

Universidad Nacional de Lanús

Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica



Martín Lettieri

EDITOR

AUTORES

Victor E. Abramovich / Emelina Alonso / Rodolfo Manuel Aseretto / Boris Calderón Arandia
Pablo Ceriani Cernadas / Carmen Gloria Daneri Hermosilla / Olga Díaz Pedemonte / Karina Dubinsky
Andreas Feldmann / Nicolás B. Figari Costa / María Soledad Figueroa / Marcos Ezequiel Filardi
Alexandra Galvis / Gabriel Gualano de Godoy / Paula Lekanda / Martín Lettieri / María José Marcogliese
Federico Martínez Monge / Lucas Ramon Mendos / Juan Ignacio Mondelli / Alejandro Morlachetti
Mauricio Ortegón / Marcos Rasguido Serrudo / Patricio Rubio Correa / Laura Saldivia
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto / Juan Pablo Terminiello



**UNHCR
ACNUR**

Agencia de la ONU para los Refugiados



IPPDH

SERIE DERECHOS HUMANOS

Ediciones de la UNLa.

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS
EN EL SUR DE SUDAMÉRICA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS

Dra. Ana Jaramillo

Rectora

Mg. Nerio Neirotti

Vicerrector

Comité Editorial

Mirta Fabris

Ana Farber

Héctor Muzzopappa

Oscar Tangelson

Daniel Rodríguez



REUN

RED DE EDITORIALES
DE UNIVERSIDADES
NACIONALES



EDUNLa Cooperativa

29 de setiembre 3901

Remedios de Escalada – Partido de Lanús

Pcia de Buenos Aires – Argentina

TEL. 54 11 6322-9200 int. 5727

edunla@unla.edu.ar

La fotocopia mata al libro y es un delito.



Universidad Nacional de Lanús

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS EN EL SUR DE SUDAMÉRICA

Martín Lettieri

Editor

Autores

Víctor E. Abramovich / Emelina Alonso / Rodolfo Manuel Aseretto / Boris Calderón Arandia
Pablo Ceriani Cernadas / Carmen Gloria Daneri Hermosilla / Olga Díaz Pedemonte / Karina Dubinsky
Andreas Feldmann / Nicolás B. Figari Costa / María Soledad Figueroa / Marcos Ezequiel Filardi
Alexandra Galvis / Gabriel Gualano de Godoy / Paula Lekanda / Martín Lettieri / María José Marcogliese
Federico Martínez Monge / Lucas Ramon Mendos / Juan Ignacio Mondelli / Alejandro Morlachetti
Mauricio Ortegón / Marcos Rasguido Serrudo / Patricio Rubio Correa / Laura Saldivia
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto / Juan Pablo Terminiello



**UNHCR
ACNUR**

Agencia de la ONU para los Refugiados



IPPDH

SERIE DERECHOS HUMANOS

Ediciones de la UNLa.

Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica / Víctor Abramovich ...
[et.al.]. - 1a ed. - Remedios de Escalada : De la UNLa - Universidad Nacional de
Lanús, 2012.

504 p. ; 19x15 cm.

ISBN 978-987-1326-79-2

1. Derechos Humanos. 2. Refugiados. 3. Políticas Migratorias. I. Víctor Abramovich
CDD 323.631

Fecha de catalogación: 17/04/2012

Diseño de cubierta y diagramación: Vladimir Merchensky, tantatinta.com

Imagen de tapa: Yuroz, "Respect for Refugees"

ISBN: 978-987-1326-79-2

Impreso en Argentina

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Prohibida la reproducción sin la expresa autorización por escrito.

© Los autores

© **Ediciones de la UNLa.**

29 de setiembre 3901

Remedios de Escalada - Partido de Lanús

Pcia. de Buenos Aires - Argentina

Tel. +54 11 6322-9200 int. 227

publicaciones@unla.edu.ar

www.unla.edu.ar/public

Las opiniones y datos incluidos en la presente obra representan la visión de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, de los Estados a los que se hace referencia o de organizaciones de cualquier índole, a excepción de los artículos en que específicamente se aclara lo contrario.

Todos los documentos que se citan en este libro cuya autoría, co-autoría o edición corresponden al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) se encuentran disponibles en su versión en español en www.acnur.org o en otros idiomas en www.refworld.org, excepto que al citarlos se aclare algo distinto. Los documentos de autoría, co-autoría o edición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentran disponibles en www.corteidh.or.cr y www.cidh.org respectivamente.

Índice

Presentación	
<i>Eva Demant, Víctor Abramovich y Ricardo Fava</i>	11
Introducción	
<i>Martín Lettieri</i>	15
PRIMERA PARTE. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS EN LA ACTUALIDAD	
El asilo como fundamento de la protección de los refugiados	
<i>Federico Martínez Monge</i>	23
El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el desplazamiento forzoso	
<i>Unidad Legal Regional de la Oficina para América del ACNUR</i>	43
La extradición y el asilo: legislación y práctica en los países de la región	
<i>Juan Ignacio Mondelli</i>	65
Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba	
<i>Martín Lettieri</i>	107
Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzado	
<i>Juan Pablo Terminiello</i>	131
SEGUNDA PARTE. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES REFUGIADOS Y MIGRANTES	
Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe	
<i>Emelina Alonso, Pablo Ceriani Cernadas y Alejandro Morlachetti</i>	177

El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias
Marcos Ezequiel Filardi, Karina Dubinsky y Lucas Ramón Mendos..... 227

El MERCOSUR como espacio de coordinación de políticas en derechos humanos. Antecedentes de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de la niñez migrante
Victor E. Abramovich y Laura Saldivia..... 255

TERCERA PARTE. CONTEXTOS Y EXPERIENCIAS NACIONALES
EN MATERIA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS

Acceso a derechos económicos, sociales y culturales de los refugiados y solicitantes de asilo en Argentina
Nicolás B. Figari Costa..... 275

El caso de los haitianos en Brasil y la vía de la protección humanitaria complementaria
Gabriel Gualano de Godoy..... 309

Información de País de Origen en la determinación del estatuto de refugiado: lecciones de un proyecto de cooperación interinstitucional en Chile
Andreas Feldmann, Alexandra Galvis, Paula Lekanda y Mauricio Ortegón..... 331

CUARTA PARTE. MARCOS NORMATIVOS NACIONALES
SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS

Avances normativos e institucionales en la protección de los refugiados en la República Argentina
María Soledad Figueroa y María José Marcogliese..... 349

La protección de los refugiados en Bolivia.
Marco legal, avances y desafíos
Boris Calderón Arandía y Marcos Rasguido Serrudo..... 385

La protección internacional de los refugiados en Brasil
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto..... 403

Marco jurídico e institucional en materia de refugiados en Chile <i>Carmen Gloria Daneri Hermosilla</i>	419
La protección de los refugiados en Paraguay <i>Rodolfo Manuel Aseretto</i>	435
La Protección Internacional de Refugiados en Perú: Ley 27.891 y su reglamento <i>Patricio Rubio Correa</i>	443
La protección de los refugiados en el Uruguay <i>Olga Díaz Pedemonte</i>	481
Sobre las autoras y los autores.....	497

Presentación

*Eva Demant (ACNUR), Víctor Abramovich (IPPDH) y Ricardo Fava (UNLa)*¹

La protección internacional de las personas refugiadas continúa siendo en el Siglo XXI uno de los grandes desafíos humanitarios a nivel global.

Millones de personas se ven obligadas a permanecer lejos de sus hogares debido a la persecución, los conflictos armados y las graves violaciones de sus derechos humanos, entre otros flagelos.

La esperanza de encontrar soluciones rápidas para las personas refugiadas que la comunidad internacional albergaba a fines de la década de 1940 y comienzos de la de 1950 al momento de crearse el ACNUR y adoptarse la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, se ha desvanecido frente a la constatación recurrente de que cada año cientos de miles de personas se desplazan forzosamente.

En el contexto mundial, Latinoamérica se ha caracterizado por poseer una larga tradición de protección internacional a los perseguidos por distintas causas, sobre la base de la solidaridad y la cooperación internacional, pero también a través de una extensa serie de instrumentos regionales cuyos orígenes se remontan incluso a los últimos decenios del Siglo XIX y que preceden a la propia Convención de 1951.

Al mismo tiempo, miles de latinoamericanos han sufrido en distintos momentos de la historia la necesidad de desplazarse forzosamente debido a dictaduras que los perseguían, a conflictos internacionales o a prolongados conflictos internos que hacían imposible la permanencia en sus lugares de origen. Aún hoy conflictos de dilatada trayectoria continúan siendo la razón de una enorme cantidad de solicitudes del estatuto de refugiado en la región y en otros continentes.

El sur de Sudamérica, en particular, ha transitado durante los últimos años un camino auspicioso en materia de protección internacional de refugiados

¹ Representante Regional para el Sur de América Latina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del MERCOSUR, y Director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, respectivamente.

sobre la base de la agenda marcada en 2004 por los Estados y la sociedad civil en el llamado “Plan de Acción de México”.

La consolidación normativa e institucional, la promoción de soluciones duraderas basadas en las estrategias de “ciudades solidarias”, “fronteras solidarias” y “reasantamiento solidario”, y el desarrollo doctrinal son algunos de los ámbitos donde Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay registraron importantes avances.

En muchos casos estos avances no necesariamente son visibilizados lo suficiente en el contexto mundial, a pesar de que constituyen experiencias innovadoras frente a problemáticas complejas.

En este marco, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús han reunido sus esfuerzos para concretar la realización de la presente obra sobre protección internacional de los refugiados y así contribuir con la reflexión sobre distintos aspectos de esta temática en la región y la divulgación de las normativas y buenas prácticas vigentes en los países mencionados.

Para el ACNUR, luego de transcurridos más de 45 años de presencia en la región y en el año del 60° Aniversario de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, colaborar en este proyecto regional ha constituido un honor y una posibilidad más de cumplir con su mandato de protección.

Igualmente, el vínculo de larga data entre el ACNUR y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, ha permitido realizar importantes publicaciones e investigaciones sobre temáticas relativas a la protección internacional de refugiados en el transcurso de los años, fortaleciendo en particular la conjunción con el marco de protección internacional de los derechos humanos.

La colaboración del recientemente establecido Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR resulta fundamental no sólo en su faz teórica, sino también para intentar alcanzar otro objetivo ambicioso a través de estas páginas: que las reflexiones que a lo largo del libro se presentan puedan contribuir con el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas sobre refugiados de los países miembros del MERCOSUR.

En este sentido los temas seleccionados y la rigurosidad con que autoras y autores los han abordado en sus diferentes intervenciones seguramente convertirán la presente publicación en una herramienta de consulta frecuente

para la comunidad académica de investigadores, profesores y estudiantes así como podrá servir también de referencia para los funcionarios estatales, organizaciones de la sociedad civil y el público en general interesado en conocer la actualidad de la problemática en el contexto bajo análisis.

Es de esperar que las lectoras y los lectores encuentren en estas páginas un interesante material de lectura que incentive el debate en torno a las problemáticas que presenta, de modo tal de fortalecer la búsqueda de los más altos estándares de protección internacional para las personas refugiadas en Sudamérica.

Introducción

Martín Lettieri

El trabajo reciente de la Oficina Regional del ACNUR para el Sur de América Latina en programas de formación sobre protección internacional de refugiados permitió identificar la importancia de contar con publicaciones de referencia accesibles sobre las distintas cuestiones que rodean este tema y que no necesariamente son conocidas o fáciles de conocer por quienes se interesan en ellas.

Aunque existen importantes excepciones, lamentablemente no es muy abundante la bibliografía académica sobre la protección de refugiados que ha sido producida en el sur del continente.

La enseñanza del Derecho Internacional de Refugiados es un ámbito donde esta carencia se manifiesta ya que los docentes, estudiantes e investigadores del campo jurídico, político o de las relaciones internacionales, se encuentran habitualmente con la ausencia de bibliografía especializada o la falta de actualización o adecuación al contexto geográfico en los casos en que dicha bibliografía existe.

Cuando en 2009 el ACNUR publicó el Programa de Enseñanza de Derecho Internacional de los Refugiados para Universidades de Latinoamérica, cuyo objetivo es promover la inclusión de los contenidos básicos del tema en la enseñanza universitaria de distintas carreras de grado y posgrado, esta necesidad se tornó más evidente aún y la idea de desarrollar una publicación que abordara estos contenidos con un objetivo de divulgación comenzó a gestarse.

A comienzos de 2011, en el marco de las conmemoraciones por el 60° Aniversario de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y los 50 años de la Convención para Reducir los casos de Apatridia, la posibilidad de realizar esta publicación se convirtió en un objetivo concreto y allí comenzó el proceso que culmina con la publicación del presente libro.

Las autoras y los autores de este libro fueron invitados a participar en razón de su experiencia y especialización en los temas abordados.

La diversidad de los ámbitos de pertenencia institucional, académica y aún ideológica de los distintos autores conforman un mosaico de opiniones que busca enriquecer la lectura y alimentar el debate sin pretender imponer enfoques sesgados o unívocos.

En este sentido es imprescindible tener en cuenta que, a excepción de los casos en que específicamente se aclara, los artículos reflejan las opiniones de sus autores y no responden necesariamente a las opiniones de las instituciones a las que pertenecen o que auspician esta publicación.

En razón de priorizar en esta oportunidad una perspectiva eminentemente jurídica y, en mucho menor medida, en consideraciones desde el campo político o de las relaciones internacionales, lamentablemente algunas valiosas contribuciones de otros campos que se están desarrollando en la actualidad en la región no pudieron ser reflejadas. Es de esperar que en el futuro nuevas publicaciones puedan contribuir con su desarrollo y difusión.

Respecto de la preparación de esta obra, cabe mencionar que la tarea de compilación y edición permitió compartir con las autoras y los autores diferentes visiones y apreciaciones en el marco de procesos de diálogo que no hubieran sido posibles sin la apertura y el respeto con que se desarrollaron, y que tuvieron el objetivo común de fortalecer aún más los argumentos sostenidos en cada artículo.

En cuanto a su contenido el libro está sin dudas atravesado por un eje conductor: la vinculación estrecha que actualmente existe entre la protección internacional de refugiados y la protección internacional de los derechos humanos.

Las colaboraciones de los autores evidenciaron que esta relación no es una visión abstracta o aún forzada, sino una perspectiva arraigada en la concepción de la protección internacional de refugiados que existe en el sur de Sudamérica.

En este sentido es posible observar que para sostener distintas afirmaciones prácticamente todos los artículos hacen referencia a la normativa de protección internacional de los derechos humanos y a sus mecanismos e, incluso, en algunos casos constituyen la base de las argumentaciones centrales que presentan.

El libro se divide en cuatro partes: la primera aborda temas y problemáticas generales sobre la protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica. La segunda se concentra en el estudio pormenorizado del contenido de la protección internacional debida a niñas, niños y adolescentes y

las cuestiones de procedimiento asociadas. La tercera recoge descripciones de situaciones o proyectos específicos recientes a nivel nacional, que por su relevancia o por el lugar que ocupan estos temas en la agenda regional pueden constituirse en referencias para otros países. Finalmente, la cuarta sección describe las principales normas e instituciones que a nivel nacional regulan la protección de refugiados en los siete países bajo análisis: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

La primera parte comienza con el artículo de Federico Martínez Monge sobre el derecho humano al asilo y su vínculo con la protección internacional de los refugiados, retomando una vez más con suma claridad y un renovado enfoque el análisis de esta cuestión que atraviesa la historia de Latinoamérica en la materia.

Luego, la Unidad Legal Regional de la Oficina para América del ACNUR revisa los contenidos de informes, decisiones, sentencias y opiniones consultivas de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que se vinculan con la protección de personas refugiadas pero también de otras personas del mandato del ACNUR en las Américas tales como los desplazados internos o los apátridas.

A continuación el artículo de Juan Ignacio Mondelli examina de manera minuciosa la cuestión del vínculo entre el estatuto de refugiado, los procedimientos para determinar dicho estatuto y la figura de la extradición y los procedimientos para su concesión o rechazo.

Luego Martín Lettieri describe algunas de las características principales que comparten los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado en Sudamérica y presenta una introducción al tema de la prueba desde un abordaje general pero también en el contexto de los procedimientos descriptos.

Para finalizar esta primera sección, Juan Pablo Terminiello revisa la situación fáctica y normativa en torno del desplazamiento producido por los desastres naturales y el cambio climático, y avanza en propuestas concretas basadas en un enfoque de derechos humanos.

Los siguientes tres artículos conforman la segunda parte referida a un tema de indudable actualidad en el contexto sudamericano: la protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes con necesidades de protección internacional o migrantes.

En primer lugar Emelina Alonso, Pablo Ceriani Cernadas y Alejandro Morlachetti describen el panorama general de los vínculos entre derechos

humanos de la niñez, políticas migratorias y políticas de asilo en América Latina y el Caribe.

A continuación Marcos Ezequiel Filardi, Karina Dubinsky y Lucas Ramón Mendos presentan un análisis de las garantías de debido proceso que deberían incorporar los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado que involucran específicamente a niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados de sus familias.

Finalmente, para cerrar esta sección Víctor Abramovich y Laura Saldivia dan cuenta de la histórica iniciativa surgida del ámbito del MERCOSUR de presentar un pedido de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, que seguramente generará ricos debates con los que quizás esta publicación pueda contribuir.

La tercera sección dedicada al análisis de contextos y respuestas a nivel nacional, comienza con el artículo de Nicolás Figari Costa relativo al escenario, los recientes avances y los desafíos pendientes para los refugiados y solicitantes de asilo en el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales en Argentina.

Luego Gabriel Gualano de Godoy aborda el proceso que culminó en la innovadora respuesta de Brasil frente a la circulación de población de origen haitiano luego del terremoto del año 2010 en ese país.

Para concluir esta sección Andreas Feldmann, Alexandra Galvis, Paula Lekanda y Mauricio Ortegón presentan la experiencia desarrollada en Chile en materia de provisión por parte de una instancia académica especializada de Información de País de Origen para la decisión de solicitudes de asilo, sistematizando los logros y desafíos que experiencias de este tipo generan y situando sus conclusiones en una visión general sobre el contexto chileno de protección de refugiados.

La última sección del libro se compone de siete artículos que describen con exhaustividad el marco normativo e institucional a nivel nacional en materia de protección de personas refugiadas en los países del sur de Sudamérica, elaborados por Rodolfo Manuel Aseretto, Boris Calderón Arandia, Carmen Gloria Daneri Hermosilla, Olga Díaz Pedemonte, María Soledad Figueroa, María José Marcogliese, Marcos Rasguido Serrado, Patricio Rubio Correa y Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto.

Es importante destacar que las autoras y los autores de esta sección desempeñan en la actualidad importantes responsabilidades en materia de protec-

ción de refugiados en sus respectivos países, lo cual enriquece sustancialmente la perspectiva de sus análisis ya que se basan también en la experiencia que adquiere el tema en la práctica.

Cabe, finalmente, agradecer a una serie de personas e instituciones que hicieron posible concretar la publicación de esta obra.

En primer lugar corresponde destacar la decisión del ACNUR de avanzar en la concreción de este proyecto, en particular mediante el agradecimiento a Eva Demant, Representante Regional para el Sur de América Latina, quien dio la bienvenida a la propuesta desde sus inicios y de esta manera hizo posible avanzar en su realización.

Igualmente corresponde el agradecimiento a la Oficina del ACNUR en Brasil a través de su Representante Andrés Ramírez, gracias a quien se pudo concretar la convocatoria, edición y difusión de esta obra en lo que a dicho país respecta.

En términos generales es imprescindible agradecer a los autores y los autores que dieron la bienvenida a esta iniciativa y encararon con entusiasmo y seriedad la responsabilidad de preparar sus colaboraciones en un período de tiempo reducido.

Sin el apoyo decidido de Ricardo Fava, director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Florencia Beltrame, integrante del Programa de Investigaciones de Derechos Humanos de dicho Centro y, en general, de las autoridades y el personal de las distintas instancias de dicha Universidad, esta publicación no hubiese sido posible. En particular la experiencia y conocimientos de Ricardo Fava sobre el campo de los derechos humanos y la enseñanza y difusión de esta temática contribuyeron sin dudas al resultado final.

En la persona de Víctor Abramovich es posible agradecer la firme decisión de colaborar con esta publicación del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, y contribuir desde allí a la protección de los refugiados en el sur del continente.

Un agradecimiento particular cabe a los colegas de ACNUR que se apartaron de sus responsabilidades cotidianas a lo largo de sus oficinas en Latinoamérica y el Caribe para reflexionar sobre distintos temas de la agenda actual de la protección internacional de personas refugiadas.

En particular Juan Pablo Terminiello y Gabriel Gualano de Godoy contribuyeron de manera fundamental en los debates y revisiones de distintos espec-

tos del libro, así como Eugenia Contarini, Delfina Lawson, Luciana Marchen, Ariel Riva y Juan Ignacio Mondelli aportaron valiosas opiniones y sugerencias o brindaron su colaboración en las distintas etapas de su edición.

Quisiera agradecer a título personal muy especialmente a Clarisa y a Facundo por su apoyo constante y su paciencia durante el tiempo que, muchas veces fuera de la jornada laboral, insumió el trabajo en este libro.

Por último, quisiera dedicar esta publicación a la memoria de Gabriel Chausovsky, quien constituyó una referencia para muchas y muchos de los autores de este libro, tanto por sus pensamientos y sus ideas como, sobre todo, por su increíble calidad humana.

Buenos Aires, diciembre de 2011.

PRIMERA PARTE.
PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DE REFUGIADOS EN LA ACTUALIDAD

El asilo como fundamento de la protección de los refugiados

Federico Martínez Monge.

Los perseguidos requieren protección, la cual se conoce como asilo.

Todo refugiado es un perseguido. Los refugiados requieren asilo.

Ejemplo de silogismo categórico.

I. Introducción

Toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida solicita ser reconocida como refugiado busca, a través de su solicitud, conseguir que el Estado en el cual presenta tal solicitud le brinde su protección, por ejemplo, permitiéndole permanecer en su territorio. Esta protección se conoce como asilo territorial. Por otro lado, las reglas de trato que los refugiados deben recibir, es decir, los derechos y deberes específicos asociados a quienes tienen la condición de refugiado, es lo que se llama estatuto de refugiado. Estas dos nociones son distintas pero están inextricablemente vinculadas y sobre ellas descansa el sistema jurídico de protección previsto por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante “la Convención de 1951”).

En muchos países de América Latina, sin embargo, se denomina “refugio”¹ a la protección que reciben los refugiados como si se tratara de una no-

¹ Son varias las acepciones que han sido ligadas al vocablo “refugio” en América Latina: institución universal vinculada a la protección de refugiados, sinónimo del término asilo, protección a grupos de refugiados y protección mínima en casos de afluencias masivas de refugiados. Véase ACNUR y UNLa, “Investigación: El asilo y la protección de los refugiados en América Latina. Acerca de la confusión terminológica asilo-refugio. Informe de progreso elaborado por el equipo de investigación de la Universidad Nacional de Lanús” en *Derechos humanos y refugiados en las Américas: Lecturas seleccionadas*, Buenos Aires, 2001. También se ha utilizado la palabra “refugio” para denominar, aunque de manera no consistente, la protección en legaciones diplomáticas (que correspondería al asilo diplomático) e incluso más específicamente al propio asilo territorial (en este último sentido, véase el Tratado sobre asilo y refugio político de Montevideo de 1939). Adicionalmente, la expresión “país de refugio” figura en el artículo 1.f.b y el título del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 aunque no con un contenido técnico. Según el texto en francés del mismo tratado, que junto al de idioma inglés son textos igualmente auténticos, se utiliza la expresión *pays d'accueil* o país de acogida, para denotar la simple presencia física de la persona en el territorio del país en cuestión.

ción distinta a la institución histórica y universal del asilo. Esta confusión es producto de un entendimiento fragmentado, incompleto y restrictivo de la institución del asilo y con frecuencia tiene como resultado la distorsión o, incluso, la negación de la relación entre el asilo y los refugiados. En la práctica, esta situación ha erosionado la calidad de la protección que los refugiados están llamados a recibir y ha menoscabado su fundamento en los derechos humanos².

Ante esta realidad regional, se hace necesario examinar más a fondo el contenido de la institución del asilo para lograr un mejor entendimiento sobre su concepto y los elementos que lo conforman. Es el convencimiento del autor que dicho análisis hará más evidente el carácter central y fundamental que el asilo tiene en la protección de los refugiados y contribuirá a contextualizar mejor (e incluso a reconciliar) la visión de los redactores de la Convención sobre Refugiados de 1951 con la tradición y prácticas de protección de refugiados en América Latina.

II. Definición y caracterización del asilo

El asilo es fundamentalmente un estado de protección³. El término asilo se deriva de la voz griega *asylon* la cual significa literalmente “algo que no está sujeto a confiscación” o “protección frente a la confiscación”. Esta noción se aplica comúnmente a un lugar o territorio inviolable en el cual una persona se encuentra protegida frente a sus perseguidores⁴. Alrededor del mundo, numerosas culturas y religiones contemplan la idea de brindar hospitalidad, santuario o acogida a las personas que se encuentran en grave peligro⁵. En el caso de Europa y América Latina, la tradición moderna del asilo es consecuencia

² Para las consecuencias negativas del uso de la palabra “refugio” en materia de protección de refugiados véase Franco, L. (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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.

³ International Court of Justice (ICJ), *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 281, disponible en <http://www.icj-cij.org>. Véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Resolución sobre el asilo y su relación con crímenes internacionales*, 20 de octubre de 2000, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4399>.

⁴ Grahl-Madsen, A., *The Status of Refugees in International Law*, Volume II, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972, párr. 161.

⁵ Para una descripción de la evolución histórica del concepto de asilo véase Kohler, M., “The Right of Asylum with Particular Reference to the Alien”, en *American Law Review*, N° 51, U.S.A., 1917.

del desarrollo del concepto de soberanía y el surgimiento del Estado-Nación⁶ y su origen se puede encontrar en las persecuciones religiosas del siglo XVII y las facilidades que las autoridades de otros países les otorgaban a quienes eran perseguidos para que establecieran su residencia en sus territorios⁷.

El asilo no ha sido definido a la fecha por un tratado internacional a pesar de que su contenido ha sido regulado por diversos instrumentos internacionales, como se verá más adelante. La aproximación más comprensiva a una definición de esta institución es quizás aquella elaborada por el Instituto de Derecho Internacional en 1950 en los siguientes términos: “asilo es la protección que un Estado brinda en su territorio, o en algún otro lugar bajo el control de alguno de sus órganos, a una persona que la solicita”⁸.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el asilo puede ser analizado como una institución o como un derecho. Al hablar de una institución se pone el énfasis en la protección que brinda una entidad (Estado) vista como una práctica, uso o actuación unida por cierta estabilidad y homogeneidad que refleja la conducta de los miembros de una colectividad (comunidad internacional). Como derecho, se utiliza la expresión *derecho de asilo*, entendido como el derecho del Estado, para denotar la autoridad que los Estados tienen frente a otros estados para conceder o denegar asilo a las personas. Más recientemente, en consonancia con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, también se habla de un *derecho de asilo* como derecho humano para referirse al derecho que los individuos tienen de acceder a tal protección⁹. Se trate de su expresión como elemento de las relaciones interestatales o como parte de las relaciones entre el Estado y el individuo, los países de América Latina han sido pioneros desde finales del Siglo XIX en regular el contenido del derecho

⁶ La soberanía territorial de un Estado conlleva el reconocido principio que la jurisdicción de un Estado sobre su territorio excluye el ejercicio de autoridad por parte de cualquier otro Estado, reconociendo así la inviolabilidad del asilo territorial. Véase García-Mora, M., *International Law and Asylum as a Human Right*, Public Affairs Press, Washington, 1956, p. 44.

⁷ Grahl-Madsen, A., “Asylum, Territorial”, en Bernhardt R., (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland Elsevier, Amsterdam, 1985.

⁸ Institut de Droit International, *L’asile en droit international public [à l’exclusion de l’asile neutre]*, Bath, 1950, disponible en: http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1933.html.

⁹ Véase Grahl-Madsen, A., *op. cit.*, párr. 162. Esta distinción entre el asilo como derecho del Estado y el asilo como derecho del ser humano refleja la importancia de esta institución en el marco de las relaciones interestatales (efecto horizontal o externo, la relación del Estado frente a otro Estado), así como su reconocimiento como un derecho esencial que tiene fundamento en la libertad y los atributos mismos de la persona humana (efecto vertical o interno, la relación del sujeto frente al Estado).

de asilo en instrumentos internacionales¹⁰ y en consagrar este derecho en sus constituciones políticas¹¹.

El derecho de asilo guarda una relación estrecha con otros derechos humanos. Es precisamente en la medida en que los derechos humanos no estén garantizados en el país de origen de la persona que queda en evidencia la importancia del asilo para que el individuo reciba protección y pueda continuar disfrutando de esos derechos en el extranjero. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que el derecho de asilo tiene carácter instrumental en tanto su ejercicio tiene la función de permitir el ejercicio y goce de otros derechos humanos, como la vida, la integridad y la seguridad y libertad personales. Así, el asilo puede ser considerado como un corolario del derecho a la vida y también como una extensión de la libertad de pensamiento y libertad de creencia y religión.

Por otra parte, el asilo ha sido clasificado comúnmente según el lugar geográfico donde se brinde, su duración, el modo y las razones por las cuales se concede. Se distingue así el *asilo territorial*, el cual se brinda dentro del territorio del Estado que lo ofrece y constituye una consecuencia del ejercicio de su soberanía. Existe también el *asilo extra-territorial*, que es el otorgado fuera del Estado que lo ofrece, normalmente —aunque no necesariamente— en el territorio de otro Estado y, en consecuencia, constituye una derogación del principio de soberanía territorial¹². En consideración a que la práctica del asilo extra-territorial ha involucrado en gran medida el uso de instalaciones de legaciones o embajadas para brindar protección al perseguido, al asilo extra-territorial se le conoce habitualmente como *asilo diplomático*; no obstante

¹⁰ En orden cronológico, se han adoptado los siguientes instrumentos relativos al derecho de asilo o que contienen importantes referencias al mismo: Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); Acuerdo Bolivariano sobre Extradición (Caracas, 1911); Convención sobre Asilo y Convención sobre los deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles (La Habana, 1928); Convención sobre asilo político y Convención sobre extradición (Montevideo, 1933); Convención sobre asilo y refugio político (Montevideo, 1939); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); Convención sobre asilo territorial y Convención sobre asilo diplomático (Caracas, 1954); Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969); Convención Interamericana sobre extradición (1981); Declaración de Cartagena sobre Refugiados (Cartagena de Indias, 1984); Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la tortura (Cartagena de Indias, 1985); Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio (Río de Janeiro, 2000); Convención Interamericana contra el Terrorismo (Bridgetown, 2002); y Carta Andina para la promoción y protección de los derechos humanos (Guayaquil, 2002).

¹¹ Los siguientes países han incluido el derecho de asilo en sus constituciones políticas: Costa Rica (1949); Cuba (1976); Honduras (1982); El Salvador (1983); Guatemala (1985); Nicaragua (1987); Brasil (1988); Colombia (1991); Paraguay (1992); Perú (1993); República Bolivariana de Venezuela (1999); Ecuador (2008); Bolivia (2009); y República Dominicana (2010).

¹² ICJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, *op. cit.*

también es aceptado que el mismo se puede conceder en navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares¹³.

Aunque el *asilo diplomático* se remonta a los inicios de la llamada diplomacia permanente y el surgimiento del Estado-Nación, su uso en Europa empezó a decaer a finales del Siglo XVII mientras que en América Latina su auge se comenzó a manifestar más claramente a partir del siglo XIX¹⁴. La floreciente práctica del asilo diplomático en América Latina ha sido explicada en los siguientes términos: “la institución americana del asilo [diplomático], con las características especiales que asume en el continente, es el resultado de dos fenómenos derivados respectivamente del derecho y la política, los cuales han quedado en evidencia a lo largo de la historia de este grupo de Estados: por un lado, el poder de los principios democráticos, el respeto a las personas y a la libertad de pensamiento; por otro lado, la frecuencia inusual de rebeliones y luchas armadas, las cuales, luego de cada conflicto interno, a menudo ponían en peligro la vida y libertad de las personas en el bando perdedor”¹⁵.

De conformidad con la duración de la estadía en el país de acogida, el asilo puede ser *temporal*, *provisional* o *permanente*¹⁶. El *asilo temporal* (conocido en algunos países como *protección temporal*) se asocia por lo general con situaciones de afluencia masiva. En dicho contexto, se hace necesaria una respuesta de emergencia por parte de las autoridades que permita a las personas ser admitidas y permanecer en el país para salvaguardar su vida o seguridad ante una situación de grave peligro en el país de origen, comúnmente asociada con el conflicto armado o la violencia indiscriminada. El carácter temporal de este tipo de asilo responde a la expectativa razonable de que la situación de peligro que causó la afluencia masiva en el país de origen mejore en un período corto que permita a las personas regresar a él de manera segura. De no ser este el caso, las personas requieren formas más duraderas de asilo.

El *asilo provisional*, por su parte, puede ser considerado como la protección que un Estado otorga a la persona mientras estudia y adjudica una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado, o también durante el período en

¹³ Prakash Sinha, S., *Asylum and International Law*, Martinus Nijhoff Pub., The Hague, 1971, p. 51.

¹⁴ Asamblea General de la ONU, *Question of Diplomatic Asylum: Report of the Secretary-General*, 1975, A/10139 (Parte II), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68bf10.html>

¹⁵ ICJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, Memorial submitted by the Government of the Republic of Colombia, 1950, I.C.J. Reports 1950, párr. 21, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/7/8898.pdf>

¹⁶ ACNUR, *Note on Asylum*, 1977, EC/SCP/4, párr. 1.

que el solicitante de asilo busca obtener la admisión a un tercer país. Por su parte, el *asilo permanente* está ligado a una estadía más prolongada de la persona en el país de acogida que le permita recobrar un sentido de normalidad en su vida y lograr un progresivo grado de integración en una nueva comunidad. Por ello, el asilo permanente está más vinculado a la consecución de soluciones duraderas.

El otorgamiento del asilo puede también ser *explícito*, por ejemplo, cuando las autoridades manifiestan que conceden el asilo a una persona debido a su temor de persecución o bien cuando por las mismas razones rechazan una solicitud de extradición presentada por el país de origen. También el asilo puede ser *implícito*, como sucede en los casos en que la admisión y regularización de la estancia de la persona en el país se realiza a través de la legislación general sobre extranjeros o migración sin mención específica al asilo. Esto sucede actualmente en buena parte de los países de América Latina, en los cuales aquellas personas cuya condición de refugiado ha sido formalmente reconocida por las autoridades obtienen *ipso facto* un permiso de permanencia y la protección propia del asilo, sin que éste sea invocado expresamente. Sea de manera explícita o implícita, el modo de otorgar el asilo resulta irrelevante en el entendido que las autoridades permiten permanecer a la persona en su territorio y reconocen en ambos casos que ella no puede retornar a su país de origen¹⁷.

Finalmente, el asilo suele ser calificado como *político* cuando se otorga a quienes luchan por la libertad o por alcanzar objetivos políticos distintos al orden establecido¹⁸. En particular, son beneficiarios de este tipo de asilo quienes cometen actos contra el Estado o su autoridad, denominados “delitos políticos”¹⁹, incluyendo la subversión, la rebelión y la sedición, o también quienes luchan contra el colonialismo, como lo reconoce el artículo 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial. Asimismo, se considera político el asilo que se otorga con motivo de la intolerancia racial o religiosa²⁰. Por su parte, el asilo *religioso* hace referencia principalmente al que se otorga en lugares sagrados y con base en la autoridad de alguna deidad²¹. El

¹⁷ Grahl-Madsen, A., *op. cit.*, párr. 161.

¹⁸ Wierzbicki, B., “Political Asylum in International Law”, en *Revue hellénique de droit international*, Volume 37, 1985-1986, p. 15.

¹⁹ Cabanellas, G., *Diccionario de Derecho Usual*, Ediciones Acayú, Buenos Aires, 1954, entrada “Asilo”.

²⁰ Grahl-Madsen, A., *op. cit.*, párr. 161 y Prakash Sinha, S., *op. cit.*, p. 19.

²¹ Wierzbicki, B., *op. cit.*, p. 11.

asilo neutral es el que se brinda en un contexto de beligerancia²², por parte de un Estado neutral que les otorga a las personas amparo ante las calamidades de la guerra, incluidas fuerzas beligerantes, siempre que éstas últimas renuncien a la participación en el conflicto²³.

III. Contenido del derecho de asilo



Diagrama No. 1: Elementos constitutivos del derecho de asilo.

²² Kamto, M., *Segundo informe sobre la expulsión de los extranjeros* (Presentado por el Relator Especial a la Asamblea General de la ONU), 2006, A/CN.4/573, párr.91. Véase la relación que existe entre esta forma de asilo y las definiciones ampliadas de refugiado, como por ejemplo, aquella incorporada en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984: se considera también 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”.

²³ Institut de Droit International, *L'asile en droit international public [à l']exclusion de l'asile neutre*, op. cit.

El derecho de asilo ha sido regulado en instrumentos internacionales mediante el reconocimiento de tres facetas: el derecho a *buscar*, el derecho a *recibir* y el derecho a *disfrutar* del asilo. Cada una de estas facetas está compuesta de elementos más específicos, enunciados en el diagrama 1, algunos de los cuales, como se verá, tienen carácter *autónomo* y han sido reconocidos por tratados internacionales de derechos humanos específicamente y de forma separada al derecho de asilo. Los elementos constitutivos del derecho de asilo tienen una relación dinámica entre sí y pueden estar presentes en más de una faceta, como sucede con el principio de no devolución, que es una forma de protección que debe estar presente a lo largo de todo el ciclo del desplazamiento forzado.

III.1. El derecho a buscar asilo

El derecho a *buscar* asilo implica, en primer término, la posibilidad de que las personas puedan salir de su país para buscar protección en el extranjero. Es por ello que la negativa de las autoridades de un país a permitir la salida de sus nacionales ha vulnerado, en determinadas circunstancias, el derecho a buscar asilo consagrado en el artículo xxvii de la Declaración Americana de Derechos Humanos²⁴. Este derecho forma parte de la libertad de circulación, reconocida, entre otros, en el artículo 22.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por ende cualquier persona tiene derecho a disfrutar de él y no sólo aquellas personas que abandonen su país por motivos de persecución.

El derecho de asilo también comprende la protección contra la no devolución (*non-refoulement*), entendida como el derecho que debe disfrutar cualquier refugiado a no ser devuelto de forma alguna a las manos de sus persecutores. El principio de no devolución es considerado la piedra angular de la protección a los refugiados y constituye una salvaguarda para la persona desde el momento que sale de su país y hasta que se alcanza una solución duradera. Esta protección es muy amplia y, aunque no conlleva en sí el derecho del individuo a *recibir* asilo —entendido como la permanencia más duradera en el territorio—, sí obliga a las autoridades a permitir el ingreso a su territorio, al menos de forma provisional, a las personas que huyen de la persecución o el peligro, cuando la alternativa es el retorno, directo o indirecto, de la persona

²⁴ CIDH, *Álvarez Hernández contra Cuba*, Resolución N° 11/82 del 8 de marzo de 1982, caso N° 7.898, y CIDH, *Calvar Rivero contra Cuba*, Resolución N° 6/82 de 8 de mayo de 1982, caso N° 7.602.

a un lugar donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

La no devolución se refiere al tratamiento que las autoridades deben brindar a los refugiados que ya se encuentran en el territorio de su país (ámbito territorial de la no devolución), mediante la protección, por ejemplo, frente a medidas como la deportación, la expulsión o la extradición. Al mismo tiempo, este principio también rige la conducta de los Estados en relación con aquellas personas que se encuentran fuera de su territorio y buscan tener acceso a él (ámbito extraterritorial de la no devolución), en tanto las autoridades ejercen su autoridad y el control efectivo sobre tales personas. Por esta razón, el principio de no devolución es relevante igualmente en medidas como el rechazo en frontera y la interceptación en aguas internacionales²⁵.

El principio de no devolución está asociado tradicionalmente a los refugiados y al artículo 33 de la Convención sobre Refugiados de 1951. No obstante, la no devolución es una garantía de derechos humanos que ha trascendido la esfera del derecho internacional de los refugiados y que aparece también con un significado análogo –aplicable a cualquier persona– en otros instrumentos generales de derechos humanos. Entre estos instrumentos se puede citar el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Este principio es una norma del derecho internacional consuetudinario²⁶ e, incluso, ha llegado a ser considerado en América Latina como una norma de *ius cogens*²⁷.

El derecho a *buscar* asilo implica también que las autoridades tomen las medidas necesarias para garantizar que toda persona que huye de la persecución tenga acceso efectivo a los procedimientos²⁸ para determinar si en efecto tiene la condición de refugiado²⁹, y que su solicitud sea examinada de manera

²⁵ 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, párr. 24.

²⁶ ACNUR, *Consultas Globales sobre la Protección Internacional*, Mesa Redonda de Expertos: El principio de no devolución, 9-10 de julio de 2001.

²⁷ Véase la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 y la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina de 2004.

²⁸ CIDH, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos de América*, decisión en cuanto al mérito del caso 10.675, Informe No. 51/96, 13 de marzo de 1997, párr. 143.

²⁹ La expresión “condición de refugiado” se refiere al estado o situación fáctica en que se halla una persona, lo cual ha sido considerado en el derecho internacional mediante la enumeración de varios supuestos de hecho

apropiada a través de una entrevista o audiencia personal, entre otras garantías del debido proceso³⁰.

III.2. El derecho a recibir asilo

El *recibir* asilo involucra que la persona sea autorizada a permanecer en el territorio y reciba, al menos, un trato que sea conforme a los estándares internacionales relevantes. La permanencia en el país de acogida es, desde la perspectiva normativa y doctrinal, quizás el elemento más controversial del derecho de asilo en tanto está vinculado a la admisión de extranjeros en el territorio. La postura clásica sobre el derecho a *recibir* asilo es que el derecho internacional no establece una obligación correlativa de *brindar* asilo a quien lo solicite. Esta es la posición que prevaleció, por ejemplo, en 1948 durante la negociación del texto del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde originalmente se incluyó la expresión *recibir* asilo, la cual finalmente fue sustituida por la formulación *disfrutar* del asilo. Una escuela más contemporánea, sin embargo, sostiene que la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha permitido el inicio de un proceso de cristalización de una verdadera obligación de los Estados de brindar asilo a ciertas categorías de personas.

En el plano internacional, el desarrollo más significativo de este proceso de cristalización se encuentra en el continente americano, región en la cual tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 contienen formulaciones idénticas que reconocen que “toda persona tiene

contenidos en la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (“...fundados temores de ser perseguido...”) y en otros instrumentos internacionales como la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Así, una persona es refugiada tan pronto cumple los requisitos previstos en la definición de refugiado y, a partir de entonces, tiene derechos específicos en los términos contemplados en los tratados internacionales y la legislación interna. Al presentar la persona una solicitud frente a un Estado, las autoridades tienen la labor de verificar formalmente si la persona efectivamente satisface o no los criterios previstos en la definición de refugiado. Es por esta razón que se afirma que el reconocimiento de la condición de refugiado tiene carácter declarativo y no constitutivo: el Estado sólo verifica que la persona se enmarque efectivamente en la situación descrita en la definición de refugiado, por lo que no es el acto formal de reconocimiento el que hace que la persona sea refugiada.

³⁰ ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusión general sobre la protección internacional*, No. 85, 1998. Véase CIDH, Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos de América, *op. cit.*, párr. 144 y 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*, 28 de febrero de 2000, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.

el derecho de [...] recibir asilo en territorio extranjero”. Este caso representa la primera vez que instrumentos internacionales reconocen la faceta de *recibir* como un componente del derecho de asilo a nivel normativo y, por ende, es la primera oportunidad en que se reconoce algún tipo de obligación concomitante del Estado de brindar u otorgar asilo, aunque sea imperfecta o calificada³¹.

En el plano nacional, los países de América Latina han establecido en sus marcos normativos (en la legislación específica sobre refugiados o en la legislación migratoria general) que el reconocimiento formal de la condición de refugiado tiene la consecuencia de otorgar un permiso de residencia a la persona. De esta forma, los países de la región han tenido un enfoque pragmático y basado en su tradición histórica de dar protección al perseguido, mediante el cual el reconocimiento de la condición de refugiado conlleva la autorización de permanencia, en lo que se puede caracterizar como una forma implícita de asilo³².

El derecho a *recibir* asilo tiene como corolario que un refugiado no debe ser sancionado por el ingreso o permanencia irregular en el territorio donde busca protección. Este principio, regulado con distintas formulaciones en el artículo 31 de la Convención sobre Refugiados de 1951 y en el artículo 5 de

³¹ A nivel interamericano el derecho de asilo del artículo 22.7 de la Convención Americana es calificado por la expresión “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”, por lo cual, no se trata de un derecho absoluto. Tampoco implica que cualquier persona vaya a recibir asilo de manera automática sólo por solicitarlo. La expresión “legislación de cada Estado” puede significar que el derecho interno puede ampliar (no restringir), por ejemplo, los supuestos o las categorías de personas a quienes conceder asilo y los derechos que van asociados a disfrutar del asilo (estatuto jurídico de quien disfruta el asilo), así como definir el procedimiento y la autoridad responsable para otorgar asilo, incluidas las formas de impugnar una decisión negativa. También puede significar la potestad de calificación unilateral propia del país asilante en cuanto al carácter político (u otro motivo) que da lugar a la solicitud de asilo (aunque esto último se encuentra más reglado en el caso de los refugiados a través de la definición contenida en la Convención de 1951). Lo que no parece razonable es condicionar la existencia misma del derecho de asilo en el plano internacional al ordenamiento jurídico de cada país (Véase CIDH, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos de América*, op. cit., párrs. 151 a 153) o avanzar una interpretación mediante la cual la expresión “legislación de cada Estado” tenga como efecto dar la facultad a las autoridades nacionales para negar discrecional, arbitraria o caprichosamente el asilo a una persona cuya situación humanitaria lo exige. Lo anterior vaciaría totalmente de contenido el derecho a *recibir* asilo e iría en contra de la letra de la Convención Americana, el *effet utile* del artículo 22.7 y el principio *pro persona*.

³² La persona tiene derecho a *recibir* asilo especialmente cuando satisface los supuestos para ser reconocido como refugiado. En otras palabras, la definición de refugiado es generalmente aceptada por los Estados como un criterio para otorgar el asilo. A nivel interamericano, se ha avanzado la interpretación según la cual, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, la expresión “de acuerdo con [...] los convenios internacionales” contenida en la Declaración y la Convención Americana se refiere a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 como los instrumentos contemporáneos pertinentes para dar contenido al derecho de asilo, en el sentido que ambos convenios contienen los criterios para calificar a una persona como refugiada. Véase CIDH, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos de América*, op. cit.

la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas de 1954, parte de constatar que, en tanto la persona está huyendo de su país, rara vez estará en capacidad de cumplir con los requisitos legales para ingresar regularmente al país donde busca protección. El predicamento en el que se encuentra el refugiado hace que, siempre que la persona cumpla los criterios para ser considerado como tal, su inobservancia de la normativa migratoria sea considerada un acto necesario, que no debe ser objeto de sanción por encontrarse la persona en un estado de necesidad³³.

