades posibles para (...) IV. Ejercer el derecho al trabajo**, pudiéndose dedicar a cualquier actividad, siempre que sea lícita, sin perjuicio de las disposiciones jurídicas que resulten aplicables en la materia”.

Venezuela, Ley Orgánica Sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (2001):

“Artículo 19.- El documento de identidad otorgado a las personas que se encuentren en el país con la condición de refugiado (a) bajo los términos de esta Ley, será valido no sólo para la permanencia legal, sino para el ejercicio de cualquier **actividad lucrativa**.”

Nicaragua, Ley Nº 130 del 9 de julio de 2008. Ley de Protección a Refugiados:

“Artículo 29 Documentación del refugiado.

A) Una vez que al solicitante le haya sido reconocida su condición de refugiado, la DGME le entregará sin costo alguno, la Cédula de Residencia Temporal. La Cédula lo autorizará a **desarrollar tarea o actividad remunerada o lucrativa, por cuenta propia o en relación de dependencia**”.

(Cuadro 27).

Panamá y Chile extienden explícitamente ese derecho a la familia del refugiado (Uruguay implícitamente).

Una Buena práctica: Los legisladores nacionales han mejorado el tratamiento que decreta el artículo 17 de la Convención de 1951:

“1. En cuanto al derecho a empleo remunerado, todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados **el trato más favorable** concedido en las mismas circunstancias **a los nacionales de países extranjeros**.”

Las legislaciones latinoamericanas van más allá de la Convención; Al reconocer el derecho al trabajo sin explícita limitación, equiparan el tratamiento al de los nacionales. Figura de excepción, al menos un país otorga el derecho al trabajo a los refugiados “en igualdad de condiciones que los demás extranjeros”<sup>161</sup>.

<sup>161</sup> Ver Chile, en el cuadro 27.



Otra Buena práctica: En la Convención de 1951, ya fue advertido anteriormente, el artículo 17.2 acepta ciertas medidas restrictivas impuestas para resguardar el mercado nacional de trabajo<sup>162</sup>. Las legislaciones latinoamericanas que figuran en el cuadro 27, con una excepción<sup>163</sup>, descartaron estas restricciones.

---

<sup>162</sup> Con ciertas excepciones (tres años de residencia en el país, cónyuge o un hijo que posea la nacionalidad del país de asilo, derecho adquirido).

<sup>163</sup> República Dominicana, DECRETO NO 2330 DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 1984, REGLAMENTO DE LA COMISION NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS, “artículo 21.- Los Refugiados reconocidos según los términos del presente reglamento disfrutarán en el territorio nacional del derecho al trabajo. Su ejercicio será autorizado por la Oficina Nacional para los Refugiados en coordinación con la Secretaría de Estado de Trabajo sobre **la base del no desplazamiento de mano de obra nacional**. (...)”. Énfasis agregado.  
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1299>

## 21. Buena práctica: Condición migratoria de los refugiados.

Chile, art. 45 de la Ley N° 20.430 de 2010:

“Artículo 45.- Documentación de Residencia. Las personas a quienes se les haya reconocido la condición de refugiado y sus familias, tendrán derecho a que se les otorgue **un permiso de residencia permanente**, de acuerdo a lo preceptuado en la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile (...)”.

**Cuadro 28**

Por lo común la naturalización requiere previa residencia, de manera que otorgar al refugiado residencia permanente, o bien residencia temporal con opción para en su momento obtener la permanente, tiende a integrarlo localmente.

Separemos la condición de refugiado, que es internacional, de la categoría migratoria que en derecho interno se le asigne. Una condición migratoria estable favorece la integración local.

El cuadro 28 muestra toda una serie de legislaciones que confieren a los refugiados una categoría migratoria estable.

Citemos algunas:

México. Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (2011):

“Artículo 48. A los **refugiados** y aquellos extranjeros que se les otorgue **protección complementaria** se les concederá la **residencia permanente** en los Estados Unidos Mexicanos”.

Reglamento de 2012 para la aplicación en el Ecuador del “derecho de refugio”:

“Artículo 61.- A las personas que hayan residido al menos tres años consecutivos con visa de refugiado/a en el Ecuador, se les dará **las facilidades para obtener una visa de residencia indefinida o para gestionar su naturalización**, sin exponerla a retomar al país de donde huyó para obtener documentos de identidad o de estado civil”.

Chile. Art. 45 de la Ley N° 20.430 de 2010:

“Artículo 45.- Documentación de Residencia. Las personas a quienes se les haya reconocido la condición de refugiado y sus familias, tendrán derecho a que

se les otorgue un permiso de **residencia permanente**, de acuerdo a lo preceptuado en la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile (...)."

Nicaragua. Ley General de Migración y Extranjería (2011):

"Art. 30 Categoría de **Residentes Permanentes**.  
Los residentes permanentes podrán ser admitidos en alguna de las siguientes sub-categorías migratorias:  
(...)  
6) **Refugiados**".

Costa Rica Ley de Migración (2009):

"ARTÍCULO 126.-  
Transcurridos **tres años** de haberse reconocido la condición de refugiado, asilado o apátrida, la Dirección General, a solicitud de parte, autorizará el cambio de categoría migratoria, bajo la categoría de **residente permanente**, siempre que la persona solicitante cumpla los requisitos establecidos en esta Ley (...)."

**22. Buena práctica: La condición de refugiado no se pierde con los cambios de categoría migratoria.**

Nicaragua, artículo 29 de la Ley de Protección a Refugiados (2008):

“B) Transcurridos tres años, que se computarán desde la presentación de la solicitud de la condición de refugiado, la persona tendrá el derecho de adquirir la residencia permanente, **conservando su condición de refugiado**”.

Cuadro 29

Distingamos la condición de refugiado, que es internacional, de las categorías migratorias internas. El mero cambio de categoría migratoria no debe alterar la condición de persona refugiada.

Consultemos algunos ejemplos en el cuadro 29.

Chile. Artículo 45 de la Ley 20.430 de Protección de Refugiados (2010):

“Las personas a quienes se les haya reconocido la condición de refugiado y sus familias, tendrán derecho a que se les otorgue un permiso de residencia permanente (...)

**La caducidad o revocación de dicho permiso no comporta el cese del estatuto de refugiado**, el cual subsistirá mientras se mantengan las condiciones que le dieron origen”.

Panamá. Decreto Ejecutivo No. 23 de 10 de febrero de 1998:

“Artículo 65. (...) **El Refugiado que adopte un nuevo status migratorio continuará gozando plena protección contra la devolución o extradición**, a menos que regrese voluntariamente a su país, o se aplique formalmente algunas de las causales de cesación (...)”.

En otros estados, está implícito que el cambio de categoría migratoria no altera la condición de refugiado. Por ejemplo en Argentina el extranjero que solicite su residencia permanente debe acreditar que tiene la condición de refugiado y la ley no decreta que pierda dicha condición. Lo mismo en Bolivia.

### 23. Buena práctica: Reconocimiento de diplomas.

Brasil, Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997:

Art. 44. “O reconhecimento de certificados e diplomas, os requisitos para a obtenção da condição de residente e o ingresso em instituições acadêmicas de todos os níveis deverão ser facilitados, levando-se em consideração a situação desfavorável vivenciada pelos refugiados”

Cuadro 33

Es una buena práctica que la ley otorgue facilidades para el reconocimiento de los diplomas de los refugiados. Contribuye a la integración local del refugiado y a su pleno desarrollo profesional (ver cuadro 33).

El refugiado tiene derecho a la ayuda administrativa: Convención de 1951:

Artículo 25:

“1. Cuando el ejercicio de un derecho por un refugiado necesite normalmente de la ayuda de las autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir, el Estado Contratante en cuyo territorio aquél resida tomará las disposiciones necesarias para que sus propias autoridades o una autoridad internacional le proporcionen esa ayuda.

2. Las autoridades a que se refiere el párrafo 1 expedirán o harán que bajo su vigilancia se expidan a los refugiados los documentos o certificados que normalmente serían expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas.

3. Los documentos o certificados así expedidos reemplazarán a los instrumentos oficiales expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas, y harán fe salvo prueba en contrario”.

Las autoridades deben tomar en cuenta que hay requisitos que por su naturaleza un refugiado no puede cumplir (artículo 6 de la Convención de 1951).

Así, bien entendido, no hay necesidad de que la ley nacional reitere el derecho a la ayuda administrativa. Sin embargo, es buena práctica reiterarlo porque las autoridades tienden en ocasiones a dejar de lado el derecho internacional.

En Argentina,

“los refugiados que hubieran sido reconocidos como tales y pretendan revalidar sus diplomas de estudio o precisaren de la autenticación o certificación de firmas de las autoridades de sus países de origen a efectos de ejercer su profesión en nuestro país, tendrán la posibilidad de obtener certificaciones expedidas por autoridades nacionales las que, para emitir la

mencionada certificación, podrán contar con el auxilio de una autoridad internacional”.

(Artículo 42 de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado de 2006).

Establece la ley paraguaya sobre refugiados (2002):

“Artículo 29.- A los refugiados que hubieran sido reconocidos como tales por la Comisión Nacional de Refugiados, y que pretendieran revalidar sus diplomas de estudio o la autenticación o certificación de firmas de las autoridades de sus países de origen, a los efectos de ejercer su profesión en el país de refugio, se les concederá el beneficio de reemplazar estos instrumentos oficiales por documentos o certificados expedidos por las autoridades nacionales y /o internacionales”.