El recibir asilo implica asimismo que la persona reciba un trato conforme a sus derechos humanos. En el caso de los refugiados, la Convención sobre Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 fijan normas mínimas de tratamiento las cuales abarcan una amplia gama de derechos, algunos derechos humanos generales, otros derechos específicos de los refugiados (en lo que se denomina “estatuto del refugiado”). La legislación nacional también puede ampliar estos derechos, ya que los estándares de la Convención sobre Refugiados de 1951 establecen mínimos y no máximos. Además, los refugiados tienen derecho a recibir, como cualquier otra persona, el trato previsto en las normas de derechos humanos reconocidas internacionalmente³⁴.

III.3. El derecho a disfrutar el asilo

Una vez que se autoriza su admisión y permanencia en el territorio, la persona tiene derecho a *disfrutar* del asilo. Esta faceta del derecho de asilo tiene como propósito garantizar que la persona que ha recibido asilo pueda gozar del mismo y, en consecuencia, no sea objeto de medidas para alterar su pacífica permanencia en el país de asilo. Esta pacífica permanencia incluye que la persona no sea pasible de sanciones por el mismo hecho de haber buscado asilo, así como la protección contra acciones como la expulsión o la extradición por parte de las autoridades del país de acogida³⁵.

³³ Grahl-Madsen, A., *op. cit.*, párr. 196.

³⁴ ACNUR, *Nota sobre la protección internacional*, A/AC.96/898, 3 de julio de 1998.

³⁵ Verdoot, A., *Declaración Universal de los Derechos del Hombre: Nacimiento y significación*, Mensajero, Bilbao, 1969, p. 151. El derecho a disfrutar el asilo, junto con el principio de no devolución han sido protegidos, por ejemplo, a través de medidas cautelares ordenadas por la CIDH para evitar la extradición de una persona refugiada debidamente reconocida y que eventualmente llevó a que el país de acogida rechazara la solicitud de extradición presentada por el país de origen. Véase CIDH, *Resolución de medidas cautelares en relación con una petición individual contra Bolivia*, del 24 de abril de 2007.

En cuanto a la expulsión, el artículo 32 de la Convención sobre Refugiados de 1951 establece como regla la prohibición general de la expulsión de los refugiados cuya permanencia haya sido autorizada (“que se halle legalmente en el territorio”), reconociendo así que la persona no podrá ser objeto de medidas arbitrarias de expulsión, lo cual es otra manifestación de la faceta del derecho a *disfrutar* del asilo.

También constituye un elemento del *disfrutar* del asilo la acción del Estado de denegar una solicitud de extradición del país de origen de la persona por considerar que se trata de un delito político, por delitos comunes cometidos con fines políticos, o por responder la extradición a una motivación predominantemente política de parte de las autoridades del país de origen³⁶.

El *disfrutar* el asilo igualmente conlleva asegurar la consecución de soluciones duraderas por parte del país de asilo y también de la comunidad internacional, a través de alternativas para la integración local o el reasentamiento, respectivamente. En efecto, es importante reiterar que la protección de los refugiados tiene como objetivo final la búsqueda de soluciones duraderas que permitan que la persona recobre un sentido de normalidad en su vida, en condiciones de seguridad y dignidad.

III.4. Principios relativos al derecho de asilo

Además del contenido del derecho de asilo, es comúnmente aceptado que el ejercicio de este derecho se rige por una serie de principios, los cuales permiten caracterizar y reglamentar mejor esta institución para hacer más predecible la práctica de los Estados. Estos principios han sido reconocidos en su mayoría en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1967 y también en algunos instrumentos interamericanos, y se pueden sintetizar de la manera que se presenta a continuación:

- (a) El otorgamiento del asilo por parte de un Estado es un acto pacífico y humanitario y, por ende, no puede ser considerado como inamistoso por ningún otro Estado;
- (b) El asilo tiene carácter civil y, de conformidad con el principio de distinción del derecho internacional humanitario, no se debe conceder asilo a las personas que tengan estatus de combatientes;

³⁶ En este sentido véase el artículo IV de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas de 1954.

- (c) El asilo es inviolable y, una vez otorgado, deberá ser respetado por todos los demás Estados;
- (d) El asilo debe regirse por los principios de solidaridad internacional y responsabilidad compartida, en tanto la situación de los refugiados es un asunto de interés y que incumbe a la comunidad internacional, ya que la solución a sus problemas depende de la voluntad y capacidad de los Estados de encararlos de manera coordinada y comprometida³⁷;
- (e) Las personas a quienes se les concede el asilo deben respetar y acatar las normas del país de acogida; y
- (f) Las personas no podrán invocar el derecho de asilo contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes, por actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas, ni cuando existen motivos fundados para considerar que la persona ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra, un delito de lesa humanidad, o un grave delito común, fuera del país de acogida, antes de ser admitida en él como refugiada.

IV. Importancia del asilo para los refugiados

Como se ha visto, el asilo es el término empleado para referirse a la totalidad de la protección que un Estado brinda, en el ejercicio de su soberanía, a un extranjero que huye de la persecución y el peligro grave. Así, se ha afirmado que el asilo cumple la función de “crear un marco previsible y estructurado para la protección de las personas cuya seguridad se encuentra en un peligro considerable y, al mismo tiempo, asegurar la aplicación de soluciones duraderas en la forma de repatriación voluntaria, integración local o reasentamiento”³⁸. Por ser el refugiado una persona que huye precisamente de la persecución (definición de refugiado clásica) o del peligro generado por diversas situaciones de violencia (definición ampliada de refugiado), un refu-

³⁷ Los principios de solidaridad y la distribución de la responsabilidad precisamente buscan que la responsabilidad de recibir y dar protección a los refugiados no recaiga exclusivamente en los países vecinos al país de origen de los refugiados. La lógica del asilo es precisamente que la responsabilidad de brindar tal protección incumbe y recae sobre la comunidad internacional como un todo, la cual actúa a través de Estados individuales. Véase Weis, P., “The United Nations Declaration on Territorial Asylum”, en *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 7, 1969. Consideraciones relativas al número de refugiados presentes en un país de acogida o la carga económica que brindarles protección implica no son consideradas, desde esta lógica, como justificaciones válidas para que un estado no acepte a un refugiado o grupo de refugiados. Se entiende que, en tales supuestos, la comunidad internacional está llamada a no dejar solo a un país específico sino a brindar apoyo de diversas formas para aligerar la carga.

³⁸ ACNUR, *Nota sobre la protección internacional*, op. cit.

giado tiene la necesidad de recibir asilo en algún territorio como paso previo para poder disfrutar de sus derechos humanos más esenciales. Por esta razón, el concepto de asilo y el estatuto de refugiado se encuentran inextricablemente relacionados³⁹.

Como se mencionara en los párrafos precedentes, al presentar una solicitud para ser formalmente reconocido como refugiada la persona busca recibir protección a través, *inter alia*, de su admisión y permanencia en el territorio y de la protección contra la devolución (*non-refoulement*), todo lo cual es una manifestación del asilo territorial, tal y como ha sido reconocido universalmente⁴⁰. En este sentido es que se ha afirmado que “el único y necesario resultado de la ‘calificación de refugiado’ es el asilo”⁴¹.

En el contexto latinoamericano, no obstante, es común encontrar sistemas y procedimientos distintos para personas que buscan obtener asilo (1) por satisfacer los criterios para ser reconocido como refugiado, o (2) por cumplir con otros criterios, como la comisión de delitos políticos, a lo cual también se asocia el derecho a invocar el asilo⁴². En ambos casos, no obstante, la persona requiere protección frente a sus persecutores y en ello consiste precisamente el asilo⁴³. El hecho que haya dos vías formales para acceder al asilo no menos-

³⁹ ACNUR, *Note on Asylum*, *op. cit.*

⁴⁰ Kamto, M., *Tercer informe sobre la expulsión de los extranjeros* (Presentado por el Relator Especial a la Asamblea General de la ONU), 2007, A/CN.4/581.

⁴¹ Véase Galindo Pohl, R., “Notas sobre la ponencia ‘Refugio y Asilo en la Teoría y en la Práctica Jurídica’”, en ACNUR, *La Protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios. Memorias del Coloquio realizado en Cartagena de Indias en 1983*, 1983, pp. 145 a 172.

⁴² En sentido estricto, a quienes cometen delitos políticos y reciben protección de un Estado en el extranjero se los denomina “asilados”. En un sentido más amplio, sin embargo, el concepto de asilado puede incluir también a cualquier persona que disfruta del asilo. Desde esta perspectiva, no sería incorrecto afirmar entonces que un refugiado que encuentra efectivamente protección en el extranjero es simultáneamente un asilado: “refugiado” por cuanto cumple con los criterios de la definición de refugiado, “asilado” por cuanto ha recibido protección frente a la persecución. De esta forma, la confusión asilo-refugio tiene mucho que ver con un entendimiento restrictivo (y equivocadamente excluyente) de que el vocablo asilado corresponde únicamente a quien recibe protección (es decir, asilo) por haber cometido delitos políticos. Bajo esta interpretación, es casi natural que surja la siguiente falsa analogía “asilado es a asilo, como refugiado es a refugio”, lo cual es incorrecto y no tiene fundamento en el derecho internacional. Contrario a lo que sucede en América Latina, en Estados Unidos de América la persona que se encuentra en el territorio y satisface los criterios para ser reconocido como refugiado, de conformidad con la Convención sobre Refugiados de 1951, se le denomina “asylee” (asilado). El término “refugiado” se utiliza en el contexto estadounidense para la misma categoría de personas pero que no se encuentran en el territorio de Estados Unidos aún, lo cual sucede con quienes se encuentran en un país de primer asilo aguardando el reasentamiento hacia aquel país.

⁴³ La relación entre asilado (en sentido estricto) y refugiado con frecuencia genera confusión. Cabe aclarar que subyacente a la comisión de delitos políticos que caracteriza al asilado (en sentido estricto) se encuentra la per-

caba en ningún sentido la validez de la proposición de que tanto los refugiados como quienes han cometido un delito político y sufren persecución por ello requieren de asilo, precisamente por el carácter de protección que tiene esta institución.

Cabe notar que, a pesar de la importancia del asilo en la protección de los refugiados, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 no se ocupan en sí de la concesión del asilo, sino que contienen regulaciones específicas sobre el trato que los Estados deben conceder a los refugiados que se encuentran o que han sido admitidos en su territorio⁴⁴. En el plano internacional, la regulación del derecho de asilo se encuentra en diversos instrumentos internacionales, como el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el artículo xxvii de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 12.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, y el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

Finalmente, es interesante destacar que el vínculo y la relevancia de la institución del asilo para los refugiados han sido reconocidos en diferentes momentos. En su preámbulo, la propia Convención sobre Refugiados de 1951 reconoce que “la concesión del *derecho de asilo* puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional” [Destacado del autor]. En el mismo sentido, la Recomendación D del Acta de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas insta a los Gobiernos a que “continúen recibiendo a los refugiados en su territorio y actúen de común acuerdo, con verdadero espíritu de solidaridad internacional, a fin de que los refugiados puedan hallar *asilo* y posibilidades de reasentamiento” [Destacado del autor].

secución por razones políticas, a la cual también podrían estar expuestos quienes califican para ser refugiados. En otras palabras, es perfectamente posible entonces que una persona que es considerada “asilada” como consecuencia de la persecución por haber cometido un delito político, califique por exactamente las mismas razones para ser reconocida como refugiada (y vice versa), en tanto la Convención de 1951 contempla el motivo “opinión política” como una causal para ser reconocido como refugiado, al igual que lo hacen los tratados latinoamericanos sobre asilo territorial o diplomático.

⁴⁴ ACNUR, *Manual sobre 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.

En el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas, los países miembros han reconocido que “el asilo es un instrumento indispensable para la protección internacional de los refugiados”⁴⁵ y han exhortado “a todos los Estados a que se abstengan de tomar medidas que menoscaben la *institución del asilo*, en particular la devolución o expulsión de refugiados y personas en busca de asilo, que son contrarias a las prohibiciones fundamentales de tales prácticas, [y han instado] a los Estados a que garanticen procedimientos adecuados de determinación y a que sigan dando tratamiento humanitario y concediendo *asilo* a los refugiados”⁴⁶ [Destacado del autor].

El Comité Ejecutivo del ACNUR, órgano interestatal encargado de asesorar al Alto Comisionado y aprobar sus programas y presupuestos⁴⁷, ha expresado repetidamente la importancia del asilo en la protección de los refugiados en sus conclusiones anuales en materia de protección. Entre dichas conclusiones, se puede destacar las siguientes:

- “Los Estados deberían esforzarse por *otorgar asilo* a quienes lo buscaran de buena fe”⁴⁸;
- “[El Comité Ejecutivo] reafirma que la *institución del asilo*, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de el enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, es uno de los mecanismos más fundamentales para la protección internacional de los refugiados”⁴⁹; y
- “[El Comité Ejecutivo] subraya la suma importancia que para la protección de los refugiados tiene la *institución del asilo*, que constituye un marco general estructurado de protección y asistencia a las personas necesitadas de protección internacional, al tiempo que asegura que se puedan lograr las soluciones duraderas debidas”⁵⁰ [Destacado del autor].

⁴⁵ Asamblea General de la ONU, Resolución AG 52/103 de 1998.

⁴⁶ Asamblea General de la ONU, Resolución AG 45/140 de 1990 [Destacado del autor]

⁴⁷ Al 27 de abril de 2011 el Comité Ejecutivo estaba conformado por 85 Estados entre los cuales se encuentran los siguientes países de América Latina: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua y la República Bolivariana de Venezuela.

⁴⁸ ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusión No. 15 (XXX) Refugiados sin país de asilo*, 1979.

⁴⁹ ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusión No. 82 (XLVIII) Conclusión sobre la salvaguarda de la institución del asilo*, 1997 [Destacado del autor].

⁵⁰ ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusión No. 85 (XLIX) Conclusión general sobre la protección internacional*, 1998 [Destacado del autor].

Estas referencias confirman la importancia del asilo para los refugiados y sirven de evidencia sobre cómo los países, incluidos los de América Latina, comparten el entendimiento de que es el asilo y no otra institución el fundamento para la protección de los refugiados.

V. Conclusión

El asilo es una institución histórica y universal que, en esencia, busca dar protección a las personas y que se ha reconocido como parte del “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” (Prámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Como región, América Latina ha contribuido de manera significativa al desarrollo de esta institución, principalmente al regular la práctica de *ciertas formas* de asilo en convenios internacionales de carácter regional.

Con el paso del tiempo, sin embargo, se ha generalizado en esta región el entendimiento erróneo de que las formas específicas de asilo incluidas en los tratados latinoamericanos *abarcan* plenamente e, incluso, *agotan* el contenido de la institución del asilo. Esto se fue acentuando progresivamente quizás conforme los países de América Latina se fueron incorporando al sistema universal de protección de los refugiados mediante la ratificación de la Convención sobre Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Como resultado, se sintió la necesidad de distinguir y llamar con otro nombre a la protección que se daba a los refugiados. Paradójicamente, en una región que se enorgullece de su tradición de protección, esto ha ocasionado una erosión y un menoscabo de la institución del asilo, aunque no necesariamente esto haya sido advertido así.

La conmemoración de los 60 años de la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 es un momento propicio para fomentar una nueva conciencia en América Latina sobre la importancia de la institución del asilo, con base en un entendimiento más amplio y completo sobre lo que universalmente se entiende que incluye esta institución. En efecto, este estudio breve del concepto y los elementos constitutivos del asilo pone en evidencia cómo cada uno de esos elementos juega un papel esencial en la protección de quienes enfrentan persecución, incluidos los refugiados.

Así, conforme se avance en el estudio de la institución del asilo se irá desempolvando en la región la relación que ésta guarda con los refugiados y, con suerte, en algunos años no generará sorpresa o confusión, ni extrañeza o

incomodidad, afirmar que el asilo es el fundamento de la protección de los refugiados también en América Latina.

Bibliografía

- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Ediciones Acayú, Buenos Aires, 1954.
- 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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
- Galindo Pohl, Reynaldo, "Notas sobre la ponencia 'Refugio y Asilo' en la Teoría y en la Práctica Jurídica", en ACNUR, *La Protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios. Memorias del Coloquio realizado en Cartagena de Indias en 1983*, 1983.
- García-Mora, Manuel, *International Law and Asylum as a Human Right*, Public Affairs Press, Washington, 1956.
- Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees in International Law*, Volume II, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972.
- Grahl-Madsen, Atle, "Asylum, Territorial", en Bernhardt R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland Elsevier, Amsterdam, 1985.
- Kohler, Max, "The Right of Asylum with Particular Reference to the Alien" en *American Law Review*, N° 51, U.S.A., 1917.
- Prakash Sinha, Surya, *Asylum and International Law*, Martinus Nijhoff Pub., The Hague, 1971.
- Verdoot, Alberl, *Declaración Universal de los Derechos del Hombre: Nacimiento y significación*, Mensajero, Bilbao, 1969.
- Weis, Paul, "The United Nations Declaration on Territorial Asylum", en *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 7, 1969.
- Wierzbicki, Bogdan, "Political Asylum in International Law" en *Revue hellénique de droit international*, Volume 37, 1985-1986.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el desplazamiento forzoso

Unidad Legal Regional de la Oficina para América del ACNUR

I. Introducción

El presente artículo provee una breve explicación de cómo funciona el procedimiento, el mandato y la jurisdicción de los dos órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”): la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹. Luego analiza las principales disposiciones de los instrumentos internacionales del SIDH y la principal jurisprudencia que ha desarrollado en relación con la protección de quienes se encuentran bajo la categoría de “personas de interés” para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “ACNUR”)². Específicamente, analiza las normas interamericanas relativas al asilo y a la protección de refugiados; la no devolución y prohibición de expulsión colectiva; la relación entre la violencia generalizada y el desplazamiento forzado; el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales; y, el derecho a una nacionalidad. A lo largo de este análisis también formula preguntas referidas a la posibilidad de remitirse al derecho de

¹ Este artículo es una versión actualizada a julio de 2011 de la ponencia presentada al Consejo Conjunto de Europa en el marco del Coloquio de ACNUR sobre el Papel de las Cortes Regionales de Derechos Humanos en la Interpretación y Ejecución de los Principios Legales para la Protección de Personas Desplazadas Forzadamente, llevado a cabo el 15 y 16 de junio de 2011 en Estrasburgo, Francia.

² La categoría “personas de interés” del ACNUR permite dar cuenta no sólo de las personas refugiadas y solicitantes de asilo que constituían su mandato original de acuerdo con su Estatuto, sino también de otros grupos de poblaciones que en diferentes contextos y períodos pueden ser objeto de la labor de protección del ACNUR conforme solicitudes de la Asamblea General de Naciones Unidas, de los Estados o conforme su propio Estatuto. Esta categoría incluye al menos a refugiados y solicitantes de asilo, apátridas, personas retornadas y desplazadas internamente en ciertas situaciones. Véase ACNUR, *Tesoro Internacional de Terminología sobre los Refugiados*, entrada “personas de interés”.

buscar y recibir asilo y al derecho de no devolución en el marco del SIDH con base en la jurisprudencia y la doctrina de sus dos órganos.

II. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

II.1. Órganos y funciones

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue lanzado formalmente con la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, la “Declaración Americana” o “la Declaración” indistintamente) en 1948 bajo la Carta Orgánica de la Organización de Estados Americanos (en adelante, la “OEA”), del mismo año. El SIDH asimismo se conforma con otros instrumentos interamericanos de derechos humanos, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante, “CADH” o “Convención Americana”) y sus protocolos, así como también las convenciones sobre temas especializados, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; el protocolo Adicional a la CADH de 1988 en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el “Protocolo de San Salvador”); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 (en adelante, la “Convención de *Belém do Pará*”). En cuanto al plano normativo, finalmente el SIDH se apoya también en los reglamentos y Estatutos de sus dos órganos de derechos humanos.

Precisamente, en el plano orgánico el SIDH se conforma con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte”).

El rol principal de la Comisión es promover la observancia y protección de derechos humanos y servir como órgano asesor de la OEA. La Comisión posee competencias con *dimensiones políticas*, bajo las cuales puede realizar visitas *in loco*; mantener audiencias temáticas o por país; establecer relatorías especiales; e informar sus opiniones sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Miembro. Adicionalmente, desempeña funciones con una *dimensión cuasi-judicial*, bajo la cual recibe denuncias sobre violaciones de derechos humanos. Los derechos humanos protegidos por la Comisión, y por lo tanto elegibles para que los individuos petitionen su protección, son aquellos enumerados en la Decla-

ración Americana³. Adicionalmente, los Estados que han ratificado la Convención Americana⁴ están obligados a respetar los derechos humanos ahí garantizados y, de este modo, estos derechos también son monitoreados por la Comisión.

La Corte posee dos funciones primarias: decisoria y asesora. Su *función decisoria* es el mecanismo por medio del cual la Corte determina si un Estado parte de la CADH ha incurrido en responsabilidad internacional por causa de la violación de cualquiera de los derechos contenidos en la Declaración y/o la CADH. En su *función asesora* la Corte responde consultas de los Estados Miembro de la OEA o de alguno de sus órganos, referidas a asuntos que surgen de la aplicación de la Convención Americana o la Declaración, de otros instrumentos internacionales y de las leyes nacionales.

La jurisdicción de la Corte es limitada: sólo puede conocer causas donde el Estado involucrado ha ratificado la CADH y ha aceptado su jurisdicción opcional⁵. La Corte posee jurisdicción para interpretar y aplicar la Convención Americana, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Con relación al Protocolo de San Salvador, la Comisión y, cuando resulte aplicable, la Corte, sólo conocerán peticiones individuales en relación con violaciones a sus artículos 8.a (derechos de sindicatos) y 13 (derecho a educación), y solo cuando las violaciones sean directamente atribuibles a la acción del Estado Parte⁶. En el caso de la Convención de *Belém do Pará*, la Comisión y eventualmente la Corte sólo pueden conocer peticiones individuales cuando surjan denuncias bajo el artículo 7 (deberes de los Estados)⁷.

³ Los 35 Estados Miembro de la OEA han suscrito la Declaración Americana y, por lo tanto, las personas bajo sus respectivas jurisdicciones pueden presentar una denuncia individual en la Comisión: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Cuba, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Estados Unidos de América, Uruguay y Venezuela.

⁴ La CADH ha sido ratificada por 25 Estados: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

⁵ 21 Estados han aceptado la jurisdicción opcional de la Corte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

⁶ Véase artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

⁷ Véase artículo 12 de la Convención de *Belém do Pará*.

Un individuo no puede presentar en forma independiente un caso para su consideración por la Corte. Antes bien, cualquier alegato de violación de derechos humanos al SIDH debe ser presentado en primer lugar ante la Comisión, para ser sometido a los requerimientos de procedimiento estándar de ésta. No obstante, los individuos gozan de legitimación procesal o *locus standi* ante la Corte una vez que la Comisión ha presentado su caso a la misma.

II.2. Procedimiento de las demandas individuales ante el SIDH

Cualquier persona puede presentar una petición ante la Comisión para denunciar una violación de derechos humanos, ya sea en su nombre o en representación de otro o de cualquier grupo de personas o entidades legalmente reconocidas. Los organismos no gubernamentales (en adelante, “ONG”) también pueden presentar una denuncia ante la Comisión aún sin contar con el consentimiento de la víctima.

La denuncia individual debe cumplir ciertos requerimientos establecidos por el artículo 28 de las Reglas de Procedimiento de la Comisión⁸. Una vez presentada, la petición ingresa a la fase de admisibilidad en la cual se examina el cumplimiento de los requerimientos formales y se transmite al Estado interesado para que éste pueda presentar sus observaciones, no obstante lo cual las dos partes pueden realizar presentaciones adicionales. Dando cierre a esta etapa inicial la Comisión decide si admite la denuncia y abre un “caso” o si, por el contrario, la declara inadmisibile procediendo a su archivo.

En el caso que una denuncia sea declarada admisible las partes tienen tres meses para presentar sus argumentos y, cumplido ese plazo, se da lugar a que la Comisión procure llegar a una solución amistosa entre ellas.

De no ser exitosa la mediación las partes pueden presentar argumentos adicionales para que luego la Comisión emita, en caso de encontrar al Estado responsable de violaciones a los derechos humanos, un informe confidencial dirigido a dicho Estado sobre los méritos del caso. Una vez remitido el in-

⁸ La admisión por la Comisión de una petición o comunicación presentada con arreglo a los artículos 44 ó 45 estará sujeta a los siguientes requerimientos: (a) que se hayan agotado todos los recursos bajo la ley nacional aplicable conforme a principios de derecho internacional generalmente reconocidos; (b) que la petición o comunicación haya sido presentada dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la parte que alega la violación de sus derechos fue notificada de la sentencia definitiva; (c) que el asunto en la petición o comunicación no esté pendiente de arreglo en otro procedimiento internacional; y (d) que la petición contenga el nombre, la nacionalidad, profesión, domicilio, y firma de la persona o personas, o del representante legal de la entidad que presenta la petición.

forme, el Estado dispone de dos meses para cumplir con las recomendaciones efectuadas por la Comisión.

Si el Estado no cumple con las recomendaciones indicadas dentro del plazo asignado la Comisión tiene dos opciones: emitir un informe público final sobre los méritos atribuyendo responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos al Estado, o remitir el caso al conocimiento de la Corte dentro de los tres meses de emitidos los informes de mérito confidenciales.

En el caso de optar por la segunda opción, después de que la Corte haya recibido la demanda de la Comisión, las víctimas disponen de tres meses adicionales para realizar otra presentación separada con sus peticiones, argumentos y evidencia y, posterior a ello, el Estado tiene igualmente tres meses para efectuar su contestación. Cumplido este último plazo la Corte puede celebrar una audiencia pública para recibir evidencia y, agotadas todas estas instancias, finalmente queda habilitada para pronunciar sentencia.

Las sentencias dictadas por la Corte son definitivas y no pueden ser apeladas. No obstante, si las partes están en desacuerdo con el significado o el alcance de la sentencia pueden solicitar a la Corte una aclaración de su decisión siempre que la solicitud se realice dentro de los 90 días de la fecha en que se dictó. La Corte también tiene la facultad de monitorear el cumplimiento de sus sentencias mediante la revisión de informes periódicos presentados por el Estado y debatidos por las víctimas y la Comisión.

Finalmente, es importante mencionar que la Comisión puede adoptar medidas cautelares en casos de extrema gravedad y urgencia cuando sean necesarias para evitar daños irreparables a personas, así como, por su parte, la Corte puede conceder medidas provisionales en situaciones críticas que requieran una acción cautelar, tanto en casos ya tramitados ante ella como en casos que aún no le hayan sido presentados por la Comisión.

Esta breve descripción de las características del SIDH, sus normas y procedimientos, permite situar el contexto en el cual las personas de interés del ACNUR han accedido a él a lo largo de los años en resguardo de sus derechos humanos de distinta naturaleza.

En las siguientes secciones se describen y analizan las principales normas y pronunciamientos de los órganos de protección del SIDH en relación con las personas de interés del ACNUR⁹.

⁹ Para complementar el estudio de este tema véase también Fitzpatrick, J., *Human Rights Protection for Refugees, asylum-seekers, and internally displaced persons: A guide to International Mechanisms and Procedures*, Transnational Pu-

III. El SIDH y las personas de interés del ACNUR

III.1. Asilo y protección de refugiados

La Declaración Americana incluye el derecho de asilo en su 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.

El artículo 22.7 (libertad de movimiento) de la Convención Americana incluye el derecho de asilo:

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 con los convenios internacionales.

La Declaración y la CADH fueron los primeros instrumentos regionales sobre derechos humanos y, en el caso de la Convención, el primer instrumento de carácter vinculante a nivel mundial en contemplar este derecho de buscar y recibir asilo.

La Comisión ha interpretado que el artículo xxvii de la Declaración establece un doble requisito ya que el ejercicio de este derecho debe hacerse “de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”¹⁰. Respecto de los “convenios internacionales” que el artículo menciona, la Comisión ha indicado que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante “la Convención de 1951”) y su Protocolo de 1967 constituyen unos de los instrumentos a que refiere la fórmula.

Sin embargo, genera cierta preocupación el hecho de que, sobre la base de esta interpretación de la Comisión, el doble requisito del artículo xxvii de la Declaración pueda implicar que para configurarse una violación del derecho

blishers Inc., New York, 2002; Pulido, M. C. y Blanchard, M., *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección aplicados a la situación de los refugiados, apátridas y solicitantes de asilo*, ACNUR, s/f.

¹⁰ CIDH, *The Haitian Center for Human Rights et al. v. United States (El Centro Haitiano para Derechos Humanos et al. Vs. EE.UU.)*, Caso 10.675, Informe nro. 51/96OEA/Ser.L/V/II95, 1997.

de asilo los Estados deban ser parte de los convenios internacionales referidos al tema y, al mismo tiempo, éste haya sido incluido en la legislación nacional.

Esta interpretación de la jurisprudencia de la Comisión podría derivar en la negación del derecho de asilo y, por consiguiente, socavar la protección a refugiados en aquellos países que carecen de legislación nacional relativa al tema y/o en relación con Estados que no son parte en ningún instrumento internacional sobre refugiados.

Por el contrario, este doble criterio podría interpretarse de diferente manera bajo la Convención Americana dado que los Estados tienen la obligación –bajo sus artículos 1 y 2– de adoptar medidas legales o de otro tipo para el ejercicio efectivo de los derechos y las libertades consagradas en la Convención, incluyendo el derecho de asilo.

En un esfuerzo por resolver este problema, se ha recomendado que la Corte emita una Opinión Consultiva referida a la interpretación contemporánea del derecho de buscar y recibir asilo desde una perspectiva de derechos humanos¹¹.

Una Opinión Consultiva de este tipo le daría a la Corte la posibilidad de definir el contenido y alcance del derecho de asilo en los países de América al remitirse a la aplicabilidad de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 (*lex specialis*) como medio para reconciliar el artículo 22.7 de la Convención Americana con el artículo xxvii de la Declaración.

Uno de los elementos relevantes en este sentido lo propociona la regla de interpretación del artículo 29.b de la Convención que permitiría interpretar el alcance y el contenido del derecho de asilo de acuerdo con otros instrumentos internacionales así como con la doctrina y jurisprudencia de la Comisión¹², que en varios casos referidos al asilo y la protección de refugiados ya ha considerado a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 como *lex specialis* dentro de la fórmula referida del artículo xxvii de la Declaración.

¹¹ Esta posibilidad fue propuesta por primera vez en el Coloquio de Tlatelolco sobre Asilo y Protección al Refugiado en América Latina de 1981 y reiterada posteriormente en la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994.

¹² Los siguientes casos presentados ante la Comisión contienen referencias específicas a la Convención sobre Refugiados de 1951: *Joseph v. Canadá*, Caso 11.092, Informe Nro. 27/93, OEA/Ser.L/V/II.85 Doc. 9 rev. at 32 (1994); *The Haitian Center for Human Rights et al. v. United States* (*El Centro Haitiano para Derechos Humanos et. al. Vs. EE.UU.*), *op. cit.*; *120 Cuban nationals and 8 Haitian nationals v. Bahamas* (*120 nacionales cubanos y 8 nacionales de Haití vs. Bahamas*), Caso 12.071, Informe Nro. 6/02; entre otros.

En relación con otros aspectos del derecho de asilo, en su Informe Anual del año 2000 la Comisión analizó los límites al asilo derivados de distintas fuentes de derecho internacional en relación con las personas acerca de las cuales existen indicios serios de que podrían haber cometido crímenes internacionales, como crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes contra la paz¹³.

En este informe la Comisión declaró que “el asilo es una institución que dispone la protección de individuos cuya vida o libertad se encuentra amenazada o en peligro por actos de persecución o violencia provocados por actos u omisiones de un Estado” y enfatizó que la institución del asilo se vería desnaturalizada por su concesión a personas que abandonan su país para evadir una determinación de su responsabilidad como autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales¹⁴.

La Comisión ha emitido, además, informes temáticos y por país sobre asuntos referidos a refugiados (por ejemplo, un informe del año 2000 sobre la situación de derechos humanos de solicitantes de asilo en el sistema canadiense), y ha hecho referencia a refugiados en capítulos especiales de sus informes anuales (por ejemplo, Informe Anual 1998, Capítulo VII, recomendación 10). Su informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002 también incluye un capítulo específico sobre asilo y protección de refugiados.

La Corte aún no ha conocido un caso directamente relacionado con el asilo y la protección de refugiados. No obstante, un dictamen estableció el deber de pagar indemnización directa por daños morales a los parientes más cercanos de una víctima cuando éstos se vieron obligados a buscar asilo en otro país a raíz de las consecuencias morales y psicológicas de la desaparición y muerte de la víctima¹⁵.

La Corte también ha establecido, en varios casos, que todos los órganos internos de los Estados Miembros que ejercen funciones de carácter netamente jurisdiccional tienen la obligación de adoptar decisiones basadas en el respeto pleno por la garantía de debido proceso y el derecho a protección judicial contenidos en los artículos 8 y 25 de la CADH. Estos artículos son aplica-

¹³ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000*, OEA/Ser./L/V/II.111, Sección VI: Recomendación sobre asilo y crímenes internacionales, 2000.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Corte IDH, *Caso de Castillo-Páez vs. Perú*, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C Nro. 43, párr. 89.

bles tanto a procedimientos judiciales como administrativos ante autoridades públicas o judiciales¹⁶, lo cual implica, por ende, su aplicación también a los procedimientos que involucran a solicitantes de asilo y refugiados en los que se adoptan decisiones que afecten sus derechos.

Es importante remarcar en relación con esta cuestión que, en su jurisprudencia, la Corte ha determinado que los requerimientos de debido proceso antes mencionados también se aplican a la detención administrativa que podría afectar a solicitantes de la condición de refugiado en algunos Estados¹⁷. En efecto, al igual que cualquier otro tipo de arresto, para asegurar que la detención administrativa no sea arbitraria: i) el propósito de la medida debe ser compatible con la Convención; ii) las medidas adoptadas deben ser apropiadas para cumplir el propósito deseado; iii) las medidas adoptadas deben ser necesarias y/o absolutamente esenciales para cumplir el propósito y cualquier limitación al derecho de libertad personal debe ser excepcional; y, iv) las medidas tomadas deben ser estrictamente proporcionales con su fin¹⁸. Cualquier restricción de la libertad que no cumpla estos requerimientos debe ser considerada arbitraria y, como tal, puede significar una violación del artículo 7.3 de la CADH. La Corte ha establecido que los Estados deben considerar alternativas a la detención en cualquier caso debido a que la detención siempre debe ser aplicada como medida de último recurso luego de la evaluación de las circunstancias particulares de la persona implicada¹⁹.

III.2. No devolución y prohibición de expulsión colectiva

El artículo 22 incisos 8 y 9 de la Convención Americana incluye el principio de *no devolución* y la prohibición de expulsiones colectivas:

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está

¹⁶ Corte IDH, Caso de Baena-Ricardo et al. v. Panamá, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de febrero 2001, Serie C No. 72, párrs. 68 a 71. Véase también Corte IDH, *Caso de Yatama v. Nicaragua*, Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 de junio 2005, Serie C No. 127, párr. 149.

¹⁷ Corte IDH, *Caso de Vélez Loor v. Panamá*, Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 153.

¹⁸ Corte IDH, *Caso de Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 21 noviembre 2007, Serie C No. 170, párrs. 66, 73, 86, y 87.

¹⁹ Corte IDH, *Caso de Vélez Loor v. Panamá*, *op. cit.*, párr. 166.

en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Adicionalmente, el artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura declara:

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 tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente.

La Comisión ha abordado el tema de la no devolución tanto en la emisión de decisiones de fondo como en la concesión de varias medidas cautelares.

En primer lugar la Comisión ha destacado el carácter de *ius cogens* de este principio, se ha referido al artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en relación con su interpretación y ha reiterado que “no establece ninguna limitación geográfica a su existencia”²⁰ enfatizando el carácter extra-territorial de la no devolución²¹.

La Comisión también ha solicitado que los Estados respeten los derechos a un debido proceso en las solicitudes de asilo, incluyendo el derecho a la no devolución y el derecho a un proceso de determinación de asilo (incluyendo una audiencia)²², aún cuando el caso esté siendo examinado en alta mar²³.

La Comisión ha indicado, además, que aún cuando una persona no reúna las condiciones de refugiado o sea considerada como un peligro para la seguridad de un país, no podría ser trasladada a otro país si, una vez allí, su vida o libertad personal se encontrarían en peligro a causa de su raza, nacionalidad,

²⁰ CIDH, *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, *op. cit.*, párr. 157.

²¹ En este sentido véase 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.

²² CIDH, *120 Cuban Nationals and Haitian Nationals Detained in the Bahamas*, *op. cit.*, párr. 155.

²³ CIDH, *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, *op. cit.*, párrs. 162 y 163. Teniendo en cuenta los extensos plazos de tiempo que involucra la remisión y el litigio de un caso ante el SIDH sería interesante considerar cuál sería el mejor mecanismo para proteger a un refugiado o a un solicitante de asilo que corre peligro inminente de devolución, en particular en el marco de una medida cautelar de la Comisión o una medida provisional de la Corte.

religión, condición social, u opiniones políticas, o cuando existieran motivos para creer que la persona podría estar en peligro de ser sometida a tortura²⁴.

El principio de no devolución podría ser implementado también para proteger a un individuo de una extradición cuando se le podría imponer la pena de muerte u otro tratamiento cruel, inhumano o maltrato en caso de que la extradición se concrete. La Comisión ha establecido que la evaluación inadecuada por la autoridades de las garantías provistas por el país de origen de un individuo para no imponerle la pena de muerte, y la posibilidad de que la persona pueda ser sometida a tortura y tratamiento cruel e inhumano podrían conformar un incumplimiento de las obligaciones estipuladas en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana²⁵.

Asimismo, la Comisión al analizar la admisibilidad de una petición ha seguido la jurisprudencia de la Corte Europea sobre Derechos Humanos en relación con la consideración de informes de distintas organizaciones que indicaban posibles violaciones a los derechos humanos de la presunta víctima para sostener la aplicación del principio de no devolución tal como ha sido consagrado en los tratados sobre derechos humanos y no específicamente referido a un refugiado o solicitante de asilo²⁶.

En lo relativo a deportaciones o decisiones administrativas que podrían separar la familia como unidad, la Comisión ha indicado la obligación de los Estados de tomar en consideración el principio del interés superior del niño²⁷: si los órganos judiciales no toman en cuenta el derecho a la familia como unidad y el interés superior del niño al examinar uno de estos casos, el Estado estará en violación del derecho a la familia y de la protección al niño²⁸.

La Comisión ha establecido que la política sobre inmigración no sólo debe respetar el debido proceso y las garantías judiciales, sino también el derecho a la familia y el derecho de los niños a obtener medios de protección especiales²⁹:

²⁴ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, 22 Octubre 2002, OEA/Ser.L/V/II.116, párr. 392.

²⁵ CIDH, *Wong Ho Wing v. Perú*, Caso 151/10, Petición 366-09, 2010, párr. 46.

²⁶ *Ibidem*, párr. 45.

²⁷ *Ibidem*, párr. 56.

²⁸ *Ibidem*, párrs. 59 y 60.

²⁹ CIDH, *Informe de la Situación de Derechos Humanos de Solicitantes de Asilo dentro del Sistema de Determinación de Refugiado de Canadá (Report on the Situation of Human Rights of Asylum seekers within the Canadian Refugee Deter-*

[Cuando] la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la interferencia resultante con la vida familiar sólo podrá ser justificada cuando es necesaria para responder a una necesidad apremiante de proteger el orden público, y cuando los fines son proporcionales a ese fin³⁰.

En observación de varios lineamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión ha reseñado algunas de las consideraciones que deben ser analizadas al tomar una decisión de este tipo:

La edad en la que el no ciudadano inmigró al estado de acogida; el tiempo de residencia del no ciudadano en el estado de acogida; los lazos de familia del no ciudadano en el estado de acogida; el grado de dificultad que representa la deportación del no ciudadano para la familia en el estado de acogida; el nivel de los vínculos del no ciudadano con el país de origen; la habilidad del no ciudadano de hablar el o los idiomas principales del país de origen; el tipo y la gravedad de el o los delitos del no ciudadano; la edad del no ciudadano en el momento de la comisión de el o los delitos; el lapso temporal de la actividad delictiva del no ciudadano; evidencia de la rehabilitación del no ciudadano de la actividad delictiva; y los esfuerzos del no ciudadano por obtener la ciudadanía en el estado de acogida³¹.

La Comisión también ha concedido medidas cautelares en relación con la presunta persecución por género y religiosa. En un caso de esta naturaleza, la peticionante sostuvo que había huido de la persecución por género y religiosa además de un cónyuge abusivo en Egipto. Sin embargo, aunque su pretensión de la condición de refugiada había sido denegada y considerando que disponía de medidas de revisión judicial a nivel nacional que no podría ejercer en caso de ser deportada, la Comisión solicitó cautelarmente la suspensión de la deportación³².

mination System), 2000; CIDH, *Wayne Smith, Hugo Armendariz, et al. v. EE.UU.*, Informe No. 81/10, Caso 12.562, 2010, párr. 50.

³⁰ *Ibidem*, párr. 166.

³¹ CIDH, *Wayne Smith, Hugo Armendariz, et al. v. the United States, op. cit.*, párr 54.

³² CIDH, *Solicitud de Medidas Precautorias para Suspender la Deportación de Ikbal Iskander y su hija a Egipto (Request for Precautionary Measures to Stay the Deportation of Ikbal Iskander and of her Daughter to Egypt)*, Informe Anual 2002, capítulo III.

La Comisión ha interpretado que el principio de *no devolución* refiere también a derechos sociales y a la protección de grupos específicos ya sea a través del derecho a la unidad familiar, la protección a niños y la persecución por género.

Con respecto a la aplicación de la *no devolución* a otros derechos sociales, como el derecho a la salud, la Comisión ha emitido medidas precautorias para detener deportaciones que podrían resultar en la negación de medicación crítica para el tratamiento del VIH/sida. Al referirse al artículo xxvi de la Declaración Americana (derecho al debido procedimiento legal³³), declaró que el castigo es la imposición de algún tipo de dolor o pérdida sobre una persona en respuesta a un acto ilícito; por ende, un cambio en el *status quo* en detrimento de un sujeto extranjero sometido a un procedimiento de deportación podría ser equivalente a una forma de castigo³⁴. La Comisión consideró que los Estados deben tener en cuenta lo siguiente:

[Cuando] el estado de salud de una persona es tal que no debería ser expulsada salvo que se pueda demostrar que las instalaciones médicas y sociales que esa persona innegablemente requiere están realmente disponibles en el estado de acogida. Por lo tanto, el principio aplicable consistirá en determinar si la deportación creará una dificultad extraordinaria para la persona a ser deportada y su familia, tal que asemejaría una pena de muerte en vista de dos consideraciones principales: (1) la disponibilidad de cuidado médico en el país receptor, y (2) la disponibilidad de servicios sociales y apoyo, en particular la presencia de parientes cercanos³⁵.

Finalmente, a pesar de que los órganos de protección del SIDH no se han pronunciado aún de manera explícita sobre este aspecto, teniendo en cuenta la redacción más amplia y generosa del artículo 22.8 de la Convención Americana y el conjunto de jurisprudencia emanada de la Comisión Interamericana que se ha mencionado, se podría argumentar que para los Estados de América

³³ El texto dice: "Todo acusado se presume inocente hasta comprobar su culpabilidad. Toda persona acusada de una ofensa tiene derecho de recibir una audiencia pública e imparcial, y de ser juzgada por cortes previamente establecidas con arreglo a leyes pre-existentes, y a no recibir castigo cruel, infamante o inusual".

³⁴ CIDH, *Caso Andrea Mortlock v. EE.UU.*, Sentencia del 25 julio 2008, informe Nro. 63/08, caso 12.534, párr. 85.

³⁵ *Ibidem*, párr 91. Véase también CIDH, *Nacionales Haitianos en proceso de ser deportados (Haitian Nationals in Process of Deportation) c. Estados Unidos*, Petición 5/11 del 31 de mayo de 2011 y CIDH, *31 Inmigrantes indocumentados residentes en Atlanta, Georgia (31 Undocumented Immigrants Residing in Atlanta, Georgia) c. Estados Unidos*, Petición 385-09 del 29 de enero de 2010.

el principio de *no devolución* consiste de hecho en un *derecho de no devolución*, aplicable no sólo a refugiados sino también a extranjeros en general cuyos derechos podrían estar en riesgo en caso de que fueran expulsados o devueltos a un país a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social, u opinión política (independientemente de que sea o no su país de origen).

III.3. Desplazamiento interno y violencia generalizada

En un continente con una tradición extensa y generosa de asilo no resulta sorprendente que haya surgido en el seno de la OEA un intento de adoptar una convención regional relativa a los asuntos de refugiados en el año 1966.

El Comité Jurídico Interamericano fue requerido para esbozar el documento pero aún así no se logró adoptar un acuerdo regional³⁶.

No obstante ello, en vista de los desafíos planteados por las crisis humanitarias en Centroamérica durante las décadas de 1970 y 1980, en 1984 se adoptó la Declaración de Cartagena sobre Refugiados que está basada en la doctrina desarrollada por la Comisión³⁷.

La Declaración de Cartagena amplía la definición o el concepto de refugiado para incluir a:

[P]ersonas que han huido de su país porque sus vidas, su seguridad o su libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que han alterado seriamente el orden público³⁸.

La jurisprudencia del SIDH también ha aportado elementos para la interpretación de esta definición ampliada. En este sentido, aunque la Comisión

³⁶ En este sentido véase Esponda Fernández, J., “La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados” y D’alotto, A., “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su contribución a la protección de los refugiados en América Latina” en Franco, L. (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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.

³⁷ La Conclusión III de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 se refiere a la doctrina empleada por la Comisión Interamericana en sus informes. En el mismo sentido, véase la referencia a los informes anuales de la Comisión para los años 1981 y 1982-1983, en las Conclusiones y Recomendaciones del Simposio sobre Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina, celebrado en Tlatelolco, Ciudad de México, del 11 al 15 de mayo de 1981.

³⁸ Esta definición ha sido incorporada a legislación nacional por 15 Estados de la región.

y la Corte no han establecido una definición de “violencia generalizada”, la Corte ha emitido varias sentencias que protegen a personas desplazadas internamente (en adelante “PDI”) a causa de un contexto de violencia generalizada³⁹.

En la mayoría de los casos la Corte ha considerado al desplazamiento forzado como una violación del artículo 22 (libertad de movimiento) de la CADH, dado que este artículo también protege el derecho a no ser desplazado por la fuerza dentro del territorio de un Estado Parte. La Corte también ha declarado que el desplazamiento que afecta a familias y a niños está en violación del artículo 17 (derechos de la familia) y del artículo 19 (derechos de los niños) y que todas las violaciones antes mencionadas deberían ser interpretadas en relación con el artículo 1.1 de la CADH⁴⁰.

La Corte, en observación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Desplazamiento Interno, ha reafirmado que la obligación de los Estados de proteger los derechos de las PDI conlleva los siguientes deberes: (a) la adopción de medidas de prevención; (b) la realización de una investigación efectiva de la presunta violación de tales derechos; y (c) el suministro de las condiciones necesarias para un retorno en dignidad y seguro a su lugar habitual de residencia o de reasentamiento voluntario⁴¹ dentro del país del cual fueron desplazados. Al desempeñar tales deberes, el Estado debe asegurar la participación plena de las PDI en la planificación y la manera en que deben retornar o ser reintegradas⁴².

Con referencia a la situación específica del desplazamiento forzado generado por el conflicto armado en Colombia, la Corte ha establecido que la vulnerabilidad de las PDI está acentuada por su origen rural y que, generalmente, las mujeres, niñas y varones jóvenes y personas mayores son particularmente

³⁹ Véase Corte IDH, *Caso de Chitay-Nech et al. v. Guatemala*, Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 Mayo 2010, Serie C Nro. 212; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, Objeciones Preliminares, Sentencia del 7 de marzo 2005, Serie C No. 122; *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*, Objeción Preliminar, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de julio de 2006, Serie C No. 148.

⁴⁰ Artículo 1: 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y las libertades contenidas en ella y a asegurar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el ejercicio pleno y libre de tales derechos y libertades, sin ninguna discriminación con motivo de raza, color, género, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, condición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴¹ Cabe mencionar que en las sentencias de la Corte relacionadas a PDI el término “reasentamiento” se utiliza para hacer referencia al supuesto de “reubicación” conforme la terminología utilizada por el ACNUR y no a la solución duradera que implica el traslado de un refugiado desde un primer país de asilo hacia un tercer país.

⁴² Corte IDH, *Caso de Chitay-Nech et al. v. Guatemala*, op. cit., párr. 149.

vulnerables. El desplazamiento genera adicionalmente una crisis de seguridad porque los desplazados se convierten en nuevo blanco de reclutamiento por grupos paramilitares, traficantes de droga y fuerzas guerrilleras. Los efectos negativos substanciales de la reubicación provocados por el desplazamiento forzado incluyen: (a) pérdida de sus tierras y hogares, (b) marginalización, (c) destrucción de la unidad familiar, (d) desempleo, (e) deterioro de las condiciones de vida, (f) más enfermedad y mayor mortalidad, (g) pérdida de acceso a propiedad común entre miembros de comunidades, (h) inseguridad alimenticia, y (i) desintegración social, así como también empobrecimiento y deterioro acelerado de las condiciones de vida⁴³.

Tanto en medidas provisionales como en denuncias individuales la Corte ha reiterado la importancia de establecer protección especial para las poblaciones más vulnerables que se ven afectadas en forma desproporcionada por el desplazamiento forzado, como las comunidades rurales, afrodescendientes y las poblaciones indígenas⁴⁴.

En los casos donde el desplazamiento ha afectado a poblaciones indígenas, la Corte ha establecido que el conflicto armado provoca un daño grave y singular para las familias indígenas ya que las obliga a abandonar las comunidades y tradiciones que definen su patrimonio⁴⁵. La Corte halló que el desplazamiento forzado destruye la identidad cultural de la familia indígena a través de la erradicación total de cualquier referencia a la vida que tenían antes de la persecución, incluyendo su cultura, idioma, y pasado ancestral⁴⁶.

En lo relativo al desplazamiento forzado y su relación con la violencia de género, la Comisión adoptó medidas cautelares referidas a patrones de violencia sexual y una serie de actos de violencia contra las mujeres y niñas residentes en campos para PDI. La Comisión convocó a asegurar la disponibilidad de cuidado de la salud médica y mental para las víctimas de violencia sexual incluyendo su ubicación en zonas accesibles, la provisión de seguridad

⁴³ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, op. cit., párr. 175. Es oportuno señalar aquí que la Comisión también ha emitido múltiples medidas precautorias dirigidas a proteger a las PDI en Colombia y en otros países que se hacen eco de estos dictámenes de la Corte.

⁴⁴ Véase Corte IDH, *Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó relativo a Colombia*, 18 de junio de 2002; CIDH, *Asunto de las Comunidades de Jiguamiandó y Curbaradó relativo a Colombia*, 6 de marzo de 2003; Corte IDH, *Asunto de Pueblo indígena de Kankuamo relativo a Colombia*, 5 de julio de 2004.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso de Chitay-Nech et al. v. Guatemala*, op. cit., párr. 125.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 146. Véase también Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*, Interpretación de la Sentencia sobre Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 8 de febrero de 2006, Serie C No. 145.

adecuada en los campos para PDI, incluyendo alumbrado de espacios públicos, patrullas periódicas dentro de los campos y también en zonas alejadas y la presencia creciente de mujeres oficiales asignadas al patrullaje; así como también asegurar la aplicación de la ley en lo relativo a incidentes de violencia sexual y fomentar que grupos de mujeres comunitarias participen plenamente en la planificación e implementación de políticas y prácticas dirigidas a combatir y prevenir la violación y otras formas de violencia sexual en campos⁴⁷.

III.4. Derechos económicos, sociales y culturales

El artículo 26 (desarrollo progresivo) de la Convención Americana declara que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como se mencionara anteriormente, el Protocolo de San Salvador de 1988 regula lo referido a derechos económicos, sociales y culturales, a la vez que establece estrictas limitaciones de procedimiento para la presentación de denuncias individuales por la violación a su contenido.

Estas limitaciones se enmarcan en el contexto social y político de América Latina y, en especial, en la historia del propio SIDH que desde sus orígenes se abocó principalmente al tratamiento de las graves violaciones de derechos humanos que se producían en regímenes represivos a lo largo del continente, motivo por el cual el conjunto existente de jurisprudencia que protege los derechos civiles y políticos es mucho mayor que las decisiones existentes en materia de derechos económicos, sociales y culturales. No obstante ello, tanto la Corte como la Comisión han comenzado a desarrollar parámetros en relación con este tema en su jurisprudencia y doctrina recientes, que en algunos casos implican a población de interés del ACNUR.

⁴⁷ CIDH, *Mujeres y niñas residentes en 22 Campos para PDI en Puerto Príncipe, Haití (Women and girls residing in 22 Camps for internally displaced persons in Port-au-Prince)*, Petición 340/10 del 22 de diciembre de 2010.

En su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y los Derechos de Migrantes Indocumentados, la Corte ha afirmado que los Estados:

Están obligados a respetar y asegurar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y a no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los últimos en las relaciones laborales establecidas entre individuos (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, o que la relación contractual viole las normas internacionales mínimas⁴⁸.

La Corte ha indicado, además, que los trabajadores migrantes indocumentados (quienes pueden ser potenciales solicitantes de asilo o personas que necesitan protección) poseen los mismos derechos laborales que los nacionales, no obstante lo cual al encontrarse en una situación de vulnerabilidad son particularmente propensos a sufrir discriminación en su contra. Es por ello que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que tales derechos sean reconocidos y garantizados en la práctica, concediendo a los trabajadores los medios apropiados para ejercerlos⁴⁹. Aunque la Opinión no hace referencia específica a los solicitantes de asilo, refugiados u otras personas de interés para ACNUR, es posible considerar que estos principios resultan de aplicación a éstos por analogía.

En su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, y de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana, la Corte también estableció que todo niño, sin distinción, debe gozar del derecho a la educación y la salud, entre otros derechos sociales. Adicionalmente, reiteró la importancia de la protección especial para niños particularmente vulnerables, como son los menores no acompañados en flujos mixtos, niños solicitantes de asilo, y niños refugiados⁵⁰.

Adicionalmente, en relación con las PDI la Comisión ha establecido que las poblaciones forzadas a desplazarse de sus tierras, incluyendo grupos indíge-

⁴⁸ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de Migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18 de septiembre de 2003, Serie A Nro. 18, párr 148.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 160.

⁵⁰ Corte IDH, *Condición Jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17.

nas, sufren violaciones de sus derechos económicos, sociales, y culturales, tales como el derecho a la educación de niños desplazados y a la salud pública⁵¹.

III.5. El derecho a la nacionalidad

La Corte ha definido la nacionalidad como “el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”⁵².

En términos generales, el tribunal ha dicho que aunque se reconoce tradicionalmente que el otorgamiento y la regulación de la nacionalidad son asuntos que se encuentran dentro de las atribuciones propias de cada Estado, estas atribuciones también están restringidas por sus obligaciones de asegurar la plena protección de los derechos humanos⁵³.

Con respecto a los migrantes o niños refugiados la Corte ha sostenido que los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la nacionalidad a sus ciudadanos y a cualquier extranjero dentro de su territorio, sin discriminación basada en residencia regular o irregular, nacionalidad, raza, género, o cualquier otra causa⁵⁴.

También ha afirmado en repetidas ocasiones que el derecho a una nacionalidad provee (a) al individuo una medida mínima de protección legal en relaciones internacionales a través del vínculo entre éste y el Estado en cuestión; y, (b) la protección conferida en ella al individuo contra la privación arbitraria de su nacionalidad, sin la cual éste estaría desprovisto, para todo fin práctico, de todos sus derechos políticos así como también de aquellos derechos civiles que están ligados a la nacionalidad del individuo⁵⁵.

⁵¹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yaky Axa v. Paraguay*, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

⁵² Corte IDH, *Enmiendas Propuestas a las Disposiciones sobre Naturalización de la Constitución de Costa Rica*, Opinión Consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 35 y Corte IDH, *Caso de Castillo Petruzzi et al. v. Perú*, Méritos, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 99.

⁵³ Corte IDH, *Enmiendas Propuestas a las Disposiciones sobre Naturalización de la Constitución de Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 32.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Serie C Nro. 130, párr. 155.

⁵⁵ Corte IDH, *Enmiendas Propuestas a las Disposiciones sobre Naturalización de la Constitución de Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 34 y Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, Méritos y Reparaciones, Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 128.

La Corte consideró, además, que cuando la ley de un Estado otorga la nacionalidad sobre la base del principio de *ius soli*, éste debe observar dicho principio en todas las instancias y, en este sentido, afirmó que:

- (a) La condición migratoria de una persona no puede ser una condición para que el Estado otorgue nacionalidad, ya que la condición migratoria jamás puede constituir justificación para privar a una persona del derecho a nacionalidad o del goce y ejercicio de sus derechos;
- (b) La condición migratoria de una persona no es transmitida a los niños, y
- (c) El hecho que una persona haya nacido en el territorio de un Estado es el único hecho que debe ser comprobado para la adquisición de nacionalidad, en el caso de aquellas personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad si no hubieran adquirido aquella del Estado donde nacieron⁵⁶.

IV. Conclusión

El marco de protección de las personas de interés del ACNUR y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se han reforzado mutuamente a lo largo de los años con el objetivo de asegurar la protección más efectiva de la persona humana bajo las distintas vertientes del derecho internacional.

Asimismo, como se ha mencionado a lo largo de este artículo, no son pocos los interrogantes que aún quedan abiertos en la actualidad, como por ejemplo en materia del contenido del derecho al asilo, el estatuto de la no devolución o respecto del ejercicio de derechos económicos y sociales de las personas refugiadas, entre otros.

Esta breve síntesis del contenido normativo y de las decisiones de los órganos del SIDH pretende dar cuenta del camino recorrido hasta el día de hoy en materia de protección de personas del interés del ACNUR así como servir de referencia para profundizar el análisis de los distintos aspectos esbozados y permitir abordar los interrogantes abiertos.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, op. cit., párr 156.

Bibliografía

- D'alotto, Alberto, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su contribución a la protección de los refugiados en América Latina" en Franco, L. (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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
- Esponda Fernández, Jaime, "La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados" en Franco, L. (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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
- Fitzpatrick, Joan, *Human Rights Protection for Refugees, asylum-seekers, and internally displaced persons: A guide to International Mechanisms and Procedures*, Transnational Publishers Inc., New York, 2002.
- Pulido, María Claudia y Blanchard, Marisol, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección aplicados a la situación de los refugiados, apátridas y solicitantes de asilo*, ACNUR, s/f.

La extradición y el asilo: legislación y práctica en los países de la región

Juan Ignacio Mondelli

I. Introducción

El propósito de este trabajo es doble: por un lado exponer de un modo claro y conciso algunos de los principales elementos de la posición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante el “ACNUR” o “la Oficina”) sobre la protección de los refugiados en el contexto de la extradición. Por el otro, presentar una visión general del tema que contribuya a mejorar el entendimiento del marco legal vigente y su aplicación en la práctica por parte de algunos de los países de la región (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Paraguay y Uruguay). Finalmente, a modo de conclusión busca enunciar algunas preocupaciones y desafíos que existen a nivel de la región en relación con el tema.

Por su extensión este artículo no pretende ser un análisis integral del régimen legal y la jurisprudencia de los tribunales superiores de la región no obstante lo cual el artículo abunda en citas y referencias con el fin de facilitar la realización de posteriores estudios así como promover la difusión de los artículos de doctrina, normas, fallos y documentos del ACNUR relevantes en la materia.

A nivel metodológico se ha creído conveniente comenzar por presentar la perspectiva del ACNUR respecto de las cuestiones vinculadas con la extradición en tanto refleja el estado actual del derecho internacional de refugiados (en adelante “DIR”) y el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante “DIDH”) en este tema.

En cuanto alcance de estas directrices cabe decir que, en el año 2008, fueron actualizadas mediante la publicación de un documento exhaustivo y de indudable valor técnico que aborda tanto temas sustantivos como de procedimiento. Sin embargo, la comprensión de las recomendaciones de la Oficina sobre la materia requiere la consulta obligatoria y la lectura en

conjunto de la directriz específica de 2008 llamada Nota de Orientación del ACNUR sobre la Extradición (en adelante la “Nota de Orientación”) con una serie de documentos y directrices complementarias¹ que pueden ayudar a entender mejor ciertos aspectos centrales de la protección de refugiados que normalmente están presentes en los casos de extradición y asilo tales como, por ejemplo, la noción de persecución penal legítima (enjuiciamiento) y persecución en el sentido de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante la “Convención de 1951”), la exclusión de la protección internacional, la no devolución y las garantías diplomáticas, entre otros².

Luego, en las siguientes secciones se analizan muy brevemente las disposiciones pertinentes sobre no devolución y expulsión de refugiados y la extradición, así como algunos precedentes jurisprudenciales.

Con un enfoque pragmático se ha tomado la decisión deliberada, aunque ciertamente un tanto arriesgada, de sacrificar la inclusión de un capítulo sobre la evolución histórica y los antecedentes regionales sobre la extradición y el asilo por una serie de razones: en primer término porque se ha priorizado la difusión de la política del ACNUR que, en lo pertinente, ha tomado los desarrollos y buenas prácticas regionales. En segundo lugar considerando que, si bien destacados autores latinoamericanos ya se han ocupado de revisar tales desarrollos³, no abundan los trabajos sobre la extradición y el asilo en la región con una mirada actualizada.

¹ Véase ACNUR, *Nota del ACNUR sobre las Garantías Diplomáticas y la Protección Internacional de los Refugiados*, 2006; *El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2003; *Directrices de Protección Internacional: La aplicación de las cláusulas de exclusión. El Artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados del ACNUR*, 2003; y, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR* (en adelante el “Manual del ACNUR”), 1992.

² Aunque dichos documentos no posean *per se* fuerza vinculante para los Estados, de acuerdo con algunas legislaciones y el derecho judicial de ciertos países las conclusiones, recomendaciones y criterios de protección allí plasmados al menos deben ser tenidos en cuenta en los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado (en adelante “DER”), considerando que las opiniones y recomendaciones del ACNUR están basadas en más de 60 años de experiencia supervisando la aplicación de los instrumentos internacionales de refugiados conforme con el mandato conferido por la Asamblea General de Naciones Unidas. Véase *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*, Ginebra, 26 de enero de 2007, párr. 4.

³ Gross Espiell, H., “El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y Extradición en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados”, en *Asilo y Protección Internacional de refugiados en América Latina*, Primera edición, Serie E.Varios, Núm. 14, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Matias Romero de Estudios Diplomáticos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 33 y ss.

Finalmente, en tercer lugar, debido a que la conclusión de este artículo podría resumirse en la siguiente idea que permite guiar toda su lectura: no es posible comprender el régimen de extradición y protección de refugiados en la región sin partir de la base de reconocer que, tanto en sus orígenes como en su progresivo desarrollo, la extradición ha sido entendida sin perjuicio del derecho de asilo; derecho que, desde el Tratado de Montevideo (1889) y los convenios internacionales que le siguieron hasta llegar a las Convenciones de Caracas (1954), se concibe como una potestad estatal⁴ que luego, bajo el enfoque del DIDH, se transfigura en un derecho o garantía individual dando lugar a un cambio de paradigma cuya consecuencia práctica más importante es la conceptualización del asilo primordialmente como un derecho humano fundamental⁵.

A lo largo de los años, la generosa tradición del asilo latinoamericano nace, crece, madura y se perfecciona a través de muy diversas formas. Sin embargo, es innegable que desde sus orígenes se erigió siempre como un límite infranqueable a la posibilidad de un Estado de perseguir ilegítimamente a una persona fuera de su jurisdicción. En otras palabras, el asilo se construye y fortalece con el propósito de proteger al individuo perseguido, incluso cuando dicha persecución pretende llevarse a cabo traspasándolos límites territoriales del país de origen bajo la forma de una solicitud de extradición.

⁴ Véase Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889), Convención sobre Asilo (La Habana, 1928), Convención sobre los Deberes y Derechos de los Estados en Caso de Luchas Civiles (La Habana, 1928), Tratado sobre Asilo y Refugio Político (Montevideo, 1939), Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933), Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954), Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954). Para la evolución histórica del derecho de asilo véase en este mismo libro Martínez Monge, F., "El asilo como fundamento de la protección de refugiados" [N. del Ed.].

⁵ Véase el art. XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el art. 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Asimismo, entre muchos otros trabajos, sobre el derecho de asilo como derecho humano véase Piza Escalante, R. E. y Cisneros Sánchez, M., "Algunas ideas sobre la incorporación del derecho de asilo y de refugio al Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Asilo y Protección Internacional de refugiados en América Latina*, op. cit., pp. 103 a 111; Galindo Vélez, F., "El asilo en el sistema de las Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano", en *Colección de Instrumentos Jurídicos Internacionales Relativos a Refugiados, Derechos Humanos y Temas Conexos*, Tomo II, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ACNUR y Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 17 y ss.; Manly, M., "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, L. (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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003, p. 122 y ss.; Mondelli, J. I., *El asilo como derecho humano en el derecho argentino*, Buenos Aires, 2008, pp. 2 a 12, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6418.pdf?view=1>; y, OEA, ACNUR, *Estudio comparativo entre los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y los del Sistema Interamericano aplicables al régimen de asilados, refugiados y personas desplazadas*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos OEA, SER/Ser.D/5.2. OEA/ACNUR/doc.2, rev.1, del 19 de abril de 1984.

II. Consideraciones preliminares

Antes de presentar específicamente el contenido de las directrices del ACNUR creemos necesario realizar algunas precisiones y situar la cuestión de los vínculos entre la extradición y la protección internacional de refugiados en el contexto más general del Derecho Internacional en su desarrollo actual.

II.1. Enjuiciamiento penal y persecución en el sentido de la definición de refugiado

Como regla general, el DIR no protege contra la devolución a la persona que huye de la persecución penal legítima de su país de origen o de un tercer país tras haber sido acusada, procesada o condenada por la comisión de un delito grave común. En otras palabras, los delincuentes comunes o los prófugos de la justicia no son refugiados.

No obstante ello, puede ocurrir que la persecución penal pueda ser considerada ilegítima en diversas situaciones dando lugar a supuestos de persecución *strictu sensu*, es decir, a persecución en los términos de la Convención de 1951⁶. Tal podría ser el caso: i) si a nivel sustantivo, los castigos o penas previstas para el delito en cuestión son equiparables a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o son absolutamente desproporcionados en relación al hecho imputado (ej. pena de muerte de una persona menor de 18 años, ablación de una mano por haber cometido un hurto simple, etc.) o, en general, contradicen estándares mínimos de protección del DIDH (ej. persecución por delito religioso u opinión política)⁷; ii) si a nivel procedimental se vulneran en forma palmaria garantías mínimas del debido proceso legal y la defensa

⁶ Bajo la Convención la persecución puede revestir modalidades tales como: i) *persecución en sentido estricto*, es decir, entendida como un riesgo o amenaza de violación de los derechos a la vida, seguridad o libertad; ii) *actos de severa discriminación* equiparables a persecución como, por ejemplo, actos u omisiones que impiden legalmente o en la práctica, el acceso a medios necesarios para la subsistencia de la persona; iii) *persecución por motivos concurrentes*, es decir, la consideración en su conjunto de actos que aisladamente considerados podrían no ser equiparables a persecución pero que hacen intolerable la vida de la persona en el país de origen; iv) *persecución en sentido más amplio*, es decir, entendida como la grave violación de otros derechos fundamentales de la persona. Véase, ACNUR, *Manual del ACNUR*, 1992, *op. cit.*, párrs. 51 y ss.

⁷ Al respecto se afirma que “La persecución debe distinguirse del castigo por un delito de derecho común. Las personas que huyen del enjuiciamiento o castigo por un delito de esta índole no suelen ser refugiados. Conviene tener presente que un refugiado es una víctima, o una posible víctima, de la injusticia y no un prófugo de la justicia. Sin embargo, esta distinción puede ser a veces confusa. En primer lugar, una persona culpable de un delito de derecho común puede estar expuesta a un castigo excesivo, equiparable a la persecución en el sentido de la

en juicio (ej. el enjuiciamiento de civiles por tribunales sin rostro o militares, etc.); y, iii) si la persona, legítimamente perseguida penalmente por un hecho común, posee al mismo tiempo un temor fundado de ser perseguida por un hecho distinto y, en consecuencia, concurre en el caso una situación que debe analizarse también bajo la perspectiva de la definición de refugiado⁸.

De todos modos, aún si la solicitud satisface las cláusulas de inclusión de la definición de refugiado, todavía pueden ser aplicables las cláusulas de exclusión en virtud de las cuales la persona no debiera ser reconocida *como refugiado* y recibir protección como tal. Puesto en términos deónticos, puede decirse que, en este último caso, no está *permitido* ni resulta *facultativo* para el Estado conceder asilo y otorgar a la persona el estatuto de refugiado. Por el contrario, las cláusulas de exclusión determinan una *prohibición* de otorgar tal estatuto⁹.

Naturalmente ello debe entenderse sin perjuicio de las restantes obligaciones internacionales del Estado bajo el DIDH y, en particular, de la protección contra la devolución y el otorgamiento de alguna forma complementaria de protección cuando, por ejemplo, existe un serio riesgo de tortura en el país requirente¹⁰.

Ahora bien, para determinar si la solicitud de extradición se refiere a una persecución penal legítima (enjuiciamiento) o a una persecución en el sentido de la definición de refugiado, dice el Manual del ACNUR que será preciso:

[...] remitirse a la legislación del país de que se trate, pues cabe la posibilidad de que una ley no esté en consonancia con los principios reconocidos

definición. Además, el enjuiciamiento penal por una de las causas mencionadas en la definición (por ejemplo, por dar a un niño una instrucción religiosa 'ilegal') puede de por sí equivaler a persecución". *Ibíd.*, párrs. 56 y 57.

⁸ Sobre esta hipótesis el Manual del ACNUR dice que "puede haber casos en los que una persona, además de temer el enjuiciamiento o castigo por un delito de derecho común, abrigue 'fundados temores de ser perseguida'. En tales casos, esa persona es un refugiado. No obstante, quizás sea necesario considerar si el delito de que se acusa al solicitante es tan grave que se le puede aplicar una de las cláusulas de exclusión". *Ibíd.*, párr. 58.

⁹ Para estudiar la lógica de un sistema normativo y las nociones de enunciados deóntico y soluciones véase Alchurron C. E. y Bulygin E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2da. Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 71 a 79.

¹⁰ Sobre este tema véase Fitzpatrick, J., "The Post-Exclusion Phase: Extradition, Prosecution and Expulsion", en *International Journal of Refugee Law (IJRL)*, Vol. 12, Special Supplementary Issue, Oxford, 2000, pp. 272 a 292; ACNUR, *Protection of persons of concern to UNHCR who fall outside the 1951 Convention: a discussion note*, 18th meeting, EC/1992/SCP/CRP.5; ACNUR, *Formas complementarias de protección: su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional*, EC/50/SC/crp.18, del 9 de junio del 2000; VV.AA., *El Papel de Supervisión del ACNUR y los Órganos de Supervisión de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano: una comparación*, Consultas Globales sobre la Protección Internacional, Conclusiones y Recomendaciones de la Reunión Regional de Expertos, San José, 7 y 8 Junio de 2001; Mandal, R., *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ("Complementary Protection")*, PPLA/2005/02, 2005.

de derechos humanos. Sin embargo, lo más frecuente es que la discriminación no esté en la ley, sino en la forma de aplicarla. El enjuiciamiento por un delito contra el “orden público”, por difundir impresos clandestinos, por ejemplo, puede servir de pretexto para la persecución de una persona a causa del contenido político de la publicación. En tales casos, debido a las indudables dificultades que supone la evaluación de las leyes de otro país, las autoridades nacionales pueden muchas veces verse obligadas a adoptar decisiones sirviéndose como criterio de su propia legislación. A este respecto puede ser útil además recurrir a los principios enunciados en los diversos instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, en particular a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, que vinculan a los Estados partes y son instrumentos a los que se han adherido muchos de los Estados Partes en la Convención de 1951¹¹.

En este punto, es importante destacar de antemano que el análisis del elemento de persecución que debe hacerse en el procedimiento de DER es, de por sí, mucho más amplio que el mero control formal y de procedencia –o improcedencia– que las autoridades administrativas o judiciales deben hacer en el contexto de una solicitud de extradición.

II.2. Derecho Internacional de Refugiados, Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional

La Nota de Orientación parte de la base de reconocer muy claramente que la extradición es “un instrumento que permite a los Estados asegurar que las personas responsables de haber cometido delitos graves rindan cuentas [...] [y] una importante herramienta en la lucha contra la impunidad, incluso en los casos que involucran, por ejemplo, violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos [...] la extradición es también un instrumento clave para la consecución de los esfuerzos de los Estados orientados a combatir el terrorismo y otras formas de delitos transnacionales”¹².

¹¹ ACNUR, *Manual del ACNUR*, op. cit., párrs. 59 y 60. En el derecho anglosajón suele utilizarse la palabra *persecution* para referirse a la “persecución” en el sentido de la definición de refugiado, reservando el término *prosecution* para referirse al “enjuiciamiento”, “acusación” o “procesamiento” de una persona y que, para efectos de este trabajo, nosotros calificamos como “persecución penal legítima”.

¹² ACNUR, *Nota de orientación*, op. cit., párr. 1.

Como hemos visto, ni la Convención de 1951 ni su Protocolo de 1967 protegen del enjuiciamiento a las personas que hayan incurrido en conductas que den lugar a su exclusión de la protección internacional y, como veremos luego, tampoco impide la extradición en todas las circunstancias. En efecto, el DIR reconoce, aunque en forma muy limitada, ciertas excepciones al principio de no devolución y expulsión.

En todo caso, lo central es entender muy claramente que cuando la persona cuya extradición se requiere (persona requerida) es un solicitante de asilo o una persona que cuenta ya con el estatuto de refugiado, debe tomarse en consideración sus necesidades de protección internacional pues, de lo contrario, se corre el riesgo de violar el DIR y el DIDH en caso de devolverla.

Para el ACNUR la protección internacional de los refugiados y la aplicación del derecho penal no son mutuamente excluyentes. De hecho, en los últimos años la Oficina ha profundizado y promovido el estudio de los vínculos e interacciones entre la extradición, el derecho penal internacional y las cuestiones relacionadas con la protección internacional de los refugiados¹³.

II.3. Extradición, derechos humanos y derechos de los refugiados

Tradicionalmente la extradición era concebida casi exclusivamente como una forma de cooperación internacional en materia penal entre los Estados. Se trataba en lo fundamental de una cuestión interestatal, jurídicamente regida por tratados multilaterales y bilaterales, así como por la legislación nacional y el derecho judicial de los tribunales internos. El individuo aparecía en un segundo plano aunque conservara su derecho de defensa y la posibilidad de oponerse a la extradición.

En la actualidad, por el contrario, cada vez más el DIDH permea los procedimientos de extradición, tanto en lo referido a cuestiones sustantivas como procedimentales, de modo que ha comenzado a considerarse mucho más seriamente la protección de los derechos fundamentales de los individuos requeridos, no sólo en función de su propio interés sino también del

¹³ Véase ACNUR, *Documento de Discusión de la Reunión de Expertos sobre Complementariedad entre el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, organizada por el ACNUR en Arusha, Tanzania, del 11 al 13 de abril de 2011, así como *Resumen de Conclusiones de la Reunión de Expertos sobre Complementariedad entre el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ACNUR, 2011.

propio Estado requerido de no incurrir en supuestos de responsabilidad internacional¹⁴.

En este sentido, la Nota de Orientación recuerda que “las obligaciones de no devolución derivadas del derecho internacional de derechos humanos imponen prohibiciones a la extradición en determinadas circunstancias, además de las que están estipuladas en el derecho internacional de los refugiados”¹⁵. De este modo, hoy los vínculos entre el DIDH y la extradición resultan innegables, en especial en lo referido a los casos en que las obligaciones en materia de derechos humanos determinan la improcedencia de la extradición, con total independencia si la persona en cuestión ha llegado a obtener el estatuto de refugiado.

De este modo, puede evidenciarse el delicado entramado que supone la complementariedad del DIDH, el DIR y el derecho de extradición, tal como lo sostiene el ACNUR:

En los casos de extradición relativos a un refugiado o solicitante de asilo, hay ciertos principios y disposiciones del derecho de extradición que ofrecen salvaguardas legales para la persona concernida. La persona requerida se puede beneficiar, por ejemplo, de la aplicación del principio de especialidad; de restricciones a la reextradición del Estado requirente a un tercer Estado; de la posibilidad de conceder la extradición con la condición de que la persona requerida regrese al Estado requerido después de la conclusión de los procesos penales o del cumplimiento de una sentencia; de la aplicación de la regla de no extradición para los delitos políticos; o de otros motivos tradicionales de denegación, en particular los relacionados con la pena de muerte y las nociones de justicia y equidad. Las denominadas “cláusulas de discriminación”, según las cuales la extradición puede o debe ser denegada cuando ésta se solicita por motivos políticos o con intenciones discriminatorias o persecutorias constituyen un acontecimiento más reciente en el derecho de extradición. Estas salvaguardas del derecho de extradición coinciden parcialmente, en cierta

¹⁴ Aunque es cierto que las consideraciones en materia de derechos humanos han estado, en mayor o menor medida, contempladas tanto en las legislaciones como en los tratados internacionales sobre extradición, la práctica de ciertos tribunales les restó la importancia que en realidad tienen. Afortunadamente, muchos tribunales internos hoy vienen dando un mayor espacio y analizando más detenidamente estas cuestiones.

¹⁵ ACNUR, *Nota de orientación, op. cit.*, párr. 4.

medida con las obligaciones de no devolución (*non-refoulement*) del Estado requerido en virtud del derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos¹⁶.

Ello significa que la solicitud de extradición puede ser rechazada por cuestiones formales, por consideraciones en materia de DIDH y, eventualmente, por aplicación del DIR, amén de las salvaguardas específicas propias del derecho y la práctica sobre extradición inspiradas en la protección de los derechos fundamentales de la persona requerida.

Sobre la base de lo expuesto, veremos a continuación cuáles con las consideraciones en materia del DIR y el DIDH que podrían conducir al rechazo de una solicitud de extradición.

III. La extradición y el principio de no devolución

Como es sabido, existe en el derecho internacional la obligación de los Estados de no devolver a una persona a su país de origen, es decir al país de nacionalidad o de residencia habitual, ni a cualquier otro país donde su vida, seguridad, libertad o derechos humanos fundamentales se encuentren en serio riesgo¹⁷.

Por lo que respecta al DIR, esta obligación de no devolución constituye un principio elemental de base consuetudinaria y convencional debido a que se encuentra receptado en diversos instrumentos internacionales sobre asilo y protección de refugiados.

Por lo que respecta a la Convención de 1951, el artículo 33, referido a la prohibición de expulsión y de devolución, dispone expresamente que “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”. Complementando dicha disposición, el art. 32.1 de la Convención establece que “los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el

¹⁶ *Ibidem*, párr. 5.

¹⁷ Para un desarrollo del contenido y alcance del principio de no devolución véase 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.

territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público”.

La protección contra la devolución se aplica a los refugiados, es decir, a aquellas personas que reúnen los elementos de las llamadas *cláusulas de inclusión* y caen fuera del ámbito de aplicación de las *cláusulas de exclusión*. Asimismo, en virtud del efecto meramente declarativo del acto de reconocimiento de la condición de refugiado, se aplica por igual a los solicitantes de asilo.

El principio de no devolución tiene efectos extraterritoriales, esto es, se aplica en todo lugar sujeto a la jurisdicción del Estado y cubre cualquier acción u omisión de órganos del Estado que tenga por efecto, directo o indirecto, poner a un solicitante de asilo o refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran. Esto significa que el principio incluye la prohibición de devolución o expulsión directa e indirecta, el rechazo en frontera, la intercepción, la deportación, la entrega informal, y también la extradición.

Para el ACNUR, el art. 33.1 de la Convención:

Es plenamente aplicable en el contexto de la extradición, lo cual resulta evidente de la redacción del artículo 33.1 de la Convención de 1951, el cual se refiere a la [prohibición de] expulsión o devolución “en modo alguno”. [...] El principio de no devolución se aplica no sólo en lo que respecta al país de origen de un refugiado, sino también en cualquier otro país donde el refugiado tiene un temor fundado de persecución relacionado con uno o más de los motivos estipulados en el artículo 1.A.2 de la Convención de 1951, o cuando existe la probabilidad de que la persona pueda ser enviada a un país donde corra un riesgo de persecución vinculado con alguno de los motivos de la Convención¹⁸.

Sobre este punto, el Comité Ejecutivo del ACNUR “pidió a los Estados que diesen seguridades de que el principio de no devolución se tomaba debidamente en cuenta en los tratados referentes a la extradición y en los casos que procedía dentro de la legislación nacional sobre la cuestión”¹⁹.

¹⁸ ACNUR, *Nota de orientación*, op. cit., párrs. 10 y 12.

¹⁹ ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusión No. 17 (XXXI) – 1980 sobre los problemas de extradición que afectan a los refugiados*, párrs. (b) a (e).

Ahora bien, complementando las disposiciones del DIR, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias el DIDH también reconoce la obligación de no devolución en un número importante de convenios internacionales, tanto en el plano universal como regional, admitiéndose asimismo su base consuetudinaria.

En lo sustancial, la protección contra la devolución en el ámbito del DIDH alcanza a la protección del derecho a la vida y del derecho a no ser objeto de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, pudiendo ser interpretada como una obligación de prevención derivada de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos²⁰. Asimismo, el principio de no devolución ha sido reconocido, expresa o implícitamente, en las Constituciones Políticas de algunos Estados Latinoamericanos²¹.

Por lo que se refiere a la región, debe notarse que el principio de no devolución es un componente fundamental del derecho de asilo. El artículo xxvii de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece que “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”. En idéntico sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su artículo 22.7 establece que “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”²².

Es importante recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 son los “convenios internacionales” a que se refiere el artículo 22.7 de la Convención Americana, por lo que puede afirmarse que, en el Sistema Interamericano, el bloque normativo compuesto por la Declaración Americana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de 1951

²⁰ Véase ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución*, *op. cit.*, p. 8 y ss., así como las observaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados allí citadas.

²¹ En relación con el derecho argentino, véase Mondelli, J. I., *El asilo como derecho humano en el derecho argentino*, *op. cit.*, p. 20 y ss.

²² Al consagrar la Convención Americana el derecho de asilo, la protección contra la devolución de los solicitantes de asilo y refugiados queda también comprendida bajo la disposición convencional que consagra tal derecho, es decir, el Art. 22.7.

y su Protocolo de 1967 configuran el marco básico de protección de los refugiados y asilados²³.

Como hemos advertido con anterioridad, al lado de los refugiados todavía es posible pensar en otras personas necesitadas de protección internacional que no pueden retornar a sus países de origen. Como un medio de asegurar la protección de estas personas, el art. 22.8 de la Convención Americana dispone que “*en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas*” [Destacado del autor].

Cualquier estudio en torno del artículo 22.8 de la Convención Americana debe partir de recordar que la *Declaración de México*, luego de reafirmar la validez y plena vigencia de los principios y normas contenidos en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, así como la complementariedad del DIR, el DIDH y del derecho internacional humanitario, reconoció el carácter de *jus cogens* del principio de la no devolución recogido no sólo en la Convención de 1951 sino también en dicho artículo 22.8²⁴.

Una lectura rápida de esta disposición, aplicable a cualquier extranjero con independencia de su condición jurídica en el país requerido (refugiado, solicitante de asilo, apátrida, migrante en situación regular o irregular, etc.), permite afirmar que la expresión “en ningún caso” es indicativa de que el principio de no devolución bajo el art. 22.8 no admite excepciones.

Los derechos expresamente protegidos son la vida y la libertad personal, es decir los derechos receptados por los arts. 4, 6 y 7 de la Convención Americana y sus concordantes. Aunque la disposición no se refiere expresamente al derecho a la integridad personal, una interpretación consistente con el objeto y fin de la Convención, así como el contenido del derecho a una vida digna, autorizan a concluir que el derecho a no ser objeto de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes queda también comprendido bajo el art. 22.8. De tal modo, el art.

²³ CIDH, *Interdicción de haitianos (Estados Unidos)*, Informe N° 51/96 (Petición 10.675), del 13 de marzo de 1997, párr. 149 y siguientes. Lamentablemente la escasa jurisprudencia existente en el sistema interamericano en torno al derecho de asilo no permite delinear claramente cuál es su contenido y alcance actual. Para el análisis de la jurisprudencia del SIDH sobre el derecho al asilo véase en este mismo libro Unidad Legal Regional de la Oficina para América del ACNUR, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzoso” [N. del Ed].

²⁴ *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.

22.8 también se refiere al art. 5 y concordantes de la Convención Americana, así como a otros instrumentos internacionales relevantes del Sistema Interamericano tales como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁵.

III.1. Excepciones al principio de no devolución

El DIR admite muy limitadas excepciones al principio de no devolución, que han sido plasmadas en el artículo 33.2 de la Convención de 1951, el cual establece que no podrá invocar los beneficios del art. 33.1 “el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. La opinión del ACNUR es que:

La aplicación de esta disposición requiere que el país de asilo determine en forma individualizada, que se cumplan los siguientes criterios respecto a las excepciones al principio de no devolución: (i) Para que se aplique la excepción de “seguridad del país”, se debe determinar que el refugiado constituya un peligro actual o futuro para el país de acogida. El peligro debe ser muy grave, y no de menor grado, y debe constituir una amenaza para la seguridad nacional del país de acogida. (ii) Para que se aplique la excepción de la amenaza para la comunidad, el refugiado implicado no sólo tiene que haber sido condenado por un crimen muy grave, sino que también es preciso determinar que, en vista del crimen y de la condena, el refugiado constituye un peligro muy grave en el presente y en el futuro para la comunidad del país de acogida. El hecho de que una persona haya sido condenada por un delito de particular gravedad, no necesariamente significa que la persona también reúna el requisito de “amenaza para la comunidad”. Para determinar si éste es el caso, se deben considerar la naturaleza y las circunstancias del delito en particular y otros factores relevantes (por ejemplo las pruebas o la probabilidad de reincidencia)²⁶.

²⁵ De acuerdo con el último párrafo del art. 13 de esta Convención “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 tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente”.

²⁶ ACNUR, *Nota de orientación, op. cit.*, párr. 14.

Para el ACNUR “la determinación de si alguna de las excepciones estipuladas en el artículo 33(2) es aplicable o no, se debe hacer mediante un procedimiento que contemple las salvaguardas adecuadas. Cuando se determina la aplicabilidad del artículo 33.2 como parte del proceso de extradición, el Estado requerido debe garantizar que se cumpla a cabalidad tanto con los requisitos sustantivos como con los procedimentales”²⁷.

Con todo, tal y como se ha mencionado anteriormente “las disposiciones del artículo 33.2 de la Convención de 1951 no afectan, sin embargo, las obligaciones de no devolución del Estado requerido en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, el cual no permite excepciones. De esta manera, tendría prohibido el Estado requerido extraditar a un refugiado si la extradición lo expusiera, por ejemplo, a un riesgo sustancial de tortura. Hay consideraciones similares que se aplican a otras formas de daño irreparable con respecto a la prohibición de la devolución”²⁸.

IV. Extradición de refugiados

Habiendo revisado las cuestiones sustantivas referidas al principio de no devolución, veamos ahora cómo operan respecto de distintos supuestos posibles en el contexto de la extradición.

IV.1. Solicitud de extradición formulada por el país de origen

En estos casos el DIR impide al Estado requerido (país de asilo) extraditar a la persona requerida (refugiado). Rige el principio de no devolución salvo cuando las autoridades del país requerido hayan establecido que el refugiado se encuentra dentro del ámbito de las excepciones del art. 33.2 de la Convención de 1951. Sin perjuicio de ello, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el Estado puede aún continuar obligado a la no devolución en virtud del DIDH.

La opinión del ACNUR es que “esto se aplica por completo también en los casos en que el Estado requirente haya asegurado que la persona requerida

²⁷ *Ibidem*, párr. 15. Como mínimo, desde el punto de vista del ACNUR son aplicables las salvaguardas procedimentales que se requieren para la expulsión conforme al artículo 32 de la Convención de 1951.

²⁸ *Ibidem*, párr. 16.

no será objeto de persecución ni de otros tipos de perjuicios una vez que sea entregado. Desde el punto de vista del ACNUR, este tipo de garantías, que comúnmente se conocen como ‘garantías diplomáticas’ no deben tomarse en consideración cuando se [evalúa] devolver a un refugiado, que goza de protección al amparo del Artículo 33.1 de la Convención de 1951, ya sea en forma directa o indirecta, al país de origen”²⁹.

IV.2. Solicitud de extradición formulada por un tercer país

El Estado requerido (país de asilo) debe analizar si la extradición del refugiado sería consistente con sus obligaciones de no devolución, en virtud del DIR y el DIDH, a cuyo fin debe asegurarse que la extradición no pondrá al refugiado en ningún riesgo de persecución, tortura o de sufrir cualquier otro daño irreparable en ese país. Asimismo, debe verificar que la extradición tampoco expondrá al refugiado al riesgo de una expulsión posterior al país de origen (devolución indirecta) o a un tercer país donde exista dicho riesgo.

En caso que se haya otorgado garantías diplomáticas respecto al trato que recibirá el refugiado después de su extradición, debe establecerse, a la luz de todas las circunstancias pertinentes del caso, que dichas garantías son confiables y realmente efectivas para eliminar el riesgo de que la persona pueda ser objeto de violaciones graves de los derechos humanos³⁰.

V. Extradición de solicitantes de asilo

V.1. Solicitud formulada por el país de origen

Como hemos visto, los solicitantes de asilo también están protegidos contra la devolución en virtud del artículo 33.1 de la Convención de 1951 y el derecho internacional consuetudinario, así como por los arts. 22.7 y 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ámbito interamericano.

En función de ello, el Estado requerido no puede extraditar a un solicitante de asilo a su país de origen mientras su solicitud de reconocimiento de

²⁹ *Ibidem*, párrs. 24 y 25. Para un mayor desarrollo sobre las garantías diplomáticas véase ACNUR, *Nota del ACNUR sobre las Garantías Diplomáticas y la Protección Internacional de los Refugiados*, 2006

³⁰ ACNUR, *Nota de orientación, op. cit.*, párrs. 26 a 30.

la condición de refugiado esté siendo evaluada o, habiendo sido rechazada en primera instancia, el caso se encuentre en vías de revisión administrativa o judicial y, por tanto, la decisión no se encuentre firme o no haya sido consentida.

El otorgamiento de garantías diplomáticas por el país de origen no afecta esta conclusión. En todo caso, dichas garantías pueden ser ponderadas por las autoridades de asilo, en el marco del procedimiento ordinario de DER, como un elemento más para establecer o descartar la existencia de un temor fundado de persecución.

Si concluido el procedimiento de asilo se establece que la persona puede válidamente ser considerada como refugiada, entonces el principio de no devolución constituye la prohibición obligatoria para su extradición, a menos que, como se ha visto, la persona concernida se encuentre dentro del ámbito de algunas de las excepciones del art. 33.2 de la Convención de 1951. En otras palabras, a partir de tal reconocimiento rigen las reglas antes mencionadas relativas a la solicitud de extradición de un refugiado hecha por el país de origen.

Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que el solicitante de asilo no reúne los criterios de inclusión de la definición o se determina que es aplicable una cláusula de exclusión, como hemos visto, la persona no puede beneficiarse de la protección otorgada por el DIR (ello no significa que el Estado requerido se encuentre igualmente impedido de extraditar a la persona requerida con base en sus obligaciones de no devolución bajo el DIDH³¹).

V.2. Solicitud de extradición formulada por un tercer país

En este caso, el DIR y el DIDH obligan al Estado requerido a valorar los riesgos que implica la extradición de la persona al tercer país. Asimismo, debe analizarse cualquier garantía diplomática relacionada con el trato que recibirá el solicitante de asilo en caso de ser entregado. Llegado el caso, “el solicitante de asilo puede ser extraditado, si se determina que su entrega al Estado requirente no constituye una violación de las obligaciones de no devolución, [sin perjuicio de lo cual] los Estados involucrados tendrían que garantizar que la persona tendrá acceso a un procedimiento de asilo justo y eficiente, ya sea en el Estado requerido o requirente”³².

³¹ *Ibidem*, párrs. 31 a 34.

³² *Ibidem*, párrs. 35 a 37.

VI. El Rol del ACNUR frente a la extradición

Existiendo consideraciones relativas a las posibles necesidades de protección internacional de la persona requerida, cabe preguntarse sobre el rol del ACNUR en el contexto de la extradición.

Cuando la persona cuya extradición se solicita es un refugiado o un solicitante de asilo, el ACNUR tiene no sólo un interés legítimo, con base en su mandato, sino también el *deber* de tomar todas las acciones necesarias para garantizar la protección de dicha persona. Este mandato del ACNUR, así como las acciones necesarias para asegurar la protección del individuo, debe ser ejercido aun cuando el derecho aplicable a la extradición en el Estado requerido no prevea una función formal para la Oficina³³. Pero ¿cómo se efectiviza este mandato en el contexto operacional de los países de la región?