Por su parte el Reglamento de la Ley mexicana sobre refugiados y Protección Complementaria (2012):

“Artículo 85.- Cuando para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, el refugiado requiera de los servicios consulares de su país de origen para la obtención de documentos, certificación o acreditación de su estado civil, títulos y demás actos administrativos, de conformidad con el artículo 57 de la Ley, la Coordinación apoyará al refugiado para ejercer su derecho a no acudir a las autoridades del gobierno de su país, incluyendo la posibilidad de no solicitar la apostilla o legalización de documentos.

Para tal efecto, la Coordinación realizará gestiones ante las dependencias competentes en los trámites y servicios que el refugiado esté solicitando, tales como registro civil, servicios educativos y de seguridad social, así como cualquier otro programa público que busque facilitar su integración al país”

**24. Buena práctica: No renuncia a la nacionalidad previa a la naturalización.**

**México. Ley de Nacionalidad:**

“Artículo 19. El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá:

I. Presentar solicitud a la Secretaría en la que manifieste su voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana;

II. Formular las renunciaciones y protesta a que se refiere el artículo 17 de este ordenamiento;

La Secretaría no podrá exigir que se formulen tales renunciaciones y protestas sino hasta que se haya tomado la decisión de otorgar la nacionalidad al solicitante. La carta de naturalización se otorgará una vez que se compruebe que éstas se han verificado”.

**Cuadro 34**

Esta buena práctica previene situaciones de apatridia.

Por su parte, en Colombia encontramos la Ley 43 (1993):

“Artículo 14. Derecho del naturalizado a conservar su nacionalidad de origen. Los nacionales por adopción **no están obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o de adopción.**”

La Ley venezolana N° 37.971 de nacionalidad y ciudadanía (2004) establece:

“Artículo 25. Los venezolanos y venezolanas por naturalización no están obligados a renunciar a su nacionalidad. Si la persona interesada desea renunciar a su nacionalidad, deberá manifestarlo en la solicitud que inicia el procedimiento de naturalización.”

En Argentina se ha eliminado el requisito de la renuncia previa a la nacionalidad de origen en los formularios de solicitud de carta de ciudadanía.

## 25. Buena práctica: Facilidades para la naturalización

Guatemala, Acuerdo Gubernativo No. 383 de 2001:

“Artículo 47. Naturalización. La persona refugiada que hubiere obtenido residencia permanente podrá solicitar la nacionalidad guatemalteca, una vez cumplido el plazo de los cinco años de estar inscrito como extranjero domiciliado en el Registro Civil correspondiente y de acuerdo a las condiciones que establece la Ley de Nacionalidad. Quedan exceptuados de éste plazo los naturales de las Repúblicas que constituyeron la Federación de Centroamérica y los nacionales con cuyo país de origen se hayan celebrado convenios de nacionalidad.

Para poder ejercer este derecho, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá eximir cualquier requisito que por su naturaleza de refugiado no pueda cumplir, conforme los artículos 6 y 34 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados”

Cuadro 35

Es una buena práctica que la ley prevea facilidades para la naturalización de los refugiados. Estos adquieren así la plena protección de un estado.

Como puede verse en el cuadro 35, en Argentina, la jurisprudencia de los tribunales ha eliminado la exigencia de requisitos tales como la presentación del certificado de antecedentes penales expedido por el país de origen. Asimismo, se ha eliminado el requisito de la renuncia previa a la nacionalidad de origen en los formularios de solicitud de carta de ciudadanía.

En México,

“Todo extranjero que pretenda naturalizarse mexicano, deberá acreditar que sabe hablar español, que conoce la historia del país y que está integrado a la cultura nacional, para lo cual deberá presentar y aprobar los exámenes de acuerdo con los contenidos aprobados por el Instituto Matías Romero de la Secretaría.

**En el caso del extranjero al que la Secretaría de Gobernación considere refugiado**, así como cuando se trate de menores de edad y personas mayores de sesenta años, será suficiente que acrediten saber hablar español.

(Reglamento de la Ley de Nacionalidad de 2009, artículo 15).

Establece el Reglamento de 2012 para la aplicación en el Ecuador del “Derecho de refugio”:

Artículo 61.- “A las personas que hayan residido al menos tres años consecutivos con visa de refugiado/a en el Ecuador, se les dará las facilidades para obtener una visa de residencia indefinida o para gestionar su



naturalización, sin exponerla a retomar al país de donde huyó para obtener documentos de identidad o de estado civil”.

Por su parte, leemos en la ley boliviana de Protección a Personas Refugiadas de 2012:

“Artículo 52. (NATURALIZACIÓN). Cuando una persona refugiada manifieste su intención de adquirir la nacionalidad boliviana, la CONARE promoverá las gestiones necesarias ante el Ministerio de Gobierno, a fin de agilizar y facilitar el trámite de naturalización”.

(Cuadro 35)

## 26. Buena práctica: Deportación. Salvaguarda para refugiados

Nicaragua. Ley General de Migración (2011):

Art. 219 “De los Refugiados y los Solicitantes de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.

Los refugiados y los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado están exentos de la aplicación de las disposiciones sobre expulsión o deportación, detención por ingreso o presencia irregular y extradición, de acuerdo a lo establecido en la Ley No. 655, "Ley de Protección a Refugiados".

Cuadro 36

Podemos leer en el cuadro 36 que en Argentina

“la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES no resolverá la cancelación de la residencia, conminación a hacer abandono del país y posterior expulsión de un refugiado sin contar con el **previo dictamen** de la COMISION NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS (CONARE) creada por el artículo 18 de la Ley Nº 26.165, el cual tendrá **efecto vinculante si se considerase que la expulsión resulta improcedente.**”.

(Art. 62 del Decreto 616/2010 Reglamentación de la Ley de Migraciones Nº 25.871 y sus modificatorias)

La ley uruguaya Nº 18.250 (Migración, 2008) reza:

“Artículo 47.- El Ministerio del Interior podrá cancelar, en todos los casos, la residencia que hubiese otorgado y disponer su consecuente **expulsión** cuando: (...)

B) La persona extranjera que en el territorio nacional cometiere delito de carácter doloso y fuera condenado con pena de penitenciaría o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos, **excepto los refugiados.**”

En México,

“El retorno asistido y la deportación no podrán realizarse más que al país de origen o de residencia del extranjero, **exceptuando el caso de quiénes hayan solicitado el asilo político o el reconocimiento de la condición de refugiado**, en cuyo caso se observará el principio de no devolución”.

(Ley de Migración, artículo 121)

Valga para terminar este apartado citar las palabras del legislador nicaragüense, quien después de definir a los refugiados escribe:

“A las personas que satisfacen estos elementos les resultarán aplicables las disposiciones de la presente Ley, por lo cual **estarán exentos de la normativa migratoria ordinaria**, en particular aquellas disposiciones relativas a la inadmisión, la

detención, la retención, la expulsión, la deportación y las restricciones o limitaciones a la libertad de movimiento.

(Cuadro 36).

## 27. Buenas prácticas en el ámbito de la Migración mixta.

En la XVIII Reunión Viceministerial de la Conferencia Regional sobre Migración participaron los Viceministros y Jefes de Delegación de Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y la República Dominicana, el 27 y 28 de junio del 2013.

Los Viceministros aprobaron los "Lineamientos regionales para la identificación preliminar de perfiles y mecanismos de referencia de poblaciones migrantes en condición de vulnerabilidad", de inminente utilidad en el ámbito de la migración mixta porque incluye referencias específicas a la detección provisional de solicitantes de la condición de refugiado.

Cuadro 30

La comunidad internacional se encuentra con personas que se trasladan juntas con distintos objetivos, que usan las mismas rutas y medios de transporte o los "servicios" de los mismos traficantes.

La ubicación de los refugiados dentro de la migración mixta está presente en la mayoría de buenas prácticas en materia de refugiados:

Ya hemos hablado de niños no acompañados de acceso al territorio y de la protección que puede ofrecer al refugiado el Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra Mar y Aire y fue ineludible la consideración de la migración mixta; otros apartados del trabajo presente se afanan con buenas prácticas en materia de trata, protección complementaria, visas humanitarias, temas todos presentes en puntos de intersección entre los refugiados y los migrantes.

El ACNUR ha apoyado activamente que la gestión migratoria esté acompañada de salvaguardas específicas para la protección de refugiados. El ACNUR organizó con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Organización de Estados Americanos (OEA) la Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas (2009).

También ha participado activamente en las actividades de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM), la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, la Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, el II Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo (2010), y realiza actividades de capacitación nacionales y regionales en materia de migración mixta (cuadro 30).

Los estados integrantes de la CRM, vimos en las buenas prácticas sobre niños no acompañados, elaboraron en 2009 Lineamientos Regionales para la Atención de Niños,

Niñas y Adolescentes Migrantes no Acompañados en Casos de Repatriación -guía para la repatriación legal, ágil, digna, segura y ordenada de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados.