En atención al mandato del ACNUR y su capacidad técnica, reflejada de diversas maneras en las legislaciones de los países de la región que reconocen a la Oficina un derecho a voz pero no a voto en las comisiones de refugiados, el ACNUR puede brindar a las autoridades de asilo del país requerido, orientación y asistencia técnica acerca de ciertos aspectos que normalmente pueden resultar complejos, como por ejemplo en lo referido a la interpretación y aplicación de las cláusulas de exclusión o a la ponderación de las garantías diplomáticas en el contexto de la evaluación de la solicitud de asilo.

No obstante, ello no significa que el ACNUR deba asumir una posición sobre el caso como si tuviera que decidir él mismo en substitución de las autoridades de asilo del país requerido que tienen expresamente asignada la competencia para determinar el estatuto de refugiado del solicitante. Tampoco significa que el ACNUR deba brindar siempre, en todos los casos, su asistencia técnica o, de hecho, esté involucrado en todos ellos³⁴.

³³ *Ibídem*, párr. 70.

³⁴ Por un lado puede ocurrir que dicha orientación o asistencia técnica no sea requerida por las autoridades de asilo o, en caso de ser solicitada, que no se compartan todos los elementos necesarios para que la Oficina esté en condiciones de ejercer en forma seria y efectiva su rol de asistencia técnica. Por diversos motivos, haciendo un paralelismo con el ejercicio de la función consultiva de ciertos tribunales internacionales, consideramos que el ACNUR conserva cierto grado de discreción para decidir si, en un caso dado, ejercerá en definitiva dicha función consultiva. Ello naturalmente sin perjuicio de otras acciones dentro de su competencia que pudiera tomar cuando la persona se encontrara bajo su mandato.

VII. Garantías procedimentales

Habiendo revisado las cuestiones sustantivas, veremos a continuación algunos posibles mecanismos (salvaguardias) para asegurar la protección de los solicitantes de asilo y refugiados en el contexto del trámite de extradición. Adelantamos que, desde la perspectiva del ACNUR, “es preciso aplicar las salvaguardas procedimentales para garantizar que se consideren como parte del proceso de extradición todos los asuntos referentes con las circunstancias de la persona requerida, así como cualquier riesgo que pueda surgir como resultado de su entrega al Estado requirente. Esto es de extrema importancia en los casos relativos a los refugiados o solicitantes de asilo para quienes la extradición puede significar el retorno a la persecución”³⁵.

VII.1. Solicitud de extradición de un refugiado formulada por el país de origen

Para el ACNUR, cuando el país de origen formula una solicitud de extradición respecto de un refugiado que ya ha sido válidamente reconocido como tal por parte de las autoridades de asilo –administrativas o judiciales– del Estado requerido, la determinación de la condición de refugiado *debe ser vinculante* para las autoridades competentes en materia de extradición.

Ello así en razón de que las autoridades de asilo “ya han reconocido los fundados temores de persecución de la persona requerida respecto al Estado requirente, lo cual también significa que ya se ha determinado la aplicabilidad de la prohibición de la extradición del refugiado al amparo del artículo 33.1 de la Convención de 1951 o del derecho consuetudinario internacional”³⁶.

En el contexto del análisis de las obligaciones en materia de devolución, el ACNUR destaca que:

³⁵ Nota de Orientación, *op. cit.*, párr. 46. Para un estudio pormenorizado sobre la extradición y el asilo véase el excelente trabajo de Kapferer, S., *The Interface between Extradition and Asylum*, ACNUR, PPLA/2003/05, 2003.

³⁶ ACNUR, *Nota de orientación, op. cit.*, párr. 52. Con todo, el ACNUR reconoce que “en virtud de la legislación nacional de algunos países las autoridades de extradición no están obligadas a acatar la determinación sobre la condición de refugiado realizada por las autoridades de asilo. Cuando este sea el caso, el Estado requerido no obstante deberá garantizar que la decisión adoptada en relación con una solicitud de extradición de un refugiado sea consecuente con sus obligaciones de no devolución en virtud del derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos”. *Ibidem*, párrs. 53 y 54.

Según sean las circunstancias del caso en particular, las autoridades de extradición sin embargo, *deben* determinar si la persona requerida se encuentra dentro del ámbito de alguna de las excepciones al principio de no devolución dispuestas en el artículo 33.2 de la Convención de 1951. Si esto se determina como parte del proceso de extradición, las autoridades competentes deben valorar la situación de la persona requerida con base en los *criterios sustantivos* del artículo 33(2). Asimismo, el *procedimiento de extradición* debe ofrecer las salvaguardas y las garantías procedimentales necesarias para la aplicación de esta disposición³⁷.

Es decir que, para el ACNUR, si la persona ya fue reconocida como refugiada por parte de las autoridades de asilo, en principio tal determinación debiera ser vinculante para las autoridades de extradición quienes, según el caso, debieran evaluar si es aplicable la excepción del art. 33.2. Naturalmente siempre que ello pudiera legalmente hacerse en el contexto o como parte del proceso de extradición.

Ahora, creemos oportuno realizar tres observaciones generales que permitan enfocar estos lineamientos del ACNUR en el contexto del derecho de extradición de los países de la región.

En primer lugar, el eventual efecto vinculante de la decisión de las autoridades de asilo, de ordinario en la región autoridades administrativas, por sobre la decisión de las autoridades de extradición, de ordinario autoridades judiciales, podría originar ciertas preocupaciones respecto del principio republicano de la división de poder y, en ciernes, la alegación de una cuestión constitucional toda vez que, en términos prácticos, la concesión del estatuto de refugiado impediría a las autoridades judiciales sustanciar el proceso de extradición y/o llegar a tomar un decisión final sobre su procedencia.

Sobre la base de la experiencia argentina, cabe decir que este conflicto es sólo aparente por una serie de razones: i) por un lado, la mayoría de las veces este efecto vinculante tiene base en leyes en sentido formal, es decir, aprobadas por los parlamentos o congresos nacionales, que otorgan competencia a organismos administrativos, regulando procedimientos más o menos definidos y con criterios sustantivos que incorporan cláusulas de inclusión y exclusión; ii) en el derecho de extradición comparado, suele reservarse al poder ejecutivo, o a una autoridad administrativa superior, la decisión

³⁷ *Ibidem*, párr. 52 [Destacado del autor].

final de efectivizar o no la extradición ordenada judicialmente. Con ello, la decisión judicial de extradición suele, de todo modos, estar supeditada a lo que en definitiva resuelva el Poder Ejecutivo –bien que con ciertas limitaciones–; iii) el efecto vinculante puede ser un mecanismo efectivo para asegurar el respeto del DIR y el DIDH, mediante la evaluación del caso por parte de autoridades especializadas en materia de determinación de necesidades de protección internacional ya sean administrativas y/o judiciales. La intervención de las autoridades judiciales en este procedimiento no está vedada y cada Estado puede, con arreglo a su ordenamiento constitucional y administrativo, establecer el procedimiento que estime más adecuado; iv) la violación del DIR y el DIDH y la eventual generación de responsabilidad internacional del Estado también es una cuestión de trascendencia que reviste “gravedad institucional” y afecta también las bases mismas del orden democrático republicano; v) en todo caso, lo verdaderamente relevante debe ser la posibilidad de que una decisión manifiestamente arbitraria, como aquella que reconoce el estatuto de refugiado a un genocida, pueda ser revisada por las autoridades de asilo, administrativas y/o judiciales, en el contexto del procedimiento de asilo, por violatorias del DIR, el DIDH y el derecho interno.

Lo segundo que debe notarse es que, en los países de la región, no se ha asignado expresamente a las autoridades de extradición la competencia para evaluar la aplicabilidad de la excepción del art. 33.2 de la Convención en el contexto del procedimiento de extradición. Esto supone que, en la región, las autoridades de extradición no podrían en la mayoría de los casos siquiera evaluar su aplicación.

En efecto, en relación con los refugiados o los extranjeros en general, esta competencia es normalmente asignada a las autoridades migratorias y/o de asilo, a través de procedimientos específicos. Por esta razón, en la región, no es posible encontrar precedentes donde autoridades judiciales hayan decidido la extradición de un refugiado reconocido como tal sobre la base de haberse reunidos los criterios del art. 33.2.

Finalmente, en tercer lugar, cuando en algún sistema legal, como el de Uruguay, la autoridad de extradición asume las competencias específicas de las autoridades de asilo, el deber de asegurar el cumplimiento de la obligación de no devolución no se ciñe al DIDH sino que también comprende las disposiciones pertinentes del DIR.

VII.2. Solicitud de extradición de un refugiado formulada por un tercer país

En este supuesto, para el ACNUR:

La condición de refugiado que la persona requerida [posee] en ese [tercer] país constituye un elemento importante que las *autoridades de extradición* del Estado requerido deben tomar en consideración, para determinar si la extradición de esa persona es consecuente con el principio de no devolución. Cuando un Estado determina que un individuo es refugiado *en virtud de la Convención de 1951*, esta determinación tiene un *efecto extraterritorial*, al menos con respecto a otros Estados Partes de la Convención de 1951. La condición de refugiado determinada por un Estado Parte solamente puede ser cuestionada por otro Estado Parte en casos excepcionales, cuando se considere que es evidente que la persona no reúne los requisitos de la Convención de 1951³⁸.

El mecanismo por el cual la persona requerida puede operativizar el *efecto extraterritorial* en el Estado requerido es una cuestión que normalmente no abordan las legislaciones en la región. La práctica argentina registra un precedente interesante que puede arrojar orientación adicional sobre este supuesto y que, en nuestra opinión, conlleva una solución acertada³⁹.

En primer término, debe notarse que la cuestión bien podría ser resuelta por las autoridades de extradición o las de asilo. El refugiado podría solicitar a las autoridades de asilo: i) el reconocimiento de su condición de refugiado en el Estado requerido; ii) el reconocimiento de su condición de refugiado en el tercer país o, en otros términos, el reconocimiento del efecto extraterritorial del estatuto de refugiado, pero sin que ello necesariamente suponga para las autoridades de asilo expedirse sobre el mérito de su caso ni sobre la validez del acto de reconocimiento hecho por el tercer país.

³⁸ *Ibidem*, párr. 55. Véase asimismo ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusión No. 12 (XXIX) de 1978 sobre las consecuencias extraterritoriales de la determinación de la condición de refugiado*, párr. (g); ACNUR, *Note on the Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, EC/SCP/9, 1978 [Destacado del autor].

³⁹ Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE), *Caso V.R.P.C.*, resolución del 8 de mayo de 2007, precedente no publicado.

Paralelamente, el refugiado podría pedir a las autoridades de extradición:

- i) el reconocimiento de su condición de refugiado en el Estado requerido, a cuyo fin la solicitud debiera ser referida a las autoridades de asilo, abriéndose de este modo una solicitud de asilo paralela a la solicitud de extradición y/o;
- ii) el mero reconocimiento del efecto extraterritorial del estatuto de refugiado y la autorización para retornar al tercer país.

Si la condición de refugiado determinada por el tercer país es inicialmente reputada como válida por parte de las autoridades de extradición y/o de asilo del Estado requerido, es decir si no existen razones fundadas para considerar que la persona manifiestamente no reúne los requisitos de la Convención de 1951 –o los de la definición de refugiado que resulte aplicable–, el Estado requerido no puede válidamente cuestionar la determinación hecha por el tercer país y debe reconocer el efecto extraterritorial del estatuto de refugiado.

Como hemos mencionado, este reconocimiento puede ser hecho tanto por las autoridades de extradición como por las de asilo. Pero, en cualquier caso, el reconocimiento del efecto extraterritorial y/o la concesión del estatuto de refugiado por las autoridades de asilo obstan la devolución al país de origen. El retorno del refugiado al tercer país o su permanencia en el Estado requerido como refugiado dependerán entonces del tipo de petición hecha por el refugiado, así como de la decisión adoptada.

VII.3. Solicitud de extradición de un solicitante de asilo

VII.3.1. Distinción y vínculos entre los procedimientos de extradición y de asilo

Los procedimientos de extradición y asilo son procesos distintos que tienen propósitos diferentes, siendo regulados por legislaciones que también presentan criterios diversos⁴⁰. Para el ACNUR, cuando la decisión acerca de si la persona requerida es o no refugiada se toma en el marco del procedimiento de extradición “es probable que esto disminuya en forma significativa la oportunidad de que se considere la petición del solicitante de asilo. También puede implicar una limitación de los recursos legales [...] Por lo

⁴⁰ Así por ejemplo, en el ámbito del procedimiento de extradición normalmente se reconoce al Estado requiriente legitimación activa no sólo para presentar la solicitud sino también para actuar como parte en el proceso mientras que, por el contrario, en el procedimiento de asilo el país de origen normalmente no puede asumir ningún tipo de participación, acceder al expediente o presentar solicitudes o recursos.

tanto, el ACNUR considera que la decisión sobre la solicitud de asilo y la solicitud de extradición, respectivamente, se tome utilizando procedimientos distintos”⁴¹.

Aunque ambos procedimientos existen paralelamente, el ACNUR recomienda que no sean llevados adelante en forma aislada pues, por un lado, el hecho de que la persona sea reconocida como refugiado incidirá en el procedimiento y en la decisión de la solicitud de extradición y, por otro lado, la información recabada en el expediente de extradición puede repercutir en la determinación de la solicitud de asilo. Es por esta razón que el ACNUR sugiere que las autoridades “tomen en consideración todos los aspectos pertinentes con el fin de tomar una decisión adecuada, tanto en el procedimiento de asilo como en el de extradición”⁴².

VII.3.2. Decisión de la solicitud de asilo

Para el ACNUR, “con el fin de garantizar que la determinación de las necesidades de protección internacional del individuo se haga de conformidad con los criterios establecidos en la Convención de 1951, la solicitud de asilo debe ser examinada por la autoridad responsable de realizar la elegibilidad de las solicitudes de la condición de refugiado en el Estado requerido. Las autoridades de asilo deben tomar en cuenta todos los hechos relevantes, incluida la solicitud de extradición”⁴³.

Idealmente, ello debe hacerse como parte de un procedimiento unificado en donde sean determinadas las posibles de necesidades de protección internacional. Es decir, si la persona requiere y merece protección como refugiado u otra forma complementaria de protección⁴⁴.

⁴¹ ACNUR, *Nota de orientación*, *op. cit.*, párr. 61. El derecho uruguayo plantea una solución sobre este tema que, en línea con la posición del ACNUR, no sería recomendable. El artículo 41 de la ley No. 18.076 establece que “cuando los pedidos de extradición recaigan sobre solicitantes de refugio, será el Juez de la causa quien en forma excepcional, previo informe de la Comisión de Refugiados, adoptará resolución sobre la solicitud de refugio, antes de resolver sobre la extradición. De la misma forma se procederá cuando la solicitud de refugio sea posterior al pedido de extradición”.

⁴² *Ibidem*, párr. 62.

⁴³ *Ibidem*, párr. 63.

⁴⁴ Para una reflexión sobre la unificación del sistema de protección en el derecho argentino véase Mondelli, J. I., *op. cit.*, pp. 44 a 49.

VII.3.3. Secuencia de los procedimientos

Como se mencionara, “desde el punto de vista del ACNUR resulta por lo general prudente realizar en forma paralela los procedimientos de extradición y de asilo, lo cual resultaría beneficioso no sólo en términos de eficiencia sino también porque el proceso de extradición puede generar información que tenga relación con la elegibilidad de la condición de refugiado de la persona requerida, la cual debería ser por lo tanto considerada por las autoridades de asilo”⁴⁵.

Sin embargo, para el ACNUR “si la solicitud de extradición es presentada por las autoridades del país de origen [...] se debe resolver primero la condición de refugiado para que el Estado requerido pueda decidir si se puede extraditar a la persona requerida legalmente”⁴⁶.

Esta recomendación podría indicar dos cosas distintas: i) que, en virtud del efecto suspensivo de la interposición de la solicitud de asilo y/o del recurso de apelación contra la decisión negativa de las autoridades de asilo, el Estado requerido sólo puede extraditar a la persona requerida una vez que exista una *decisión final* sobre la solicitud de asilo. Con ello la recomendación se refiere a la *ejecución* de la decisión de extraditar pero no al hecho de que las autoridades de asilo *deban necesariamente* tomar una decisión antes que las de extradición; ii) que aunque se trata de procedimientos paralelos, la decisión sobre el fondo del caso de asilo debe ser adoptada, en todos los casos, en forma previa a que las autoridades de extradición resuelvan sobre la procedencia de la solicitud de extradición.

En su Nota de Orientación, el ACNUR se inclina por este último supuesto al sostener que “es necesario determinar la condición de refugiado de la persona requerida antes de poder decidir si se reúnen los requisitos legales para la extradición”⁴⁷. Sin embargo, en sus directrices sobre exclusión la perspectiva de la Oficina pareciera ser la opuesta. En efecto allí se dice que “cuando el individuo sea requerido por los tribunales nacionales para ser enjuiciado penalmente o para considerar su extradición, sería prudente postergar el examen de la solicitud de asilo (incluyendo la aplicabilidad de las cláusulas

⁴⁵ ACNUR, *Nota de orientación*, *op. cit.*, párr. 66.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 64.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 64.

de exclusión) mientras no se hayan completado los procesos judiciales, ya que estos podrían tener implicaciones significativas para la solicitud de asilo. No existe necesariamente una correlación automática entre la extradición y la exclusión según el artículo 1.F. No obstante, la solicitud de asilo deberá resolverse en un fallo final antes de que pueda ejecutarse orden alguna de extradición⁴⁸.

En nuestra opinión, cualquiera de las dos secuencias puede ser válida según los contextos de protección pero, en definitiva, su conveniencia dependerá del ordenamiento interno de cada Estado y, en especial, de su funcionamiento en la práctica. Por tanto, pensamos que la respuesta a la cuestión de la secuencia dependerá de una serie de factores, tales como: i) las competencias específicas asignadas a las autoridades de extradición y asilo; ii) sus capacidades y limitaciones de investigación o instrucción para conocer el caso en un sentido técnico-jurídico; iii) la mayor o menor complejidad de los aspectos que hacen al caso y la aptitud de cada autoridad para evaluarlos; iv) el mayor o menor grado de experiencia en el tratamiento de solicitudes de protección internacional; v) la existencia de un procedimiento unificado para el otorgamiento de formas complementarias de protección; y, vi) la situación del individuo durante la sustanciación de los procedimientos (como por ejemplo si permanece en situación de detención que puede extenderse indebidamente en el tiempo, etc.).

Pero más allá de la sugerencia de posibles criterios, la cuestión de la secuencia podría remitir, en definitiva, a las circunstancias del caso particular. En este sentido, bien podría pensarse en un criterio normativo de coordinación que operara según las circunstancias particulares de cada caso y brindara mayor flexibilidad a las autoridades de asilo. Ello así, en el entendido de que lo verdaderamente relevante es que ninguna persona, cuya solicitud de asilo se encuentra pendiente de decisión, sea extraditada a su país de origen⁴⁹.

⁴⁸ ACNUR, *El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, op. cit., párr. 102.

⁴⁹ Para una reflexión sobre la secuencia que sería recomendable en el derecho argentino véase Mondelli, J. I., op. cit., p. 43 y ss. Si la solicitud de extradición pudiera ser de antemano rechazada en razón de que el pedido proviene de un tribunal *ad hoc* o especial, de un tribunal militar o porque expone al requerido a un evidente riesgo de tortura, tratándose de procedimientos paralelos, no vemos por qué las autoridades de extradición deberían aguardar a las autoridades de asilo para declarar su improcedencia; bien podría ocurrir que la persona no pueda ser válidamente considerada como refugiada, por otros motivos, pero, de todos modos, su extradición no correspondiera en virtud del DIH o del derecho que rige la extradición.

VII.3.4. *Confidencialidad*

Partiendo del principio fundamental de confidencialidad del DIR, la posición del ACNUR es que, como regla general, los Estados deben abstenerse de revelar cualquier tipo de información sobre la condición de refugiado de una persona a las autoridades de otro Estado, salvo que la persona lo haya expresamente consentido. Los Estados deben garantizar la confidencialidad de la información relacionada con el refugiado y la solicitud de asilo también en el marco del proceso de extradición o de interactuar —formal o informalmente— con el país requirente. Lo mismo ocurre con los solicitantes de asilo, sea que la solicitud provenga del país de origen o de un tercer país.

Si bien la oficina reconoce un interés legítimo del Estado requirente para juzgar a las personas que han cometido delitos, lo que podría en ciertos casos justificar la divulgación de ciertos datos personales, para el ACNUR el “Estado requerido debe considerar los posibles riesgos de protección, que pueden surgir como resultado del intercambio de información sobre la persona requerida [y] de conformidad con sus obligaciones de protección establecidas por el derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos, así como con los principios generales de protección de los datos, el Estado requerido puede verse obligado a abstenerse de transmitir al Estado requirente cualquier tipo de datos personales u otro tipo de información, o bien, puede estar obligado a limitar la información que se va a compartir dependiendo de las circunstancias”⁵⁰.

VIII. Normativa y jurisprudencia internas

Luego de presentar resumidamente la visión del ACNUR, a continuación reseñaremos las principales disposiciones de las legislaciones y jurisprudencia nacionales sobre los temas abordados.

Desde el comienzo es importante tener presente que el proceso de identificación del derecho que rige el caso debe comenzar por establecer cuáles son las normas pertinentes del DIR y el DIDH aplicables, tanto de base convencional como consuetudinaria, como así también los instrumentos multilaterales y/o bilaterales sobre cooperación internacional en materia penal, extradición

⁵⁰ ACNUR, *Nota de orientación*, op. cit., párrs. 57 y 58.

y asilo⁵¹. En relación al derecho de extradición, también puede ser importante establecer la existencia de posibles normas consuetudinarias, especialmente si no existe un tratado que rija el caso.

Luego será necesario identificar las disposiciones constitucionales pertinentes, incluyendo las normas referidas al asilo, la no devolución y la extradición —si las hubiere—, así como las relativas a los derechos fundamentales que estuvieren en juego en el caso.

Finalmente, será necesario relevar las leyes sobre asilo, protección de refugiados y cooperación internacional en materia penal y extradición, para luego considerar las normas de menor jerarquía, como decretos del Poder Ejecutivo.

VIII.1. Argentina

A nivel de la región, Argentina cuenta con una de las legislaciones más exhaustivas.

En cuanto al derecho de extradición, en adición a los tratados internacionales de los que Argentina es parte, el marco normativo se integra con las leyes 24.767 (Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal) y 23.984 y sus modificatorias (Código Procesal Penal de la Nación), así como con los Decretos 251/1990, 1052/1998 y 420/2003⁵². Asimismo la Ley 26.165 (Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado) incluye disposiciones específicas sobre extradición y refugiados.

En cuanto a los refugiados, el art. 1 de la ley 26.165 establece que su protección se regirá por las disposiciones del DIDH aplicable en el país, la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que llegue a ser ratificado. A su turno, el art. 57 dispone que tanto los alcances como las disposiciones de la ley deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con los principios y normas de las

⁵¹ Véase ACNUR, *Nota de orientación*, párrs. 21 a 23. Para información actualizada sobre extradición en el ámbito interamericano véase el sitio oficial de la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición, disponible en <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/index.html>. La Red, como es llamada, se conformó a partir del año 2000 cuando la Tercera Reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas (REMJA-III) decidió incrementar y mejorar el intercambio de información entre los Estados miembros de la OEA en la esfera de la asistencia mutua en materia penal.

⁵² Para un detalle actualizado de los tratados y normas internas que regulan la extradición en Argentina véase <http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/arg/index.html>. Asimismo, puede consultarse la página sobre “Asistencia Jurídica Internacional en Materia Penal” de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, disponible en <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/>.

convenciones internacionales de derechos humanos y refugiados ratificadas por la Argentina, así como por los instrumentos de asilo vigentes.

En lo estrictamente referido al principio de no devolución, el art. 7 dispone que “ningún refugiado, entendiéndose como incluido en este término al solicitante de asilo cuyo procedimiento de determinación de la condición de refugiado esté todavía pendiente de resolución firme, podrá ser expulsado, devuelto o *extraditado* a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, incluido el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁵³. El art. 14 establece que “la interposición de una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado tendrá efecto suspensivo sobre la *ejecución* de una decisión que autorice la extradición del solicitante de asilo hasta que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado haya sido completado mediante resolución firme” [Destacado del autor]. Finalmente, el art. 15 dice que “el reconocimiento de la condición de refugiado tendrá el efecto de terminar cualquier procedimiento de extradición iniciado contra el refugiado a petición del gobierno del país de su nacionalidad o residencia habitual. En todos los casos la extradición de un refugiado se llevará a cabo con absoluto respeto a las disposiciones contenidas en el capítulo III del título I de esta ley”⁵⁴.

De las referidas normas se desprende lo siguiente: i) la no devolución incluye a los solicitantes de asilo y refugiados y comprende la extradición; ii) la interposición de una solicitud de asilo tiene efecto suspensivo sólo sobre la *ejecución* de una decisión de extradición que se encuentre firme pero no necesariamente sobre el trámite de extradición ni sobre el dictado de la sentencia respectiva; iii) el reconocimiento de la condición de refugiado por parte de la CONARE, el Ministro del Interior o una autoridad judicial tiene por efecto terminar o concluir el procedimiento de extradición (*efecto vinculante*), cuando el Estado requirente es el país de origen (nacionalidad o residencia habitual); iv) la referencia final del art. 15 autoriza la extradición de un refugiado a un tercer país, en cuyo caso deben existir garantías de no devolución indirecta,

⁵³ La definición prevista en el art. 4 de la ley incluye la definición clásica y ampliada de refugiado [Destacado del autor].

⁵⁴ El capítulo III (“De la prohibición de devolución y la expulsión”) comprende los arts. 7 y 8 de la ley.

resultando asimismo aplicables las garantías del art. 8⁵⁵; y, v) el art. 7 no reproduce la excepción del art. 33.2 de la Convención de 1951⁵⁶.

En cuanto a la Ley 24.767, de acuerdo con el art. 8 la extradición no procede cuando: a) el delito que la motiva fuese un delito político; b) el delito fuese un delito previsto exclusivamente por la ley penal militar; c) el proceso que la motiva fuese tramitado por una comisión especial de las prohibidas por el art. 18 de la Constitución Nacional; d) el proceso que motiva la extradición evidencie propósitos persecutorios en razón de las opiniones políticas, la nacionalidad, la raza, el grupo social o la religión de las personas involucradas o, hubiese motivos fundados para suponer que esas razones pueden perjudicar el ejercicio del derecho de defensa en juicio; e) existan motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y, f) el delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en el Estado requirente y éste no diera seguridades de que no será aplicada.

El rechazo de la extradición, con base en las causales contempladas en la Ley 24.767, no confiere al juez autoridad para expedirse sobre la concesión del estatuto de refugiado ni sobre otro estatuto complementario de protección. La decisión judicial se limita a conceder o a rechazar la extradición pero, en los casos en que la rechaza, en modo alguno resuelve todo lo relativo al estatuto jurídico (derechos y obligaciones) de esta persona en el país⁵⁷.

En cuanto a la articulación de los procedimientos de extradición y asilo, de acuerdo al Decreto 251/1990, antes de dar curso judicial a un pedido de ex-

⁵⁵ El art. 8 de la ley dice “La expulsión de un refugiado no puede resolverse sino de manera excepcional, cuando razones graves de seguridad nacional o de orden público lo justifiquen. Esta medida deberá adoptarse conforme a los procedimientos legales vigentes, ser razonable y proporcionada asegurando un balance adecuado entre los derechos afectados por la medida y el interés de la sociedad. En cualquier caso, el refugiado tendrá derecho a presentar todo tipo de pruebas exculpatorias y recurrir la medida en sede administrativa y judicial. En caso de prosperar la expulsión, luego de concederse al refugiado un plazo razonable para gestionar su admisión legal en un tercer país, la medida respectiva sólo podrá hacerse efectiva hacia el territorio de un Estado que garantice su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona al igual que su protección contra la expulsión, devolución o extradición en iguales términos que los establecidos en el artículo anterior”.

⁵⁶ Esta omisión podría interpretarse en los dos sentidos siguientes aunque no analizaremos en este trabajo cuál interpretación debiera prevalecer: i) se ha erigido al principio de no devolución de refugiados en un principio absoluto que no admite excepciones; ii) sin perjuicio de la omisión legal, el Estado conserva la potestad de devolución en los casos excepcionales del art. 33.2, no pudiéndose presumir la renuncia a tal potestad en los casos autorizados por la Convención de 1951.

⁵⁷ De acuerdo con el art. 32 “el Juez resolverá si la extradición es o no procedente [...] Si resolviera que la extradición es procedente, la sentencia se limitará a declarar dicha procedencia. Si resolviera que no es procedente, la sentencia definitivamente decidirá que no se concede la extradición”.

tradición, la Cancillería debe comprobar si la persona requerida es refugiada. Si este fuese el caso y la solicitud de extradición proviene de las autoridades del país que motivó la concesión del estatuto de refugiado, se debe devolver la requisición, sin más trámite, con indicación de los motivos que obstan a su diligenciamiento (véase arts. 1 y 2)⁵⁸.

A pesar de ello, ni la Ley 26.165 ni el Decreto 251/1990, por un lado, ni la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el otro lado, han resuelto satisfactoriamente la cuestión de la articulación de ambos procedimientos cuando la solicitud de extradición formulada por el país de origen recae sobre un solicitante de asilo, sea que la petición de asilo haya sido presentada con anterioridad o posterioridad a la extradición.

En cuanto a la jurisprudencia, ya se han abordado en otro trabajo algunos aspectos de la extradición y el asilo en el derecho argentino, a cuyo término nos remitimos en honor a la brevedad⁵⁹. Sólo diremos que es posible encontrar numerosos precedentes de la Corte Suprema vinculados a solicitudes de extradición de solicitantes de asilo y refugiados y a la no devolución por riesgo de violación del DIDH⁶⁰.

VIII.2. Estado Plurinacional de Bolivia

En el Estado Plurinacional de Bolivia la cooperación internacional en materia de extradición se regula conforme lo dispuesto en el Capítulo II, sobre

⁵⁸ En igual sentido resuelve la cuestión el art. 20 de la ley 24.767.

⁵⁹ Véase Mondelli, J. I., *op. cit.*, pp. 30 a 41.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 184:116, *Antonio Zamora*, sentencia del 26 de junio de 1939; Fallos 169:255, *Don Tomás Berreta. Recurso de "Habeas Corpus"*, sentencia del 8 de noviembre de 1933; Fallos 200:253, *Agustín Rodríguez Araya*, sentencia del 17 de noviembre de 1944; Fallos 232:247, *Martínez Vázquez y otros*, sentencia del 14 de julio de 1955; Fallos 324:3484, *Gómez Gómez, Alfredo; González, Sebastián Ignacio s/ extradición*, sentencia del 16 de octubre de 2001; *Lino Oviedo*, LL 2000-A, 444 y DJ 2000-1, 825, sentencia del 18 de noviembre de 1999; Fallos 325:625, *Julio Mera Collazos*, sentencia del 16 de abril de 2002; Fallos 327:5597, *Adrée, Andrey s/ extradición*, A. 208. XXXVIII. R.O., resolución del 13 de julio de 2004; Fallos 327:3268, *XuZiChi s/ pedido de detención*, X. 2. XXXV. R.O., sentencia del 24 de agosto de 2004; Fallos 328:268, *Lari-Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición*, L. 845. XL. R.O., sentencia del 10 de mayo de 2005, Fallos 330:284, *Sonnenfeld, Kurt Frederick s/ extradición*, S. 713. XLI. R.O., resolución del 6 de marzo de 2007; Fallos 330:3379 y Fallos 333:1735, *Apablaza Guerra Galvarino Sergio s/ arresto preventivo*, A. 1579. XLI, R.O., resolución de 17 de julio de 2007 y sentencia del 14 de septiembre de 2010 respectivamente; Fallos 330:3977, *Hernández Fernández, Mario Ezequiel s/ extradición*, H. 425. XXXVIII. R.O., resolución de fecha 11 de septiembre de 2007; Fallos 331:439, *Barhoumi, Mohamed Ben Sadoc Ajili s/ extradición*, B. 868. XLII. R.O., resolución del 1 de abril de 2008; Fallos 331:769 y Fallos 331:2249, *Acosta González, Agustín y otros s/ extradición*, A. 2112. XLII. R.O., resolución del 16 de abril de 2008 y sentencia del 21 de octubre de 2008 respectivamente; *Tansy, Patrick Champlain s/ extradición*, T. 354. XLII. R.O, resolución del 13 de mayo de 2008.

Extradición, de la Ley 1970 (1999), aprobatoria del Código de Procedimiento Penal, que entró en vigor en mayo del 2001. Conforme al art. 151, no procede la extradición cuando “existan motivos fundados que hagan presumir que la extradición se solicita para procesar o castigar a una persona por causa de sus opiniones políticas, raza, sexo, religión, nacionalidad, origen étnico, o que será sometida a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”⁶¹.

A su turno, el art. 14 del Decreto Supremo 28.329/2005, sobre prohibición de devolución, establece que “ningún refugiado, ningún solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado cuya solicitud esté todavía pendiente de resolución firme e inapelable, podrá ser expulsado, devuelto al país de origen o de otro país donde su vida, seguridad o libertad peligre por cualquiera de las causales que da lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, salvo las disposiciones del presente Decreto Supremo”.

Asimismo, el art. 15 del decreto referido a la improcedencia de la extradición dispone que “el reconocimiento de la condición de refugiado tendrá el efecto de improcedencia de cualquier solicitud y procedimiento de extradición incoado contra el refugiado a petición del gobierno del país de su nacionalidad o residencia habitual, basado en los mismos hechos que justificaron su reconocimiento como refugiado”. Finalmente el art. 20, sobre expulsión, dice que “la CONARE puede expulsar a un refugiado que encuentre legalmente en el territorio de la República de Bolivia, por razones de seguridad o de orden público, de acuerdo a lo establecido en su legislación interna y a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Al efecto, la expulsión del refugiado debe ser efectuada en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos establecidos en el presente Decreto Supremo, pudiendo el refugiado presentar pruebas exculpatorias formulando el correspondiente recurso de Reconsideración”.

Lamentablemente, en el pasado la práctica interna sobre extradición de refugiados, especialmente bajo el derogado Decreto Supremo 19.640/1983, no fue la mejor⁶².

⁶¹ Para un detalle actualizado de los tratados y normas internas que regulan la extradición en el Estado Plurinacional de Bolivia véase <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/index.html>.

⁶² Tribunal Constitucional, *Ana María Romero de Campero [Defensora del Pueblo] c. Guillermo Arancibia López [y otros Ministros de la Corte Suprema de Justicia]*, Sentencia Constitucional N° 1166/00-R, Expediente: 2000-01786-04-RAC, sentencia del 11 de diciembre de 2000. En materia de facultades administrativas de expulsión, véase Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional N° 004/2001, Expediente: 2000-01711-04-RDI, *Ana María Romero de Campero, Defensora del Pueblo*, Sentencia del 5 de enero de 2001. Para una revisión de los avances y

VIII.3. Brasil

La Ley 6.815 (1980) sobre el *Estatuto do Estrangeiro*, contiene disposiciones sobre distintos aspectos de la situación jurídica de los extranjeros en Brasil tales como el procedimiento de extradición y cuestiones relativas al asilo, naturalización, deportación y expulsión. En cuanto a los requisitos para la procedencia de la extradición, de acuerdo con las reformas introducidas por la Ley 6.964 (1981), el art. 77 establece una serie de supuestos donde la extradición es improcedente, entre los que se incluye el motivo del delito político y el juzgamiento por un tribunal especial o juez de excepción.

Por lo que respecta a los refugiados, la Ley 9.474 (1997) regula en su Título V los efectos del estatuto de refugiado sobre la extradición y la expulsión⁶³. El art. 33 establece que el reconocimiento de la condición de refugiado obstará al seguimiento de cualquier pedido de extradición basado en los mismos hechos en que se fundamentó la solicitud del estatuto de refugiado. Asimismo, conforme al art. 34 la presentación de una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado suspende, hasta que exista una decisión definitiva, cualquier proceso de extradición pendiente, sea en la fase administrativa o judicial, que se haya basado en los mismos hechos en que se fundamentó la solicitud del estatuto de refugiado. De acuerdo con el art. 35 para efectos del cumplimiento de los dispuesto por los arts. 34 y 35, la solicitud del reconocimiento del estatuto de refugiado debe ser comunicada al órgano que se encuentre tramitando la solicitud de extradición⁶⁴.

En cuanto a la expulsión, el art. 36 ordena que, salvo por motivos de seguridad nacional u orden público, no será expulsado del territorio nacional el refugiado que se encuentre regularmente registrado. Aún en caso de aplicarse

retrocesos del Decreto Supremo sobre Protección de refugiados adoptado en 2005 en Bolivia véase Mondelli, J. I., “Los Estándares Internacionales de Protección y el Nuevo Decreto Supremo sobre Refugiados: Avances y Retrocesos en el Nuevo Marco Normativo Interno”, en *Derechos Humanos y Acción Defensorial. Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia*, Año 1, N° 1 (Derechos Indígenas), La Paz, agosto de 2006, pp. 207 a 222.

⁶³ Para un comentario acerca del contenido de este título véase Zerbini Ribeiro Leão, R., *Memória Anotada, Comentada e Jurisprudencial do Comitê Nacional Para os Refugiados – CONARE*, pp. 78 a 89, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5405.pdf?view=1>.

⁶⁴ Art. 33: O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio. Art.: 34. A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio. Art.: 35. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 33 e 34 desta Lei, a solicitação de reconhecimento como refugiado será comunicada ao órgão onde tramitar o processo de extradição.

esas excepciones, conforme al art. 37 la expulsión del refugiado no puede resultar en su traslado a un país donde su vida, libertad o integridad física estén en riesgo y sólo será efectiva cuando exista la *certeza* de su admisión en un país donde no existan riesgos de persecución⁶⁵.

La jurisprudencia interna registra un precedente de gran trascendencia cuyo estudio es ineludible para comprender mejor cómo opera el sistema de protección de refugiados y la extradición en la práctica⁶⁶.

VIII.4. Chile

De acuerdo con la Ley 19.696 (2000), es decir, con el Código Procesal Penal Chileno, aplicable a los pedidos formulados por hechos ocurridos con posterioridad al 16 de junio de 2005 (véase art. 485), la justicia concederá la extradición si el delito que se le imputare al requerido, o aquél por el cual se le hubiere condenado, sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad con los principios de derecho internacional⁶⁷.

Por lo que respecta a los refugiados, la nueva Ley 20.430 (2010) sobre protección de refugiados establece en su art. 3 que la protección de los solicitantes de la condición de refugiado y los refugiados se regirá, entre otros, por el principio de no devolución, incluida la prohibición de rechazo en frontera. En su art. 4 establece que “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

⁶⁵ Art. 36. *Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.*

Art. 37. *A expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição.*

⁶⁶ Supremo Tribunal Federal, *Cesare Battisti, Extradicao N° 1185*, sentencia del 16 de diciembre de 2009.

⁶⁷ Art. 449. Fallo de la extradición pasiva. El tribunal concederá la extradición si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias: a) La identidad de la persona cuya extradición se solicitare; b) Que el delito que se le imputare o aquél por el cual se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad con los principios de derecho internacional, y c) Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen. La sentencia correspondiente se dictará, por escrito, dentro de quinto día de finalizada la audiencia.

Para un detalle actualizado de los tratados y normas internas que regulan la extradición en Chile véase <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/chl/index.html>.

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 [Destacado del autor]”. Complementado dicha disposición, el art. 5 establece que “la expulsión de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado que se halle en el territorio nacional, no podrá disponerse sino de manera excepcional, cuando razones de seguridad nacional o de orden público así lo justifiquen. Esta medida deberá adoptarse conforme a los procedimientos legales vigentes”.

En cuanto a la jurisprudencia, con anterioridad a la sanción de la Ley 20.430 la Corte Suprema chilena tuvo oportunidad de expedirse en un caso que involucraba la solicitud de extradición de un refugiado por parte del país de origen. En dicho caso, resultaba aplicable el Tratado de Extradición suscrito el 5 de noviembre de 1932 entre la República del Perú y la República de Chile, y el art. 647 del entonces Código de Procedimiento Penal, que disponía que en la investigación el Tribunal debía enfocarse en: i) comprobar la identidad del procesado; ii) establecer si el delito que se le imputa es de aquellos que autorizan la extradición, según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad a los principios del Derecho Internacional; y iii) acreditar si el requerido cometió o no el delito que se le atribuye.

En virtud de la referencia al art. 647.2 la Corte Suprema se refiere al tratado internacional con Perú como el derecho internacional que rige el caso, resumiendo los requisitos de procedencia en: i) que se trate de un delito que en el país requerido esté penada con un año o más de presidio; ii) que no se trate de delitos políticos; iii) que la acción penal o la pena no se encuentren prescritos, según las leyes del país requerido; iv) que el hecho imputado sea delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido (véase art. 353 del Código de Bustamante, ratificado por Perú y Chile).

La Corte analiza dichos requisitos de procedencia considerándolos cumplidos, no obstante rechaza la solicitud de extradición habida cuenta que “de los medios de prueba acompañados y teniendo en consideración los requisitos

señalados en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal para someter a proceso a un individuo, se puede colegir que no está justificada la existencia del delito que se investiga como tampoco se arriba a presunciones fundadas sobre la participación [del requerido] en el delito como autor, cómplice o encubridor”⁶⁸.

Es importante destacar que, aunque la persona había alegado como defensa el carácter político del hecho imputado y su condición de refugiado, la Corte sostuvo que tales planteos no serían analizados en la sentencia por innecesarios, en virtud de los argumentos que hemos mencionado por los que decidió el caso. Sin perjuicio de ello, es interesante notar que el razonamiento de la Corte no comienza por considerar la aplicabilidad al caso del principio de no devolución o la condición de refugiado reconocida a la persona en el país sino que parte del análisis de los criterios de procedencia según el derecho de extradición.

VIII.5. Paraguay

Los arts. 5 a 7 de la Ley 1.938 (2002), Ley General sobre Refugiados, regulan lo referido a la devolución, expulsión y extradición de los refugiados⁶⁹. De acuerdo con el art. 5 “No procederá la expulsión, devolución o *extradición* de un refugiado a otro país, sea de origen o de residencia habitual, cuando haya razones fundadas para considerar que se halle en peligro de ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o donde sus derechos esenciales estuvieran en riesgo [Destacado del autor]”. Conforme al art. 6 excepcionalmente podrá expulsarse a un refugiado, por razones fundadas en la seguridad nacional o en el mantenimiento del orden público, hacia un país donde no existen los riesgos de violación de derechos a que se refiere el art. 5⁷⁰.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, *Paiba Cossios Víctor Raul*, Recurso 5089/2006, Sentencia del 9 de abril de 2007, considerando octavo.

⁶⁹ Para un comentario general sobre la Ley 1.938 véase Mondelli, J. I., “Notas a la Ley 1938”, en *Refugiados y migrantes: compilación, concordancias y comentarios*, Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencia (CIPAE), Diakonia, Suecia y Consejo Mundial de Iglesias, Asunción, 2004.

⁷⁰ Artículo 6°.- Excepcionalmente procederá la expulsión del refugiado, cuando existan razones fundadas en la seguridad nacional o en el mantenimiento del orden público que así lo justifiquen, en base a disposiciones de la Constitución Nacional, los tratados internacionales ratificados por la República del Paraguay o las leyes. Esta medida deberá adoptarse conforme a los procedimientos legales vigentes otorgando el derecho al refugiado de

Por lo que se refiere estrictamente a la extradición, el art.7 aclara que “si la persona requerida gozara de la condición de refugiado, y el pedido de extradición proviniera del país en que tuvieron lugar los hechos que motivaron el refugio, el Ministerio de Relaciones Exteriores procederá a devolver la requisitoria sin más trámite, con explicación de los motivos que obstan a su diligenciamiento”⁷¹.

VIII.6. Perú

De acuerdo con el art. 37 de la Constitución Política del Perú “no se concede extradición si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza”. Dicha norma establece asimismo que “la extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad”.

El Código Procesal Penal, de aplicación supletoria a falta de tratados y en casos no previstos en ellos, se refiere al tema en los arts. 513 a 527⁷². De particular importancia resulta el art. 517 que detalla los criterios que determinan la improcedencia de la extradición⁷³.

La Ley 27.891 (2002) del refugiado, establece en su art. 5.1, referido al *derecho* a la no devolución, que “toda persona que invoque la condición de refugiado, puede ingresar a territorio nacional, no pudiendo ser reemplazada, devuelta, expulsada, extraditada o sujeta a medida alguna que pueda significar su retorno al país donde su vida, integridad o su libertad estén amenazadas por

presentar pruebas exculpatorias y recurrir la medida. En estos casos se aplicará “El principio de la no devolución” y las disposiciones del artículo 5° de la presente ley.

⁷¹ Para un detalle actualizado de los tratados y normas internas que regulan la extradición en el Paraguay véase <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/index.html>.

⁷² Para un detalle actualizado de los tratados y normas internas que regulan la extradición en el Perú véase <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/index.html>.

⁷³ Art. 517.3. Tampoco se dispondrá la extradición, cuando: a) La demanda de extradición motivada por una infracción de derecho común ha sido presentada con el fin de perseguir o de castigar a un individuo por consideraciones de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas o que la situación del extraditado se exponga a agravarse por una u otra de estas razones; b) Existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales del Perú, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido; c) El Estado requirente no diere seguridades de que se computará el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición, así como el tiempo que el extraditado hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento. d) El delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en el Estado requirente y éste no diere seguridades de que no será aplicable.

las razones señaladas en el art. 3 [referido a la definición de refugiado]”. De acuerdo con el art. 5.2, el solicitante del estatuto de refugiado “puede permanecer en el país hasta que se defina en última instancia su situación”. No obstante, en línea con lo dispuesto por el art. 5.3, “no puede invocar este derecho quien, por razones fundadas, sea considerado un peligro o haya cometido un delito grave fuera y antes de ingresar al Perú, y constituya una amenaza para el orden público y la seguridad interna”. Complementado el art. 5, el art. 32 señala que la “la Comisión Especial para los Refugiados es la única entidad competente para determinar la expulsión del refugiado”.

En sintonía con estas disposiciones el art. 2 de la ley 27.840 (2002), ley sobre la protección al asilado, establece que “el territorio peruano constituye un espacio inviolable para todas las personas a quienes se conceda asilo y gocen de la protección del Estado”. Asimismo, el art. 3.3, referido a los principios fundamentales, indica tajantemente que ningún solicitante de asilo será sujeto “a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad se encuentre en riesgo”⁷⁴.

Queda claro que el retorno del asilado a su país de origen puede ocurrir “por haber terminado la causa que los obligó a solicitar asilo” y decide “libremente retornar a su país” (véase art. 8). De acuerdo con la ley, la expulsión del asilado es una potestad del país siempre que el asilado incumpliese los deberes a los que está obligado por razón de su condición (véase art. 10).

En cuanto a la jurisprudencia interna, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de expedirse en un caso reciente en el que la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos habían dictado medidas cautelares y provisionales respectivamente, para asegurar la no extradición temporal de la persona⁷⁵.

⁷⁴ La ley 27.840, *Ley de Asilo*, “tiene por objeto regular la institución del Asilo, Territorial o Diplomático, de acuerdo a los términos consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales ratificados por el Perú” (art. 1). Conforme se indica en el art. 1, la ley “se sustenta en lo dispuesto en la Convención de La Habana de 1928; la Convención de Montevideo de 1933 y la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo, así como en la Constitución Política del Perú”.

⁷⁵ El 31 de marzo de 2009, la Comisión otorgó medidas cautelares al señor Wong Ho Wing y solicitó al Estado peruano que se abstenga de extraditarlo hasta que se pronuncie sobre la petición 366-09. El 24 de febrero de 2010, la Comisión solicitó a la Corte Interamericana otorgar medidas provisionales al peticionario. El 24 de marzo de ese mismo año, el presidente en ejercicio del tribunal, Juez Leonardo A. Franco, requirió al Estado peruano que “se abstenga de extraditar al señor Wong Ho Wing mientras [la] solicitud de medidas provisionales no sea resuelta por el pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. El 28 de mayo, la Corte Interamericana dictó medidas provisionales y requirió que el Estado “se abstenga de extraditar[lo] hasta el 17 de diciembre de 2010”. Finalmente, el 26 de noviembre de 2010, la Corte convocó a la Comisión, al Estado y al representante legal del beneficiario, a

La mayoría del Tribunal Constitucional sostuvo que “en el Derecho Internacional se acepta que la obligación de extraditar en algunos casos no es de cumplimiento obligatorio e ineludible, pues su cumplimiento se encuentra sujeto a límites derivados de la protección de los derechos humanos. En estos casos, la obligación de juzgar tiene primacía sobre la obligación de extraditar”. Agregó a párrafo seguido que “una de las limitaciones impuestas por los derechos humanos a la obligación de extraditar es la protección del derecho a la vida. En estos casos, la protección del derecho a la vida se convierte en una circunstancia que impide legítimamente que el Estado cumpla con su obligación de extraditar. En igual situación se encuentran los delitos políticos, pues impiden que en el Estado se genere la obligación de extraditar”. Asimismo, concluyó que “en la eventualidad de que al señor Wong Ho Wing, tras su enjuiciamiento en la República Popular China, le sea impuesta la pena de muerte, se afectaría en forma manifiesta y real su derecho a la vida, lo cual le sería imputable al Estado peruano, pues no valoró en forma adecuada y razonable las garantías suficientes y reales que brinda el Estado requirente para no aplicarle la pena de muerte”. En cuanto a dichas garantías, sostuvo luego que eran insuficientes debido a que el Estado requirente en las Naciones Unidas no había demostrado que garantice la tutela real del derecho a la vida, pues permitía ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias⁷⁶.

VIII.7. Uruguay

En el caso de Uruguay, la Ley 9.155 (Código Penal) sostiene en su art. 13 que “la extradición no es admitida por delitos políticos, por delitos comunes conexos a delitos políticos, ni por delitos comunes cuya represión obedezca a fines políticos”⁷⁷.

una audiencia pública y resolvió mantener la vigencia de las medidas provisionales hasta el 31 de marzo de 2011, con el fin de permitir la realización de la audiencia pública solicitada por el Estado. Para comienzos de ese mes y año, sin prejuzgar sobre el fondo de la cuestión, la Comisión había considerado “que las alegaciones sobre la evaluación inadecuada por las autoridades peruanas en torno a las garantías dispuestas por la República Popular China de que no aplicaría la pena de muerte al señor Wong Ho Wing y en torno a la posibilidad de que sea sometido a torturas y tratos crueles e inhumanos podrían caracterizar un incumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”. Véase CIDH, *Wong Ho Wing v. Perú*, Informe No. 151/10, Petición 366-09, Admisibilidad, Resolución del 1 de noviembre de 2010.

⁷⁶ Tribunal Constitucional, *Wong Ho Wing (en idioma Inglés) y/o Huang HiYong o Huang HeYong (en idioma Chino)*, Exp. N.º 02278-2010-PHC/TC, sentencia del 24 de mayo de 2011.

⁷⁷ Para un detalle actualizado de los tratados y normas internas que regulan la extradición en el Uruguay véase <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/index.html>.

A su turno, la Ley 18.076 (2006) sobre el Estatuto de Refugiado, dice en su art. 5 que “con excepción de los casos en que resulte procedente la extradición, el Ministerio del Interior podrá decretar la expulsión del citado extranjero en un plazo no menor de treinta días. La orden de expulsión no se ejecutará hasta que se adopte resolución definitiva. La expulsión decretada determina la inhabilitación para el reingreso al país por un plazo de dos años”.

Asimismo, como hemos dicho más arriba, de acuerdo con el art. 41, el reconocimiento definitivo de la condición de refugiado supone la denegatoria automática del pedido de extradición de la persona requerida.

A pesar de ello, cuando los pedidos de extradición recaen sobre solicitantes de asilo, será el Juez de la causa quien, en forma excepcional y previo informe de la Comisión de Refugiados (CORE), adopte una resolución sobre la solicitud de asilo, antes de resolver sobre la extradición. De la misma forma se procederá cuando la solicitud de refugio sea posterior al pedido de extradición.

La ley no aclara el efecto del informe o dictamen de la CORE, es decir si resulta o no vinculante para el juez, aunque todo indica que no lo tendría.

IX. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos revisado tanto la perspectiva del ACNUR como la legislación y algunos precedentes jurisprudenciales nacionales en materia de extradición. Ciertamente, muchos de estos casos de asilo y extradición han dado lugar a controversias o tensiones entre los países de la región.

Desde el famoso caso del asilo decidido por la Corte Internacional de Justicia⁷⁸ hasta la actualidad (en especial durante los últimos años), se han evidenciado en la región fuertes tensiones entre los países derivadas de la concesión del estatuto de refugiado o de asilado a personas cuya extradición había sido requerida por el país de origen en razón de haber sido acusadas de la comisión de graves delitos. Más allá de las repercusiones en la agenda bilateral y aún en la política interna de los países, desde la perspectiva del DIR se ha evidenciado el impacto negativo que esto ha tenido en los sistemas de protección.

⁷⁸ Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Caso del Asilo Colombia v. Perú*, sentencia de fondo del 20 de noviembre de 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 266; CIJ, *Solicitud de Interpretación de la sentencia del 20 de noviembre de 1950 en el Caso del Asilo*, sentencia del 27 de noviembre de 1950, I. C. J. Reports 1950, p. 395; CIJ, *Caso Haya de la Torre*, sentencia del 13 de junio de 1951, I.C.J. Reports 1951, p. 71.

En algunos casos se ha concedido el estatuto de asilado y de refugiado con un enfoque más político que estrictamente técnico, recurriéndose a una u otra figura según la coyuntura, la conveniencia o el interés. Algunas veces, la mirada se ha puesto sobre el ACNUR, no con el legítimo propósito de buscar su orientación o asistencia técnica, es decir, para asegurar un procedimiento de toma de decisión justo y eficiente en un caso dado, sino como parte de una estrategia de cara al país de origen o, en el caso del país de origen, como un intento para procurar la devolución de una persona.

En ciertas ocasiones ha existido una interpretación y aplicación de las cláusulas de exclusión no del todo consistente y algunas veces apresurada. Otras veces los países de origen han pretendido obtener la máxima información posible sobre el caso de asilo, presionado políticamente para obtener una pronta devolución o extradición o, mejor aún, una expulsión administrativa acelerada, lo que ha puesto en riesgo o directamente vulnerado la confidencialidad y el principio de no devolución.

Por otro lado, se ha pasado por alto la naturaleza apolítica y humanitaria del asilo que no puede dar lugar a reclamaciones entre Estados y olvidado que, como principio, corresponde al país de asilo la evaluación y determinación técnica del caso, es decir, la calificación de la situación. Para la solución de las diferencias y controversias, algunas veces, se ha recurrido a ardides políticos antes que a las vías diplomáticas adecuadas o a los mecanismos legales existentes.

Muchos países han incluso presentado reclamos formales, procurando hacerse parte de los procedimientos de asilo e inclusive que sea reconocida su legitimación activa para acceder al expediente y presentar recursos administrativos y/o judiciales contra las decisiones de órganos técnicos encargados de la determinación del estatuto de refugiado.

Los vínculos irresueltos entre los procedimientos de extradición y asilo, especialmente las disputas entre las autoridades de extradición y asilo para determinar quién debe resolver en primer término o, eventualmente, quién asumirá el “costo político” de una decisión, han soslayado el enfoque humanitario que debe guiar cualquier decisión en estos casos: la protección de la persona perseguida y la exclusión de la protección como refugiado de aquellas personas que no merecen protección como tales.

A ello se suma que los países de la región no poseen sistemas o procedimientos unificados para la determinación de las necesidades de protección internacional de una persona. Tampoco existen mecanismos claros para el

otorgamiento de formas complementarias de protección a personas que sean reconocidas como refugiadas pero que, de todos modos, no deberían ser forzadas a retornar a sus países de origen a la luz del amparo del principio de no devolución en sus distintas vertientes.

Finalmente, el dualismo asilo-refugio⁷⁹, que sigue presentando síntomas de utilización política y escasa consistencia técnica, encuentra tierra fértil en este campo.

Por todo ello es preciso que los países de la región hagan una profunda reflexión acerca de cómo funcionan en la práctica las interacciones entre la extradición y el asilo y cuáles son las implicancias que ello tiene desde la perspectiva del DIR y el DIDH y la protección de las personas perseguidas.

Esperamos que este artículo contribuya con esta reflexión que resulta hoy insoslayable para asegurar que tanto los principios y propósitos del sistema de cooperación internacional en materia penal como aquellos promovidos por el DIR y el DIDH sean realmente efectivos.

Bibliografía

- Alchurron, Carlos E. y Bulygin Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, 2da. Reimpresión, Buenos Aires, 1993.
- Fitzpatrick, Joan, “The Post-Exclusion Phase: Extradition, Prosecution and Expulsion”, en *International Journal of Refugee Law (IJRL)*, Vol. 12, Special Supplementary Issue, Oxford, 2000.
- Galindo Vélez, Francisco, “El asilo en el sistema de las Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano” en *Colección de Instrumentos Jurídicos Internacionales Relativos a Refugiados, Derechos Humanos y Temas Conexos*, Tomo II, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ACNUR y Universidad Iberoamericana, México, 2002.
- Gross Espiell, Héctor, “El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y Extradición en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados”, en *Asilo y Protección Internacional de refugiados en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Núm. 14, Primera edición, Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.

⁷⁹ San Juan, C.W. y Mark, M., “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 Franco, L. (coord.) *op. cit.*, p. 23 y ss.

- Mandal, Ruma, *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention* (“Complementary Protection”), ACNUR, PPLA/2005/02, 2005.
- 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, L. (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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
- Mondelli, Juan Ignacio, *El asilo como derecho humano en el derecho argentino*, Buenos Aires, 2008, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6418.pdf?view=1>.
- Mondelli, Juan Ignacio, “Los Estándares Internacionales de Protección y el Nuevo Decreto Supremo sobre Refugiados: Avances y Retrocesos en el Nuevo Marco Normativo Interno” en *Derechos Humanos y Acción Defensorial. Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia*, Año 1, N° 1 (Derechos Indígenas), La Paz, agosto de 2006.
- Mondelli, Juan Ignacio, “Notas a la Ley 1938” en *Refugiados y migrantes: compilación, concordancias y comentarios*, Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencia (CIPAE), Diakonia, Suecia y Consejo Mundial de Iglesias, Asunción, 2004.
- Piza Escalante, Rodolfo. E. y Cisneros Sánchez, Máximo, “Algunas ideas sobre la incorporación del derecho de asilo y de refugio al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Asilo y Protección Internacional de refugiados en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Núm. 14, Primera edición, Instituto Matias Romero de Estudios Diplomáticos, UNAM, México, 1982.
- San Juan, César y Mark, Manly, “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 Franco, L. (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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
- Zerbini Ribeiro Leão, Renato, *Memória Anotada, Comentada e Jurisprudencial do Comitê Nacional Para os Refugiados - CONARE*, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5405.pdf?view=1>.

Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba

Martín Lettieri

1. Introducción

“Mi padre cocinaba 4 veces a la semana” o “los martes había rebajas en los precios del mercado” son afirmaciones sobre hechos que pueden ser importantes para un encuentro familiar en que se recuerden momentos emotivos o para una conversación entre personas que buscan ahorrar algún dinero, pero que difícilmente sean relevantes para determinar el estatuto de refugiado de una persona.

Sin embargo, es posible encontrar ejemplos de este tipo de afirmaciones en los fundamentos de las decisiones relativas al rechazo o reconocimiento del estatuto de refugiado en el sur de Sudamérica, ya sea porque se contemplan una gran cantidad de hechos que no son relevantes en razón del objetivo del procedimiento de determinación del estatuto de refugiado (en adelante “procedimientos de DER”) o, por el contrario, porque se omite considerar hechos fundamentales que permitirían tomar decisiones más sólidas.

Por este motivo es posible encontrar habitualmente en estas decisiones referencias a la falta de pruebas, a la falta de credibilidad de los hechos o testimonios o, en general, a la falta de veracidad de los hechos de una solicitud, sin que estas conclusiones sean motivadas de manera adecuada.

Es importante destacar que las cuestiones relativas a la prueba de los hechos de un caso son centrales en cualquier procedimiento jurídico pero toman además características específicas en el marco de los procedimientos de DER.

Aunque esta tradicional cuestión jurídica ha sido ampliamente abordada respecto de procesos de naturaleza civil, penal, laboral y, en menor medida, de naturaleza administrativa, prácticamente no ha sido analizada en relación con

los procedimientos de DER vigentes en los siete países a los que refiere este artículo (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay)¹.

La falta de análisis de estos temas es particularmente preocupante en el contexto actual en el que es posible verificar una gran cantidad de rechazos de solicitudes de asilo sobre la base de cuestiones relacionadas con la prueba en consonancia con una tendencia verificable en otras regiones².

Por otro lado, el aporte del Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) y en particular los documentos de referencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) no han resultado suficientemente precisos en este tema como lo han sido en otros, lo cual ha generado un importante vacío considerando la gran relevancia que se le otorga a estos documentos en la región.

Este artículo busca presentar y brindar un análisis inicial sobre ciertos aspectos de las cuestiones probatorias en el marco de los procedimientos de DER, para luego desarrollar algunas consideraciones sobre su regulación en las normativas nacionales en materia de refugiados de los siete países mencionados.

Para ello, con el fin de situar las consideraciones sobre cuestiones de prueba en el contexto más amplio de los procedimientos de DER, en la primera sección se presentan algunas reflexiones sobre su naturaleza y en la segunda sección se describen ciertas características comunes que comparten estos procedimientos en el sur del continente.

En la tercera sección se desarrollan los aspectos centrales del tema de la prueba en relación con procedimientos de toda índole para dar paso, en cuarto lugar, al abordaje de esta cuestión específicamente en el marco de los procedimientos de DER.

Luego se analizan las normativas nacionales en cuanto regulan este tópico para, finalmente, presentarse algunas conclusiones preliminares y ejes que podrían ser retomados por estudios más específicos en el futuro³.

¹ Véase un análisis relativamente reciente en Galindo Velez E, "Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado" en Namihas, S. (coord.), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ACNUR, Lima, 2001, pp. 119 a 124.

² Esta tendencia a correrse desde cuestiones eminentemente normativas hacia cuestiones referidas al establecimiento de los hechos del caso sobre la base de la prueba como eje central de debate en los procedimientos de DER, es también verificable en otras regiones. Véase Noll, G. (ed), *Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Martinus Nijhoff Pub., Leiden, Boston, 2005, pp. 1 a 3.

³ Cabe mencionar que algunos de los temas que se abordan aquí podrían ser complementados con análisis de otros elementos como, por ejemplo, las legislaciones, la jurisprudencia y las prácticas nacionales del ámbito

II. Características de los procedimientos de DER

Los procedimientos de DER son imprescindibles para asegurar una vigencia efectiva del marco jurídico internacional de protección de los refugiados.

Como afirman Goodwin-Gill y McAdam

Aunque la Convención y el Protocolo no requieren formalmente procedimientos como condición necesaria para su completa implementación, su objeto y propósito de proteger y asegurar los derechos y libertades fundamentales de los refugiados sin discriminación, parecerían requerir fuertemente la adopción de tales medidas internas efectivas. Los procedimientos formales para la determinación del estatuto de refugiado son claramente exitosos en asegurar la efectiva implementación interna de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967⁴.

Considerando que la normativa internacional en materia de refugiados no establece un procedimiento específico para determinar el estatuto de refugiado éste toma las características que cada Estado le asigna de acuerdo con su tradición jurídica en general y en materia de asilo en particular⁵.

Ahora bien, la cuestión de la prueba adquiere ciertas peculiaridades en los casos de determinación del estatuto de refugiado debido a rasgos de excepcionalidad que los procedimientos de DER poseen.

Un primer rasgo de excepcionalidad reside en que el objetivo de estos procedimientos es establecer si una persona puede ser reconocida como miembro de una comunidad específica y, por ende, desempeñan un rol de auto definición del propio Estado Nación y de sus competencias y obligaciones respecto de dichas personas⁶.

Aún luego del desarrollo de normas internacionales como la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante la “Convención

administrativo que influyen en la interpretación y aplicación de cuestiones probatorias a los procedimientos de DER, no obstante lo cual aquí no han sido consideradas en razón de la extensión de este artículo.

⁴ Goodwin-Gill, G. S. and McAdam, J., *The refugee in International Law*, 3^o edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 530 [Traducción del autor]. En el mismo sentido se manifiestan varias conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR disponibles en ACNUR, *Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, Sixth edition, 2011.

⁵ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación del Estatuto de Refugiado*, 1992, párr. 189.

⁶ Benhabib, S., *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.

de 1951”), que pretenden limitar la discrecionalidad del Estado a partir del establecimiento de categorías de personas o supuestos que según las distintas coyunturas históricas se definen como refugiadas⁷, estos procedimientos tienen implicancias de naturaleza constitucional que atraviesan los debates en torno de su formulación, aplicación y vigencia y consecuentemente generan complejidades en su aplicación y posterior análisis.

En definitiva, aunque no es posible desarrollar en profundidad este tema aquí⁸, al ubicarse en el lugar de definición de los límites de las competencias estatales y no plenamente dentro de estas competencias como casi la totalidad del resto de los procedimientos jurídicos, los procedimientos de DER adquieren rasgos excepcionales que impactan, entre otros aspectos, en las cuestiones de determinación de los hechos relevantes y la valoración de la prueba.

Una segunda particularidad de los procedimientos de DER proviene de la ya mencionada ausencia de una regulación específica en las normas internacionales sobre refugiados (aunque existan ciertas obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y recomendaciones del ACNUR al respecto), lo cual implica que cada Estado defina estos procedimientos con cierto margen de discrecionalidad y, por ende, suelen constituirse en un ámbito a medio camino entre el Derecho Internacional y las distintas áreas del derecho interno⁹. De allí que a veces resulte difícil, por ejemplo, compatibilizar las exigencias del derecho internacional de refugiados con las prescripciones del derecho administrativo de un Estado.

Una tercera característica, que sin dudas tiene una gran influencia, es el hecho de que la protección de refugiados en el sur de Sudamérica se ha caracterizado por una particular opacidad dentro de la opacidad propia del discurso del derecho¹⁰.

La confidencialidad que rige estos procedimientos como protección para la persona solicitante de la condición de refugiada y su familia, ha generado un tipo de políticas y prácticas en materia de refugiados que excede ese obje-

⁷ Véase Contarini, E. y Lettieri, M., “Protección internacional de refugiados: alcances y desafíos en la actualidad” en *Revista Jurídica Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, N° 1, Buenos Aires, 2011, en prensa.

⁸ Véase para un mayor desarrollo de estos temas Benhabib, S., *op. cit.*, Agamben, G., *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Pre-Textos, Valencia, 2001, pp. 21 a 30., Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 392 a 448, entre otros.

⁹ Noll G., *op. cit.*, pp. 3 a 5.

¹⁰ Cárcova, C. M., *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.

tivo para derivar en decisiones públicas carentes de suficiente control y en la consecuente dificultad para que dichas decisiones sean revisadas por las propias personas refugiadas, las organizaciones de la sociedad civil y del ámbito internacional vinculadas al tema, la academia y, en muchos casos, aún ajena a la intervención adecuada de otras áreas del Estado distintas a las directamente competentes en materia de refugiados¹¹.

Otra cuestión de central importancia es el carácter intercultural transversal a todo el procedimiento de DER: en cada solicitud de la condición de refugiado se ponen en juego el conjunto de normas, instituciones y prácticas de un Estado respecto de una persona cuya identidad fue conformada en otro conjunto diferenciado de tales normas, instituciones y prácticas. Aún cuando las personas provienen de Estados con tradiciones culturales que podrían en principio considerarse cercanas, es posible identificar cómo los procedimientos de DER, en el mejor de los casos, siempre deben tender puentes sobre ciertas brechas que la comunicación intercultural genera.

El impacto directo en la cuestión de los hechos y la prueba es claro en este punto, por ejemplo si consideramos que el propio relato del solicitante como prueba central de muchas solicitudes se ubica en una cosmovisión probablemente distinta de la del entrevistador o el órgano que toma la decisión sobre su solicitud.

Para finalizar esta enumeración no exhaustiva, es importante mencionar que las propias condiciones de salida de los solicitantes de asilo de su país de origen generan que muchas veces no cuenten con documentación u otro tipo de elementos de prueba mínimos para aportar en apoyo de su solicitud de asilo, lo cual se agrava ante la imposibilidad de contactar a las autoridades de su país de origen derivada de su situación.

III. Los procedimientos de DER en el sur de Sudamérica

En el contexto de las características generales de los procedimientos de DER descritas en la sección anterior, cabe decir que las cuestiones de prueba guardan además estrecha relación con las cualidades específicas que estos pro-

¹¹ Esta característica es típica de las políticas de migración y asilo de los Estados que aún en las experiencias más aperturistas parecieran reservarse un espacio importante de control de la información y del proceso de toma de decisiones. Este espacio debería reducirse en la medida en que se avance en la formulación de políticas públicas más democráticas y basadas en estándares de derechos humanos.

cedimientos adquieren en cada Estado. Por consiguiente, para avanzar en su análisis a nivel del sur de Sudamérica es necesario realizar primero una enumeración de las principales características que comparten los procedimientos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

Es posible comenzar señalando que, desde la sanción de la ley brasilera en 1997 y, principalmente, durante la década del 2000, se atravesó por un período de transición en cuanto a la normativa en materia de refugiados en estos países.

Aunque la mayoría habían ratificado o adherido a la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 hacía tiempo¹², hasta 1997 la regulación a nivel nacional de la protección de refugiados se establecía en una serie de normas dispersas, de rango normativo relativamente menor y que, sobre todo, dejaba una gran cantidad de aspectos sin reglamentar.

Esta situación se transformó radicalmente entre los años 1997 y 2010 en que los siete países aprobaron leyes o decretos nacionales que legislan sobre la mayoría de los aspectos relativos a la protección de refugiados¹³ y dentro de los cuales la regulación de los procedimientos de DER ocupa un espacio destacado.

La situación no es idéntica en todos los casos: mientras que algunos de estos Estados disponen de marcos normativos que establecen procedimientos de DER acordes con sus obligaciones internacionales, otros han establecido normativa o desarrollan prácticas que podrían implicar vulneraciones de estas obligaciones en perjuicio de las personas necesitadas de protección internacional como refugiados.

Sin adentrarse aquí en el análisis de estas divergencias es posible, sin embargo, destacar una serie de características comunes que los procedimientos de DER de los siete países comparten¹⁴:

- 1) Carácter administrativo del procedimiento;
- 2) estructura orgánica;
- 3) recepción de los principios centrales de la protección;
- 4) participación del ACNUR.

¹² Véase ACNUR, *Cuadro comparativo sobre Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo de 1967*.

¹³ Para el análisis del marco normativo vigente en materia de refugiados en estos países véase en este mismo libro los artículos de la Cuarta parte sobre "Marcos normativos nacionales sobre protección internacional de refugiados" [N. del Ed.].

¹⁴ Probablemente las características que se mencionan también sean compartidas por la mayoría de los procedimientos de DER de Sudamérica.

III.1. Procedimientos de carácter administrativo

La actividad estatal que se despliega para establecer si una persona reviste el carácter de refugiado es de naturaleza administrativa, en el marco de procedimientos compuestos de actos de esa naturaleza que, por ende, no revisten carácter legislativo o jurisdiccional¹⁵.

Esta característica, compartida con la mayoría de los procedimientos de DER de los restantes países latinoamericanos, sirve para diferenciar a este grupo de Estados de aquellos en que los procedimientos se llevan a cabo en instancias judiciales o cuasi-judiciales, mayormente de tradición jurídica anglosajona (tal es el caso de Canadá, EE.UU. o Australia, entre otros).

Es por ello que los órganos nacionales encargados de llevar a la práctica el procedimiento de DER se encuentran en la órbita de los poderes ejecutivos nacionales (el hecho de que en Uruguay y Paraguay las Comisiones de Refugiados tenga participación del Poder Legislativo nacional no altera su dependencia orgánica de los Ministerios de Relaciones Exteriores).

Asimismo, si bien los procedimientos de DER comparten una gran cantidad de características con otros procedimientos administrativos a nivel nacional, por diversas razones también tienen particularidades que los diferencian notoriamente de estos.

III.2. Estructura orgánica

El diseño orgánico que las leyes nacionales crean con el objetivo de implementar el procedimiento de DER respeta el siguiente esquema general:

- órgano nacional, centralizado, de carácter técnico, responsable de la mayor parte de las etapas del procedimiento de DER;
- órgano colegiado o funcionario de alto rango responsable de la decisión final de las solicitudes;

¹⁵ “Los órganos administrativos no realizan sino función administrativa, siendo impropio y antijurídico pretender reconocerles función jurisdiccional o legislativa; se sigue de ello que los procedimientos de los órganos administrativos constituyen ‘procedimientos administrativos’, sea que se trate de órganos de la administración central, o de organismos descentralizados del Estado (entes autárquicos, etc.). Sólo se podría hablar de jurisdicción en sede administrativa si se crearan, a la usanza de Canadá o Gran Bretaña, tribunales administrativos imparciales e independientes para dictar el primer acto administrativo”, Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 10° Ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, Capítulo IX, sección 6.1.

- atribución de responsabilidades específicas del procedimiento de DER a otros órganos de la administración central o provincial (ej. áreas de migraciones, fuerzas de seguridad con competencias migratorias, instancias de revisión o apelación de la decisión, etc.).

Esta estructura orgánica comparte características con las existentes en otras regiones pero, al mismo tiempo, introduce otras originales y probablemente positivas.

La más destacada es el hecho de contar con instancias técnicas especializadas y permanentes con competencias en materia de inicio del trámite de una solicitud, realización de entrevistas, elaboración de opiniones legales y emisión de documentación, entre otras.

III.3. Recepción de los principios centrales de la protección de refugiados

La normativa de estos países recoge los más importantes principios contenidos en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 que constituyen el contenido sustancial de la protección internacional que una persona obtiene como refugiada.

Si los Estados incumplen, por ejemplo, sus obligaciones en materia de no devolución, no expulsión o no sanción por ingreso ilegal, vacían de sentido la protección internacional que deben brindar.

Es por ello que algunos de estos principios aún sin ser de naturaleza procedimental impactan en forma transversal en todas las etapas de los procedimientos de DER, toda vez que su observancia depende en gran medida de las características formales y prácticas de estos procedimientos.

Quizás el principio de no devolución sea la máxima expresión de esta afirmación, ya que para asegurar su vigencia es necesario contar con un procedimiento de DER con ciertas características que permitan, al menos, identificar y lograr una determinación justa de las necesidades de protección internacional de una persona.

III.4. Participación del ACNUR en el procedimiento de DER

La legislación de estos países prevé algún tipo de participación del ACNUR en los procedimientos de DER que instaura.

Es probable que no haya otro procedimiento administrativo nacional en estos Estados que establezca un rol específico y regular para una instancia de Naciones Unidas tal como lo hacen estas legislaciones para el caso del ACNUR.

Esto es curioso si comparamos este rol del ACNUR respecto de la tarea que en general realizan otras instancias de Naciones Unidas en estos países y, es aún más llamativo, si la comparación es respecto de otros procedimientos administrativos nacionales.

En efecto, en lo que concierne a la determinación del estatuto de refugiado se reconoce a la comunidad internacional institucionalizada bajo la forma de Naciones Unidas un rol de cooperación directo más bien que subsidiario.

Aunque el ACNUR no tenga derecho a voto en ninguna de las comisiones nacionales de refugiados e, incluso, la legislación chilena no establezca su participación como miembro sino que contemple la posibilidad de que sea invitado por el área competente, la práctica demuestra que el ACNUR participa de manera regular en estos procedimientos de DER, tomando conocimiento de la mayor parte de las solicitudes de asilo que se analizan y, en general, proporcionando elementos técnicos para su análisis.

La revisión de estas características compartidas permite dar cuenta de un contexto común de los procedimientos de DER en el sur de Sudamérica dentro del cual se insertan las problemáticas referidas a la prueba en las solicitudes de asilo que a continuación se desarrollan.

IV. La cuestión de la prueba y los procedimientos de DER

La aplicación de normas jurídicas a un caso requiere, justamente, establecer cuál es el “caso” al que se pretenden aplicar.

Dejando de lado o, más precisamente, asumiendo importantes supuestos epistemológicos que se encuentran en la base de este tema y que no es posible desarrollar aquí¹⁶, es posible afirmar que para poder aplicar normas a un caso concreto es necesario partir por establecer los hechos que lo conforman¹⁷.

¹⁶ Para una exhaustiva síntesis de los debates filosóficos y su recorrido histórico en torno al tema véase Nieva-Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

¹⁷ En sentido estricto no se establecerán los hechos porque éstos obviamente ya han ocurrido, sino que se elegirán, mediante distintos criterios para evaluar los elementos de prueba, una serie de enunciados que se considera que describen adecuadamente o, al menos, describen mejor que otros enunciados, esos hechos pasados. Véase Taruffo, M., *La prueba*, Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, 2008, p. 16.

Habrá que establecer si efectivamente ocurrió que X entró a la casa de Y rompiendo una ventana, que Z no abonó los alquileres debidos a H o que M excedió con su auto la velocidad máxima permitida en la ciudad de Lima (es decir, los hechos relevantes del caso), para luego considerar si corresponde aplicar la norma penal, civil o administrativa que especifica una consecuencia jurídica para esos supuestos de hecho¹⁸.

Salvo circunstancias excepcionales, quienes deben aplicar una norma no conocen en forma directa los hechos del caso sino que deben intentar reconstruir un evento específico del pasado a partir de elementos que disponen en el momento de aplicar la norma que se denominan elementos de prueba¹⁹.

Las regulaciones de las cuestiones referidas a la prueba, contenidas mayormente en legislaciones de índole procesal, pretenden ordenar aspectos tales como qué pruebas son importantes, qué requisitos y formalidades deben reunir para ser aceptadas en el proceso, quiénes deben aportarlas y cómo debe evaluarse su eficacia probatoria a efectos de considerar un hecho como establecido o probado.

Para facilitar su abordaje a lo largo de este artículo se clasificarán las cuestiones que involucra el tema de la prueba en las siguientes tres categorías, aunque en la práctica estas categorías se presenten superpuestas entre sí:

Una primera categoría es el tipo de pruebas que son importantes o relevantes para un procedimiento dado y los criterios o formalidades para ser admitidas en un procedimiento, cuestiones comúnmente llamadas de *relevancia* y *admisibilidad* respectivamente.

La cuestión de la denominada *carga de la prueba* constituye una segunda categoría que refiere a las responsabilidades de las partes de aportar prueba en un caso específico (carga de la prueba en sentido subjetivo) y, principalmente, a las consecuencias e inferencias que pueden realizarse frente a la carencia de dichas pruebas (carga de la prueba en sentido objetivo).

Por último, una tercera categoría es la cuestión del *mérito* o *valoración de la prueba*, la cual refiere a los métodos y criterios que se utilizan en un proce-

¹⁸ Nuevamente, siendo precisos siempre hay un mecanismo de mutua remisión entre las normas y los hechos, ya que para establecer los hechos relevantes de un caso es necesario partir de un marco general que las normas establecen para saber cuáles son esos hechos relevantes que se intentarán probar. Véase Taruffo, M., *op. cit.*, p. 17.

¹⁹ Contrariamente a lo que muchas veces suele creerse, existen un gran número de casos de todos los ámbitos jurídicos en que las controversias refieren en mayor medida al establecimiento de los hechos que a las dificultades de la interpretación o aplicación de la norma.

dimiento específico para establecer en qué medida los elementos de prueba permiten determinar la verdad o falsedad de los hechos del caso que se pretenden probar²⁰.

Sobre la base de esta breve introducción a las cuestiones relativas a la prueba respecto de procedimientos de toda índole, en la siguiente sección se analizan algunas dificultades específicas que este tema genera en el marco de los procedimientos de DER.

IV.1. ¿Qué hechos deben probarse en los procedimientos de DER? Hechos del caso vs. temor fundado

Una primera cuestión que ha resultado altamente compleja se refiere a determinar cuáles son los hechos que deben probarse en un procedimiento de DER.

La respuesta, que puede resultar obvia a primera vista, es que los hechos que deben probarse son siempre hechos pasados referidos a la vida del solicitante del estatuto de refugiado o, a lo sumo, características del solicitante de naturaleza continua o permanente (como su identidad, nacionalidad, edad, sus vínculos familiares, etc.), pero jamás, por definición, podrían probarse hechos futuros, hechos que no han sucedido aún.

¿Por qué es necesario aclarar algo que pareciera tan obvio?

La principal confusión sobre cuáles son los hechos que deben probarse tiene un origen normativo ya que deriva de la característica prospectiva de la definición clásica de refugiado, es decir, de la necesidad de evaluar las consecuencias futuras que esta definición requiere toda vez que un refugiado en los términos de la Convención de 1951 tiene un temor fundado de regresar a su país de origen en razón de la persecución de la que pueda ser víctima.

Esto implica que, por más actos atroces de persecución que haya sufrido una persona en el pasado en su país de origen, no habrá un refugiado si no existe riesgo de que hechos iguales o similares le ocurran (a él o a su grupo familiar, amistades, miembros de su grupo social, etc.) en caso de regresar²¹.

²⁰ Nieva Fenoll, J., *op cit.*, pp. 27 a 35.

²¹ Tal como fue concebido en el marco de una organización estadocéntrica de la comunidad internacional, el estatuto de protección internacional como refugiado, al igual que los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos o las jurisdicciones penales internacionales, es inherentemente subsidiario de la protección nacional y, por ende, en la medida en que esta protección esté disponible de manera realmente efectiva el estatuto de refugiado pierde su sentido.

Este análisis de las consecuencias futuras se suele llevar adelante para establecer el carácter fundado del temor que la definición de refugiado de la Convención de 1951 exige, mediante un ejercicio de especulación sobre los hechos que enfrentará el solicitante del estatuto de refugiado en caso de regresar a su país de origen²².

Dicha especulación sobre el carácter fundado del temor y los estándares o reglas que la guían es lo que en muchos casos se ha confundido con la tarea de valorar la prueba para establecer los hechos pasados del caso.

Así, para establecer este carácter fundado se ha recurrido a parámetros que provienen justamente del ámbito normativo y doctrinario sobre valoración de la prueba, tales como la coherencia, la consistencia, o a la confusa cuestión de la evaluación de la credibilidad del relato, o a estándares como el del “balance de probabilidades” o de “más allá de toda duda razonable”, lo cual ha promovido esta confusión²³.

En otras palabras: qué grado de confirmación se debe obtener para considerar al temor como fundado es un análisis legal que no es sinónimo de determinación de los hechos de una solicitud de asilo.

A riesgo de caer en reiteraciones es importante detenerse aún más en clarificar este punto.

Podría decirse, a efectos de su estudio, que existen dos etapas en el examen de una solicitud del estatuto de refugiado²⁴: la primera etapa —que podría denominarse etapa fáctica— es previa al análisis de cualquier definición legal y en ella se busca probar qué hechos relevantes le han sucedido a la persona en el pasado que motivan su solicitud del estatuto de refugiado²⁵.

²² Hathaway, J. C., *The law of refugee status*, Lexis Nexis Canada Inc, Canadá, 1991, p. 65.

²³ Goodwin-Gill, G. S. and McAdam, J., *The refugee in internacional law, op. cit.*, p. 54.

²⁴ También aquí deberán establecerse los hechos que puedan dar lugar a la aplicación de una cláusula de exclusión. Aunque no se analizan las particularidades referidas a la aplicación de cláusulas de exclusión cabe decir que es igualmente relevante la división entre establecimiento de los hechos y aplicación de la norma, y que la expresión “motivos fundados” del artículo 1.F también podría servir como una guía para fijar estándares de valoración de la prueba pero que no soluciona por sí esta cuestión ni obsta los análisis que más abajo se realizan al respecto. Para profundizar en cuestiones de prueba respecto de la exclusión ver Gilbert, G., “Exclusion and Evidentiary Assesment” en Noll, G. (ed.), *op cit.*

²⁵ Es cierto que para identificar si los hechos son o no relevantes se parte de un marco general que las definiciones legales nos brindan como se mencionara anteriormente y, por ende, estas dos etapas del análisis no están claramente escindidas sino que entre lo fáctico y lo normativo existe una relación estrecha. Sin embargo lo importante es destacar que las definiciones legales facilitan en este primer momento la identificación de cuáles hechos son relevantes pero no aportan elementos sobre cuando considerarlos como probados y eso ya basta para justificar esta división analítica pero también procedimental.

En una segunda etapa, que podría denominarse *normativa*, se recurre a los hechos relevantes que ya fueron probados para analizar si éstos se encuadran dentro de los distintos elementos que las definiciones de refugiados exigen y que la normativa internacional, la doctrina y la práctica estatal han interpretado largamente (como por ejemplo el análisis de la pertenencia a determinado grupo social como motivo de persecución, o la cuestión de la disponibilidad de protección efectiva en el país de origen).

Ahora bien, mantener esta división realmente no es una originalidad de los procedimientos de DER sino que, por el contrario, como ya se mencionaba en la introducción, es prácticamente el recorrido habitual que cualquier procedimiento jurídico sigue adelante: primero determina qué hechos considera probados a los efectos de un caso para luego adentrarse en la aplicación de la norma a esos hechos y a la elucidación de las problemáticas que de ello derivan²⁶.

Aún cuando en el marco de los procedimientos de DER se puedan utilizar estándares o parámetros de valoración similares en las dos etapas (para probar los hechos en la primera y para establecer el carácter fundado del temor en la segunda), evitar la confusión entre ambos momentos es primordial tanto por cuestiones prácticas como, sobre todo, por el impacto en la realización de un correcto análisis de una solicitud.

Es posible mencionar en apoyo a esta división que algunos de los documentos del ACNUR que abordan directamente las cuestiones de hechos y prueba en los procedimientos de DER la sustentan.

En primer lugar el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado (en adelante “el Manual”) afirma que “[l]a determinación de la condición de refugiado es un proceso que se desarrolla en dos etapas. En primer lugar, es necesario comprobar los hechos que son del caso. En segundo lugar, es preciso aplicar las definiciones de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 a los hechos así comprobados”²⁷.

Por su parte, el “Formulario de Evaluación para DER bajo mandato del ACNUR” divide en primer término una instancia que denomina *credibilidad* pero que refiere al establecimiento de los hechos relevantes del caso, para lue-

²⁶ Taruffó, M., *op cit.*, p. 16.

²⁷ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, 1992, párr. 29. Es posible seguir este documento en algunos puntos aunque luego genere algunas confusiones o establezca criterios que ya han sido abandonados.

go recién analizar el temor fundado y el resto de las cláusulas de inclusión del artículo 1.A. de la Convención de 1951.

Por último, si bien la Nota sobre Carga y Mérito de la Prueba en las solicitudes de asilo (en adelante “la Nota”) no hace esta distinción de manera explícita, afirma por un lado que “en el contexto de la responsabilidad del solicitante de probar los hechos que sustentan su solicitud, el término ‘mérito de la prueba’ significa el umbral que debe alcanzar el/la solicitante para persuadir al examinador sobre la verdad de sus afirmaciones respecto a los *hechos acontecidos*”²⁸, para luego específicamente dedicar la siguiente sección del documento a la cuestión del carácter fundado del temor²⁹.

Sobre la base de lo expuesto, en el presente artículo se hace referencia a cuestiones de prueba siempre en relación con la primera de las etapas caracterizadas mientras que el establecimiento del “temor fundado”, que refiere a la segunda, no es objeto de abordaje aquí.

IV.2. El análisis del ACNUR sobre cuestiones de prueba

El ACNUR aborda este tema de manera explícita y con un grado de desarrollo significativo en al menos tres documentos oficiales: el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar el Estatuto del Refugiado de 1992; el documento de 2001 llamado Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; y, la Nota sobre la Carga y el mérito de la Prueba de 1998 (en adelante “la Nota”)³⁰.

De los tres la Nota sobre Carga y Mérito de la Prueba es el más relevante por su especificidad pero también por ser el más preciso e incluir expresamente como base el contenido del Manual. En igual sentido, el documento de Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados remite expresamente a la Nota como referencia de la postura del ACNUR en el tema (aunque cabe decir que en algunos puntos no parecería

²⁸ ACNUR, *Nota sobre carga y mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, 1998, párr. 7 [Destacado del autor].

²⁹ *Ibíd.*, sección IV.

³⁰ Si bien otros documentos refieren al tema de la prueba de manera indirecta, no cambian en lo sustancial las conclusiones de aquellos tres. Entre otros véase ACNUR, *Formulario de evaluación para la determinación de la condición de refugiado bajo mandato del ACNUR*; ACNUR, *Módulo Autoformativo 2: La determinación del estatuto de refugiado*, 2006; y para exclusión ACNUR, *Documento del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2003, párrs. 105 a 113.

atenerse estrictamente a lo que la Nota establece). Por estos motivos a continuación el análisis se concentra en el contenido de este último documento.

En cuanto al marco general de la Nota, un primer elemento que cumple las veces de fundamento transversal es la ya referida cuestión de la naturaleza excepcional de los procedimientos de DER, de la situación de los solicitantes y de los hechos a probar. Esta característica eminentemente fáctica deriva en la Nota en conclusiones concretas sobre cada aspecto de la prueba.

Un segundo elemento general de este documento es la afirmación de que “las pautas que se dan en esta Nota deberán ser interpretadas como aplicables a todas las solicitudes de asilo en general”, lo que refiere específicamente al hecho de que sus conclusiones pretenden ser válidas a nivel global sin importar el tipo de tradición jurídica en que se inserta el procedimiento de DER en cada país de asilo³¹. Esta es una pretensión de universalidad bastante arriesgada si tomamos en cuenta las diferencias existentes en temas probatorios entre los sistemas anglosajones y los de tradición continental.

Como su nombre lo indica, la Nota aborda explícitamente la cuestión de la carga de la prueba y la cuestión del mérito o valoración de la prueba, pero también menciona cuestiones referidas a lo que en este artículo se agrupa bajo la categoría de “relevancia y admisibilidad”.

En relación con esta última describe a modo de enumeración algunos elementos de prueba *a priori* relevantes en el procedimiento de DER tales como “un informe veraz de los hechos”, información sobre la “situación objetiva en el país de origen y sobre los asuntos importantes de conocimiento público (párr. 6), y aclara, quizás de manera redundante, que la prueba “puede ser oral o documental” (párr. 5).

En el caso del informe veraz es posible interpretar que se refiere a la declaración del solicitante en el marco del procedimiento que, por lo general, implica al menos una instancia escrita inicial (denominada usualmente formulario de registro o inicio), y la declaración propiamente dicha o testimonio que, en el caso de los procedimientos bajo análisis, se concreta en una o varias entrevistas con funcionarios especializados.

³¹ “Dicho esto y aun cuando los términos del derecho consuetudinario son técnicos y de una particular importancia para ciertos países, estos estándares para las pruebas a aportar han sido utilizados más ampliamente en la determinación de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado en todas partes, incluso por el ACNUR. Por lo tanto, *las pautas que se dan en esta nota deberán ser interpretadas como aplicables a todas las solicitudes de asilo en general*”, en ACNUR, *Nota sobre carga y mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, *op. cit.*, párr. 3 [Destacado del autor].

En cuanto a la información sobre la situación objetiva en el país de origen y los asuntos de conocimiento público, la Nota no indica qué características debe tener esta información o cómo debe obtenerse no obstante lo cual este tema ha sido objeto de amplios desarrollos en otros documentos provenientes del ACNUR y otras instancias³².

Esta enumeración no es taxativa y es posible afirmar una vez más que, por las características propias del procedimiento de DER, la regla general en materia de relevancia de la prueba es que cualquier tipo de prueba que normalmente se utiliza para establecer los hechos en el procedimiento administrativo y/o judicial según las legislaciones nacionales debería también ser considerada relevante a efectos de la DER.

La Nota no hace referencia específica a cuestiones de admisibilidad de la prueba (requisitos formales para ser aceptada o rechazada).

Luego se aborda la cuestión de la Carga de la Prueba que la Nota entiende en su faz de responsabilidad de aportar prueba³³ y parte de establecer el siguiente criterio general:

[...] considerando la situación tan especial en que se encuentran los solicitantes de asilo, *no se les debe requerir aportar toda la prueba necesaria* [Destacado del autor].

Como contracara de esta afirmación sostiene que el funcionario u órgano que lleva adelante la DER tiene la responsabilidad de incorporar al procedimiento los elementos de prueba que el solicitante se encuentra imposibilitado de aportar:

[...] *en las solicitudes de asilo, quien tiene la carga de establecer la veracidad de los alegatos y la exactitud de los hechos sobre los que ha basado su solicitud de asilo, es el solicitante.* [...] En vista de las particularidades de la situación de un refugiado, *el examinador comparte con éste el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes del caso* [Destacado del autor].

³² Para un estudio sobre la importancia de la Información de País de Origen en las solicitudes de asilo véase en este mismo libro Feldmann, A. *et al*, "Información de País de Origen en determinaciones del estatuto del refugiado: lecciones de un proyecto de cooperación interinstitucional en Chile" [N. del Ed].

³³ Como se definiera previamente la clasificación en objetiva y subjetiva refiere a lo que implica esta categoría comúnmente para la tradición del derecho anglosajón y para el derecho de tradición civil. La Nota, sin embargo, pareciera referirse de manera confusa a esta categoría implicando ambas acepciones y dando preeminencia a la acepción anglosajona que entiende la carga de la prueba como sinónimo de responsabilidad de cada parte de aportar la prueba en sustento a los hechos alegados.