Los "Lineamientos regionales para la identificación preliminar de perfiles y mecanismos de referencia de poblaciones migrantes en condición de vulnerabilidad" -elaborados en la CRM en 2013 y mencionados en el cuadro ubicado al principio de la presente buena práctica- tienen inminente utilidad en el ámbito de la migración mixta porque facilitan y uniforman la detección provisional de solicitantes de la condición de refugiado.

La Conferencia Regional sobre la Protección de Refugiados y la Migración Internacional en las Américas se celebró en noviembre de 2009 en San José<sup>164</sup>. Su objetivo fue mejorar las respuestas a la migración mixta sin descuidar la protección. Destaquemos las recomendaciones II y VI relativas a Diálogo y mecanismo regionales, acatada la primera en los mencionados Lineamientos regionales de 2013:

"II. Todos los actores claves deben intensificar sus esfuerzos para elaborar y promover la implementación de lineamientos regionales para la protección de migrantes, refugiados, víctimas de trata de personas y niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados a lo interno de los actuales foros regionales de consulta sobre migración, principalmente a lo interno de la Conferencia Suramericana sobre Migraciones, reproduciendo las buenas experiencias y lecciones aprendidas de la Conferencia Regional sobre Migración (...)"

"vi. Se exhorta a los Estados y territorios del Caribe a introducir el tema de la protección en la migración mixta, incluyendo el tema de los migrantes 'varados' y extra continentales en la agenda de CARICOM, a fin de identificar los desafíos comunes de los Estados caribeños, y elaborar estrategias sensibles desde el punto de vista de la protección regional".

¿Por qué estudiar la migración en general, cuándo nuestra tarea es el derecho de los refugiados en particular?

Recordar la historia nos hará mirar las cuestiones de los refugiados en las amplias circunstancias de la migración internacional.

En 1994 se celebraron diez años de la adopción de la Declaración de Cartagena. La entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados expresó que en 1984, "fueron los movimientos masivos de refugiados centroamericanos el tema central (...); en 1994, diez años más tarde, son quizás la problemática del desplazamiento interno junto a los **flujos migratorios irregulares** los que reclaman la atención prioritaria de los expertos"<sup>165</sup>.

<sup>164</sup> Conferencia Regional sobre la Protección de Refugiados y la Migración Internacional en las Américas. Consideraciones de Protección en el Contexto de la Migración Mixta (San José, 2009). Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7701.pdf>.

<sup>165</sup> IIDH, ACNUR, "Memoria del Coloquio Internacional. Diez años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas" 1994, p.18 (énfasis agregado).

En los ochentas, conflictos armados expulsaron de sus hogares a más de dos millones de nicaragüenses, salvadoreños y guatemaltecos<sup>166</sup>. Hoy en Latinoamérica no hay desplazamientos masivos de refugiados ni campamentos. Las dificultades tienden a centrarse en la protección de refugiados dentro de la migración mixta y en los desplazados internos.

La Declaración de Cartagena (1984) se ubicó en el campo más amplio de los conflictos que ocasionaban la expulsión de millones de centroamericanos. La solución al problema de los refugiados pasaba por la solución a los conflictos, por el apoyo a las iniciativas que finalmente desembocaron en una paz negociada.

¿Deseamos hoy soluciones duraderas para los refugiados?

Tenemos que colocarnos en el entorno de la migración internacional, sus multifacéticos condicionamientos, los desbalances de quienes piensan que la globalización podría acelerar los movimientos de capitales, bienes y servicios sin una correspondiente atención a los movimientos de población.

Si algo nos enseñan los años ochenta es la trabazón entre desplazamiento forzado y entornos políticos regionales e internacionales. Los esfuerzos negociadores de los estados que constituían el Grupo de Contadora<sup>167</sup> y la voluntad pacificadora de los gobiernos centroamericanos fundamentan la Declaración de Cartagena.

Las Consultas Globales sobre Protección Internacional (2001) ubicaron a los refugiados en el escenario amplio de la migración internacional:

“El fenómeno de la globalización, que ocasiona el rápido movimiento de capital, bienes y servicios en todo el mundo, conjuntamente con el crecimiento de las tecnologías de la comunicación y el transporte han contribuido a acelerar los movimientos migratorios modernos. El número total de migrantes internacionales (tanto regulares e irregulares como las situaciones de refugiados, pero excluyendo a los turistas y a otros visitantes de corto plazo) se estimó aproximadamente en 75 millones de personas en 1965. Treinta y cinco años más tarde, la cifra estimada se duplicó a 150 millones de personas que habían estado residiendo en países extranjeros por más de un año”<sup>168</sup>.

Observa el ACNUR el alcance creciente, la escala y la complejidad de los movimientos de población, que han multiplicado los puntos de intersección entre la protección de los refugiados y las migraciones internacionales<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> ACNUR, “La situación de los refugiados en el mundo: Cincuenta años de acción humanitaria”, 2000.

Ver <http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/>

<sup>167</sup> Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, Conclusiones y Recomendaciones I: “Apoyando decididamente los esfuerzos del Grupo Contadora para solucionar de un modo efectivo y duradero el problema de los refugiados centroamericanos, lo cual constituye un avance significativo en la negociación de acuerdos operativos para lograr la paz en la región”. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0008.pdf>

<sup>168</sup> ACNUR, Consultas Globales sobre la Protección Internacional, EC/GC/01/11, “La Protección de los Refugiados y el Control Migratorio: Perspectivas del ACNUR y de la OIM”, 31 de mayo de 2001, Introducción, Panorama General. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6016.pdf>

<sup>169</sup> ACNUR, “La protección de los refugiados y la migración mixta: El Plan de los 10 Puntos en acción”, edición provisional, Introducción. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7267.pdf>.

Es inevitable y fructífero que el ACNUR incursione en el campo de las migraciones, que son el escenario de los movimientos de refugiados, para asegurar que quienes requieren protección internacional vean reconocidas sus específicas necesidades.

Escuchemos cómo un documento de la OIM describe el cometido de ACNUR:

“La labor del ACNUR sobre los flujos mixtos, incluidos el Diálogo del Alto Comisionado sobre Desafíos en Materia de Protección, de 2007, y el Plan de 10 Puntos, tiene por objeto **asegurar la protección de los refugiados en los flujos migratorios mixtos** (...) Los flujos mixtos han sido definidos como ‘movimientos de población complejos que comprenden solicitantes de asilo, refugiados, migrantes económicos y otros migrantes’. Los menores no acompañados, los migrantes por causas ambientales, los migrantes que son objeto de tráfico, las víctimas de la trata de personas y los migrantes desamparados, entre otros, también forman parte del flujo mixto.

El tratamiento de los refugiados y los solicitantes de asilo es trascendental. De entre todas las personas que pueden estar incluidas en los flujos mixtos, los refugiados representan un caso particular debido a su estatuto único con arreglo al derecho internacional”<sup>170</sup>.

También es inevitable, e igualmente fructífero, que la Organización Internacional para las Migraciones incursione en el campo de los refugiados. El cometido complementario de la OIM figura en un documento del ACNUR y de la OIM preparatorio de la Conferencia Regional de San José de 2009:

“La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) como parte de su compromiso con el principio que la migración ordenada y segura beneficia a los gobiernos, a los migrantes y a la sociedad, igualmente ha reiterado la importancia de las políticas migratorias integrales que responden efectivamente a los retos de la migración mixta, de conformidad con el derecho internacional, incluyendo las obligaciones de protección de derechos humanos y del derecho de refugiados”<sup>171</sup>.

Con respecto a la denominada migración extracontinental no olvidemos que la discriminación por razones de nacionalidad (y no se diga, ¡de etnicidad!) está especialmente vedada por el artículo 3 de la Convención de 1951<sup>172</sup>—disposición respecto de la cual, por cierto, no son dables reservas-.

Un solicitante que proviene del continente tiene los mismos derechos y obligaciones que un solicitante del más lejano continente. La atención particular que prestemos a los solicitantes extracontinentales será entonces para mejor protegerlos, no para someterlos *de facto* a una condición internacional disminuida.

<sup>170</sup> OIM, documento MC/INF/294 (2008), Diálogo Internacional sobre la Migración de 2008, “Los retos de la migración irregular: Encarar los flujos migratorios mixtos. Nota para las deliberaciones”, p. 2.

Ver [http://www.iom.ch/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about\\_iom/es/council/96/MC\\_INF\\_294.pdf](http://www.iom.ch/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/es/council/96/MC_INF_294.pdf).

<sup>171</sup> ACNUR, OIM, Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas (2009). Consideraciones de Protección en el contexto de la Migración Mixta. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7250.pdf>.

<sup>172</sup> Convención de 1951, citada, artículo 3: “Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen”.

En el taller *Migración Extracontinental en las Américas*, organizado en abril de 2010 por la Comisión Especial de Asuntos Migratorios de la Organización de Estados Americanos fue señalada la extrema complejidad de la migración extracontinental<sup>173</sup>.

Datos proporcionados por el ACNUR a través de sus oficinas en el terreno indican que unas 2500 personas extra-continetales han sido documentadas como solicitantes de asilo durante el periodo 2008-2009. Estos migrantes y refugiados extracontinentales provienen principalmente de África (Somalia, Eritrea, Etiopía, República Democrática del Congo, Senegal y Sierra Leona) y Asia (Nepal, Bangladesh, India, Sri Lanka).

El número de personas identificadas en razón de su ingreso irregular y posterior detención administrativa que solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado es solamente un pequeño porcentaje del número total de personas que atraviesan el continente dentro de los flujos migratorios extracontinentales. La mayoría de las cifras de migrantes y refugiados extracontinentales de que disponemos corresponde a aquellos que han sido detectados por los controles migratorios o que fueron detenidos administrativamente y luego solicitaron el reconocimiento de la condición de refugiado.

No se trata de un fenómeno nuevo para Norteamérica y algunos países del Cono Sur, pero su complejidad y características propias son estimadas perturbadoras por algunos estados que en los últimos 2 años han observado sus territorios utilizados como países de tránsito.

En dicho taller se subrayó que requerimos mecanismos para la identificación de perfiles y la evaluación de las necesidades de las distintas personas que participan en los movimientos migratorios y con procedimientos para atender las diferentes necesidades de protección.

El ACNUR ha recomendado a sus agencias socias que la entrega de asistencia sea en especie y obedezca a criterios de necesidad y vulnerabilidad sobre la base de una entrevista preliminar, con el propósito de evitar abusos de los sistemas de asilo y que las personas intenten acceder a los programas de asistencia con el fin de luego proseguir su travesía.

A efecto de documentar el incremento en la migración extracontinental y sus movimientos secundarios, el ACNUR está elaborando una base de datos con fichas digitales para registrar a los solicitantes de asilo y refugiados extracontinentales, determinar los países por los que transitaron, y establecer si tuvieron acceso a los procedimientos nacionales para la determinación de la condición de refugiado y gozaban de protección efectiva.

En el taller Nuevos Desafíos de la Gestión Migratoria en las Américas (OEA, Washington, 2012) se señaló que la tendencia del flujo de asiáticos y africanos estuvo creciendo hasta 2010 y a partir de entonces hay un descenso. La preocupación se inclina hoy del lado de personas desplazadas por actividades asociadas al narcotráfico, a las pandillas y a la violencia generalizada.

---

<sup>173</sup> Murillo, Juan Carlos, "Migración Extracontinental en América Latina: Algunas tendencias y consideraciones de Protección Internacional", páginas 19 y siguientes.

Ver [http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/2011/publication02\\_final\\_web.pdf](http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/2011/publication02_final_web.pdf)



Durante la Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas celebrada en San José en Noviembre de 2009 los Estados solicitaron que OIM y ACNUR proporcionasen cooperación técnica y capacitación para responder a consideraciones de asistencia y protección en el marco de flujos mixtos de población.

La Asamblea General de la OEA ha exhortado a *los Estados a promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los trabajadores migratorios y sus familias, particularmente las mujeres y los niños, sin importar su estatus migratorio, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos*<sup>174</sup>.

En *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana* (2012), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado sentado como principio que hay garantías mínimas debidas a todo extranjero, con independencia de su situación migratoria:

“(E)n el sistema universal de protección de los derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determinó que (...) “si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adaptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13”; es decir, debe cumplir con las siguientes garantías: i) sólo podrá expulsarse a un extranjero en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, y ii) se debe facultar al extranjero la posibilidad de: a) exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión; b) someter su caso a revisión ante la autoridad competente, y c) hacerse representar con tal fin ante ellas”.

“(E)n casos donde la consecuencia del procedimiento migratorio pueda ser una privación de la libertad de carácter punitivo, –como en el presente caso lo era la expulsión–, “la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia.

La Corte recuerda que “es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos. Ejemplo de ello puede ser establecer mecanismos de control para la entrada y salida de migrantes, pero siempre asegurando el debido proceso y la dignidad humana independientemente de su condición migratoria”; es entendido que “una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”<sup>175</sup>.

<sup>174</sup>AG/RES. 2502 (XXXIX-O/09) Los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familias, parte dispositiva, “1”. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7229.pdf>.

<sup>175</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párrafos 161, 164, 233 y 235. Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf)

Dentro de la migración mixta encontramos refugiados y migrantes regulares protegidos por las pertinentes convenciones de la Organización Internacional del Trabajo. Encontramos también<sup>176</sup> migrantes irregulares particularmente vulnerables que ameritan protección internacional:

Personas cuyas necesidades de protección resultan de condiciones en su país de origen no relacionadas con conflicto ni con persecución política.

Personas cuyas necesidades de protección surgen durante el proceso de migración<sup>177</sup>.

El fenómeno es sumamente complejo. Hay migración forzada resultado de los efectos del cambio climático, la fragilidad del estado o la extrema dificultad de ganarse la vida. Ha sido propuesto un ejemplo: De los cerca de dos millones de personas que han salido de Zimbabwe entre 2005 y 2009 muy pocos reúnen los requisitos para ser considerados “perseguidos” conforme a la Convención de 1951.

Sin embargo, no son simplemente migrantes económicos voluntarios. Serían una suerte de “migrantes sobrevivientes”.

Muchos de esas personas originarias de Zimbabwe tienen especiales vulnerabilidades que tornan inconcebible un puro y simple retorno a su país. Esas personas enfrentarían el casi el colapso del estado, ausencia de acceso a vivienda, agua y servicios sanitarios y una seria crisis a raíz del VIH-SIDA<sup>178</sup>.

En cuanto a personas cuyas necesidades de protección surgen durante el proceso de migración, hay tres grupos de migrantes vulnerables que no reciben la atención debida: Víctimas de trata, víctimas de trauma y violencia, y migrantes que quedan “varados”.

En la Conferencia de 2009 en San José se hizo hincapié en la necesidad de encontrar soluciones para los migrantes que forman parte de flujos migratorios mixtos y que no reúnen las condiciones para solicitar la condición de refugiado. Asimismo, se llamó la atención sobre los migrantes “varados” en las Américas, muchos de los cuales permanecen detenidos por largo tiempo.

Las disposiciones de retorno para quienes no tienen condición de refugiado en las Américas enfrentan con frecuencia el obstáculo de la falta de recursos y dificultades logísticas como la emisión de documentos de viaje para los países de tránsito, una situación que se ha visto agravada en el caso de los migrantes extracontinentales.

Es una buena práctica que los estados cuenten con legislación para prevenir y sancionar la trata y el tráfico de personas y proteger a las víctimas (ver cuadro 37).

---

<sup>176</sup> Betts, Alexander, “Towards a ‘Soft Law’ Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migrants”, *International Journal of Refugee Law*, Volume 22, Issue 2, p.211.

<sup>177</sup> Betts, Alexander, citado, p. 236: “En ambos casos, no hay necesidad de desarrollar nuevas normas obligatorias. Amplios instrumentos internacionales ya existen en derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, dos problemas permanecen. Uno, en un plano normativo y legal, hay ausencia de interpretación y aplicación de estas normas a la migración irregular. Dos, en un plano operacional, no hay guías claras sobre como implementar estas normas eficiente y equitativamente, o sobre la apropiada división de responsabilidades entre organizaciones internacionales”.

<sup>178</sup> Alexander Betts, citado, p.219.

En Costa Rica la ley (2013) ha creado la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas a la cual puede asistir como observador el ACNUR.

En Ecuador el Plan Nacional para combatir la Trata de Personas, tráfico ilegal de migrantes, explotación sexual laboral y otros modos de explotación y prostitución de mujeres, niños, niñas y adolescentes, pornografía infantil y corrupción de menores (2006) declara como política prioritaria del Estado, el combate a la trata de personas, el tráfico ilegal de migrantes, explotación sexual laboral y otros modos de explotación y crea la comisión para la elaboración del Plan Nacional para combatir el plagio de personas, tráfico ilegal de migrantes, explotación sexual y laboral; y, otros modos de explotación.

En Guatemala encontramos la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas (2009).

En México la Ley para prevenir y sancionar la trata de personas (2007) tiene por objeto la prevención y sanción de la trata de personas, así como la protección, atención y asistencia a las víctimas de estas conductas con la finalidad de garantizar el respeto al libre desarrollo de la personalidad.

Según consta en el cuadro 38, es una buena práctica otorgar una condición migratoria a las víctimas de trata que no califiquen como refugiadas.

La reglamentación argentina prevé una residencia temporal para las víctimas de tráfico ilícito de migrantes y para las víctimas de trata. Brasil otorga visa permanente a las víctimas de trata.

Según la legislación migratoria mexicana, son visitantes por razones humanitarias las personas ofendidas, víctimas o testigos de algún delito cometido en territorio nacional, y tienen “derecho a la regularización de su situación migratoria” las personas “cuyo grado de vulnerabilidad dificulte o ha imposible su deportación o retorno asistido”.

En Costa Rica la administración tiene la potestad de otorgar permanencia temporal a víctimas de trata de personas.

## 28. Buena práctica: Protección Complementaria y visas humanitarias

México, Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011:

Artículo 2.IV.

“Protección Complementaria:

Protección que la Secretaría de Gobernación otorga al extranjero que no ha sido reconocido como refugiado en los términos de la presente Ley, consistente en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, se vería amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Nicaragua. Ley Migración y Extranjería (2011):

**“Artículo 220. Protección Complementaria.**

De conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, se **podrá** otorgar visas humanitarias a aquellas personas que **sufren violaciones de sus derechos humanos y víctimas de trata** de personas en particular mujeres, niñas y niños, lo que será regulado en el reglamento de la presente Ley”.