La idea de que la carga de la prueba es compartida implica consecuencias importantes para el procedimiento de DER tanto en la faz subjetiva (responsabilidad de aportar pruebas) como en la objetiva (principio de aplicación y/o valoración), que se relacionan pero no se superponen.

En la faz subjetiva refiere entonces a que no es el solicitante quien debe aportar toda la prueba relevante sino que también el funcionario u órgano competente tiene la responsabilidad de buscar y obtener dicha prueba³⁴.

Al mismo tiempo, respecto de esta conclusión pero en cuanto a la dimensión objetiva de la carga de la prueba, si ambos, solicitante y oficial de DER comparten la responsabilidad de aportar pruebas, correspondería también que ambos hubiesen producido la totalidad de la prueba relevante a su alcance para llegar a la conclusión de que un hecho no ha sido suficientemente probado al momento de la valoración.

Esta presunción implicaría que el solicitante pudiera alegar la falta de adecuada motivación de una decisión sobre su estatuto si el funcionario u órgano no hubiera realizado todas las medidas a su alcance para procurar la prueba que serviría de apoyo a su solicitud y que él mismo no hubiera podido aportar.

Una segunda conclusión es que si ha quedado establecido que el solicitante y el funcionario agotaron todos los medios de prueba que tenían disponibles y aún así un hecho no hubiera sido suficientemente probado, esto no debería ser considerado como un elemento negativo para la valoración de otras pruebas (como suele suceder en la práctica).

Finalmente, en cuanto al mérito o valoración de la prueba también es posible decir que la Nota fija algunos principios o criterios generales.

En primer lugar reafirma una vez más la diferencia, basada en los distintos motivos ya enunciados aquí, entre los procedimientos de DER y los procesos penales o civiles respecto también de los criterios de valoración de la prueba (párr 8).

Luego presenta un segundo criterio cuando afirma que sobre la base de toda la evidencia aportada y las declaraciones del solicitante, quien examina

³⁴ Es importante mencionar que en el sistema continental y sobre todo en procedimientos vinculados a cuestiones de derecho internacional y DIDH esto no es una excepción a la regla general sino que es una tendencia bastante extendida: el juez tiene responsabilidades de procurar prueba. Esto se justifica por varias razones pero en particular por el tipo de casos y por la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima frente al Estado, argumentos que es posible trasladar a los procedimientos de DER. Véase Abreu Burreli, A., "La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Corte IDH, *El sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª edición, Corte IDH, Costa Rica, 2003.

debe concluir que los distintos hechos han sido probados si considera que es verosímil que hayan sucedido³⁵.

En español verosimilitud implica, por definición, probabilidad³⁶, por lo cual este criterio apunta a alejar la pretensión de obtener un alto grado de certeza sobre los hechos ocurridos o de probar la verdad material como se requiere en los procedimientos de naturaleza penal.

La Nota no aporta otros criterios generales sobre valoración de todos los tipos de prueba de una solicitud sino que luego se aboca al análisis de estándares específicos para la prueba de declaración del solicitante³⁷.

Al abordar la problemática de la valoración del testimonio del solicitante, la Nota recomienda específicamente la utilización de dos estándares: la “coherencia” y la “consistencia”³⁸.

Aunque no se describen en el documento, si se parte nuevamente de las definiciones corrientes de estos términos, cuando se habla de coherencia se hace referencia a la conexión o unión interna entre los enunciados de la declaración del solicitante mientras que la consistencia apunta a la relación entre esos enunciados ya no entre sí sino con los restantes elementos de prueba de la solicitud (en particular con la información de país de origen).

En conclusión, la Nota aborda varios de los temas relacionados con la prueba aportando principios generales que resultan de gran utilidad para su consideración en los procedimientos de DER pero, al mismo tiempo, no es suficientemente clara en otros aspectos —en particular sobre la cuestión de

³⁵ En este punto se toma como referencia la versión original de la Nota en inglés toda vez que la traducción al español no es muy feliz en este párrafo ya que pareciera caer en una tautología cuando afirma que para “que las declaraciones del solicitante sean creíbles... el examinador necesita decidir... basado en la veracidad de las declaraciones del solicitante”. Esto suceda probablemente por haberse traducido los términos *statements* y *claim* del original en ambos casos por la palabra “declaraciones”. Véase ACNUR, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 1998, párr. 8.

³⁶ Véase Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, disponible en www.rae.es, entradas “verosímil” y “probable”.

³⁷ Quizás sea acertado ya que la declaración del solicitante es una prueba con la que se cuenta prácticamente en todos los casos (aunque en el caso de niñas y niños de corta edad o en personas con problemas de salud mental no necesariamente pueda obtenerse una declaración que sirva como prueba) y que debería aportar gran información sobre los hechos ocurridos. Pero también es cierto que la Nota casi no hace mención a la información de país de origen que, como se mencionaba antes, también es una prueba disponible en todos los casos e implica también problemas específicos al momento de su valoración como elemento probatorio.

³⁸ Respecto a los criterios de evaluación de testimonios en procedimientos de DER véase Byrne, R., “Assesing testimonial evidence in asylum proceedings: guiding standards from the International Criminal Tribunal” en *International Journal of Refugee Law*, Vol 19., N° 4, Oxford, 2007.

la valoración de la prueba—, tanto por la ausencia de mayores detalles sobre ciertas afirmaciones, como por la dificultad generada por la introducción de categorías que tienen mayor desarrollo en otras regiones pero que no son familiares a las tradiciones culturales sudamericanas³⁹.

IV.3. La cuestión de la prueba en los procedimientos de DER en el sur de Sudamérica

Con el objetivo de analizar las cuestiones de prueba en los procedimientos de DER en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, se han tomado como referencia artículos paradigmáticos de las normas de mayor jerarquía en materia de refugiados de cada país⁴⁰.

Sobre esta base y retomando la división propuesta anteriormente en cuestiones de “relevancia y admisibilidad”, cuestiones de “carga de la prueba” y cuestiones de “mérito o valoración”, es posible afirmar que respecto de la admisibilidad existe un principio general de libertad en cuanto al tipo de pruebas que es posible aportar.

En particular se afirma explícitamente que puede ser testimonial —en referencia al testimonio de la persona solicitante pero también al de otros testigos—, documental, o informativa para dar cuenta de la situación en el país de origen.

Pero más allá de estas menciones explícitas, en general las legislaciones nacionales admiten cualquier tipo de prueba en cuanto aporten información sobre los hechos sucedidos (por ejemplo, el artículo 31.c de la Ley 18.076 de Uruguay afirma que la Secretaría de la Comisión de refugiados debe “recibir en forma personal el testimonio del solicitante y todas las pruebas que éste ofrezca”).

Es importante resaltar que surge con claridad de los distintos artículos en la materia el hecho de que, al momento de tomar una decisión sobre reconocimiento o rechazo de una solicitud de la condición de refugiado, es obli-

³⁹ El parámetro de la credibilidad resulta incluso problemático para la DER en contextos donde su utilización jurídica se encuentra más extendida. Véase Millbank, J., “‘The ring of truth’: a case study of credibility assessment in particular social group refugee determinations” en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21, N° 1, Oxford, 2009.

⁴⁰ Una vez más es importante destacar que en razón de ser un artículo de carácter introductorio no se pretende exhaustividad en esta descripción. Al mismo tiempo, a futuro sería productivo incluir en el análisis las normas de menor jerarquía sobre refugiados, regulaciones en materia de procedimientos administrativos y fundamentos de decisiones de las Comisiones Nacionales de Refugiados.

gatorio contar como mínimo con dos pruebas que en todos los casos estarán disponibles: el testimonio de la persona solicitante y la información sobre la situación en su país de origen.

Respecto de la relevancia existe un principio de informalidad sobre los requisitos que dichos elementos probatorios deben reunir, eximiendo de formalidades de cualquier índole a las distintas pruebas que se aporten.

En relación con la carga de la prueba, claramente las legislaciones se asientan sobre la base de la responsabilidad compartida entre el solicitante y la instancia de evaluación de la solicitud.

A los solicitantes de asilo se les impone la obligación de aportar toda la prueba que dispongan en apoyo de su solicitud y de declarar verazmente los hechos que dan lugar a su solicitud (por ejemplo en el art. 44 de la Ley 26.165 de Argentina).

Las instancias técnicas que impulsan el procedimiento tienen dentro de sus competencias las de tomar obligatoriamente al menos una entrevista al solicitante de asilo (art. 30 de la Ley 20.430 de Chile), buscar la información relevante sobre la situación en el país de origen del solicitante (art. 20.e de la Ley 1.938 de Paraguay) y, en general, la responsabilidad de realizar todas las diligencias que estén a su alcance para determinar los hechos del caso (art. 23 de la Ley 9.474 de Brasil).

Es posible afirmar entonces que respecto de las cuestiones de relevancia, admisibilidad y carga de la prueba las legislaciones nacionales sobre refugiados de los distintos países guardan importantes similitudes entre sí y, al mismo tiempo, se adecuan a los criterios o principios generales expuestos previamente en este artículo.

En referencia con el mérito o valoración de la prueba las regulaciones resultan, en cambio, bastante más confusas.

Los criterios para valorar la prueba varían notoriamente de una legislación a otra pero incluso en algunos casos tampoco resultan claros a nivel nacional. Por otra parte, ciertas regulaciones fijan estándares problemáticos en cuanto a la posibilidad de un análisis justo de una solicitud de asilo.

Podría decirse, como pauta general, que el objetivo implícito de las regulaciones en este aspecto es el de establecer criterios de valoración de la prueba ajustados al contexto y características de los procedimientos de DER, flexibilizando los requerimientos y estableciendo presunciones que faciliten la tarea de establecer los hechos.

Más allá de este objetivo, no parecería que las regulaciones aportaran claridad o herramientas concretas para evaluar las pruebas de una solicitud o que, desde otra perspectiva, acotaran el margen de discrecionalidad del funcionario u órgano que debe tomar una decisión en un caso.

Es necesario destacar que existe una gran vaguedad terminológica ya que los artículos pertinentes hablan de prueba directa, prueba material, indicios, presunciones, credibilidad, sana crítica, beneficio de la duda y *principio pro hominis* sin mayor especificidad ni precisiones sobre cada uno de estos términos, en algunos casos con un sentido distinto al que comúnmente revisten en otros contextos.

¿Qué significa la fórmula “indicios suficientes” de la ley argentina o cuánta es la “prueba material” considerada como “suficiente” para considerar probado un hecho de acuerdo con la Ley de Chile? ¿De qué manera las obligaciones del solicitante de decir la verdad o aportar toda la prueba a su disposición pueden desempeñar un rol concreto o servir de pauta en la valoración de las pruebas disponibles? ¿La referencia al *principio pro hominis* de la ley paraguaya debe ser interpretada como sinónimo de “beneficio de la duda”? ¿El “beneficio de la duda” debe aplicarse sólo a la declaración del solicitante o, con mejor criterio, debe permitir saldar las dudas sobre hechos concretos que surjan de la declaración o de cualquier otro instrumento probatorio, incluyendo la información de país de origen?

Una mención específica amerita el hecho de la utilización de la denominada “credibilidad” como pauta de valoración de la prueba ya que, como se mencionara antes, al ser una categoría extraña a los procedimientos administrativos en Sudamérica genera importantes confusiones que derivan en márgenes de apreciación muy amplios o en su utilización para evaluar características personales de los solicitantes (como su estado de ánimo, su disposición o fluidez al hablar, etc.) más que para valorar pruebas para establecer hechos.

Esta descripción pretende mostrar varios aspectos problemáticos que existen respecto de cuestiones de valoración de prueba en los procedimientos de DER en la región. Quizás estas dificultades no sean exclusivas de estos países lo cual no significa que resulte necesario avanzar en su análisis para alcanzar mayores certezas en las decisiones que se adopten.

En definitiva, tanto a nivel normativo como en la práctica de los procedimientos de DER, establecer criterios para la valoración de la prueba o definirlos de manera más precisa redundaría en simplificar la labor de los

funcionarios u órganos encargados de la DER y al mismo tiempo acotaría el margen de discrecionalidad brindando mayor solidez a las decisiones que se adopten y garantizando a las personas solicitantes una adecuada evaluación de sus solicitudes.

V. Conclusiones

A lo largo de este artículo se plantearon algunas reflexiones introductorias sobre distintos aspectos del tema de la prueba en los procedimientos de DER, asumiendo que prácticamente no han sido analizados de manera directa en investigaciones o publicaciones recientes en la región.

Estas consideraciones podrían enriquecerse mediante el análisis de los fundamentos de las decisiones sobre el estatuto de refugiado y las regulaciones y prácticas en materia de procedimientos administrativos a nivel nacional (que en algunos casos se aplican de manera supletoria a los procedimientos de DER), así como también de la legislación y práctica comparada en la materia.

No obstante ello, se espera haber alcanzado el objetivo de mostrar la importancia que las cuestiones de prueba tienen en la tarea de resolver una solicitud de asilo y, en consecuencia, la necesidad de profundizar una reflexión sobre el tema que complete algunas lagunas existentes y, al mismo tiempo, aporte una mirada propia asentada en la tradición jurídica de los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado del sur de Sudamérica.

Bibliografía

- Abreu Burreli, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Corte IDH, *El sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, 2º edición, Corte IDH, Costa Rica, 2003.
- Agamben, Giorgio, *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Pre-Textos, Valencia, 2001.
- Arendt, Hannah., *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza, Madrid, 1987.
- Benhabib, Seyla, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.
- Byrne, Rosemary, “Assesing testimonial evidence in asylum proceedings: guiding standards from the International Criminal Tribunal” en *International Journal of Refugee Law*, Vol 19., N° 4, Oxford, 2007.
- Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.

- Contarini, Eugenia y Lettieri, Martín, “Protección internacional de refugiados: alcances y desafíos en la actualidad” en *Revista Jurídica Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, N° 1, Buenos Aires, 2011, en prensa.
- Galindo Velez, Francisco, “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado” en Namihás, Sandra (coord.), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ACNUR, Lima, 2001.
- Goodwin-Gill, Guy S. and McAdam, Jane., *The refugee in International Law*, 3° edition, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 10° Ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009.
- Hathaway, James C., *The law of refugee status*, Lexis Nexis Canada Inc, Canadá, 1991.
- Millbank, Jenni, “‘The ring of truth’: a case study of credibility assesment in particular social group refugee determinations” en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21, N° 1, Oxford, 2009.
- Nieva-Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Noll, Gregor, (ed), *Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Martinus Nijhoff Pub., Leiden, Boston, 2005.
- Taruffo, Michele, *La prueba*, Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, 2008.

Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzado

Juan Pablo Terminiello

I. Introducción

El desplazamiento forzado de personas como consecuencia de los efectos adversos de los desastres naturales¹, particularmente aquellos relacionados con el cambio climático², ha dejado de ser una simple amenaza para devenir en una alarmante realidad humanitaria que requiere plena atención de los Estados y de la Comunidad Humanitaria Internacional. Millones de personas en todo el mundo han debido desplazarse de su lugar de residencia como una

¹ Por desastres naturales entenderemos, siguiendo las definiciones empleadas en las Directrices Operacionales del Comité Permanente Inter-Agencial (IASC) sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales, “un serio trastorno en el funcionamiento de una comunidad o una sociedad que causa pérdidas humanas, materiales, económicas y ambientales generalizadas que desbordan la capacidad de la comunidad o sociedad afectada para hacerle frente con sus propios recursos y que es provocado por los peligros de la naturaleza”. A modo de ejemplo podemos señalar las inundaciones, sequías, huracanes, tsunamis y terremotos como situaciones de desastres naturales. Algunos de estos desastres naturales están directamente relacionadas con los efectos del cambio climático, como las inundaciones, sequías, tormentas tropicales y huracanes, mientras que otros no tienen vinculación con el clima, como los eventos geológicos (terremotos, tsunamis, erupciones volcánicas). Véase IASC, *Directrices Operacionales del Comité Permanente entre Organismos (IASC) sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales*, Proyecto de Brookings-Bern sobre Desplazamiento Interno, junio de 2006.

² La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático lo define como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”. Por efectos adversos del cambio climático se alude a “los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos”. El cambio climático es un proceso complejo que se manifiesta de modos diversos incluyendo: el aumento promedio de la temperatura, usualmente referido como “calentamiento global”; cambios en los regímenes de precipitaciones que ocasionan inundaciones, sequías o incluso la desertificación de áreas; condiciones climáticas extremas e impredecibles que favorecen la repetición e intensidad de los desastres naturales hidrometeorológicos; el derretimiento de los glaciares y las capas de hielo de los Polos que resultan en el aumento del nivel del mar y la erosión de las costas marítimas. La Convención se encuentra disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

estrategia de supervivencia y adaptación a los efectos adversos provocados por los desastres naturales.

Los desastres naturales y los efectos adversos del cambio climático se plantean como una seria amenaza a la vigencia de los derechos humanos y, en particular, se han convertido en factores determinantes del desplazamiento forzado de personas junto a la persecución por motivos étnicos, políticos o religiosos y los conflictos armados.

Mientras los desastres naturales abruptos se han convertido en un claro factor de desplazamiento, no siempre es posible establecer con claridad la distinción entre cambio climático y otros factores de desplazamiento como los conflictos o los motivos económicos.

El cambio climático juega un papel importante en profundizar algunos conflictos existentes y generar situaciones propicias para la ocurrencia de nuevos conflictos. En varias partes del mundo, la disputa por recursos cada vez más escasos como el agua potable o la tierra cultivable se combina con factores étnicos y sociales para potenciar el riesgo de conflicto o agravar las tensiones ya existentes. Un reporte de la organización *International Alert* del año 2007 señala que existen 46 países en el mundo —que albergan a más de 2700 millones de personas— en los cuales el efecto del cambio climático en interacción con problemas económicos, sociales y políticos puede conducir a un alto riesgo de conflictos violentos³. El propio Secretario General de las Naciones Unidas alertó en un artículo publicado en el año 2007 sobre la incidencia del cambio climático en el conflicto de Darfur, Sudán⁴.

Asimismo, los efectos adversos del cambio climático de proceso lento como la desertificación y escasez de agua inciden en las condiciones y posibilidades de subsistencia de comunidades forzando en algunos casos su desplazamiento. En muchas situaciones, el desplazamiento de personas como consecuencia del deterioro gradual de las condiciones medioambientales que afectan la subsistencia ha sido erróneamente categorizado como voluntario soslayándose de esta manera las necesidades de protección de los desplazados.

Las razones que determinan la migración suelen ser complejas y generalmente reflejan una combinación de factores medioambientales, sociales,

³ Véase Smith, D. and Vivekananda, J., *A Climate of Conflict. The links between climate change, peace and war*, International Alert, 2007.

⁴ Ki-Moon, B., *A Climate Culprit in Darfur*, Washington Post, 16 de junio de 2007, disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/06/15/AR2007061501857.html>.

económicos y políticos. Sin embargo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha sostenido que “la influencia del cambio medioambiental en la movilidad humana es ostensible y creciente”⁵ y que, en ese marco, el “calentamiento global y el cambio climático son probablemente los más importantes nuevos factores [del desplazamiento]”⁶.

En la mayoría de los casos el desplazamiento de hombres, mujeres y niños se produce dentro del territorio del propio Estado de nacionalidad o residencia. Empero, el desplazamiento para escapar de los efectos de los desastres naturales también puede llegar a implicar, en ciertas circunstancias, el abandono del país de origen o residencia y el cruce de fronteras internacionalmente reconocidas.

Diversos informes y pronósticos sobre el efecto del cambio climático y los desastres naturales en la migración prevén que entre 50 y 250 millones de personas se verán desplazadas para el año 2050⁷.

Ya en 1990 el primer reporte de evaluación del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés)⁸ había alertado que una de las principales consecuencias del cambio climático se daría en el ámbito de la migración humana.

La realidad nos demuestra que el desplazamiento forzado asociado al cambio climático ha dejado de ser una simple amenaza y ya se plantea como uno de los principales desafíos humanitarios del siglo XXI. Un informe presentado en 2011 por el Centro para el Monitoreo del Desplazamiento Interno (IDMC, por sus siglas en inglés) en el marco de la Conferencia Nansen sobre el Cam-

⁵ Guterres, A., Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *In Search of Shelter: Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement*, mayo de 2009.

⁶ Guterres, A., *The Coming Storm, Perspective*, No. 01, 2010.

⁷ Además del Informe de evaluación del IPCC, es posible mencionar otros estudios que brindan pronósticos alarmantes sobre la magnitud del desplazamiento forzado por el cambio climático. Noman Myers, Catedrático de la Universidad de Oxford, estableció en la cifra de 200 millones el número de personas que se estima serán forzosamente desplazadas como consecuencia del calentamiento global en el año 2050 (“*Los refugiados medioambientales, una cuestión de seguridad emergente*”, 2005). Un informe de la organización *Christian Aid* estimó en 250 millones el número de personas que para el año 2050 se habrán desplazado debido a fenómenos climáticos (“*Human tide: the real migration crisis. A Christian Aid Report*, 2007).

⁸ El Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC) fue establecido en el año 1988 por la Organización Meteorológica Mundial (World Meteorological Organization, WMO) y el Programa Ambiental de las Naciones Unidas (United Nations Environment Programme, UNEP) con el objetivo de analizar la información científica, técnica y socioeconómica relevante para la comprensión de los elementos científicos relativos al cambio climático de origen antropogénico así como sus posibles repercusiones, riesgos y sus posibilidades de atenuación y de adaptación.

bio Climático y el Desplazamiento en el Siglo XXI alertó sobre la presencia de más de 43 millones de personas desplazadas en el mundo como consecuencia de los efectos adversos del cambio climático y los desastres naturales⁹ y que 36 millones se habrían visto desplazadas por estos motivos en el año 2008, 17 millones en 2009 y más de 42 millones en 2010¹⁰.

Es un hecho aceptado en el ámbito del trabajo humanitario y de la comunidad científica que el cambio climático implicará en las próximas décadas profundos cambios en las condiciones de habitabilidad de vastos sectores del planeta ya que su impacto afectará el trazado de las costas marinas, acelerará el derretimiento de los glaciares, alterará el régimen de lluvias y, por ende, la disposición de agua y de tierras cultivables. También expondrá a poblaciones enteras al riesgo de tormentas cada vez más regulares e intensas. Disponer de datos estadísticos y pronósticos más precisos sobre las dimensiones de la población afectada por el desplazamiento deviene una medida urgente para poder propiciar un abordaje que tenga en consideración sus necesidades de protección y asistencia humanitaria.

A este delicado cuadro, se suma la delicada situación que enfrentan los pobladores de pequeños estados insulares como Las Mdivas, Tuvalu, Kiribati o las Islas Marshall que corren el riesgo de tornarse completamente inhabitables o directamente desaparecer bajo el agua ante el aumento general del nivel del mar como consecuencia del calentamiento global y el consecuente derretimiento de los cascos polares. Las poblaciones enteras de estos pequeños Estados insulares enfrentan el riesgo de desplazamiento. El hundimiento de Estados insulares plantea, conjuntamente con el problema del desplazamiento forzado de personas, la problemática de la apatridia.

A pesar de la magnitud del desafío humanitario que implica el desplazamiento de millones de personas como consecuencia de los desastres naturales y el cambio climático, relativamente poca atención se ha brindado al desarrollo de herramientas, conceptuales, legales y arreglos de coordinación para lidiar con esta variable de desplazamiento forzado y asegurar la protección de los derechos humanos de los desplazados.

⁹ Internal Displacement Monitoring Center (IDMC), *Displacement due to natural hazard-induced disasters: Global estimates for 2009 and 2010*, Junio de 2011, p. 4, disponible en <http://www.internal-displacement.org>.

¹⁰ *Ibidem*, p. 4, e, IDMC, *Monitoring Disaster Displacement in the context of Climate Change: Findings of a study by the United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs and the Internal Displacement Monitoring Centre*, Septiembre de 2009, p. 8.

Si bien los Estados y los actores humanitarios han progresado mucho en el desarrollo de capacidades modernas y más eficientes dirigidas a salvar vidas y asegurar la pronta distribución de asistencia humanitaria, principalmente de bienes y servicios esenciales como comida, agua, vestimenta y techo de emergencia, ese nivel de desarrollo no se percibe en relación a la aplicación de un enfoque de derechos que asegure la adopción de políticas y acciones dirigidas a asegurar la protección de los derechos humanos.

Uno de los principales desafíos en esta materia se refiere al tratamiento legal que habrán de recibir las personas desplazadas como consecuencia del cambio climático y los desastres naturales. Como bien lo manifiesta Roberta Cohen, “los desastres ambientales desafían muchos de los mecanismos conceptuales, legales y organizacionales de larga data que se emplean para lidiar con el desplazamiento”¹¹. En el caso de las personas que se desplazan dentro de las fronteras de su propio Estado de nacionalidad o residencia habitual, parecería claro que éstas personas se constituyen en desplazados internos de conformidad con los Principios Rectores del Desplazamiento Interno (1998). Sin embargo, restan todavía importantes desafíos en pos de clarificar el alcance de las obligaciones de los Estados y las acciones para la protección de sus derechos.

El principal desafío lo plantea el caso de las personas que se desplazan fuera del territorio de sus Estados de origen atravesando, en su afán por huir de los efectos adversos de los desastres naturales y el cambio climático, una frontera internacionalmente reconocida¹². Estas personas no suelen calificar como refugiados bajo la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y no hay claridad acerca del marco legal para atender sus necesidades de protección, lo cual genera que suelen permanecer en los países de acogida en un “limbo legal”¹³ que representa una amenaza a la vigencia y respeto de sus derechos.

¹¹ Cohen, R. and Bradley, M., “Disasters and Displacement: Gaps in Protection”, en *Journal of International Legal Studies*, vol. 1, 2010, p. 3.

¹² La Oficina del ACNUR afirma que “tanto los desastres abruptos como los de proceso lento tienen el potencial para desplazar personas y comunidades, no sólo dentro del propio territorio de los Estados, sino también a través de fronteras internacionales”. Véase ACNUR, “*Forced Displacement in the Context of Climate Change: Challenges for Status Under International Law*”, documento presentado al Grupo de Trabajo especial sobre la cooperación a largo plazo en el Marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 19 de mayo de 2009.

¹³ Cohen R. and Bradley, M., *op. cit.*

En virtud de lo mencionado, el presente artículo está dirigido a indagar y discutir los marcos jurídicos y normativos con que en la actualidad se abordan las necesidades de protección de las personas desplazadas como consecuencia del cambio climático y los desastres naturales. Para ello, resulta necesario primeramente analizar las amenazas que estos eventos plantean a la vigencia de los derechos humanos de las personas afectadas. Asimismo, a través de este trabajo se pretende insistir en la necesidad de aplicar un enfoque de derechos humanos en la identificación de riesgos y en el diseño y ejecución de respuestas para atender a las necesidades de los desplazados.

II. El impacto de los desastres naturales y el cambio climático en los derechos humanos y la seguridad

La revisión de la información disponible sobre las consecuencias humanas de los desastres naturales y el cambio climático revela una situación de riesgo para la vigencia de los derechos humanos de millones de personas y la creciente necesidad de incorporar acciones para su adecuada protección en las estrategias y actividades de prevención y respuesta.

Las personas desplazadas por los desastres naturales suelen enfrentar dificultades bastante similares a las que padecen las personas afectadas por los conflictos armados: pérdida y separación del grupo familiar; pérdida de la vivienda; pérdida y destrucción de documentación y propiedad; amenazas a su derecho a la vida, integridad y seguridad personal; exposición a la violencia sexual y de género, entre otras¹⁴.

Las personas afectadas por los desastres naturales permanecen por lo general dentro de su país de residencia habitual y, en consecuencia, tienen derecho a gozar de la protección de todos los derechos y garantías que le reconocen las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario que puedan resultar vinculantes para el Estado de que se trate. Aún en el marco de un desastre, “las personas no pierden los derechos de la población en general”¹⁵ y como contracara los Estados no pueden desentenderse de sus obligaciones para la protección de tales derechos.

¹⁴ Ferris, E., *Protecting Civilians in Disasters and Conflicts*, Brookings-Bern Project on Internal Displacement, Policy Brief N° 182, marzo de 2011, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d8c998c2.html>

¹⁵ IASC, *Protección de las personas afectadas por los desastres naturales. Directrices Operacionales del Comité Permanente entre Organismos (IASC) sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales*, Proyecto de Brookings-Bern sobre Desplazamiento Interno, junio de 2006.

Antes de continuar, es preciso arrojar un poco de claridad sobre lo que habremos de entender por protección de derechos humanos.

Al margen de las discusiones que se puedan librar acerca de su naturaleza y fundamento, los derechos humanos han sido cristalizados en una serie de instrumentos internacionales, tanto universales como regionales, que implican “no solamente la consagración legal de los derechos subjetivos necesarios para el normal desarrollo de la vida del ser humano en sociedad que el Estado debe respetar y garantizar, sino el reconocimiento de que la responsabilidad del Estado queda comprometida en caso de violación no reparada”¹⁶.

Entre los derechos reconocidos bajo los catálogos internacionales de derechos humanos actualmente vigentes y vinculantes¹⁷ se encuentran derechos civiles y políticos como el derecho a la vida, la libertad y seguridad personal, la prohibición de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la libertad de circulación, la libertad de expresión, de asociación y la libertad religiosa, entre otros. Los pactos internacionales de derechos humanos también han incorporado los denominados derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación, al trabajo, a la salud, a la vivienda, a una alimentación adecuada, y recientemente también se ha reconocido el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos¹⁸.

Por protección habremos de entender, siguiendo la definición adoptada por el Comité Permanente entre Organismos (IASC, por sus siglas en inglés)¹⁹,

¹⁶ Pinto, M., *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 10.

¹⁷ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) representan los principales catálogos de derechos humanos a nivel universal. Por su carácter de tratados internacionales, su contenido resulta plenamente vinculante y exigible para los Estados Parte. Igualmente, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido en numerosas ocasiones el carácter de normas consuetudinarias, incluso han afirmado el carácter de *ius cogens*, de algunas de sus disposiciones, lo que las torna vinculantes frente a todos los Estados independientemente de que hubieran ratificado o no las convenciones. A nivel regional se deben destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

¹⁸ Véase Asamblea General de Naciones Unidas, *El derecho humano al agua y el saneamiento*, A/64/L.63/Rev.1, 26 de julio de 2010.

¹⁹ El IASC fue establecido por la Resolución 46/182 de la Asamblea General de las Naciones Unidas como una medida para el fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia. Funciona como un foro inter-agencial para la coordinación, desarrollo de políticas y toma de decisiones que involucra a las principales agencias de las Naciones Unidas y otras agencias humanitarias que no forma parte de las NU. La Resolución 48/57 adoptada dos años después de su establecimiento reafirmó el rol del IASC como el mecanismo principal para la coordinación entre organismos de la asistencia humanitaria.

“todas las actividades tendientes a conseguir el pleno respeto de los derechos de las personas de conformidad con la letra y el espíritu de la normativa pertinente (derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados)”²⁰. En un contexto de desastre natural, las actividades de protección pueden abarcar desde la instalación de letrinas y la distribución de agua potable, vestido y alimento, hasta el desarrollo de actividades de abogacía y monitoreo, como así también el trabajo con las propias personas afectadas para el desarrollo de acciones de prevención y respuesta a la violencia sexual y de género en los centros de albergue.

Existe plena coincidencia al momento de afirmar que es el Estado el principal responsable de proteger los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, incluidas, por supuesto, las personas que se puedan ver afectadas y desplazadas internamente como consecuencia de los efectos adversos de los desastres naturales. Corresponde al Estado no sólo respetar estos derechos sino también garantizar su goce y ejercicio. En relación con los desastres naturales, “las normas internacionales de derechos humanos obligan a los Estados a impedir o por lo menos mitigar los efectos negativos de los peligros naturales y, en particular, a proteger a las personas desplazadas por desastres naturales de los abusos y violaciones de los derechos humanos en las etapas de emergencia, recuperación y reconstrucción”²¹.

Si bien las agencias internacionales humanitarias y otros actores de la cooperación internacional como las ONGS no están directamente obligadas a acatar los tratados internacionales de derechos humanos, es imprescindible que adopten un enfoque de derechos humanos como la base de todas sus actividades. Como bien sostienen las Directrices del IASC, “en el interés de las personas afectadas, deben asegurarse que éstos derechos sean respetados y protegidos –incluso más allá de los términos estrictos de sus mandatos–, [las organizaciones humanitarias] no promoverán, ni participarán activamente, y de ninguna manera, respaldarán políticas o actividades que conduzcan o puedan conducir a violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados”²².

²⁰ IASC, *Directrices Operacionales sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales*, Proyecto de Brookings–Bern sobre Desplazamiento Interno, Mayo de 2011, p. 5, disponible en <http://www.brookings.edu/>.

²¹ Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos*, Walter Kälin: Adición: Protección de los desplazados internos en situaciones de desastres naturales, A/HRC/10/13/Add.1, 5 de marzo de 2009, párr. 9.

²² IASC, *Directrices Operacionales sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales*, op. cit., p. 3.

II.1. La protección de los derechos humanos frente a los desastres naturales

Los esfuerzos de los Estados frente a los desastres naturales han sido tradicionalmente dirigidos a fortalecer los mecanismos para salvar vidas durante la fase de emergencia en los momentos inmediatamente posteriores al desastre y asegurar la distribución de asistencia humanitaria a los damnificados.

Por el contrario, “[s]e ha prestado menos atención a la necesidad de proteger los derechos humanos en este contexto”²³ y, a pesar de haber desplegado mayores esfuerzos, la mayor parte de los Estados adolecen todavía de herramientas para asegurar la incorporación de un enfoque de derechos y protección en las labores de prevención y respuesta.

La experiencia de los grandes desastres naturales registrados durante la última década, el Tsunami del Sudeste Asiático (2004), las inundaciones en Pakistán (2009), los estragos del fenómeno de La Niña y El Niño en los países andinos y el terremoto de Haití (2010), han puesto de relieve el efecto devastador que los desastres naturales pueden tener para el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas afectadas. Las lecciones aprendidas de los recientes desastres han demostrado que “medidas para proteger a la población de la discriminación, la explotación y otras formas de violación de sus derechos humanos resultan tan importantes como la provisión de alimentos y agua”²⁴.

La falta de atención a la protección de derechos humanos de las personas en el contexto de los desastres naturales no es necesariamente deliberada sino que, con frecuencia, responde a la aplicación de políticas inadecuadas, a la incapacidad o sencillamente a la desidia o descuido del Estado²⁵.

Un claro ejemplo de la falta de incorporación de un enfoque de derechos humanos a la prevención y respuesta ante los desastres se observa en el Marco de Acción de Hyogo 2005–2015²⁶. A pesar de ser uno de los principales mar-

²³ *Ibidem*, p. 1.

²⁴ Ferris, E. and Paul, D., “Protection in Natural Disasters”, en *Protecting people in conflict and crisis: Responding to the challenges of a changing world*, The Refugee Studies Centre at the University of Oxford (RSC) and Humanitarian Policy Group at the Overseas Development Institute (HPG), Septiembre de 2009, disponible en <http://www.brookings.edu/>.

²⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos*, *op. cit.*, párr. 5.

²⁶ El Marco de Acción de Hyogo (MAH) es el instrumento más importante para la implementación de la reducción del riesgo de desastres que adoptaron los Estados miembros de las Naciones Unidas. El MAH está dirigido a

cos estratégicos para incrementar la resiliencia²⁷ de las comunidades y naciones frente a los desastres y ser un instrumento adoptado con el auspicio de las Naciones Unidas, el marco contiene pocas referencias al tema de la protección de los derechos humanos entre los principios y acciones dirigidas a reducir los costos humanos y sociales de los desastres, y dichas referencias resultan además de un carácter bastante general y omiten cualquier mención a las normas internacionales de derechos humanos o a la importancia de aplicar en las tareas de prevención y respuesta un enfoque basado en derechos.

El descuido o desatención por el tema de la protección de los derechos humanos en situaciones de desastre natural también podría en ciertos casos verse favorecido por la falta de capacitación en la materia de los actores que tradicionalmente se han vinculado a estas tareas, muchas veces asociados a las fuerzas armadas o de seguridad de los Estados afectados. Las acciones de prevención, mitigación y coordinación de la respuesta a los desastres naturales continúan en muchos casos en manos de Agencias del Estado sumamente aptas para la coordinación e implementación de acciones de asistencia humanitaria pero que no se encuentran familiarizadas con el enfoque y el lenguaje propio de los derechos humanos, lo cual puede fácilmente conducir a la consecuente invisibilización o falta de atención, inacción e incapacidad del Estado para asegurar los derechos humanos de las personas afectadas por los desastres naturales y, en particular, opacar por completo ciertos riesgos de protección, como puede ser la exposición de mujeres y niñas a situaciones de violencia sexual o de género, o las dificultades que deben atravesar las personas discapacitadas²⁸. Por ende, la promoción de actividades de sensibilización, capacitación y fortalecimiento institucional de las entidades que participan en

aumentar la resiliencia de las naciones y las comunidades y lograr una reducción considerable de las pérdidas que ocasionan los desastres, tanto en términos de vidas humanas como en cuanto a los bienes sociales, económicos y ambientales. El MAH ofrece cinco áreas prioritarias para la toma de acciones, al igual que principios rectores y medios prácticos para aumentar la resiliencia de las comunidades vulnerables a los desastres. Más información disponible en <http://www.unisdr.org/eng/hfa/docs/HFA-brochure-Spanish.pdf>.

²⁷ El término ha sido tomado de la psicología y se refiere a la capacidad humana de asumir con flexibilidad situaciones límite y sobreponerse a ellas. Véase Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, avance de la vigésimo tercera edición, disponible en www.rae.es.

²⁸ La experiencia demuestra que las necesidades específicas de protección de las personas discapacitadas no suelen ser adecuadamente atendidas a la hora de diseñar e implementar acciones de prevención y respuesta a desastres. Para más información véase Naciones Unidas. "Enable: Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad", en *Discapacidad, desastres naturales y situaciones de emergencia. La necesidad de incluir a las personas con discapacidad*, disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=1552>.

la gestión de desastres resulta fundamental para asegurar un enfoque basado en derechos en sus acciones.

Sin dudas las Directrices Operacionales del IASC en materia de protección en contexto de desastres naturales, tanto en su versión del año 2006 como en la versión definitiva publicada a comienzos del 2011, constituyen un aporte fundamental a la promoción de un enfoque basado en los derechos humanos en situaciones de desastres naturales.

Uno de los principales aportes de las directrices es la identificación de ciertos grupos de derechos cuyo goce y ejercicio se ve particularmente afectado en el contexto de los desastres:

- I. derechos relacionados con la vida; la seguridad e integridad física, y la protección de los lazos familiares;
- II. derechos relacionados con la provisión de alimentos; servicios de salud, alojamiento; y educación;
- III. derechos relacionados con la vivienda, la tierra, la propiedad y los medios de subsistencia;
- IV. derechos relacionados con la documentación, la libre circulación en el contexto de soluciones duraderas para los desplazados internos, el restablecimiento de los lazos familiares, expresión y opinión, y elecciones.

Sobre la base de las experiencias recogidas, las Directrices señalan que los derechos que se reúnen en los dos primeros grupos cobran una especial relevancia en la etapa de emergencia inmediata, mientras que la protección de los restantes dos grupos de derechos suelen plantear desafíos en etapas posteriores de la respuesta al desastre. Igualmente, las Directrices aclaran que “todos los derechos mencionados en estos capítulos pueden garantizar la protección adecuada de los derechos humanos de las personas afectadas por los desastres naturales. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados”²⁹.

Las acciones para proteger el derecho a la vida y a la seguridad personal cobran especial significación en un contexto dominado por las amenazas directas a la integridad física. Asegurar las medidas necesarias para la protección de las personas afectadas por desastres naturales abarca un abanico amplio de actividades

²⁹ IASC, *Directrices Operacionales sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales*, op. cit., p. 10.

que pueden ir desde medidas de evacuación y el establecimiento de centros de evacuación o albergue temporal en áreas o zonas seguras hasta la adopción de acciones para mantener la seguridad en dichos emplazamientos. Las condiciones de precariedad que generalmente imperan en los campamentos o centros de evacuación, la tensión y la disputa por bienes esenciales como el agua, el vestido y la alimentación suelen potenciar los riesgos a la seguridad de las personas damnificadas, particularmente de las que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad.

Un riesgo adicional que deben enfrentar en especial las mujeres, niñas y niños en el contexto de los desastres naturales, es la exposición a situaciones de violencia sexual y por motivo de género ya que, por ejemplo, se ha comprobado que representan una de las principales amenazas a los derechos humanos en los campamentos que albergan a los desplazados internos³⁰. La experiencia en el trabajo con desplazadas internas, incluidos los casos de mujeres desplazadas por los desastres naturales, demuestra que “allí donde la ley y el orden se quiebran, donde las redes de seguridad que proveen la familia y la comunidad desaparecen, las mujeres se tornan más vulnerables a sufrir la violación de sus derechos, incluida la violencia física y sexual”³¹. Los campamentos o centros de evacuación que albergan a los desplazados internos representa “un microcosmos de las relaciones disfuncionales de género”³² en el marco del cual el estatus subordinado de la mujer la coloca frente a mayor riesgo de sufrir situaciones de violencia y abuso.

El segundo grupo al que se refieren las directrices del IASC aborda el derecho de las personas afectadas por un desastre natural a acceder a bienes

³⁰ La violencia sexual y de género que afecta a las mujeres desplazadas representa una clara muestra de la exacerbación de las situaciones de discriminación y vulnerabilidad pre-existentes. Tras el tsunami que afectó gran parte del sudeste asiático (2004) y el terremoto de Haití (2010), la violencia sexual se convirtió en una de las principales amenazas a la vida y seguridad de las mujeres y niñas que habían sobrevivido. Incidentes de violación, violación en grupo, acoso y abuso físico de mujeres y niñas fueron reportados durante la fase de respuesta inmediata así como durante la residencia en campamentos y centros de evacuación. Véase entre otros Vella, D., *Violence against women continues after the Tsunami*, Asia News, 26 de enero de 2005, disponible en <http://www.asianews.it/index.php?l=en&art=2427>; OXFAM International, *Oxfam Briefing Note: The tsunami's impact on women*, marzo de 2005, disponible en <http://www.oxfam.org.uk/>; Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH), *IDP camp: Joint Security Assessment report*, MINUSTAH Human Rights Section, 30 de marzo de 2010; Belgrano Rawson, M., “Volver a empezar”, en el diario *Página 12*, Suplemento Las 12, 5 de febrero de 2010, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-5492-2010-02-11.html>.

³¹ Declaraciones de la vocera de la Coalition for Assisting Tsunami Affected Women (CATAW) al sitio web Asia News.it, 26 de enero de 2005.

³² Rees, S., Pittaway, E. and Bartolomei, L., “Waves of Violence: Women in Post-Tsunami Sri Lanka”, en *The Australasian Journal of Disaster and Trauma Studies*, Volume 2005-2, 2005, disponible en <http://www.massey.ac.nz/~trauma/issues/2005-2/rees.htm>.

y servicios esenciales como la provisión de alimentos, salud, alojamiento y educación, sin discriminación y en condiciones que aseguren su dignidad y la protección contra la explotación, identificando una amplia gama de acciones posibles con ese fin.

De acuerdo con las directrices, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de los bienes y servicios humanitarios resultan ser condiciones esenciales para asegurar a las personas afectadas por un desastre natural su derecho a una alimentación adecuada, el derecho al agua y saneamiento, así como el derecho a alojamiento y el derecho a la salud. Estas cuatro condiciones que retoman las consideraciones de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales disponen que los bienes y servicios para asegurar el ejercicio de tales derechos deben: i) estar disponibles en calidad y cantidad para la población afectada; ii) estar garantizados sin discriminación para quienes los necesiten en condiciones que aseguren la adecuada información de los beneficiarios y la posibilidad de acceder físicamente a ellos en condiciones de seguridad, incluyendo a los grupos vulnerables y marginales; iii) atender a las necesidades de la población afectada respetando las características culturales de las personas, minorías y comunidades y tomando en cuenta la edad y el género; iv) ser proporcionados de manera flexible como para adaptarse a los cambios que puedan experimentar las necesidades de la población afectada en las diferentes etapas de la respuesta de emergencia³³.

Como claramente lo sostuvo el Secretario General de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Medialuna Roja (IFRC, por sus siglas en inglés), “los desastres naturales localizan a los pobres y se aseguran que estos continúen siendo pobres”³⁴. Las personas pobres no son solamente más vulnerables a los efectos adversos de los desastres naturales sino que ven agravada su situación de pobreza como consecuencia de éstos. El tercer grupo reconocido en las Directrices alude precisamente a la protección de los derechos relacionados con la vivienda, la tierra, la propiedad, los medios de subsistencia y la educación secundaria y superior. La protección de estos derechos resulta fundamental en las fases de rehabilitación y reconstrucción

³³ IASC, *Directrices Operacionales sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales*, op. cit., p. 30.

³⁴ Cherpitel, D., “Breaking the cycle” en *Our Planet*, Vol. 11, No. 3: Disasters, 2002, disponible en <http://www.ourplanet.com/imgversn/113/cherp.html>.

a fin de mitigar el efecto de los desastres naturales en las condiciones de subsistencia de las personas y grupos que ya de por sí eran vulnerables antes del evento.

La protección de tales derechos requiere necesariamente la adopción de medidas para asegurar que las personas, pueblos o comunidades afectadas y/o desplazadas por un desastre natural puedan recuperar las posesiones y propiedades que debieron dejar atrás y la protección contra los saqueos, la destrucción, la apropiación, ocupación o uso arbitrario de las mismas, tanto por parte de terceros como de agentes del Estado. Aún cuando las posesiones y propiedades de personas y comunidades afectadas puedan ser abocadas a tareas y finalidades propias de la respuesta de emergencia (como puede ser la utilización de maquinarias para remoción de escombros o destinar un predio privado a la instalación de un centro de evacuados), corresponderá al Estado reconocer los derechos a la propiedad de los legítimos propietarios y asegurar el pago de las compensaciones correspondientes. La finalidad de utilidad pública no remueve al Estado ni a sus agentes del respeto al derecho a la propiedad.

Un tema que requiere especial atención es la protección de la propiedad de la tierra de las comunidades y pueblos campesinos e indígenas. Para éstos, la tierra excede su mero valor comercial y juega un rol fundamental para “mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”³⁵. Deficiencias en la titulación de las tierras de campesinos e indígenas y el riesgo de destrucción de títulos o documentos de propiedad en el contexto de desastres naturales, los exponen al riesgo de perder un bien fundamental para su subsistencia individual y comunitaria. Como parte de los esfuerzos para asegurar los derechos humanos de las comunidades y pueblos afectados, se deben asegurar procedimientos simplificados para la restitución de títulos o documentos de propiedad y promover la adopción de medidas legislativas y procesales para que los pueblos indígenas y campesinos puedan salvaguardar su derecho a la tierra.

Asegurar el alojamiento temporal de las personas afectadas y promover el restablecimiento y/o acceso a la vivienda digna es otro gran desafío. El terremoto que azotó la ciudad de Pisco, Perú, en el año 2007, destruyó más

³⁵ Naciones Unidas Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 2 de octubre de 2006, A/RES/61/295, 2007.

de 90.000 viviendas³⁶. Transcurridos más de tres años desde el terremoto, todavía miles de familias aguardan una solución habitacional sobreviviendo en condiciones de hacinamiento en precarias viviendas improvisadas de madera, plástico y mimbre³⁷. En este sentido, las Directrices apuntan la importancia de que la vivienda temporal que se proporcione a las personas afectadas asegure los criterios de idoneidad que se desprenden de los estándares internacionales de derechos humanos así como que se asegure luego el acceso de las personas afectadas a una vivienda permanente.

Como bien lo había notado el Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, el acceso al trabajo y a los medios de subsistencia tras los desastres naturales continúa siendo uno de los ámbitos donde se registran mayores deficiencias. En los casos del Tsunami en el Sudeste Asiático y del Huracán Mitch en Centroamérica, miles de personas vieron desaparecer sus principales fuentes de ingreso y aún después de años todavía “no disponían de opciones adecuadas para obtener medios de subsistencia y seguían dependiendo de dádivas”³⁸. En las fases de rehabilitación y recuperación de la respuesta a desastres naturales, se deberían adoptar medidas para asegurar que la población que vio afectados sus medios de subsistencia pueda acceder a oportunidades de subsistencia y trabajo, así como a proyectos que les permitan restaurar las actividades económicas y laborales que se vieron afectadas por el desastre natural. Estas medidas deberían implementarse sin discriminación alguna y asegurando atención particular a la situación de las mujeres y las personas con necesidades especiales a fin de asegurar su acceso a oportunidades de subsistencia que las protejan contra la trata de personas, la explotación, el abuso sexual, y la prostitución forzada.

Por último, las directrices apuntan a reconocer la importancia de un cuarto grupo de derechos cuyo aseguramiento resulta fundamental para la búsqueda de soluciones duraderas para las personas afectadas, incluidas las personas internamente desplazadas como consecuencia de los desastres naturales. En rela-

³⁶ Véase Instituto Nacional de Defensa Civil del Perú (INDECI), *Resumen Ejecutivo Lecciones Aprendidas del Sur: Sismo de Pisco*, 15 de Agosto de 2007, INDECI, 2009, disponible en: http://www.indeci.gob.pe/publicaciones/resumen_lecc_apren/1_present.pdf.

³⁷ Véase *Hoy se cumplen tres años del terremoto que azotó al sur chico del país*, Diario El Comercio, Edición en línea, 15 de agosto de 2010, disponible en <http://elcomercio.pe/peru/623677/noticia-hoy-se-cumplen-tres-anos-terremoto-que-azoto-al-sur-chico-pais>.

³⁸ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos*, op. cit., párr. 55.

ción con la situación de los desplazados internos, asegurar su derecho a la libre circulación, ya sea para que regresen a sus hogares y lugares de origen, permanezcan y se integren localmente en el área a la que han sido desplazados, o se reasienten en cualquier otro lugar del país, resulta fundamental para que puedan acceder a una solución duradera. Las Directrices agregan que cualquiera de estas soluciones debe poder considerarse sostenible para representar una solución duradera, y dicha “sostenibilidad” radica en que los desplazados puedan sentirse protegidos y seguros ante cualquier riesgo o intimidación, incluidos los riesgos no mitigados de otros desastres naturales; hayan podido acceder a vivienda adecuada, incluyendo, en el caso de retorno, retomar la posesión de sus hogares que deben ser adecuadamente reconstruidos o rehabilitados; y, en general, hayan podido retomar sus vidas con la mayor normalidad posible, sin sufrir ningún tipo de discriminación y accediendo a derechos básicos como el trabajo, la educación, y el agua y saneamiento.

El documento llama la atención sobre la necesidad de establecer mecanismos simples para que se emita nuevamente a las personas la documentación perdida o destruida, incluidos los certificados de nacimiento, matrimonio, defunción, cédulas de identidad, documentos de viaje, certificados de educación y salud³⁹.

II.2. El cambio climático y las amenazas de proceso lento

La clara relación que existe entre los desastres naturales y la afectación del goce y ejercicio de los derechos humanos no es igualmente fácil de identificar en el caso de los efectos adversos del proceso lento que conlleva el cambio climático. La dificultad de aislar en el tiempo el impacto de los efectos de proceso lento del cambio climático no los priva, sin embargo, de su capacidad para interferir en el goce y ejercicio de los derechos de las personas que los padecen.

Mientras un desastre natural abrupto como un terremoto puede, en apenas cuestión de segundos, arrojar a la calle a miles de personas con grandes implicancias para el derecho de los afectados a una vivienda adecuada y a una vida segura en los campamentos y centros de evacuación, la desertificación de un

³⁹ A pesar de que las Directrices claramente señalan que, desde una perspectiva de derechos humanos, la falta o ausencia de documentación no podrá limitar el ejercicio de los derechos de las personas afectadas ni limitar su acceso a la asistencia humanitaria, la realidad demuestra que la documentación personal continúa siendo un requisito para acceder al ejercicio y goce de ciertos derechos y servicios en los contextos de respuesta a los desastres naturales.

territorio asociada al cambio climático es un proceso que puede llevar años, incluso décadas, pero que una vez consumada habrá de tener un efecto devastador en el derecho a la salud, el agua y el alimento de las personas residentes en el área así como en sus oportunidades de auto subsistencia.

Asimismo, los efectos de proceso lento del cambio climático han demostrado su potencial impacto en la seguridad en la medida que pueden agravar las tensiones existentes o generar nuevas situaciones de conflicto en torno a la disputa de bienes esenciales que pueden devenir escasos como el agua o la tierra cultivable o apta para pasturas.

Diversos informes y documentos de las Naciones Unidas han llamado la atención sobre el impacto y la amenaza que el cambio climático impone al goce y ejercicio de los derechos humanos de vastos sectores de la humanidad⁴⁰. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoció en una resolución del año 2008 que “el cambio climático crea una amenaza inmediata y de gran alcance para la población y las comunidades de todo el mundo y tiene repercusiones sobre el pleno disfrute de los derechos humanos”⁴¹.

Asimismo, en 2009 un Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, realizado por encargo de la Asamblea General, recopiló las opiniones de varios Estados Miembros y de diversas organizaciones regionales e internacionales pertinentes sobre los desafíos que el cambio climático implicará para la seguridad y, en general, para la vigencia de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes⁴².

Al margen de los derechos que se podrán ver afectados por los efectos de los desastres naturales que como consecuencia del cambio climático habrán de aumentar en frecuencia e intensidad, existen derechos amenazados cuya vigencia se ve amenazada por los efectos del cambio climático de proceso lento tales como el derecho a la vida⁴³, el derecho a una alimentación adecuada, el

⁴⁰ Véase Asamblea General de Naciones Unidas, *Resolución 63/281. El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad*, A/RES/63/281, 11 de junio de 2009; Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Derechos humanos y cambio climático*, Resolución 7/23, 41ª sesión, 28 de marzo de 2008; Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, A/HRC/10/61, 15 de enero de 2009.

⁴¹ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Derechos humanos y cambio climático*, *op. cit.*

⁴² Asamblea General de Naciones Unidas, *El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad*, *op. cit.*

⁴³ La afectación del derecho a la vida por efecto del cambio climático está estrechamente asociada a “la realización de otros derechos, como los relacionados con los alimentos, el agua, la salud y la vivienda”. Véase Consejo

derecho al agua, el derecho a la salud, el derecho a una vivienda adecuada y el derecho a la libre determinación.

En este sentido, se prevé que un aumento en la temperatura media mundial incidirá en la disminución de la productividad de los cultivos aumentando el riesgo de hambre e inseguridad alimentaria, como así también en el derretimiento de los glaciares y la reducción de la capa de nieve que afectará negativamente la disponibilidad de agua de deshielo procedente de las cadenas montañosas. Las condiciones meteorológicas extremas asociadas al cambio climático, como las sequías e inundaciones, también afectarán el acceso al agua potable salubre. La malnutrición y los problemas para acceder al agua potable afectarán el estado de salud de millones de personas en todo el mundo. Como claramente lo advirtió el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, “si la comunidad internacional no toma en serio las repercusiones sobre la salud del calentamiento del planeta, se estará poniendo en peligro las vidas de millones de personas en todo el mundo”⁴⁴.

Al igual que en el caso de los desastres naturales de comienzo súbito, “los efectos del cambio climático se dejarán sentir con más fuerza en los segmentos de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables debido a factores como la pobreza, el género, la edad, la condición de minoría y la discapacidad”⁴⁵. Las mujeres, los niños y niñas, los pueblos indígenas y las personas con discapacidad se encuentran especialmente expuestos a los riesgos relacionados con el cambio climático debido a las desigualdades imperantes en razón de la discriminación por motivos de género, el impacto del cambio climático en las estructuras de cuidado y apoyo, y el modo en que las alteraciones en el medio ambiente físico habrán de impactar las tierras marginales y los ecosistemas frágiles en que habitan, particularmente los pueblos indígenas.

Finalmente, es importante destacar el impacto que el cambio climático habrá de tener en la generación de nuevos conflictos y la exacerbación de los conflictos y tensiones ya existentes. Un Informe del Secretario Gene-

de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, op. cit., párr. 24.

⁴⁴ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/62/214, 8 de agosto de 2007.

⁴⁵ IPCC, *Informe del Grupo de Trabajo II - Impacto, Adaptación y Vulnerabilidad*, Cuarto Informe de Evaluación del IPCC, 2007.

ral advierte que “en los lugares donde se prevé que el cambio climático constituirá una grave amenaza para el bienestar humano, en particular los lugares en que la gente es especialmente vulnerable debido al bajo nivel de desarrollo humano y a la fragilidad de las instituciones de gobierno, las repercusiones para la seguridad tienden a ser más pronunciadas, incluida la posibilidad de que se produzcan tensiones sociales y políticas y conflictos armados”⁴⁶.

III. Cambio climático, desastres naturales y protección de los desplazados

Históricamente los pueblos y las personas se han desplazado como respuesta a los cambios operados en el clima y el medio ambiente toda vez que el desplazamiento es “parte normal de la adaptación al cambio, proveyendo un medio para escapar al peligro e incrementar la resiliencia”⁴⁷.

Como se mencionara en la introducción, uno de los principales desafíos humanitarios que imponen los desastres naturales y el cambio climático está dado por el desplazamiento forzado de millones de personas que se prevé se dará en el mundo durante las próximas décadas como consecuencia de sus efectos adversos.

El informe hecho público por el IDMC en junio de 2011 estima en 42.3 millones el número de personas desplazadas como consecuencia de desastres en 2010, 38.3 millones de desplazados como consecuencia de desastres asociados a factores climáticos mientras que tan solo 4 millones fueron desplazados como consecuencias de desastres asociados a terremotos y otros eventos de origen geológico. El mayor número de los nuevos casos de desplazamiento registrados en 2010 se habían dado en Asia (77%), mientras que América se colocaba en el segundo lugar con alrededor del 19% de los casos (alrededor de 8 millones de desplazados)⁴⁸.

El ACNUR sostiene que “el proceso del cambio climático —así como los múltiples desastres naturales que producirá— con toda certeza aumentará la

⁴⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, *El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad. Informe del Secretario General*, A/64/350, 11 de septiembre de 2009, párr. 12.

⁴⁷ McAdam, J. Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, No.1, enero de 2011, p. 1.

⁴⁸ Véase IDMC, *Displacement due to natural hazard-induced disasters: Global estimates for 2009 and 2010*, op. cit., p. 11.

magnitud y complejidad de la movilidad y el desplazamiento humano”⁴⁹, e igualmente ha sido señalado como un desafío humanitario en el informe de la OACNUDH sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos y en el informe del Secretario General sobre el cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad.

En 2009, el entonces Representante Especial del Secretario General sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos, Walter Kälin, había hecho una valiosa contribución al análisis del tema al plantear distintos escenarios que darían lugar a situaciones de desplazamiento de personas asociados al cambio climático⁵⁰:

- I. el aumento de los desastres hidrometeorológicos como inundaciones, huracanes/tifones/ciclones, deslizamientos de tierra, etc.;
- II. los desastres ocasionarán la necesidad de los gobiernos de designar zonas como de alto riesgo y peligrosas para habitarlas lo que derivará en situaciones de evacuación y reubicación (ej. áreas con riesgo de deslizamiento);
- III. la degradación del medio ambiente y desastres naturales de proceso lento que afectarán en ciertas áreas la disponibilidad de agua, desertificación, inundaciones recurrentes, salinización de zonas costeras, etc.;
- IV. el hundimiento de los pequeños Estados insulares como consecuencia del aumento del nivel medio de los océanos;
- V. la escasez de bienes esenciales como el agua y el alimento como consecuencia del cambio climático desencadenará conflictos armados y situaciones de violencia.

A los escenarios descritos por Walter Kälin deberíamos agregar las situaciones de desastres naturales asociados a fenómenos geológicos como los terremotos, tsunamis y erupciones u otras manifestaciones volcánicas que también han demostrado su impacto en el desplazamiento forzado de personas⁵¹.

⁴⁹ ACNUR, *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, 2009.

⁵⁰ Kälin, W., *The Climate Change – Displacement Nexus*, Panel on disaster risk reduction and preparedness: addressing the humanitarian consequences of natural, ECOSOC Humanitarian Affairs Segment, Julio de 2008, disponible en http://www.brookings.edu/speeches/2008/0716_climate_change_kalin.aspx.

⁵¹ De acuerdo con el informe del IDMC, se estima que 4 millones de personas fueron desplazadas en 2010 como consecuencia de terremotos y fenómenos geológicos. Los terremotos fueron una causa importante de desplazamiento por desastres naturales en América como consecuencia, principalmente, de lo sucedido en Haití y Chile.

No obstante los riesgos que el cambio climático y los desastres naturales implican en términos de derechos humanos y seguridad, “no se le ha prestado la atención debida a su probable impacto en el desplazamiento y la movilidad humana”⁵².

Uno de los principales retos para la reducción de la vulnerabilidad es atender a las necesidades de protección y asistencia de las personas desplazadas como consecuencia del cambio climático y los desastres naturales, para lo cual se requiere necesariamente una revisión y reflexión acerca de los marcos legales actualmente vigentes, ya sea que las personas se desplacen dentro de las fronteras de su Estado de origen, como que hayan trasvasado una frontera internacionalmente reconocida.

III.1. Cambio climático, desastres y desplazamiento interno

Aunque el informe ya citado del IDMC sobre el desplazamiento debido a desastres naturales no distingue en sus estimaciones entre personas desplazadas internamente y personas que se hubieran desplazado a través de una frontera internacionalmente reconocida, sostiene que “la evidencia disponible sugiere que a nivel global la gran mayoría de desplazados por desastres naturales permanecen como desplazados internos”⁵³.

Las personas que como consecuencia del cambio climático y los desastres naturales se desplazan dentro del territorio de su propio Estado caen bajo el ámbito de la definición de “desplazados internos” de conformidad con los Principios Rectores de los Desplazamientos 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 reconocida⁵⁴.

⁵² Guterres, A., “Millions Uprooted” en *Foreign Affairs*, septiembre/octubre, 2008.

⁵³ IDMC, *Displacement due to natural hazard-induced disasters: Global estimates for 2009 and 2010*, op. cit., p. 7.

⁵⁴ Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Principios Rectores de los desplazamientos internos*, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998 [Destacado del autor].

La definición de desplazados internos que recogen los Principios Rectores asegura igualdad de trato a las personas internamente desplazadas ya sea que éstas se hayan visto afectadas por conflictos armados, violencia generalizada, violaciones de derechos humanos o desastres naturales.

A pesar de no ser una norma de carácter legalmente vinculante para los Estados como lo sería un tratado, la validez legal de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos ha sido ampliamente reconocida en resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos (actual Consejo de Derechos Humanos), el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) y, principalmente, por la práctica y legislación de los Estados y agencias humanitarias que los han aplicado a la hora de regular o adoptar medidas para prevenir y responder al desplazamiento interno⁵⁵.

Su aplicación en casos de desplazamiento interno de personas por efecto de los desastres naturales también ha sido ampliamente reconocida por los Estados en ámbitos supranacionales. La Resolución AG/RES 2417 (XXXVIII-O/08) de la Organización de Estados Americanos expresamente aborda la situación de los desplazados por desastres naturales al requerir a los Estados que “en la atención a los desplazados internos en situaciones de desastres naturales y provocados por el ser humano, protejan sus derechos humanos mediante un enfoque integral para el socorro en casos de desastre y la reconstrucción”⁵⁶.

En Europa, una recomendación del Comité de Ministros del año 2006 reconoció que los Principios Rectores y otros instrumentos internacionales relevantes de derechos humanos se aplican a todas las personas internamente desplazadas, incluidas las personas desplazadas de sus hogares o lugares de residencia habitual por desastres naturales⁵⁷.

⁵⁵ En el marco interamericano la importancia central de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos para la protección y atención de las necesidades de los desplazados ha sido reconocida por diversas Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) que instan a los Estados a que consideren los Principios Rectores en el diseño de sus políticas públicas en la materia y en los programas de atención dirigidos a la población internamente desplazada. Véase AG/RES. 2055 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2140 (XXXV-O/05), AG/RES. 2229 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2277 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2417 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2508 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2578 (XL-O/10).

⁵⁶ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Desplazados Internos*, AG/RES. 2417 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008.

⁵⁷ Véase Comité de Ministros, *Recomendación Rec (2006)6 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los desplazados internos*, 5 de abril de 2006.

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos se basan en normas internacionales de carácter vinculante para los Estados, recogen principios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y, por analogía, del derecho internacional de refugiados⁵⁸. Además, identifican los derechos y obligaciones de protección en las distintas fases o etapas del desplazamiento: etapa previa al desplazamiento, durante el desplazamiento, y durante la etapa de retorno, reasentamiento o reintegración. Igualmente, los Principios Rectores reafirman los derechos humanos de las personas internamente desplazadas, clarifican las obligaciones de los Estados respecto a la protección de esos derechos y juegan un rol importante en orientar la labor de las agencias internacionales, ONGs y otros actores no estatales comprometidos en la tarea de atender y asistir a los desplazados.

Uno de los principios generales recogidos en los Principios Rectores es que los desplazados internos continúan gozando de los derechos y libertades reconocidos en el derecho internacional y en el derecho interno en condiciones de igualdad con los demás habitantes del país y que no serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.

Es importante destacar que los Principios Rectores no reconocen nuevos derechos humanos a las personas desplazadas sino que reafirman el hecho de que continúan gozando de los derechos reconocidos en los catálogos internacionales de derechos humanos (como el PIDCP y el PIDESC). El principal aporte de los Principios Rectores a la protección de los desplazados internos radica en clarificar el alcance y contenido de las obligaciones de los Estados para asegurar que esos derechos sean debidamente respetados y garantizados a través de las distintas etapas que se dan en situaciones de desplazamiento interno⁵⁹.

El continente africano ha dado un paso trascendental en la consolidación de un marco normativo regional sobre el desplazamiento interno al adoptar en 2009 la Convención de la Unión Africana para la Protección

⁵⁸ Véase Cohen, R., *Introduction to the Guiding Principles on Internal Displacement*, International Conference on Kurdish Refugees and Internally Displaced Kurds, 23 de septiembre de 2001, disponible en http://www.brookings.edu/speeches/2001/0923humanrights_cohen.aspx.

⁵⁹ Los Principios Rectores “adoptan el enfoque distintivo de reformular y adaptar los estándares legales internacionales a las especiales necesidades de los desplazados internos”. Cohen, R. and Bradley, M., *Disasters and Displacement: Gaps in Protection*, *op. cit.*, p. 4.

y la Asistencia de los Desplazados Internos en África, también conocida como la Convención de Kampala. La Convención es el primer instrumento internacional de carácter vinculante que aborda de manera específica la protección y asistencia de desplazados internos y contiene un marco legal integral que comprende varias causas de desplazamiento, incluyendo conflictos armados y desastres naturales, y recoge a lo largo de su articulado muchos de los principios recogidos en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos.

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los Principios Rectores reúnen “en un documento único y en términos más detallados los principios generales de protección, establecidos en la Convención Americana y otros tratados [de derechos humanos], y abordan las zonas grises y lagunas del derecho que fueron identificadas”⁶⁰.

A pesar de la relativa claridad que existe respecto a que las personas desarraigadas por los desastres naturales caen bajo el ámbito de protección de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, gobiernos e incluso agencias humanitarias han desafiado el uso de la noción de “desplazados internos” para referirse a los desarraigados por desastres naturales⁶¹. Un argumento común a este tipo de posturas es que la denominación de “desplazados internos” debía reservarse para referir exclusivamente a las personas desplazadas por conflictos. En la experiencia de distintos desastres naturales de gran magnitud ocurridos durante los últimos años, se ha podido identificar cómo los Estados han optado por referirse a las personas desplazadas como “personas sin techo”, “refugiados”, “evacuados” o simplemente como “víctimas

⁶⁰ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999.

⁶¹ Debiera resultar relativamente claro que las personas que huyen, son evacuadas o desarraigadas de sus hogares o lugares de residencia habitual como consecuencia de los efectos de los desastres naturales requieren ser reconocidas como desplazados internos y beneficiarse del marco legal de protección que implican los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. El Consejo de Derechos Humanos le reiteró, en 2007, al Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos que “prosiga [...] sus esfuerzos para promover la protección de los derechos de los desplazados internos en el contexto de los desastres naturales”. Asimismo, una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2009 reafirmó que los desastres naturales son una de las principales causas de desplazamiento interno en el mundo. Empero, desde distintos sectores se ha resistido la aplicación de los Principios Rectores a las personas desplazadas por desastres naturales. Véase Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Resolución 6/32. Mandato del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos*, A/HRC/RES/6/32, 14 de diciembre de 2007; Asamblea General de Naciones Unidas, *Protección y asistencia para los desplazados internos*, A/C.3/64/L.34/Rev.1, 10 de noviembre de 2009.

de desastre” antes que emplear el término más apropiado de “desplazados internos”⁶².

Por otra parte, los desplazados internos por los desastres naturales también han sido, hasta años recientes, marginados de la agenda de trabajo de las agencias humanitarias. A pesar de ser la principal organización en materia de estadísticas sobre desplazamiento interno, el Centro para Monitoreo del Desplazamiento Interno (IDMC) no emitió, sino hasta el año 2009, su primer informe sobre desplazados internos por efectos del cambio climático y los desastres naturales. El ACNUR es otra agencia que se resistió, hasta tiempo reciente, a involucrarse activamente en situaciones de desplazamiento interno ocasionadas por desastres naturales. Un informe de la organización del año 2005 que abordaba su involucramiento en los arreglos de colaboración interagencial para la respuesta a los desplazados internos en el marco de la Reforma Humanitaria⁶³ afirmaba que “el rol de liderazgo del ACNUR en tres *clusters* [sectores de respuesta humanitaria] no se aplicará cuando el desplazamiento interno es causado únicamente o muy sustancialmente por desastres naturales”⁶⁴. Asimismo, en un documento de difusión del ACNUR sobre los desplazados internos se sostiene que “también se consideran desplazados a [...] millones de civiles que han perdido sus hogares como consecuencia de desastres naturales, aunque el ACNUR normalmente no está involucrado con este segundo grupo (salvo en circunstancias excepcionales)”⁶⁵.

Más allá de su resistencia inicial tanto el ACNUR como el IDMC se han involucrado recientemente en la temática de modo más activo. El IDMC publicó en 2009 y 2011 reportes que sistematizan información estadística y estimaciones sobre el desplazamiento asociado al cambio climático y los desastres naturales, mientras que el ACNUR ha dado muestras claras de la inclusión del tema en su agenda a partir de distintas guías y directrices que abordan los desafíos que plantea la temática y de su involucramiento directo

⁶² A modo de ejemplo, en EEUU, diversos reportes de la Agencia Federal para el Manejo de Emergencia (FEMA, por su siglas en inglés) y del Departamento de Seguridad Interior utilizan en sus informes sobre el huracán Katrina la palabra “evacuados” para referirse a las personas que se vieron forzadas a abandonar su hogares.

⁶³ Se denomina “reforma humanitaria” al proceso emprendido por las Naciones Unidas con el objeto de mejorar la capacidad de respuesta humanitaria a través de reforzar el liderazgo, la responsabilidad y la predictibilidad del accionar humanitario y mejorar la colaboración entre los diferentes actores involucrados.

⁶⁴ ACNUR, *UNHCR’s Role in IASC Humanitarian Reform Initiatives and in the Strengthening of the Inter-Agency Collaborative Response to Internally Displaced Persons Situations*, 20 de septiembre de 2005.

⁶⁵ ACNUR, *Los Desplazados Internos. Preguntas y Respuestas*, UNHCR/MRP/Q&AA•3/ESP1, septiembre de 2007.

en operaciones para la asistencia de personas desplazadas por desastres naturales (Pakistán, inundaciones 2010; Haití, terremoto 2010; China, terremoto 2008, Myanmar, ciclón Nargis; entre otros). Igualmente todavía restan algunas clarificaciones y tomas de posición en cuanto a las condiciones y alcance de estos involucramientos⁶⁶.

La complementariedad del marco legal de protección de los desplazados internos con las guías y directrices del Comité Permanente entre Organismos (IASC), principalmente las Directrices Operacionales sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales, resulta fundamental para avanzar hacia la plena realización de las normas de protección de las personas internamente desplazadas por los efectos de los desastres naturales.

En aquellos casos donde una situación de desplazados internos por efectos de un desastre natural se desarrolle en concurrencia de una situación de conflicto armado, el marco legal de protección de los desplazados por el desastre se verá complementado por las normas pertinentes del Derecho Internacional Humanitario. En aquellos casos en que los desastres naturales se dan en situaciones de conflicto armado, “el derecho internacional humanitario *per se* no regula los efectos de estos desastres. Sin embargo, puede complementar el derecho de derechos humanos en tales situaciones”⁶⁷. La aplicación del Derecho Internacional Humanitario también se suma al fortalecimiento del marco legal de protección de los desplazados cuando, con posterioridad a la ocurrencia de un desastre natural que genera una situación de desplazamiento, se suceden situaciones de conflicto que pueden originarse o que resultan del agravamiento de tensiones ya existentes en torno de la disputa de bienes esenciales para la supervivencia como la tierra, el agua y el alimento.

Las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos recogidas por los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos y las directrices y guías pertinentes del IASC consolidan un marco legal amplio de protección destinado a asegurar el respeto de los derechos de las personas internamente desplazadas por los desastres naturales y a asegurar el adecuado

⁶⁶ Para un abordaje más profundo del involucramiento del ACNUR en situaciones de desastre natural véase ACNUR, *Earth, wind and fire: a review of UNHCR's role in recent natural disasters*, PDES/2010/06, Junio de 2010.

⁶⁷ IASC, *Directrices Operacionales del Comité Permanente entre Organismos (IASC) sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales*, *op. cit.*

cumplimiento de las obligaciones del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de tales derechos⁶⁸.

III.2. ¿Existen los refugiados climáticos?

Como se señaló anteriormente, la mayor parte de las personas desplazadas por los efectos del cambio climático y los desastres naturales permanecerán dentro de las fronteras del territorio de su país de origen y se encontrarán protegidas por las normas generales de derechos humanos y como “desplazados internos” les asistirá la protección de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos.

Sin embargo, es probable, y se ha dado el caso, que personas afectadas por los efectos de los desastres o el cambio climático se desplacen a través de fronteras internacionales ya sea “porque la única ruta de escape los lleve ahí, porque las capacidades de protección y asistencia de su país se encuentran agotadas o porque esperan encontrar una mejor protección y asistencia fuera de su país”⁶⁹. La evidencia demuestra que tanto los desastres naturales como los efectos de proceso lento del cambio climático guardan la potencialidad suficiente como para forzar el desplazamiento de personas a través de las fronteras.

La aparente claridad que existe a la hora de definir la situación legal, los derechos y el marco legal aplicable para la protección de las personas desplazadas por los desastres naturales que se trasladan dentro de las fronteras de sus propios Estados desaparece por completo cuando éstas atraviesan una frontera internacional. Aunque es indudable que continúan siendo sujetos de derecho amparados por las normas del derecho internacional de los derechos humanos, no existe ningún instrumento o norma específica que aborde sus necesidades de protección. El desplazamiento debido al cambio climático no ha recibido ninguna mención específica ni en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático ni en el Protocolo de Kyoto.

⁶⁸ El rol y responsabilidad de la Comunidad Internacional frente al incumplimiento por parte de un Estado de las normas contenidas en los principios Rectores de los Desplazamientos Internos constituye un tema complejo y de arduo debate que no es el objeto de este trabajo. Sin embargo, resulta oportuno mencionar que incluso se ha llegado a plantear la posibilidad de invocar la “responsabilidad de proteger” en caso de catástrofes naturales o medioambientales de gran magnitud cuando el Estado afectado no quiere o no puede actuar ni solicitar asistencia y se han perdido o pueden perderse muchas vidas humanas.

⁶⁹ Kälin, W., *The Climate Change - Displacement Nexus*, op. cit.

La situación de estos “desplazados externos” plantea un importante desafío de protección ya que suelen permanecer en los países de acogida en un limbo legal, sin ninguna claridad o certeza acerca de su estatuto legal y de derechos. Esta desprotección legal se traduce en la ausencia del derecho a residir en el país de acogida, en la exposición al riesgo de expulsión o deportación, riesgo de sufrir detención migratoria, indocumentación y serios obstáculos al ejercicio de derechos fundamentales como la salud, el trabajo y la educación, incluyendo la exposición al riesgo de explotación laboral y sexual, particularmente en el caso de las mujeres y niñas.

Las personas que se desplazan a través de fronteras internacionales escapando de los efectos de los desastres naturales y el cambio climático no suelen calificar como refugiados bajo la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Esta afirmación no implica que no necesiten protección internacional, sino que sus casos no se encuentran, en principio, bajo el marco de protección que establece la Convención de 1951 y las normativas nacionales sobre refugiados. De acuerdo al Artículo 1 de la Convención de 1951, conforme a su Protocolo de 1967, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

Que 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.

El Manual del ACNUR señala que “la expresión fundados temores de ser perseguida es la parte esencial de la definición”⁷⁰. El abrigar fundados temores de persecución por alguno de los motivos enunciados en la Convención hace a los elementos principales de la calidad de refugiado. El temor al que refiere la definición de refugiado “es un sentimiento subjetivo, a efectos de determinar el estatuto de refugiado, ha de ser fundado; es decir, debe tener una base objetiva”⁷¹. No existe una definición universalmente válida del término

⁷⁰ 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, párr. 37.

⁷¹ ACNUR, *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2001, párr. 11.

persecución, sin embargo, se sostiene, siguiendo el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, “que la persecución comprende abusos o daños graves de los derechos humanos, a menudo pero no siempre con un elemento sistemático o repetitivo”⁷² que pueden ser resultado de la actuación de las autoridades de un país como de agentes no estatales. Para considerar a una persona como refugiado, por último, la persecución debe necesariamente estar asociada a uno de los cinco motivos enunciados en la Convención: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política.

De acuerdo con lo expuesto, los desastres naturales y la degradación del ambiente por efectos del cambio climático si bien pueden forzar el desplazamiento de personas a través de las fronteras, no constituyen, en principio, bases para la concesión de la condición de refugiado a las personas desplazadas. Si bien los desastres naturales y el cambio climático pueden conllevar la violación de derechos humanos, su caracterización como persecución bajo la definición de refugiado continúa siendo compleja. Un serio problema se plantea al momento de identificar el agente de persecución y determinar el nexo casual con alguno de los motivos estipulados en la definición de refugiado⁷³.

Tradicionalmente, se ha señalado que la persecución “suele ser resultado de la actuación de las autoridades de un país” o “puede también emanar de sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país”⁷⁴, es decir, que la persecución en los términos de la definición de refugiado deviene del accionar directo de personas o grupos de personas. Esta afirmación excluye de la consideración como agentes de persecución a los eventos asociados a los desastres naturales y el cambio climático.

Aún cuando se considerara como persecución el impacto del cambio climático y los desastres en el ejercicio de los derechos humanos, la definición de refugiado exige además que el temor fundado de persecución sea “por motivos de” una de las cinco causas establecidas en la misma. Es necesario, al aplicar la definición de refugiado, establecer la relación causal entre el motivo y la persecución sufrida ya que el primero debe ser un factor determinante para que el refugiado en cuestión experimente la persecución. Por ende, no

⁷² *Ibidem*, párr. 17.

⁷³ Véase Mc Adam, J., *El Desplazamiento provocado por el cambio climático y el Derecho Internacional*, Documento presentado ante el evento paralelo al Diálogo del Alto Comisionado sobre los Desafíos en materia de Protección, Ginebra, Suiza, 8 de diciembre de 2010.

⁷⁴ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, *op. cit.*, párr. 65.

resulta fácilmente aplicable esta noción a los efectos de un desastre natural o del cambio climático, que si bien van a repercutir de modo diferenciado en determinados grupos o sectores de la población, se plantean como amenazas de carácter general que afectan a la población de un área determinada en su conjunto y que, al momento de hacer sentir sus efectos, no establecerán distinciones entre quienes se verán afectados.

En este sentido, se suele entender “que los impactos del cambio climático son en gran medida indiscriminados, en lugar de estar ligados a las características particulares, como los antecedentes de una persona o sus creencias”⁷⁵ toda vez que, a modo de ejemplo, impactan en un determinado territorio independientemente de la nacionalidad o la raza de sus habitantes. También se considera insostenible el argumento de que las personas afectadas por los efectos de los desastres y del cambio climático puedan llegar a constituirse en “un determinado grupo social”. La interpretación del ACNUR acerca de la adecuada aplicación de esta expresión exige que el grupo debe estar conectado por una característica fundamental, inmutable, que no sea el riesgo de persecución en sí mismo⁷⁶.

En el ámbito americano, también se han registrado intentos por extender a las personas desplazadas por los desastres naturales y los efectos del cambio climático la protección acordada a los refugiados mediante la aplicación de la definición ampliada o regional de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Aludiendo a los desastres naturales como circunstancias que perturban gravemente el orden público y que amenazan la vida y la seguridad, diversas organizaciones de la sociedad civil y la Iglesia han abogado porque se acuerde a las personas desplazadas por los desastres naturales la condición de refugiado bajo la definición ampliada de Cartagena⁷⁷. Si bien esta definición parece más abierta a la inclusión de este tipo de casos, la realidad es que las personas desplazadas por los efectos de los desastres naturales no fueron originalmente contempladas al momento de su redacción. El tema fue abordado durante la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) de 1989, en cuyo documento final

⁷⁵ Mc Adam, J., *El Desplazamiento provocado por el cambio climático y el Derecho Internacional*, op. cit., p. 2.

⁷⁶ ACNUR, *Directrices sobre la protección Internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, 2002, párr. 14.

⁷⁷ Véase Servicio Jesuita a Refugiados para América Latina y el Caribe, *Los flujos haitianos hacia América Latina: Situación actual y propuestas*, 26 de mayo de 2011.

claramente se concluye que las “otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” a las que hace mención la Declaración de Cartagena “deben ser resultado de actos del hombre y no de desastres naturales”⁷⁸. Tomando en consideración este antecedente y el desarrollo regional en su aplicación, es controvertido en qué medida esta definición puede ser utilizada para brindar protección a las personas desplazadas por los desastres naturales y el cambio climático.

A pesar de lo expuesto, en los últimos años ciertos Estados latinoamericanos han resuelto en la práctica realizar una interpretación amplia de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena para extender su protección a personas que habían huido de los efectos de desastres naturales⁷⁹. Esos desarrollos recientes no se encuentran sólidamente fundamentados e incluso han sido cuestionados por los organismos especializados, ya que aplicar esta definición no debe ser visto como una respuesta integral al complejo desafío que plantea esta modalidad de desplazamiento. La afirmación de que la situación de las personas desplazadas hacia el exterior de un Estado por los efectos de los desastres naturales encuentra respuesta en la Declaración de Cartagena, no solo posterga un complejo y necesario debate acerca del deber y alcance de esa protección, sino que, a su vez, sólo representa una respuesta parcial y temporal que excluye la situación de aquellas personas que se desplazarán como consecuencia de los efectos de proceso lento del cambio climático.

En definitiva, es posible afirmar que las personas que se desplazan a través de una frontera internacional huyendo de las consecuencias humanitarias del cambio climático y los desastres naturales no calificarían como refugiados bajo la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y, en el ámbito latinoamericano, bajo la definición de la Declaración de Cartagena. La única excepción a esta afirmación estaría dada en el hipotético caso de que un Estado incidiera deliberadamente en ocasionar daños al medio ambiente o favorecer la ocurrencia de desastres como herramienta de persecución, o en el caso de que un gobierno de modo deliberado y discriminatorio negara asistencia humanitaria

⁷⁸ ACNUR, *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en América Latina*, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), CIREFCA 89/9, Ciudad de Guatemala, abril de 1989, párr. 33.

⁷⁹ Perú y México han aplicado la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena para extender la protección bajo la normativa sobre refugiados a personas que han huido de Haití tras el devastador terremoto que azotó el país en enero de 2010.

a un sector de la población afectado por un desastre natural o los efectos del cambio climático como una forma de persecución contra ese grupo en base a alguno de los motivos previstos en la Convención⁸⁰.

A pesar de que el término refugiado y el marco de protección que surge de la Convención de 1951 no resultaría, en principio, aplicable a las personas desplazadas por los efectos del cambio climático y los desastres naturales, se ha popularizado en algunas publicaciones y en el lenguaje de los medios de comunicación la utilización de los términos “refugiados climáticos” o “refugiados ambientales”⁸¹. Estos términos carecen por completo de valor legal y su utilización ha sido desaconsejada por los expertos y las agencias internacionales y humanitarias dedicadas a la protección de los refugiados y desplazados. El ACNUR afirma que estos términos “no cuentan con una base en el derecho internacional de refugiado” y su uso “podría socavar el régimen jurídico internacional para la protección del refugiado y crear confusión respecto a la relación entre cambio climático, degradación ambiental y migración”⁸².

IV. Alternativas y oportunidades frente a las necesidades de protección de los desplazados “externos”

La ausencia de un marco legal internacional plantea un complejo desafío de protección a la hora de evaluar cómo atender las necesidades de protección de las personas que se desplazan al exterior luego de un desastre natural o como una estrategia para escapar a los efectos del cambio climático. Es necesario que todos los involucrados, Estados, Agencias Internacionales, agencias humanitarias y de desarrollo avancen en “la adopción de medidas para mejorar el entendimiento, la coordinación y la cooperación en lo que respecta al desplazamiento”⁸³.

⁸⁰ Cohen, R. and Bradley, M., *op. cit.*, p. 8.

⁸¹ La definición más difundida del término “refugiados ambientales” fue propuesta en 1985 por Essam el-Hinnawi del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP, por sus siglas en inglés). De acuerdo a la definición de el-Innawi, se considera refugiados ambientales a “las personas que han sido forzadas a abandonar su hábitat tradicional de manera temporal o permanente debido a un grave cambio ambiental (natural o debido a la actividad humana) que pone en peligro la existencia y/o afecta seriamente la calidad de su vida”. Véase Essam, El-Innawi, *Environmental Refugees*, UNEP, 1985.

⁸² ACNUR, *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, *op. cit.*, p. 8.

⁸³ Naciones Unidas, Convención Marco sobre el Cambio Climático, *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 16° período de sesiones celebrado en Cancún del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010. Adición. Segunda parte:*

Con el fin de atender este desafío humanitario se han desarrollado distintos abordajes que van, desde proponer la adopción de una convención internacional sobre el desplazamiento como consecuencia de los desastres naturales y el cambio climático, hasta posiciones menos ambiciosas y más pragmáticas que plantean buscar en las normas de derechos humanos, y en particular en la obligación de no devolución de los Estados, una respuesta a la situación de las personas que se desplazan a través de fronteras internacionales.

En un extremo de estas posiciones, diversos actores, entre los que se destacan algunos Estados⁸⁴ y expertos en temas de desplazamiento, “han requerido un nuevo tratado internacional sobre cambio climático y desplazamiento, o la adopción de un protocolo a la Convención sobre Refugiados, o que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio Climático cree una nueva clase de personas necesitadas de protección internacional”⁸⁵. Incluso se ha sugerido reformar la Convención de 1951 a fin de asegurar la inclusión bajo la definición de refugiado de las personas desplazadas como consecuencia del cambio climático⁸⁶. En el actual contexto internacional, dominado por la imposición de políticas restrictivas a la migración internacional y la interpretación restrictiva de las normas y obligaciones en materia de refugiados, la negociación de un nuevo instrumento internacional parece tener pocas oportunidades de avanzar, mientras que la propuesta de renegociar el alcance de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados ha sido fuertemente resistida por el ACNUR y otros actores comprometidos en la defensa de los derechos de los refugiados que consideran que “en el entorno actual puede dar lugar a una reducción de las normas de protección del refugiado e incluso socavar todo el régimen de protección internacional de refugiados”⁸⁷.

Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 16º período de sesiones, FCCC/CP/2010/7/Add.1, 15 de marzo de 2011.

⁸⁴ Una propuesta de Protocolo que aborde la situación de los “refugiados ambientales” apoyado por los Gobiernos de Las Maldivas, Tuvalu y otros Estados insulares es promovida por el Living Space for Environmental Refugees network (LiSER). Véase Boano, C., Zetter, R., and Morris, T., “Environmentally displaced people. Understanding the linkages between environmental change, livelihoods and forced migration” en *Forced Migration Policy Briefing 1*, Refugee Studies Centre, University of Oxford, Oxford, noviembre de 2008.

⁸⁵ McAdam, J., *Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer*, op. cit., p. 6.

⁸⁶ Véase Biermann, F. and Boas, I., “Protecting Climate Refugees: The Case for a Global Protocol” en *Revista Environment*, noviembre/diciembre de 2008, disponible en <http://www.environmentmagazine.org/>

⁸⁷ ACNUR, *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, op. cit., p. 9.

Una iniciativa más apropiada a los tiempos que corren y más efectiva con miras a asegurar que se tomen en consideración las necesidades de protección de las personas desplazadas “externamente” por efecto de los desastres naturales y el cambio climático consiste en desarrollar un marco legal no vinculante usando como modelo de referencia los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. Discutir, redactar y someter a la revisión y apoyo de los Estados y demás actores humanitarios un conjunto de principios directrices o guías “puede ser la vía más prometedora a fin de fortalecer el consenso acerca de los derechos de los desplazados ambientales que cruzan una frontera”⁸⁸. Esta propuesta ha recibido valiosos apoyos en el último tiempo. En el marco de la reunión de expertos sobre Cambio Climático y Desplazamiento que convocó el ACNUR en Bellagio, Italia a comienzos del 2011, se sostuvo que “existe la necesidad de desarrollar un marco o instrumento global guía que se aplique a las situaciones de desplazamiento externo distintas de las ya cubiertas por la Convención de 1951, especialmente el desplazamiento que resulta de los desastres repentinos”⁸⁹.

La discusión y adopción de este conjunto de principios o directrices debería estar guiada por “los principios fundamentales de humanidad, dignidad humana, derechos humanos y cooperación internacional”, y necesariamente asegurar un enfoque que tenga en cuenta “las particulares vulnerabilidades y necesidades de protección en base a la edad, el género, la discapacidad así como cualquier otra forma de diversidad”⁹⁰.

El principal desafío que deberá superar la adopción de este marco legal de referencia está dado por el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con los desplazados internos que tienen un claro derecho a exigir la protección de sus Estados, “garantizar la seguridad y bienestar de aquellos que crucen una frontera internacional requerirá no solo clarificar las implicancias de las leyes y normas existentes (como lo hacen los Principios Rectores), sino potencialmente crear nuevos derechos que necesariamente requerirán del involucramiento de los Estados”⁹¹. Este desafío debe inicialmente abor-

⁸⁸ Cohen, R., and Bradley, M., *op. cit.*, p. 26.

⁸⁹ ACNUR, *Summary of Deliberations on Climate Change and Displacement*, abril de 2011. Véase también *Nansen Conference on Climate Change and Displacement in the 21st. Century*, Oslo, Noruega, 6-7 de junio de 2011, disponible en <http://d2530919.hosted213.servetheworld.no/expose/global/download.asp?id=2274&fk=1629&thumb>.

⁹⁰ ACNUR, *Summary of Deliberations on Climate Change and Displacement*, *op. cit.*, párr. 15.

⁹¹ Cohen, R. and Bradley, M., *op. cit.*, p. 26.

darse atendiendo a las normas de derechos humanos que establecerían alguna protección mínima a las personas desplazadas por los desastres naturales y el cambio climático.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha ampliado la protección contra la devolución (*non refoulement*) a casos que exceden los de los refugiados. Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales, establecen para los Estados la prohibición de devolver por cualquier medio a una persona, cualquiera sea su estatuto, a los territorios de un país donde su vida, libertad o seguridad pueda verse amenazada. Idéntica prohibición se establece en el derecho internacional cuando existe riesgo de que una persona en caso de devolución pueda ser sujeto de tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁹².

El modo amplio en que las normas internacionales de derechos humanos recogen el principio de no devolución plantea la posibilidad de invocarlo para atender las necesidades de protección de las personas desplazadas por los efectos de los desastres naturales y del cambio climático que enfrentarían un riesgo contra sus derechos en casos de verse forzados a regresar a sus países de origen. En este sentido, el principio de *non refoulement* puede “implícitamente garantizar protección adicional a las personas desplazadas por las consecuencias del cambio climático que no califican como refugiados”⁹³. En aquellos casos donde el retorno de los desplazados al país de origen resultara imposible o implicara un riesgo para sus derechos, existiría la obligación del Estado de abstenerse de devolver a la persona y la necesidad de conceder algún permiso o forma temporaria de admisión de la persona en el país de acogida.

Sin embargo, no es claro que la prohibición de la devolución al país de origen conlleve en sí misma el derecho a permanecer legalmente en el país de

⁹² La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (CAT, 1984) estipula como parte inherente de la prohibición de la tortura en virtud del derecho consuetudinario internacional, el cual ha alcanzado el rango de *jus cogens*, la prohibición vinculante de la devolución que pueda exponer a un individuo al peligro de sufrir tal trato. La prohibición de la privación de la vida en forma arbitraria y la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes conforme a los artículos 6 y 7 respectivamente del PIDCP, según la interpretación del Comité de Derechos Humanos, también comprende la prohibición de la devolución de un individuo cuando éste corra el riesgo de sufrir dichos tratos. Por su parte, los instrumentos regionales de derechos humanos también contienen obligaciones que establecen la prohibición de la devolución en los casos que implican un riesgo contra la vida o la integridad física de la persona (CADH, artículo 22.8 y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura: Artículo 13.4).