Cuadro 31

La definición regional de refugiado, veíamos al comienzo de este trabajo, ampara a personas que sin calificar bajo la definición clásica necesitan protección internacional porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada u otras de las circunstancias de definición ampliada.

En otras regiones una protección similar es llamada subsidiaria o complementaria, pero en América Latina, por protección complementaria tiende a entenderse aquella acordada a quienes sin calificar como refugiados -ni bajo la Convención de 1951 ni bajo los criterios de la Declaración de Cartagena- tienen necesidad de protección internacional porque de ser devueltos serían víctimas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (México).

Veremos que por ejemplo en Nicaragua la legislación permite a la administración extender la protección a víctimas de violación de derechos humanos en general, y que no siempre es nítida la distinción entre la protección complementaria y las denominadas visas humanitarias.

Las formas complementarias de protección permiten regularizar la permanencia de personas que no son formalmente reconocidas como refugiadas pero cuyo retorno sería contrario a obligaciones generales sobre la no devolución, contenidas en diferentes

instrumentos de derechos humanos (por ejemplo, artículos 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura...)

La Ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011 contempla una protección complementaria para amparar a la persona cuya vida estaría en peligro de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes:

“Artículo 2.IV. Protección Complementaria: Protección que la Secretaría de Gobernación otorga al extranjero que no ha sido reconocido como refugiado en los términos de la presente Ley, consistente en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, se vería amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido **a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**”.

A los refugiados y a quienes se otorgue protección complementaria se concederá la residencia permanente en los Estados Unidos Mexicanos (artículo 48) (cuadro 31).

En primer término se examinará si la persona califica como refugiada, manda con acierto el reglamento (2012) de la ley mexicana:

“Artículo 48. (...) El otorgamiento de la protección complementaria **sólo** podrá ser considerado una vez que se haya determinado el **no reconocimiento de la condición de refugiado**”.  
Ver cuadro 31.

La ley mexicana de Migración (2011) concede residencia permanente al beneficiario de protección complementaria, al apátrida y al asilado político:

“Artículo 54. Se otorgará la condición de residente permanente al extranjero que se ubique en cualquiera de los siguientes supuestos:  
I. Por razones de asilo político, reconocimiento de la condición de refugiado y **protección complementaria** o por la determinación de apátrida, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables”.

Puesto que esa ley crea la categoría de “visitante por razones humanitarias” y *autoriza* a la administración a amparar a las personas no específicamente indicadas, no se descarta que la protección pudiera llegar a extenderse en México a las víctimas de violaciones de derechos humanos en general:

“Artículo 52. (...) V. VISITANTE POR RAZONES HUMANITARIAS. Se autorizará esta condición de estancia a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos:  
a) Ser ofendido, víctima o testigo de algún delito cometido en territorio nacional (...)  
b) Ser niña, niño o adolescente migrante no acompañado, en términos del artículo 74 de esta Ley.

c) Ser solicitante de asilo político, de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria del Estado Mexicano, hasta en tanto no se resuelva su situación migratoria. Si la solicitud es positiva se les otorgará la condición de estancia de residente permanente, en términos del artículo 54 de esta Ley.

También la **Secretaría podrá autorizar la condición de estancia de visitante por razones humanitarias a los extranjeros que no se ubiquen en los supuestos anteriores, cuando exista una causa humanitaria** o de interés público que haga necesaria su internación o regularización en el país, en cuyo caso contarán con permiso para trabajar a cambio de una remuneración”.

Bajo la rúbrica “visa humanitaria” (cuadro 32) se extiende protección a personas que no son víctimas de tortura:

Artículo 74 de la Ley mexicana de migración:

“cuando así convenga al interés superior de la niña, niño o adolescente migrante extranjero no acompañado, dicho niño, niña o adolescente será documentado provisionalmente como Visitante por Razones Humanitarias en términos del artículo 52, fracción V, de esta Ley, mientras la Secretaría ofrece alternativas jurídicas o humanitarias temporales o permanentes al retorno asistido” (cuadro 31).

En Nicaragua y en Costa Rica es potestad de la administración otorgar “visa humanitaria” a víctimas de la violación de los derechos humanos (cuadro 32):

Nicaragua. Ley de Migración y Extranjería (2011):

“Artículo 220. Protección Complementaria.

De conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, se **podrá** otorgar visas humanitarias a aquellas personas que sufren violaciones de sus derechos humanos y víctimas de trata de personas en particular mujeres, niñas y niños, lo que será regulado en el reglamento de la presente Ley”.

Costa Rica. Ley de Migración y Extranjería (2009):

“Artículo 6 La formulación de la política migratoria estará orientada principalmente a lo siguiente: (...)

6) Garantizar que el territorio nacional será asilo para toda persona con fundados temores de ser perseguida, enfrente un peligro de ser sometida a **tortura o no pueda regresar a otro país, sea o no de origen, donde su vida esté en riesgo**, de conformidad con los instrumentos internacionales y regionales debidamente ratificados”.

“Artículo 93.

La Dirección General **podrá** autorizar el ingreso al país y la permanencia en él de personas extranjeras, mediante categorías migratorias especiales, con el fin de regular situaciones migratorias que, por su naturaleza, requieran un tratamiento diferente de las categorías migratorias”.

“Artículo 94.- Serán categorías especiales, entre otras, las siguientes (...):

12) Los demás que la Dirección General de Migración y Extranjería estime conveniente por razones humanitarias, de conformidad con los instrumentos

internacionales de derechos humanos, así como los determinados en el Reglamento de la presente Ley”.

La ley chilena sobre refugiados (2010) establece:

**“Artículo 4°.- No Devolución.** No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligren.

La protección en los términos enunciados precedentemente comprenderá, asimismo, cualquier forma de devolución hacia las fronteras de un país donde estuviere en peligro la seguridad de la persona o existieren razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

A los efectos de determinar si existen tales razones, se tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el territorio de una **situación persistente de violación manifiesta, patente o masiva de los derechos humanos.**

Aquellos solicitantes de la condición de refugiado que no hubieran obtenido el estatuto de tal, podrán solicitar un permiso de permanencia en el país, de conformidad con la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile”.

También en Colombia (cuadro 31) hay protección a quienes haya fundadas razones para creer que serían sometidos a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

No siempre es factible deslindar la protección complementaria del otorgamiento de las denominadas “visas humanitarias” (cuadro 32).

Por “visas humanitarias” suele entenderse que la administración tiene la potestad de conferir alguna forma de protección o de categoría migratoria a una categoría abierta de personas que no son refugiadas ni beneficiarias de protección complementaria (cuando alguna forma de esta última existe). Las hay, con diferentes alcances, en Argentina, Brasil, Honduras, Nicaragua, Panamá, Uruguay, Jamaica, Costa Rica, Colombia y México (cuadro 32).

El derecho argentino las regula con detalle:

Disposición 72.033/2007, Procedimientos y requisitos respecto de tramitaciones que queden comprendidas en lo previsto en el inciso m) del Artículo 23 de la Ley N° 25.871:

**“Art. 3° — Cuando a un extranjero se le haya denegado el otorgamiento de refugio** y deba evaluarse su situación migratoria, la autoridad llamada a resolver tendrá especial consideración en aquellos casos en que la autoridad competente en materia de refugio haya informado que se configuran **razones humanitarias** para la permanencia del extranjero en el territorio nacional y el mismo no se encuentre comprendido en otra subcategoría migratoria”.

La Ley argentina de Migraciones No. 25.871 (2003) dispone:

Artículo 23 m): "Se considerarán "residentes temporarios" todos aquellos extranjeros que invoquen **razones humanitarias** que justifiquen a juicio de la Dirección Nacional de Migraciones un tratamiento especial".

Artículo 29. "(...) La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones **humanitarias o de reunificación familiar**, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo".

Artículo 34. "(...) Se podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en la ley y su reglamentación, cuando existan razones excepcionales de **índole humanitaria**, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina".



## 29. Buena práctica en materia de víctimas de desastres naturales.

Argentina, Decreto 616/2010,  
Reglamentación de la Ley de Migraciones Nº  
25.871 y sus modificatorias (2010):

ARTICULO 24.- Los extranjeros que ingresen al país como “residentes transitorios” podrán ser admitidos en las subcategorías establecidas por el artículo 24 de la Ley Nº 25.871, con los siguientes alcances:

h) Especiales: para los casos en que se justifique NACIONAL DE MIGRACIONES podrá dictar disposiciones de carácter general que prevean los recaudos a cumplimentar para ser admitidos como residentes transitorios especiales.

Asimismo se tendrá en cuenta la situación de aquellas personas que, a pesar de no requerir protección internacional, transitoriamente no pueden retornar a sus países de origen en razón de las condiciones humanitarias prevalecientes o debido a las consecuencias generadas por **desastres naturales** o ambientales ocasionados por el hombre. A este fin podrán tomarse en cuenta las recomendaciones de no retorno que formule el ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR).

Cuadro 40

Los factores ambientales pueden provocar movimientos de desplazados internos (como se verá en más adelante) y de refugiados, pero en sí mismos no son motivo para reconocer la condición de refugiado.

Buena parte del desplazamiento humano provocado por el cambio climático se ha manifestado con los desastres naturales y ha tenido carácter interno. Señala el ACNUR que “algunos movimientos ocasionados probablemente por el cambio climático, de hecho podrán considerarse dentro del marco del derecho tradicional del refugiado”. “El ejemplo más obvio, es el desplazamiento de refugiados provocado por conflictos armados que surgen por factores ambientales”; se “proyecta que los aspectos relacionados con el clima se conviertan en los detonantes más comunes y más directos de los conflictos. Cuando más conflictos de esta naturaleza se manifiesten en el futuro, también crecerá la demanda para recibir protección y asistencia bajo el marco de los refugiados”; también “puede haber situaciones en las que las víctimas de desastres naturales huyan de su patria, debido a que sus gobiernos conscientemente han retenido o impedido la asistencia, con el fin de castigarlos o marginarlos por uno de los cinco

motivos establecidos en la definición de refugiado”, y como “segundo escenario con implicaciones para el ACNUR relacionado con la manifestación más dramática del cambio climático, sería el ‘hundimiento de una isla’ que podría obligar a los habitantes, en países tales como las Maldivas y Tuvalu, a abandonar sus países de origen como resultado del aumento del nivel del mar y la inundación de las zonas bajas”<sup>179</sup>.

En cuanto a la función del ACNUR respecto al desplazamiento interno, “en virtud de la división de trabajo que se introdujo con este enfoque, el ACNUR ha asumido el liderazgo mundial del Grupo Temático de Protección y codirige mundialmente el grupo temático de Coordinación y Gestión de Campamentos (CCCM, por sus siglas en inglés) junto con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), y el Grupo Temático de Albergues de Emergencia con la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (IFRC, por sus siglas en inglés)”<sup>180</sup>.

Tendremos siempre presente que “la expresión ‘refugiado’ es un término legal. Una persona que se determine que califica como refugiada habrá reunido el criterio de la Convención de 1951 sobre los Refugiados, el de la Convención de la OUA de 1969 o el mandato del ACNUR. Por esta razón, la referencia a un ‘refugiado económico’ no constituye un término reconocido por el derecho internacional. Lo mismo sucede con ‘refugiado por efecto del clima’ o ‘refugiados ambientales’. Aunque estos términos se utilizan a menudo, en especial en los medios de comunicación, no sería correcto darles un significado legal que no ha sido aprobado por la comunidad jurídica”<sup>181</sup>.

La difícilísima situación de las víctimas de desastres naturales y la creciente ocurrencia de éstos tornan una buena práctica la de conferirles algún tipo de condición migratoria.

Expresamente, la opción migratoria para víctimas de desastres naturales la encontramos en la legislación argentina y en la cubana (cuadro 40).

No hay normativa en Brasil, México o Venezuela, pero han sido otorgadas visas humanitarias a víctimas de desastres como el terremoto haitiano.

El Comité brasileño Nacional de Migración puede conceder una visa por razones humanitarias. El Consejo Nacional de Inmigración de Brasil aprobó visas de residencia permanente a los ciudadanos haitianos que llegaron a Brasil tras el terremoto de enero de 2010. Los ciudadanos haitianos que llegaron a México y a Venezuela en 2010 después del terremoto en su país, obtuvieron visas por razones humanitarias.

La Iniciativa Nansen se propone crear consenso entre los Estados acerca de la mejor manera de abordar los desplazamientos entre fronteras en el contexto de los desastres repentinos y de evolución lenta. Fue lanzada en 2012 por Noruega y Suiza<sup>182</sup>. El Grupo Directivo de la Iniciativa lo presiden Noruega y Suiza. Está constituido hasta ahora por

<sup>179</sup> ACNUR, “Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR”, 2009, pp. 6-7. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6936>.

<sup>180</sup> Ibidem, p.7.

<sup>181</sup> Ibidem p.8.

<sup>182</sup> Kálin, Walter, “De los Principios de Nansen a la Iniciativa Nansen”, Revista Migraciones Forzadas, No. 41, Diciembre 2012.

Ver <http://www.fmreview.org/es/prevencion/kaelin>

Australia, Costa Rica, Kenia, México y Filipinas. ACNUR, OIM y el Consejo Noruego para los Refugiados participarán activamente.

### 30. Buena práctica: Regulación doméstica del desplazamiento interno.

#### Art.1. Objeto.

El reconocimiento por el Estado peruano del estatus específico de "Desplazado", su naturaleza legal y la atención de los diversos problemas jurídicos, no regularizados por las normas marco hasta el momento expedidas.

Esta norma tiene por objeto definir los derechos y garantías pertinentes para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado, la asistencia durante el desplazamiento y durante el retorno o el reasentamiento e integración, **adecuando a la realidad y a la legislación nacional los Principios Rectores sobre Desplazamientos Internos de la Comisión de Derechos Humanos** y el Consejo Económico Social de la Organización de las Naciones Unidas

Perú. Ley N° 28.223 (2004): Ley Sobre Los Desplazamientos Internos

#### “Artículo 1o.- Del desplazado.

Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público”

Colombia. Ley 387 (1997). Definición de desplazado

Cuadro 41

La Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General pidieron al Representante del Secretario General de las Naciones Unidas preparar un marco adecuado para la protección y asistencia de los desplazados internos. Junto con un grupo de expertos el Representante inició la redacción de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, cuyo objeto es tratar las necesidades específicas de los desplazados internos de todo el mundo, determinando los derechos y garantías necesarios para su protección.

Como puede leerse en el cuadro que encabeza esta página, expresamente la legislación peruana se inspira en dichos principios. Es una buena práctica que la legislación doméstica regule el desplazamiento interno:

Se reúne y sistematiza en una sola ley disposiciones internas anteriormente dispersas así como normas pertinentes del derecho de los derechos humanos, derecho de los refugiados (por analogía) y derecho internacional humanitario, que están en la base de los Principios Rectores sobre Desplazamiento Interno (1998)<sup>183</sup>.

Ciertamente, a diferencia de los refugiados, los desplazados internos no han cruzado una frontera internacional y no cuentan con una condición jurídica internacional.

Sin embargo, la propia legislación interna en ocasiones proclama que los desplazados forzados tienen derecho a **solicitar y recibir ayuda internacional**, por ejemplo en Colombia y en el estado mexicano de Chiapas (art. 2 de la Ley Colombiana No. 387 de 1997; art. 31 de la Ley para la Prevención y atención del Desplazamiento Interno en el Estado de Chiapas, cuadro 41).

Señala la Constitución Política de Ecuador:

"Art. 42.- Se **prohíbe todo desplazamiento arbitrario**. Las personas que hayan sido desplazadas tendrán derecho a recibir protección y asistencia humanitaria emergente de las autoridades, que asegure el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos y sanitarios. Las niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, madres con hijas o hijos menores, personas adultas mayores y personas con discapacidad recibirán asistencia humanitaria preferente y especializada. **Todas las personas y grupos desplazados tienen derecho a retornar a su lugar de origen de forma voluntaria, segura y digna.**"

En Colombia (Ley 387 de 1997) hay disposiciones sobre prevención y atención del desplazamiento forzado, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos. El Decreto 2569 (2000) reglamenta parcialmente dicha Ley y se propone evitar la dispersión institucional para la atención de los problemas de la población desplazada.

En el Decreto 250 (2005) se expide el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia y se dictan otras disposiciones, con objeto de establecer la política general del Gobierno y las líneas de acción para la prevención y la atención al desplazamiento forzado Interno en Colombia, que permita la restitución de los derechos y las obligaciones de las colombianas y los colombianos afectados por el mismo.

Colombia. Ley 387 (1997):

<sup>183</sup> Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición Principios Rectores de los desplazamientos internos. Nota de presentación de los Principios Rectores E/CN.4/1998/53/Add.2\* 11 de febrero de 1998.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0022>

“Artículo 2o.- De los principios. La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los siguientes principios:

**1o. Los desplazados forzados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional** y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria.

2o. El desplazado forzado gozará de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente.

3o. El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho **a no ser discriminados** por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física.

4o. La familia del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de **reunificación familiar**.

5o. El desplazado forzado tiene derecho a acceder a **soluciones definitivas a su situación**.

6o. El desplazado forzado tiene derecho al **regreso a su lugar de origen**.

**7o. Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente.**

8o. El desplazado y/o los desplazados forzados tienen el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley.

9o. Es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia social.”

El mencionado Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia establece:

## “1. PRINCIPIOS RECTORES DEL PLAN NACIONAL

### 1.1. ORIENTADORES.

Definen las características, condiciones y criterios que guiarán los diferentes programas y acciones que están contemplados en este documento.

- **ENFOQUE DIFERENCIAL:** Para la formulación y desarrollo de las actividades que operan el presente Plan, se tendrán en consideración las características de la población sujeto o grupos involucrados en la atención, en términos **de género, edad y etnia**, así como sus patrones socioculturales. Lo anterior permitirá reconocer y promover ofertas institucionales acordes a los intereses de desarrollo de los grupos e individuos afectados.

- **ENFOQUE TERRITORIAL:** Las Entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada en el nivel nacional y territorial, adecuarán y desarrollarán los programas atendiendo las particularidades y la diversidad regional y local, que permitirá brindar respuestas según la situación del territorio.

- **ENFOQUE HUMANITARIO:** La atención a la población desplazada se brindará de manera **solidaria en atención a las necesidades de riesgo o grado de vulnerabilidad de los afectados**, con el fin de brindar soporte humanitario, trato respetuoso e imparcial, asegurando condiciones de dignidad e integridad física, psicológica y moral de la familia.

- **ENFOQUE RESTITUTIVO:** Se entiende como la reposición equitativa de las pérdidas o daños materiales acaecidos por el desplazamiento, **con el fin de que las personas y los hogares puedan volver a disfrutar de la situación en que se encontraban antes del mismo**. Las medidas de restitución

contribuyen al proceso de reconstrucción y estabilización de los hogares afectados por el desplazamiento (...)"

En cuanto a Perú, la Ley N° 28.223 (2004), versa sobre el reconocimiento por el Estado peruano de la condición de "desplazado" y su carácter legal. El Decreto Supremo N° 004-2005-MIMDES (2005) reglamenta la Ley sobre Desplazamientos Internos; tiene por objeto precisar la naturaleza legal así como la atención de los diversos problemas jurídicos que presenta la condición de "desplazado". Su artículo 3 dispone:

"Artículo 3º.- **Estatus Jurídico de Desplazado.** El estatus jurídico de Desplazado comprende derechos reconocidos, responsabilidades atribuidas y sanciones que se establecen en la Ley y en el Reglamento. Principalmente, aquellos derechos relacionados con la exigibilidad de las obligaciones que corresponden al Estado y a la comunidad internacional en materia de desplazamientos internos.

La noción del Desplazado Interno comprende tanto al varón como a la mujer en una relación de equidad (...)"

Perú. Objeto de la Ley N° 28.223 (2004):

"Art. 1. El reconocimiento por el Estado peruano del estatus específico de "Desplazado", su naturaleza legal y la atención de los diversos problemas jurídicos, no regularizados por las normas marco hasta el momento expedidas. Esta norma tiene por objeto definir los derechos y garantías pertinentes para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado, la asistencia durante el desplazamiento y durante el retorno o el reasentamiento e integración, **adecuando a la realidad y a la legislación nacional los Principios Rectores sobre Desplazamientos Internos** de la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico Social de la Organización de las Naciones Unidas".

Según los citados Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

La Ley para la Prevención y Atención del Desplazamiento Interno en el Estado de Chiapas (2012) y el Reglamento peruano (2005) de la Ley sobre Desplazamientos Internos expresamente incluyen como desplazados internos también a las víctimas de catástrofes naturales:

(Chiapas) Artículo 3.- Se considera como desplazados internos a las personas o grupos de personas asentadas en el Estado de Chiapas que se han visto forzadas u obligadas a abandonar, escapar o huir de su lugar de residencia habitual, en particular **como resultado o para evitar** los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de **catástrofes naturales** o provocadas por el ser humano y que no han cruzado los límites territoriales del Estado.

(Perú) Art. 4 (...) Se consideran dos grandes clases de Desplazamiento Interno:

a) Desplazamiento Forzado por conflicto interno o internacional o acción de grupos alzados en armas (...)

b) **Desplazamiento o evacuación, ocasionada por acción violenta de agentes imprevistos o desastres naturales o provocados por el ser humano.**

La Ley General de Víctimas, publicada en México en 2013, se propone reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, y reconoce la existencia de grupos de población con características particulares o con mayor situación de vulnerabilidad”, entre ellos las “personas en situación de desplazamiento interno” y los migrantes<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup>Ley General de Víctimas (2013).

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9044>.



### Citas

ACNUR, “Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR”, 2009.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6936>.

ACNUR, “Compilación temática de las conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la protección internacional”, 2ª edición, 2005. Conclusión del Comité Ejecutivo N° 82 (XLVIII) – 1997 sobre la Salvaguarda de la Institución de Asilo. Ver

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4050.pdf>

ACNUR, Consultas Globales sobre la Protección Internacional, EC/GC/01/11, “La Protección de los Refugiados y el Control Migratorio: Perspectivas del ACNUR y de la OIM”, 31 de mayo de 2001, Introducción, Panorama General. Ver

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6016.pdf>.

ACNUR, Consultas Globales sobre Protección Internacional, “Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)”, EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2888>.

ACNUR, Declaración sobre el Artículo 15(c) de la Directiva de Reconocimiento), Declaración del ACNUR sobre la protección subsidiaria a personas amenazadas por violencia indiscriminada, bajo la Directiva de Reconocimiento del Consejo de Europa 2008. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6072.pdf?view=1>.

ACNUR, Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Colombia (2010).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8118>.

ACNUR, Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Somalia (2010).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8028>.

ACNUR, “Directrices de elegibilidad del ACNUR para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de protección internacional de los solicitantes de asilo de Colombia.” 2010.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8118>

ACNUR, Directrices sobre protección internacional N° 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951(2012). Ver

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8986>.

ACNUR, “Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor” (2008). Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>.

ACNUR, “Directrices sobre la Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967” (2002).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1753>.

ACNUR, Documento de discusión: “La situación de los refugiados en América Latina: Protección y soluciones duraderas bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984”.

ACNUR, “El Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina Principales avances y desafíos durante el período 2005-2010” (Octubre 2010). Ver <http://www.pamacnur2010.com/>.

ACNUR, “La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiado” (HCR/GIP/03/04) 2003.

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/47fdfafb0.pdf>.

ACNUR, "La protección de los refugiados y la migración mixta: El Plan de los 10 Puntos en acción", edición provisional, Introducción. Ver

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7267.pdf>

ACNUR, "La situación de los refugiados en el mundo: Cincuenta años de acción humanitaria", 2000. Ver <http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/>.

ACNUR, "Los derechos humanos y la protección de los refugiados", módulo autoformativo 5, volumen II, 2006, "Panorama General".

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/489c142e2.pdf>.

ACNUR, "Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado", Ginebra, 1994. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0252>.

ACNUR, "Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados", 1992.

Ver [http://www.acnur.org/paginas/index.php?id\\_pag=4359&id\\_sec=23](http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4359&id_sec=23).

ACNUR, "Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado".

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0626>.

ACNUR, "Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)", 1a. ed., San José, Costa Rica, Editorama, 2005.

Ver [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=3728](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3728).

ACNUR, "Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas" (2010).

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4bf4e2232.pdf>.

ACNUR, "Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo" (1998). Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1906>.

ACNUR, "Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967" (2007).

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7123.pdf?view=1>.

ACNUR, "Personas cubiertas por la Convención OUA y por la Declaración de Cartagena (presentado por el grupo africano y latinoamericano)", 1992. Ver

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68cd214.html>.

ACNUR, "Plan de Acción de México: El impacto de la solidaridad Regional" (2007).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/5484>.

ACNUR, OIM, Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas (2009). Consideraciones de Protección en el contexto de la Migración Mixta. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7250.pdf>.

Arboleda, Eduardo, "La Declaración de Cartagena de 1984 y sus semejanzas con la convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969: Una perspectiva comparativa en Derecho Internacional de los Refugiados".

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2184>.

Asamblea General de la OEA (AG/RES. 2502 (XXXIX-O/09), Los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familias, parte dispositiva, "1".

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7229.pdf>.

Betts, Alexander, "Towards a 'Soft Law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migrants", [International Journal of Refugee Law](#), Volume 22, Issue 2.

Bond Rankin, Micah, "Extending the limits or narrowing the scope? Deconstructing the OAU refugee definition thirty years on", UNHCR, New Issues in Refugee Protection, Working Paper No. 113, April 2005. Ver <http://www.unhcr.org/425f71a42.pdf>.

CIREFA, "Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en América Latina", Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1582>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 78/11, Caso 12586, Fondo, John Doe y otros contra Canada, 21 de junio de 2011, párrafo 94.

Ver <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/CAPU12586ES.doc>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre migración en los Estados Unidos, detenciones y debido proceso" (2010).

Ver <http://cidh.org/pdf%20files/InformeSobreMigracionesEnEEUU-Detenciones-y-DebidoProceso.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 112/ 10 petición interestatal PI-02, Admisibilidad Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador – Colombia (2010). Ver <http://cidh.org/annualrep/2010sp/EC-CO.PI-02ADM.SP.doc>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Interdicción de Haitianos contra Estados Unidos (1997). (En línea)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.474, fondo, FAMILIA PACHECO TINEO. BOLIVIA, 31 de octubre de 2011, citado, párrafo 146 (en línea).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No.7, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos.

Ver <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom7.html>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *The Haitian Center for Human Rights et al. v. United States*.

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,IACHR,CASELAW,,3ae6b71b8,0.html>.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño".

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4281>.

Conferencia Regional sobre la Protección de Refugiados y la Migración Internacional en las Américas. Consideraciones de Protección en el Contexto de la Migración Mixta (San José, 2009). Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7701.pdf>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>.

Convención Contra la Tortura y los Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos, o Degradantes. Entrada en vigor 26 de junio de 1987.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0020.pdf>.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1987.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0020>.

Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África (1969),

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1270.pdf?view=1>.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Ver

[http://www.oas.org/dil/esp/Convencion\\_de\\_Viena\\_sobre\\_derecho\\_tratados\\_Colombia.p](http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf)  
[df](http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf).

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

Convención sobre Asilo diplomático adoptada en Caracas en 1954.

Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0038.pdf>.

Convención sobre Asilo Territorial de 1954.

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0037.pdf?view=1>

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.  
 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.  
 Convención sobre los derechos del niño. 20 de noviembre de 1989.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0021>.  
 Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

Ver <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt34es.pdf>.  
 Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Iris Jamaa and Others v. Italy*,  
 Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4f4507942.pdf>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001.  
 Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.doc).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*. Sentencia de 24 de octubre de 2012.  
 Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Peru*, Sentencia 31 de enero de 2001).  
 Ver [http://www.tc.gob.pe/corte\\_interamericana/seriec\\_71\\_esp.pdf](http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_71_esp.pdf).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Niños de la Calle* (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala). Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.  
 Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.doc).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Loor vs. Panamá*.  
 Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp1.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp1.doc).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_11\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.doc).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16-99 de 1 de octubre de 1999. Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.doc).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Ver [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc).

Declaración adoptada el 13 de diciembre 2001 en Ginebra en la Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967.  
 Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf>.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948). Serie: Novena Conferencia Americana, Bogotá, 1948. Acta y Documentos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Novena Conferencia Americana, Bogotá, 1948.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0025>.  
 Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, Brasilia, 11 de noviembre de 2010. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8133>

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0008.pdf>.

Declaración del ACNUR sobre la protección subsidiaria a personas amenazadas por violencia indiscriminada, bajo la Directiva de Reconocimiento del Consejo de Europa 2004/83/CE.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, Ciudad de México, 16 de noviembre del 2004.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/3016>.

Dialogo Internacional sobre la Migración de 2008, "Los retos de la migración irregular: Encarar los flujos migratorias mixtos. (En línea).

Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004. Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0083:EN:HTML>.

Estados Unidos Mexicanos. "Reglamento de la Ley sobre Refugiados y protección complementaria" 21 de febrero del 2012.

Ver [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5234592&fecha=21/02/2012](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5234592&fecha=21/02/2012).

European Council on Refugees and Exiles (ECRE), "Position on the Interpretation of Article 1 of the Refugee Convention", September 2000.

Ver <http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/155.html>.

Expediente 09-006478-0305-PE Sumaria por uso de documento falso. Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela, dos de julio de 2010.

Fortín, Antonio, "Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration", en ACNUR, "Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados".

Ver [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=3728](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3728).

Franco, Leonardo, (Coord.), "El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", ACNUR, IIDH, 2004.

Franco, Leonardo; Santistevan, Jorge, "La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina", en ACNUR, "Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados".

Ver <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/reflexiones-sobre-la-aplicacion-de-la-definicion-ampliada-de-refugiados-corcuera-cabezut.pdf>.

Goodwin-Gill, Guy; McAdam, Jane, "The Refugee in International Law", third edition, Oxford University Press, 2007.

Gorlick, Brian, "Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status", New Issues in Refugee Research, Working Paper No. 68, UNHCR, 2002. Ver

Grahl-Madsen, Atle, "Commentary on the Refugee Convention", 1951, published by UNHCR, 1997. Ver [http://www.unhcr.org/cgi-](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=3d4ab5fb9&query=Grahl%20Madsen)

[bin/texis/vtx/search?page=search&docid=3d4ab5fb9&query=Grahl%20Madsen](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=3d4ab5fb9&query=Grahl%20Madsen)  
Hathaway, James, "The Rights of Refugees under International Law", Cambridge University Press, 2005.

Ver

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=3d4ab5fb9&query=Grahl%20Madsen>.

Hathaway, James, "Why Refugee Law Still Matters", Melbourne Journal of International Law, May 2007. (En línea).

Hathaway, James; Foster, Michelle, "La alternativa de huida, reubicación o protección interna como un aspecto para determinar la condición de refugiado", en Feller, Erika; Türk, Volker (ed.), "Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional.



Consultas Globales sobre Protección Internacional”, Icaria Editorial, Barcelona, 2010. Ver <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4ccac1a32.pdf>.

IIDH, ACNUR, “Memoria del Coloquio Internacional. Diez años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas” 1994.

Immigration and Refugee Board of Canada, “Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection”, 2004, Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4638af792.html>.

Informe 78/11, Caso 12586, Fondo, John Doe y otros contra Canadá, 21 de junio de 2011. Ver <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/CAPU12586ES.doc>.

Informe Nº 81/10 CASO 12.562, Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7959.pdf>.

Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 febrero 2000. Ver <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Canada2000sp/canada.htm#A>. Instrumentos Internacionales

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. “Migración y Derechos Humanos” San José, Costa Rica, 2004. Ver [http://www.refugioenchile.cl/data/archivos/archivo\\_2011\\_03\\_21\\_10\\_24\\_50.pdf](http://www.refugioenchile.cl/data/archivos/archivo_2011_03_21_10_24_50.pdf).

Kälin, Walter, “De los Principios de Nansen a la Iniciativa Nansen”, Revista Migraciones Forzadas, No. 41, Diciembre 2012. Ver <http://www.fmreview.org/es/prevencion/kaelin>

Klug, Anja ;Howe, Tim, “The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the *Non-refoulement* Principle to Extraterritorial Interception Measures”.

Mandal, Ruma, “Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (‘Complementary Protection’)”.

Manly, Mark, “La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Franco, Leonardo (Coord.). Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3189.pdf>.

Murillo, Juan Carlos, “El debate entre ‘asilo’ y ‘refugio’”, El Universal, México, 5 de enero de 2011. Ver <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51216.html>.

Murillo Juan Carlos, Ponencia ante el Seminario Regional de la Asociación Internacional de Jueces de Derecho Internacional de Refugiados San José, Costa Rica, Junio de 2004. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3124.pdf?view=1>.

Murillo, Juan Carlos, “El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano”, en ACNUR (ed.), “La Protección Internacional de Refugiados en las Américas”, Quito, 2011. (En línea).

Murillo, Juan Carlos, “La Declaración de Cartagena, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y las migraciones mixtas”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Migraciones y derechos humanos: Reunión de personas expertas”, San José, Costa Rica, 9-11 de agosto, 2004. (En línea).

Murillo, Juan Carlos, “Migración Extracontinental en América Latina: Algunas tendencias y consideraciones de Protección Internacional”, páginas 19 y siguientes. Ver [http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/2011/publication02\\_final\\_web.pdf](http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/2011/publication02_final_web.pdf)

Nicaragua, Ley Nº 130 del 9 de julio de 2008, Ley de Protección a Refugiados. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6435>.

Norman, Steven, “Assessing the Credibility of Refugee Applicants: A Judicial perspective”, International Journal of Refugee Law, 2007, 19(2).

OIM, documento MC/INF/294 (2008), Diálogo Internacional sobre la Migración de 2008, “Los retos de la migración irregular: Encarar los flujos migratorios mixtos. Nota para las deliberaciones”.

Okoth-Obbo, George, "Thirty Years On: A Legal Review of the 1969 OAU Refugee Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa", in UNHCR, "Special OAU/UNHCR Meeting on the 30<sup>th</sup> Anniversary of the 1969 OAU Refugee Convention", Refugee Survey Quarterly, Vol. 20, N. 1, OUP, 2001.

Ver <http://www.unhcr.org/42d673472.pdf>.

Organización Internacional para las Migraciones, "Identificación Migrantes Internacionales. Ver <http://www.iom.int/jahia/Jahia/developing-migration-policy/identify-intl-migrants/lang/es>.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0014>.

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

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1582>.

Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" 1988).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0026>

Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Ver <http://www.unodc.org/documents/peruandecuador/Publicaciones/tocebook.pdf>.

Más abajo ver Travaux Préparatoires...

Protocolo para Prevenir, Reimprimir, Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1305>.

Quinta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, La Paz, Bolivia, 25 y 26 de Noviembre de 2004, Declaración de La Paz.

Ver [http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/7179.2977.pdf5\\_2004.pdf](http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/7179.2977.pdf5_2004.pdf).

Rousseau, Cécile; Crépeau, Francois; Foxen, Patricia; Houlié, Francé, "The Complexity of Determining Refugeehood: A Multidisciplinary Analysis of the Decision-Making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board", Journal of Refugee Studies, Vol. 15, No.1, 2002. Ver <http://oppenheimer.mcgill.ca/IMG/pdf/Crepeau.pdf>.

Sadako Ogata, ACNUR, "Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado", 1994.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0252>.

San Juan, César Walter, con la participación de Manly, Mark, "El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, "El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina", San José, Costa Rica, Editorama, 1ª. ed, 2004. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3187.pdf>.

Singh v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177, Canada: Supreme Court, 4 April 1985.

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/470a4a6dd.html>

Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Organized Crime and the Protocols thereto. En línea.

Türk, Volker, "Comentarios Introductorias", en "Encuentro Internacional sobre Protección de Refugiados, Apatridia y Movimientos Migratorios Mixtos en las Américas: Lanzamiento de las Conmemoraciones del ACNUR en las Américas".

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.p?file=biblioteca/pdf/8135>.

UNHCR Global Consultations, "Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection" (2001).

Ver <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3bcfdf164.pdf>.

UNHCR, "Note on International Protection" (1994).

Ver <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f0a935f2.html>.

XI Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Brasilia, 19 al 21 de octubre de 2011.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8166.pdf?view=1>.