⁹³ ACNUR, *Forced Displacement in the Context of Climate Change: Challenges for Status Under International Law*, *op. cit.*, p. 11.

acogida. El desarrollo de una serie de principios rectores o guías dirigidos a abordar las necesidades de protección y asistencia de las personas desplazadas externamente debe necesariamente plantear el establecimiento de estatutos o mecanismos de protección temporal que complementen la obligación de *non refoulement* y que aseguren un marco de protección fundado, principalmente, en las normas de derechos humanos.

La práctica desarrollada por diversos Estados provee una serie de experiencias valiosas para abordar esta tarea.

La Ley sobre Inmigración y Nacionalidad de los Estados Unidos de América (US Immigration and Nationality Act) contempla la posibilidad de conceder un estatuto de protección temporal (*Temporary Protected Status*, TPS) a las personas provenientes de países en los que hubiera tenido lugar “un desastre medioambiental (como un terremoto o un huracán)”⁹⁴. La Secretaría de Seguridad Interior cuenta con la potestad de designar a un país para la aplicación del estatuto de protección temporal debido a circunstancias que temporalmente impidan a sus nacionales retornar en condiciones de seguridad. Dicho estatuto puede concederse a personas que se encuentren en los Estados Unidos al momento de la designación del país para la aplicación del estatuto y conlleva el reconocimiento de ciertos derechos: permanencia regular en el país y autorización a trabajar, y la posibilidad de renovar su estadia mientras subsistan las circunstancias en el país de origen⁹⁵.

Los países nórdicos también han establecido mecanismos para habilitar formas o estatutos de protección a las personas desplazadas por los desastres naturales. La Ley de Extranjería de Suecia (*Aliens Act*) incluye bajo la definición de “otras personas necesitadas de protección” a toda persona que “está imposibilitada de retornar a su país de origen en razón de un desastre medioambiental” y acuerda a esta categoría de personas un permiso de residencia legal en el país⁹⁶. La Ley de Extranjería de Finlandia contempla la posibilidad de conceder un estatuto de protección humanitaria a los extranjeros que “no pueden retornar a su país de origen o país de residencia habitual como resultado de una catástrofe medioambiental”⁹⁷ y también reconoce la

⁹⁴ US Citizenship and Immigration Services, *Temporary Protected Status*, disponible en <http://www.uscis.gov/>

⁹⁵ *US Immigration and Nationality Act*, Sección 244.

⁹⁶ Suecia, *Aliens Act (2005:716)*, Capítulo 4, Sección 2.

⁹⁷ Finlandia, *Aliens Act (301/2004)*, Capítulo 6, Sección 88a.

posibilidad de otorgar un estatuto de protección temporaria a las personas que “no pueden retornar en forma segura a su país de origen o país de residencia habitual porque se ha producido un desplazamiento masivo de personas en el país o sus áreas vecinas como resultado de [...] un desastre medioambiental”. La concesión de la protección temporal requiere que esta sea de corta duración, es decir, hasta un plazo máximo de tres años⁹⁸.

En América del Sur Argentina y Brasil⁹⁹ han sentado las bases para un mecanismo de protección temporaria en el marco de su legislación migratoria. La Ley de Migraciones de Argentina en vigencia desde enero de 2004 prevé la posibilidad de que se conceda a un extranjero una residencia temporal en el país por razones humanitarias o por razones especiales¹⁰⁰. El Decreto del Poder Ejecutivo que reglamenta esta ley estipula que para la concesión de una residencia temporal por razones especiales “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*” [Destacado del autor]. Por su parte, la reglamentación de la residencia temporal por razones humanitarias establece que se tendrán especialmente en cuenta la situación de “personas necesitadas de protección internacional que, no siendo refugiadas o asiladas en los términos de la legislación aplicable en la materia, se encuentran amparadas por el Principio de No Devolución” y de “personas respecto de las cuales se presume verosímelmente, que de ser obligadas a regresar a su país de origen quedarían sometidas a violaciones de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”¹⁰¹.

La legislación migratoria argentina implicó un cambio de paradigma al incorporar un claro enfoque de derechos humanos a la regulación de la temática migratoria. Esta impronta marcada por la adecuación de la normativa nacional de migraciones a los estándares internacionales de derechos humanos también permitió que la legislación avanzara en la determinación

⁹⁸ Finlandia, *Aliens Act (301/2004)*, Capítulo 6, Sección 109.

⁹⁹ Para el estudio de la situación en Brasil véase en este mismo libro Godoy Gualano de, G., “El caso de los haitianos en Brasil y la vía de la protección humanitaria complementaria” [N. del Ed.].

¹⁰⁰ Argentina, *Política Migratoria Argentina. Ley No. 25.871*, Título II, Capítulo I, artículos 23.m y 23.n

¹⁰¹ Argentina, *Decreto 616/2010. Reglamentación de la Ley de Migraciones N° 25.871 y sus modificatorias*, artículos 24.h y 23.m 1 y 2.

de un mecanismo alternativo para abordar la situación de las personas que no pueden regresar a su país de origen en razón de los efectos de los desastres naturales y el cambio climático. A pesar de ciertas deficiencias en su formulación y regulación, tanto el criterio de residencia por razones humanitarias como por razones especiales son útiles para abordar este tipo de casos¹⁰². El estatuto migratorio que se contempla en la legislación se complementa con distintas disposiciones del ordenamiento legal en materia de migraciones que reconocen a los extranjeros residentes en el país “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”¹⁰³.

Estas iniciativas nacionales resultan sumamente valiosas pero no agotan la respuesta a una problemática que debe ser objeto de un abordaje multilateral que busque revitalizar la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos frente a este complejo desafío humanitario.

V. Desastres, cambio climático y apatridia

Una mención especial en materia de desplazamiento externo por los efectos del cambio climático merece el denominado “hundimiento de los Estados insulares”.

El hundimiento de estos Estados no sólo plantea un desafío cierto en materia de desplazamiento de miles de personas por los efectos del cambio climático, sino que también conlleva una incógnita jurídica en torno a la situación de un colectivo de personas que mantienen el vínculo jurídico de la nacionalidad con un Estado que está en riesgo de perder, precisamente, uno de los atributos inherentes a su calidad de Estado: el territorio. Aún antes de la total pérdida o desaparición de los Estados insulares es probable que se tornen inhabitables y fuercen el desplazamiento de la totalidad de su población. Todas estas situaciones no tienen precedente en el derecho internacional.

¹⁰² La principal crítica a la experiencia argentina radica en la discrecionalidad que retiene el órgano de aplicación de la ley de migraciones para determinar en qué casos se habrán de conceder este tipo de residencias “humanitarias” o “especiales”. La legislación falla en no establecer y regular un procedimiento eficiente y accesible para que las personas extranjeras puedan solicitar el acceso a este tipo de residencias, presentar pruebas y elementos en apoyo de sus solicitudes y acceder a una decisión fundada susceptible de impugnación.

¹⁰³ Argentina, *Política Migratoria Argentina. Ley No. 25871*, Título II, Capítulo I, artículo 23.m. *Ibidem*, artículo 6.

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 definió como apátrida a “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”. Si se llegara a la conclusión de que la condición de Estado cesa cuando su territorio, como uno de sus atributos esenciales, desaparece por completo, o cuando éste se torna completamente inhabitable forzando el desplazamiento externo de toda su población y de las instancias de Gobierno, su población se convertiría en apátrida. Aún cuando la comunidad internacional conviniera que los Estados afectados continúen existiendo a pesar de lo anterior, sus gobiernos harían frente a muchas restricciones en la práctica y su población podría ser considerada así como apátrida de hecho¹⁰⁴.

No es el objetivo de este trabajo abordar este tema que resulta complejo y excede las meras consideraciones sobre derechos humanos, nacionalidad y desplazamiento.

Sin embargo, frente al riesgo de que se vea comprometido el derecho a la nacionalidad de miles de personas, es importante que se incorporen a la discusión acciones dirigidas a prevenir una posible situación de apatridia. La cesión de espacios de territorio de otros Estados para que los Estados insulares puedan seguir existiendo, la celebración de acuerdos bilaterales y multilaterales de libre circulación, o la opción de acuerdos de doble nacionalidad son tan sólo algunas de las iniciativas que deberían explorarse con miras a prevenir el riesgo de desplazamiento y apatridia que se cierne sobre esta población.

VI. Conclusiones

El cambio climático y los desastres naturales se posicionan como una seria amenaza a los derechos, la dignidad y la seguridad de millones de personas en todo el mundo no pasado mañana, ni siquiera mañana, sino hoy. La frecuencia, intensidad y velocidad con que estos fenómenos están impactando y transformando la vida de naciones, sociedades y comunidades requiere de acciones urgentes en materia de prevención, respuesta y adaptación.

Frente a este delicado escenario, los derechos humanos no pueden ser sólo parte del costo humanitario sino que deben representar un importante marco de referencia que sirva como guía a las acciones y políticas en todas sus

¹⁰⁴ Véase ACNUR, *Cambio climático y apatridia: una visión general*, 2009.

fases: prevención, respuesta y rehabilitación. La adopción de diversas guías y directrices sobre protección de derechos humanos en contexto de desastres naturales y el cambio climático resulta un paso importante para operativizar este enfoque.

Se debe abandonar la mirada de la persona amenazada y afectada por los efectos adversos del cambio climático y los desastres naturales como un “mero objeto de la atención del Estado”¹⁰⁵ al que hay que incorporar como simple “destinatario” o “beneficiario” de políticas de asistencia, a favor de un enfoque que subraye su condición de sujeto de derecho y que asegure la atención de sus específicas necesidades de protección desde una perspectiva sensible a la edad, el género y la diversidad. Estas personas deben, asimismo, ser incorporadas como sujetos activos de la respuesta humanitaria a través de mecanismos efectivos que aseguren su adecuada información y su participación en la identificación de riesgos y necesidades, así como en el diseño, implementación y seguimiento de políticas e iniciativas.

Asimismo, corresponde a los Estados asumir las medidas de prevención y respuesta a desastres como parte esencial del cumplimiento de su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos. A pesar de ello, las autoridades nacionales “necesitan que se les recuerde regularmente su responsabilidad de adoptar medidas preventivas para proteger a su población y asegurar que reciban asistencia y protección durante y después del desastre”¹⁰⁶. En este sentido, los órganos y mecanismos universales y regionales de protección de los derechos humanos deberían constituirse en el ámbito al cual los Estados acudieran para rendir cuentas por sus acciones y omisiones en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos de las personas expuestas a los efectos adversos del cambio climático y los desastres naturales.

El desplazamiento dentro del territorio del propio Estado o a través de una frontera internacional, constituye una de las principales consecuencias del cambio climático y los desastres naturales en términos de derechos humanos. Definir el marco y estatuto legal aplicable a las personas desplazadas constituye un importante paso a fin de asegurar que se atiendan sus urgentes necesidades de protección y asistencia.

¹⁰⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos*, op. cit., párr. 69.

¹⁰⁶ Cohen, R. and Bradley, M., op. cit., p. 23.

Sin embargo, esto no implica una solución a este alarmante desafío humanitario ya que sólo las medidas dirigidas a detener o mitigar el cambio climático y las acciones destinadas a fortalecer la prevención y resiliencia de las comunidades de origen frente a los desastres naturales pueden llegar a aportar algún grado de alivio al fenómeno del desplazamiento ocasionado por estos fenómenos. Si esto no ocurre, es muy probable que las estimaciones de entre 150 y 250 millones de desplazados para el año 2050 se conviertan en una realidad y en una pesadísima herencia para las generaciones futuras.

En cuanto al desplazamiento por el cambio climático, continúa siendo un serio desafío aislar los factores climáticos de otros factores que de modo concurrente pueden incidir en la decisión de las personas de desplazarse: la pobreza, la falta de empleo, la violencia, o las razones familiares. Esta tarea se torna aún más compleja en aquellas situaciones donde el desplazamiento es motivado por los efectos de proceso lento del cambio climático como puede ser la desertificación. El gran reto, en este sentido, es asegurar que se garantice a las personas desplazadas el acceso al correspondiente marco de protección y que no se descarten sus necesidades apelando a categorizaciones que ponen el énfasis en alguno de los motivos concurrentes ignorando la incidencia que los efectos del cambio climático tuvieron en la decisión de desplazarse. Quien se desplaza porque la tierra que siempre habitó y trabajó ya no es apta para el cultivo o pastoreo de animales por efecto de la desertificación, y no cuenta con otra posibilidad de subsistencia a su alcance, no debe ser catalogado como un simple migrante. Su desplazamiento no guarda ningún viso de voluntariedad y su caso es un claro ejemplo de desplazamiento forzado por los efectos del cambio climático.

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos se han convertido en una guía de referencia clave para el desarrollo de marcos normativos y políticas públicas que atiendan a las necesidades de protección y asistencia de los desplazados. Diversos Estados han reconocido los derechos de los desplazados internos a través de la inclusión del tema en su legislación nacional y la incorporación de estándares de los Principios Rectores. El reconocimiento legal de los derechos de los desplazados internos, incluidas las personas desplazadas por los desastres naturales, varía desde la inclusión en las constituciones nacionales o cartas de derechos hasta su reconocimiento a través de leyes, decretos o regulaciones administrativas. En el caso de África se ha registrado un importante avance con la adopción de una convención regional sobre los derechos de los desplazados internos.

A pesar del reconocimiento legal de los derechos de los desplazados internos en el derecho internacional e, incluso, en la normativa nacional de los Estados, continúa siendo un serio desafío asegurar su efectiva vigencia. La Conferencia de Oslo, celebrada en ocasión de cumplirse diez años de la adopción de los Principios Rectores, “apuntó que la mayoría de los Estados afectados por el desplazamiento siguen sin poder o sin querer asumir su responsabilidad de proteger a la población desplazada”¹⁰⁷. La reciente adopción de las Directrices Operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales representa una valiosa oportunidad para que las agencias humanitarias refuercen el trabajo de los Estados en pos de hacer efectiva la protección de los desplazados por los desastres naturales y el cambio climático.

Por último, la solución de los problemas de protección de las personas desplazadas a través de fronteras internacionales por los efectos de los desastres naturales y el cambio climático no puede reposar exclusivamente en la buena voluntad individual de los Estados de establecer marcos nacionales de protección para atender a los desplazados por los desastres y el cambio climático. Las experiencias nacionales descritas de países nórdicos, los Estados Unidos, la Argentina y Brasil resultan sumamente valiosas pero no agotan el abordaje del problema.

La respuesta a esta alarmante realidad humanitaria depende en gran parte de la voluntad política de los Estados de brindar protección a estas personas bajo el marco vigente del derecho internacional de los derechos humanos que proporciona estándares y una guía para desarrollar esta tarea. El desplazamiento ocasionado por los efectos del cambio climático y los desastres naturales requiere necesariamente ser abordado desde el multilateralismo a través de una respuesta que haga eje en la cooperación entre Estados, la distribución equitativa de cargas y el compromiso de los Estados ante la comunidad internacional para asegurar los derechos humanos de las personas desplazadas. Frente al cambio climático, no se debe perder de vista que son los Estados en vías de desarrollo quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad para afrontar sus consecuencias humanitarias, mientras que los Estados desarrollados, a pesar de ser los principales responsables del cambio climático, se encuentran en una situación más beneficiosa para afrontar sus consecuen-

¹⁰⁷ Conferencia de Oslo: “Diez Años de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos” en *Chairs’s Summary: GP 10 Conference in Oslo, 16 - 17 October 2008*, Oslo, 2008, disponible en <http://www.internal-displacement.org/gp10>.

cias. La apuesta a la adopción de un conjunto de principios y directrices que sirvan de marco de referencia para atender las necesidades de protección de los desplazados “externos” no aparece como demasiado ambiciosa, pero su realización marcaría un hito valioso en el camino hacia asegurar el respeto de sus derechos humanos.

Bibliografía

- Biermann, Frank and Boas, Ingrid, “Protecting Climate Refugees: The Case for a Global Protocol” en *Revista Environment*, noviembre/diciembre de 2008, disponible en <http://www.environmentmagazine.org>.
- Boano, Camillo, Zetter, Roger and Morris, Tim, *Environmentally displaced people. Understanding the linkages between environmental change, livelihoods and forced migration, Forced Migration Policy Briefing 1*, Refugee Studies Centre, University of Oxford, Oxford, noviembre de 2008.
- Cherpitel, Didier, “Breaking the cycle” en *Our Planet*, Vol. 11 No. 3: Disasters, 2002, disponible en <http://www.ourplanet.com>.
- Cohen, Roberta, *Introduction to the Guiding Principles on Internal Displacement*, International Conference on Kurdish Refugees and Internally Displaced Kurds, 23 de septiembre de 2001, disponible en <http://www.brookings.edu>.
- Cohen, Roberta and Bradley, Megan, “Disasters and Displacement: Gaps in Protection” en *Journal of International Legal Studies*, vol. 1, 2010.
- Essam, El-Innawi, *Environmental Refugees*, United Nations Environmental Program (UNEP), 1985.
- Ferris, Elizabeth, *Protecting Civilians in Disasters and Conflicts*, Brookings-Bern Project on Internal Displacement, Policy Brief #182, marzo de 2011, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d8c998c2.html>.
- Ferris, Elizabeth y Paul, Diane, *Protection in Natural Disasters*, Paper submitted to Protecting people in conflict and crisis: Responding to the challenges of a changing world, The Refugee Studies Centre at the University of Oxford (RSC), in collaboration with the Humanitarian Policy Group at the Overseas Development Institute (HPG), septiembre de 2009, disponible en <http://www.brookings.edu>.
- Guterres, Antonio, *Millions Uprooted*, Foreign Affairs, septiembre/octubre 2008.
- Guterres, Antonio, *The Coming Storm*, Perspective No. 01, 2010.
- Kälin, Walter, *The Climate Change – Displacement Nexus*, Panel on disaster risk reduction and preparedness: addressing the humanitarian consequences of natural,

ECOSOC Humanitarian Affairs Segment, de julio de 2008, disponible en <http://www.brookings.edu>.

- McAdam, Jane, *El Desplazamiento provocado por el cambio climático y el Derecho Internacional*, Documento presentado en el evento paralelo al Diálogo del Alto Comisionado sobre los Desafíos en materia de Protección, Ginebra, Suiza, 8 de diciembre de 2010.
- McAdam, Jane, “Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer” en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23 No.1, enero de 2011.
- Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Rees, Susan, Pittaway, Eileen y Bartolomei, Linda, “Waves of Violence: Women in Post-Tsunami Sri Lanka” en *The Australasian Journal of Disaster and Trauma Studies*, Volume: 2005-2, 2005, disponible en <http://www.massey.ac.nz/~trauma/issues/2005-2/rees.htm> .
- Smith, Dan and Vivekananda, Janani, *A Climate of Conflict. The links between climate change, peace and war*, International Alert, noviembre de 2007.

SEGUNDA PARTE.
PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS,
NIÑOS Y ADOLESCENTES REFUGIADOS
Y MIGRANTES

Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe

Emelina Alonso, Pablo Ceriani Cernadas y Alejandro Morlachetti

I. Introducción

En las últimas décadas se han incrementado notablemente los debates en torno a la legitimidad de las políticas migratorias, en particular sobre sus niveles de adecuación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de Refugiados. En este sentido, se han venido señalando una serie de contradicciones entre, por un lado, ciertos mecanismos de control migratorio y de trato a las personas migrantes y solicitantes de asilo y, por el otro, las obligaciones que los Estados han asumido en cuanto a los derechos de todas las personas que están bajo su jurisdicción, sin perjuicio de su nacionalidad o cualquier otra condición, incluso migratoria.

Una cuestión que hasta el momento ha recibido mucha menos atención es el impacto que han tenido la movilidad internacional de personas y las políticas migratorias en los niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNA”). La tardía pero paulatina incorporación de esta temática a las discusiones actuales sobre migración y derechos humanos ha puesto en evidencia la poca visibilidad brindada a la relación entre niñez y migración, y las consecuencias que de allí se derivan en materia de derechos fundamentales.

Como se describe a través de este artículo¹, en el ámbito de los derechos de la niñez en el contexto de la migración se destacan dos déficits comple-

¹ Este artículo es una versión abreviada, aunque revisada y actualizada, del “*Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños, niñas y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*”. A su vez, y en línea con esta publicación coordinada por el ACNUR, incorpora algunos aspectos particulares sobre niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo. El mencionado estudio fue elaborado en 2009 por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, en el marco de un Acuerdo con la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe, y publicado por UNICEF en 2010. La versión completa puede descargarse en <http://www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/index.php>.

mentarios e interdependientes: la invisibilidad de la niñez y, por ende, de los derechos de NNA en el campo de las leyes migratorias, su implementación y las políticas públicas en la materia; y la ausencia de una perspectiva que contemple específicamente la situación de NNA migrantes e hijos/as de migrantes en las políticas de infancia y adolescencia, así como en otras políticas públicas que inciden directa e indirectamente en los derechos de la niñez migrante.

A su vez, los debates contemporáneos en materia de derechos humanos y migraciones están mayormente centrados en los procesos migratorios sur-norte y, específicamente, en el trato a los y las migrantes en los países de destino más desarrollados económicamente como Estados Unidos y países de la Unión Europea. Por el contrario –y sin perjuicio de numerosas iniciativas y discusiones nacionales y regionales a escala global–, la cuestión de la migración sur-sur y los derechos de las personas migrantes en los países de destino de otras regiones o en países de tránsito hacia el norte, ha recibido menor atención.

Sin embargo, América Latina y el Caribe enfrentan también un número importante de desafíos en materia de derechos humanos de migrantes y solicitantes de asilo. Y aquí también, tal como sucede en países receptores de migración sur-norte, la visibilidad de la cuestión de la niñez y sus derechos, constituye –más allá de los avances que se han dado hasta el momento en algunos casos– una deuda generalizada en todos los países de la región.

Como se examina más adelante, uno de los principales temas pendientes en cuanto a la efectiva garantía de derechos de NNA migrantes e hijos de migrantes, es la conciliación de la legislación y las prácticas que conforman la política migratoria de los Estados con los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño². Junto con los problemas derivados del marco normativo vigente en cada país, también se evidencian una serie de vulneraciones de derechos –de variada envergadura y gravedad, según el país– generadas a partir de prácticas o mecanismos contrarios a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o, incluso, a la propia legislación nacional. Criterios como la nacionalidad o el estatus migratorio son usualmente invocados para denegar o restringir el acceso a derechos fundamentales. Y en el mismo sentido, al amparo de las facultades estatales para regular el ingreso y la residencia de personas extranjeras, se diseñan procedimientos o se permiten

² Sobre la aplicación de la Convención en la región, véase UNICEF (Oficina Regional para América Latina y el Caribe), *La Convención sobre los Derechos del Niño quince años después. América Latina*, Panamá, 2004.

prácticas que afectan derechos y garantías. Todas esas circunstancias repercuten de un modo particular y específico en los niños, niñas y adolescentes.

Este escenario convive, como veremos en las diferentes secciones de este artículo, con una serie de medidas –normativas y prácticas– que representan un avance significativo en el reconocimiento de derechos de las personas migrantes y, en menor medida, de la niñez migrante. En efecto, tal como ha señalado hace ya diez años la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, “en la región coexisten legislaciones bastante avanzadas de protección a los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios y sus familias con violaciones sistemáticas y muy serias a los derechos fundamentales de este grupo”³.

El objetivo de estas páginas es, precisamente, examinar algunos de los aspectos en los cuales se manifiesta la brecha entre migraciones y derechos de la niñez, así como los ejemplos positivos que, en materia de niñez, se destacan en recientes normativas o prácticas en materia de migración y asilo de países de la región. Los desafíos pendientes en la materia podrían resumirse en el hecho que, a veintidós años de la Convención sobre Derechos del Niño, son escasas las normas migratorias o de asilo en América Latina y el Caribe que hacen alusión a ella o a su principio medular: el interés superior del niño⁴. Esto pese a que numerosas leyes migratorias y en materia de refugiados han sido adoptadas o reformadas desde que fuera ratificada la Convención.

A fin de hacer esta indagación, seguiremos los temas, análisis y conclusiones presentadas en el estudio elaborado para UNICEF por la Universidad Nacional de Lanús. En particular, se describirán problemas, avances y cuestiones pendientes en materia de derechos de la infancia en el contexto de la movilidad internacional en América Latina y el Caribe, en relación con las siguientes temáticas: a) derechos y garantías en procedimientos de repatriación o deportación de NNA y/o de sus padres; b) derecho a la vida familiar de NNA migrantes, solicitantes de asilo, y de hijos/as de migrantes; c) detención de NNA migrantes y solicitantes de asilo; d) derechos sociales de NNA migrantes,

³ CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias en el Hemisferio*, Segundo Informe de progreso, del 16 de abril de 2001, párr. 126.

⁴ Una de las excepciones es la ley migratoria adoptada recientemente en México, que establece entre sus principios guías el de la unidad familiar e interés superior del niño, niña y adolescente (art. 2 de la Ley de Migración, publicada el 25 de mayo de 2011).

solicitantes de asilo y de hijos/as de migrantes; e, e) inscripción de nacimiento de hijos e hijas de migrantes en situación migratoria irregular.

II. Procedimientos de expulsión y repatriación y garantías del debido proceso

Uno de los aspectos donde se evidencia con mayor nitidez la ausencia de una perspectiva de niñez en el campo de las políticas migratorias es en el ámbito de los procedimientos de repatriación y deportación, tanto de NNA no acompañados como de aquellos que migran junto a sus padres. De igual manera, esa omisión se manifiesta en los casos de expulsión del país de adultos, quedando sus hijos en el país de destino, en el cual nacieron (este último caso trata especialmente del derecho a la vida familiar, así que será examinado más adelante).

En este apartado nos interesa analizar el tratamiento brindado a los derechos de la niñez en el marco de procedimientos de repatriación/deportación del país de NNA migrantes, solos o junto a su familia. En particular, examinaremos la expulsión o repatriación de NNA migrantes no acompañados, su justificación y las garantías del debido proceso reconocidas en estos procedimientos y en la naturaleza jurídica de la decisión de expulsión de los NNA migrantes que son deportados con sus padres, con base en la comisión de infracciones de índole migratoria, como el ingreso o permanencia irregular en el país.

En estos casos se identifica un problema común: la medida que se aplica está basada casi exclusivamente en la faceta de control de los objetivos de las políticas migratorias, dejando en un segundo plano, o ignorando en muchos casos, la política de protección a la infancia que corresponde asegurar a todo Estado en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. La falta de consideración del principio del interés superior del niño, consagrado en su artículo 3, y que debería guiar toda política y decisión que pudiera afectar derechos de NNA, repercute directamente en los derechos de NNA migrantes y solicitantes de asilo.

Como veremos a continuación, la cara opuesta de esta situación es la plena vigencia del principio que prohíbe identificar la expulsión como una sanción. De este principio se deriva que la repatriación sólo podría corresponder en tanto medida de protección, dispuesta en el interés superior del niño y luego de un proceso respetuoso de las garantías del debido proceso y de otros derechos que pudieran estar involucrados en cada caso, como el derecho a la vida familiar.

II.1. El principio de no expulsión

La decisión de repatriar a un menor de edad desde el país donde habita hacia su país de origen, sea que se encuentre con su familia o que se trate de un niño no acompañado, debería adoptarse teniendo en consideración el interés superior del niño. Ello implica que la medida que disponga el retorno de un niño migrante al país del que es nacional no puede tener naturaleza sancionatoria, sino que debe estar enmarcada en una lógica de protección.

Si se trata de niños y niñas que migran con su familia, es razonable entender que, sin perjuicio de las causas puntuales que hayan impulsado el traslado, la decisión de migrar ha sido de los padres, por lo que difícilmente el Estado de destino puede imponer una sanción a niños o niñas en razón de aquello que han determinado sus padres. Menos aún si la expulsión conlleva, como sucede usualmente, una pena adicional generalmente materializada en la prohibición de reingreso a ese país por una determinada cantidad de años. Por lo tanto, ante una eventual expulsión de los padres debido a un ingreso irregular o a la falta de permiso de residencia, la repatriación o retorno de su hijo o hija al país de origen no debería disponerse con el carácter de sanción sino como una medida para su protección en razón del principio de unidad familiar y siempre que ello sea en su interés superior. Esto último implica, entre otras cuestiones, asegurar su derecho a ser oído respecto de su voluntad de retornar al país de origen, atendiendo para ello a su edad y madurez.

En el caso de niños y niñas no acompañados, la respuesta del Estado de destino debe estar basada, indefectiblemente, en una lógica de protección integral de la infancia. La situación de vulnerabilidad en que se encuentran los *NNA* en estos casos es un elemento que refuerza la imposibilidad de concebir la decisión sobre su futuro en los términos de una sanción. Asimismo, es preciso que la evaluación que haga el Estado sobre si el retorno al país de origen es la solución que mejor satisface el interés superior del niño —particularmente por razones de unidad y reunificación familiar—, sea realizada en el marco de un procedimiento que, por un lado, respete las debidas garantías procesales del niño, y por el otro, incluya las pertinentes indagaciones a fin de asegurar que la repatriación a su familia y comunidad no sólo será posible y efectiva sino también en su mejor interés y protección.

Organismos internacionales como el Comité de los Derechos del Niño y el ACNUR, así como otras instituciones públicas y de la sociedad civil de

distintos países, han afirmado el principio de protección que debería guiar la actuación de los Estados en estos procedimientos, frente a los objetivos y metas que se puedan fijar en materia migratoria. En este sentido, el Comité ha señalado, en relación con los niños y niñas no acompañados, que “el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor [...] Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”⁵.

Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Alianza Internacional Save the Children destacaron la necesidad de ponderar el interés superior del niño al momento de decidir su retorno: “Un menor no acompañado sólo podrá ser devuelto si se considera que la devolución es en interés superior del menor. Todas las demás consideraciones, por ejemplo, la lucha contra la inmigración ilegal, han de ser secundarias. La mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria. Los menores han de ser plenamente informados y consultados y sus opiniones respetadas a lo largo de todo el proceso. El tiempo que un menor haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes a tomar en cuenta en ese proceso”⁶.

Este principio ha sido explícitamente destacado por el Relator de Naciones Unidas sobre derechos de las personas migrantes, para quien los Estados deberían basar cualquier decisión relativa a la devolución de un niño o sus padres a su país de origen en el interés superior del niño, incluido el derecho a mantener la unidad de la familia, en un procedimiento que asegure todas las garantías de debido proceso. Por lo tanto, según el Relator, la legislación debería incluir la prohibición de deportar a los niños no acompañados como castigo a su estatus migratorio irregular⁷.

⁵ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen*, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párr. 86.

⁶ ACNUR y Save the Children, *Tercera Edición de la Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores no Acompañados en Europa*, 2004, párr. 13.6.1.

⁷ Informes del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamente, presentados ante el Consejo de Derechos Humanos, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7, # 43 y 123 y 4 de agosto de 2010, A/65/222, #50. En este último caso, el Relator se refiere, incluso, a un “principio de la no deportación de niños no acompañados”.

En definitiva, las políticas de control migratorio, aplicadas en las circunstancias comentadas, deben partir de un principio que podríamos sintetizar como “niño primero, migrante segundo”, lo cual exige asegurar un enfoque de “protección de la niñez” en materia de control migratorio. El énfasis debe colocarse en garantizar que las normas y las prácticas de control sean compatibles con las obligaciones que emanan de las normas nacionales y los tratados internacionales relativos a los derechos de la niñez⁸.

En la amplia mayoría de las normativas migratorias de los países de América Latina, la regulación de las causas de expulsión por infracciones de índole migratoria y de los procedimientos a seguir en estos casos, no incluye alusión alguna o distinción respecto de los niños y niñas migrantes⁹. Por otra parte, en casos en que existen mecanismos de repatriación “voluntaria”, se han detectado prácticas que omiten considerar debidamente el interés superior del niño y, consecuentemente, se acercan más bien a mecanismos de expulsión. Al respecto, el Comité de Derechos de Trabajadores Migrantes señaló que debe asegurarse que “la repatriación y/o deportación de menores de edad no acompañados a los Estados de origen sólo tendrá lugar en aquellos casos que sea en el interés superior del niño y previa determinación de que existen condiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al Estado de origen”¹⁰.

Es por ello que una primera observación en relación con la legislación vigente en la región nos obliga a enfatizar la necesidad de reformular el marco jurídico, o las prácticas que lo implementan, a fin de ajustar cualquier acto que involucre la repatriación de un niño a una lógica centrada en la protección y no en la sanción de la condición migratoria irregular en que pueda encontrarse.

⁸ Crowley, H., ILPA (Immigration Law Practitioners' Association) position paper, *Child First, Migrant Second. Ensuring that every child matters*, London, 2006, pp. 64 a 66.

⁹ A modo de excepción, la nueva ley migratoria de Costa Rica establece que: “Las personas menores de edad no serán sujetos de deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés” (art. 185). En cambio, la ya citada ley de migraciones de México, prevé que únicamente los NNA migrantes no acompañados y quienes sean víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio mexicano no serán deportados y atendiendo a su voluntad o al interés superior para garantizar su mayor protección, podrán sujetarse al procedimiento de retorno asistido o de regularización de su situación migratoria (art. 120). A su vez, en el mismo artículo la ley contempla que en los casos de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes no acompañados, se deberá tomar en consideración el interés superior para garantizar su mayor protección y su situación de vulnerabilidad para establecer la forma y términos en que serán trasladados a su país de origen. Por su parte, la nueva ley sobre refugiados y protección complementaria de México establece que se observará el principio de “no sanción por ingreso irregular” (art. 5).

¹⁰ Observaciones Finales del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, México, CMW/C/MEX/CO/2, 3 de mayo de 2011, párr. 56.

II.2. La determinación del interés superior del niño

De acuerdo con los estándares internacionales aplicables, en todo trámite o procedimiento migratorio o en materia de asilo, las decisiones que se adopten, siempre deberían estar guiadas por el interés superior del niño¹¹. En especial, respecto de aquellos niños y niñas migrantes no acompañados o separados de sus padres, ya sea que busquen protección internacional o no. El procedimiento de *determinación del interés superior* (DIS) es la herramienta más importante para asegurar en estos casos el respeto, la protección y la garantía de los derechos de los niños y niñas que migran.

Este procedimiento implica la evaluación, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos de derechos humanos, de todos los aspectos relevantes de cada caso particular, para que en las distintas etapas del procedimiento migratorio o de reconocimiento de la condición de refugiado pueda tomarse una decisión que proteja de la mejor manera posible los derechos del NNA en cuestión. Será necesario, por lo tanto, una valoración caso por caso, respetuosa de las garantías procesales, que permita determinar, por un lado, cuál es la solución que, tanto a corto y largo plazo, más se adecua al interés superior de cada niño o niña y, por otro, la forma de implementación de tal solución que también mejor se concilia con el respeto de sus derechos.

La determinación del interés superior debería, por tanto, realizarse en un plazo razonable, ya que la dilación inmotivada de dicho procedimiento podría, según el caso, aumentar la situación de vulnerabilidad del niño o niña.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación del interés superior requiere una clara y detallada evaluación de la identidad —incluyendo nacionalidad, características de su crianza, etnia, contexto cultural y lingüístico—, además de la particular situación de vulnerabilidad y de las necesidades básicas de protección que los NNA migrantes pudieran tener¹².

¹¹ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe anual 2010 ante la Asamblea General ha señalado que “todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños en el contexto de la migración deberán determinar que la protección de los intereses de cada niño sea una consideración primordial en sus acciones”. Agregó que “la interpretación que se dé a lo que constituye el ‘interés superior’ será necesariamente diferente en contextos diferentes, en función de la situación de cada niño. Ello exige asegurar que las circunstancias particulares del niño se tengan en cuenta para determinar dónde radica su interés”, A/HRC/15/29, 5 de julio de 2010, párrs. 24 y 25.

¹² Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, *op. cit.*, párr. 20.

Parece evidente que para que pueda ser realizada esta evaluación acerca de la situación NNA migrantes no acompañados o separados de sus padres, la autorización de ingreso y permanencia en el territorio del Estado es un pre-requisito ineludible.

En algunos Estados de América Latina y el Caribe, el incumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos y de derechos del niño no sólo se manifiesta en la práctica administrativa en las zonas de frontera, sino también en la legislación vigente. En este sentido es preciso recordar que algunos países de la región incluyen a los niños y niñas no acompañados entre las categorías de personas a quienes se puede prohibir el ingreso al territorio¹³. Por el contrario, Costa Rica ha establecido recientemente que 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, y que en tal caso se deberá informar de manera inmediata a las autoridades en materia de infancia, que asumirán la representación temporal del niño o niña y su traslado a un albergue¹⁴.

Una aplicación efectiva de la normativa sobre refugiados puede, en esos casos, evitar que la prohibición de ingreso de niños no acompañados derive en la violación del derecho al asilo, aunque ello podría convivir con prácticas que –de facto– vulneren ese derecho. Sin perjuicio de ello, en el campo estrictamente migratorio, esa prohibición de ingreso no sólo evidencia la falta de una perspectiva de infancia y el desconocimiento del creciente fenómeno de migración de NNA no acompañados, sino también la vulneración de diversos derechos fundamentales, aún si no se tratara de un caso de necesidad de protección internacional.

Por otra parte, el procedimiento de determinación del interés superior del niño también debería emplearse en los casos de expulsión de la familia. La deportación tampoco debería aplicarse en estos supuestos como una sanción sino, por el contrario, correspondería evaluar aspectos tales como los años que el NNA lleva residiendo en el país, el nivel de integración, su inclusión dentro del sistema de educación, entre otros aspectos, y únicamente definir el retorno a su país de origen si fuera en resguardo de su propio interés.

¹³ Bolivia: Decreto Supremo 24423 del 29/11/1996, art. 46; Brasil, Ley Migratoria, art. 7.I; Chile, Decreto-ley 1094, art. 16.4; Ecuador, Ley de Migración, art. 9.III.

¹⁴ Costa Rica, Ley de Migración y Extranjería, art. 65.

Las obligaciones en materia de niñez migrante y solicitante de asilo que surgen a partir del respeto al principio medular de la Convención sobre los Derechos del Niño, determinan la necesidad de que los Estados cuenten con un protocolo o reglamentación que establezca de forma clara y global qué aspectos deberán evaluarse en cada caso en particular y que, a su vez, garantice la participación del NNA durante el procedimiento. Hoy, sin embargo, ningún país de la región ha adoptado e implementado aún –salvo algún incipiente caso excepcional¹⁵– con éxito, un mecanismo eficaz y adecuado para la determinación del interés superior del niño en los trámites migratorios o en el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado.

Un aporte decidido a desarrollar lineamientos y directrices para la determinación del interés superior del niño ha sido realizado por ACNUR. En efecto, este organismo de Naciones Unidas encargado de velar por las personas solicitantes de asilo o de aquellas a quienes se reconoce el estatuto de refugiado, tiene dentro de sus prioridades claves, la protección y promoción en el marco de sus capacidades, de los derechos de todos los NNA bajo su mandato. En este contexto, con el fin de apoyar el fortalecimiento y establecimiento de un sistema global de protección del menor, el ACNUR ha realizado diferentes aportes al desarrollo de mecanismos para identificar

¹⁵ Son los casos de Argentina y México. En Argentina, durante muchos años, la Resolución 2895/1985 de la Dirección Nacional de Migraciones avalaba una práctica de denegación de ingreso en frontera y en controles portuarios de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. Recién en diciembre de 2011 entró en vigencia la Disposición 2656/2011 que prevé que a los niños y niñas extranjeros menores de 14 años que no cuenten con autorización para el ingreso al país, se les otorgará una autorización provisoria de permanencia y deberán ser puestos a disposición de la autoridad con competencia en materia de niñez a los fines de su guarda provisoria. Sin embargo, al cierre de la edición de este libro aún no se contaba con información sobre la eficacia en la implementación de esta norma. Por su parte, distintos organismos gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales, habían firmado pocos meses antes de la nueva disposición, un protocolo de protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias que llegan al país en busca de asilo cuyo objetivo es garantizar un mecanismo coordinado de intervención y respuesta frente a estos casos, que a partir de un enfoque de protección de derechos de la niñez, defina claramente los roles y responsabilidades de los diferentes actores involucrados en su atención. Este trabajo conjunto representa sin duda, un avance significativo, no obstante lo cual, el protocolo, además de no contar aún con valor legal y ser de aplicación obligatoria, no resulta suficiente para la atención de todos los niños y niñas migrantes que llegan al país, en tanto se refiere únicamente a aquellos que buscan protección internacional o asilo. En el caso de México, la Ley de Migraciones sancionada en 2011 establece que su reglamentación deberá establecer el procedimiento para la determinación del interés superior de la niña, niño o adolescente migrante no acompañado. Sin embargo, al cierre de la edición de esta publicación, la reglamentación no había sido dictada aún. Por su parte, la Ley sobre refugiados de México, establece que en el reconocimiento de la condición de refugiado deberá contemplarse el interés superior del niño (arts. 5 y 9). En el mismo sentido se expresa la ley uruguayaya sobre estatuto de refugiado, que establece que “deberá prevalecer la defensa del interés superior del niño, niña o adolescente a lo largo de todas las instancias del procedimiento” (art. 36).

el interés superior de los NNA refugiados¹⁶, que hoy son tomados como guía para la elaboración de este tipo de protocolos en distintos países de la región y el mundo.

A continuación presentamos una serie de principios que los Estados de la región se encuentran obligados a garantizar para asegurar un enfoque de niñez y derechos humanos en las políticas migratorias y en materia de asilo. Estos principios deberían estar contemplados específicamente en el procedimiento de determinación del interés superior del NNA, pero aún en los casos en que tal procedimiento no hubiere sido reglado de manera uniforme y explícita a nivel nacional, no podrían dejar de ser garantizados en todo procedimiento administrativo o judicial que involucrase a un NNA, en relación con su ingreso o permanencia en el país de destino, su retorno a su país de origen, o un eventual reasentamiento en un tercer país.

II.3. Derecho a ser oído

Pese a la importancia que tiene el derecho a ser oído en el marco del debido proceso, no todas las legislaciones de la región reconocen expresamente ese derecho para los extranjeros en los procedimientos migratorios. Muchas de ellas, tampoco regulan instancias para que la persona migrante pueda expresarse sobre el asunto en discusión¹⁷. Esto ocurre en menor medida en la legislación en materia de asilo, donde hoy mayormente las normas prevén la realización de entrevistas e incluso garantizan servicios de interpretación. Sin embargo, en las legislaciones migratorias y de asilo que contemplan el derecho a ser escuchado, no se menciona habitualmente este derecho en relación con los niños y niñas ni se regulan específicamente las modalidades para garantizar su participación y/o los mecanismos para que sean oídos según su edad, su grado de madurez, sus necesidades, derechos y otros elementos involucrados en el análisis de esos casos¹⁸.

¹⁶ ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor (DIS)*, mayo de 2008.

¹⁷ Por ejemplo, a través de una audiencia oral durante la cual puedan alegar los motivos que justificarían una autorización de residencia o ingreso, o que cancelarían una medida de expulsión. Son muy pocos los países que incluyen la celebración de una audiencia en estos procedimientos. Véase Guatemala, *Ley de Migración*, art. 113; Venezuela, *Ley de Extranjería y Migración*, art. 43.

¹⁸ Puede mencionarse como excepción el caso de Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas de El Salvador (art. 57, decreto 79 de 2005, reglamentario del decreto legislativo 918 de 2002) que establece que “en todo el procedimiento que se realice para otorgar la condición de refugiado y en el procedi-

El derecho a ser oído puede ser esencial para evitar la vulneración de otros derechos y para poder evaluar, entre otros aspectos, cuestiones como el grado de integración en la sociedad de destino o los efectos que una posible repatriación podría acarrear en el goce de derechos como la salud, educación o la vida familiar del NNA. El derecho a ser oído es reconocido entre los principios claves que moldean la Convención sobre Derechos del Niño, en tanto simboliza —precisamente— el paso hacia una perspectiva centrada en la niñez como sujeto de derechos.

Como ha señalado la Relatoría de la CIDH, a fin de que las garantías de debido proceso, y en particular el derecho a ser oído, se respeten efectivamente, un elemento que debe ser considerado es que el niño cuente con un intérprete o traductor que lo asista, en caso de hablar un idioma distinto al del país en que se encuentra. Algunas leyes migratorias vigentes en la región y un gran número de las normas en materia de asilo prevén expresamente la provisión de un intérprete¹⁹.

Por último, cabe señalar que el derecho a ser oído, en toda su extensión, no sólo ha tenido una limitada atención en las leyes migratorias sino también en las prácticas de los Estados de la región. Así, en la última década se han divulgado diferentes informes que dan cuenta de la existencia de numerosos casos de expulsión de facto de migrantes, que se han concretado en el traslado de personas al otro lado de la frontera, sin que se les haya dado posibilidad alguna de un procedimiento legal y de ser oídas ante alguna autoridad competente²⁰. También se han relevado casos en los que no se ha garantizado a los migrantes el derecho a ser oídos, no se les ha ofrecido información adecuada ni tampoco servicios de interpretación²¹.

miento para brindarle protección social, el niño o la niña deberá ser oído y expresar libremente su opinión, la cual será tomada en cuenta en función de su edad y madurez”.

¹⁹ Entre ellas, Argentina, Ley de Migraciones, art. 86; Venezuela, Ley de extranjería y migración, art. 43; México, Ley de Migración, arts. 14, 70, 109, 119 y 122; Chile, Ley 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados, arts. 29 y 30; Uruguay, Ley 18.076 de Estatuto del Refugiado, art. 22.

²⁰ CIDH, *Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, Cuarto Informe de progreso, Visita *in loco* a Costa Rica, 2003, párr. 199.

²¹ CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, Cuarto Informe de progreso, Visita *in loco* a Guatemala, en Informe Anual 2002, párr. 16; Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, *Informe del Procurador al Comité de Trabajadores Migratorios de la ONU, El Salvador*, abril de 2008, párr. 245; Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdova”, Hogar de la Misericordia y Due Process of Law Foundation, *La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México*, 2008, p. 17.

II.4. Derecho a asistencia jurídica

La Corte IDH ha afirmado que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial “por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal” a migrantes en casos de expulsiones²². Sin embargo, en muchos países de América Latina y el Caribe, los migrantes no cuentan con patrocinio letrado en los trámites migratorios, ni se reconoce este derecho en la legislación. Son menos aun las ocasiones en las que se prevé el derecho a la gratuidad de este servicio²³. Las relatorías sobre los derechos de las personas migrantes, tanto de la CIDH como de la ONU, han señalado, al visitar países de la región, que en general las personas no cuentan con asistencia legal en los procedimientos migratorios²⁴.

Recientemente, algunos países han incorporado este derecho a la legislación migratoria y, con posterioridad, se han creado mecanismos para hacerlo efectivo²⁵. En otras oportunidades se ha detectado que aún cuando la legislación reconoce este derecho, dicho servicio es brindado por organizaciones de la sociedad civil²⁶.

²² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003, párr. 126. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia STC 95/2003 (del 22 de mayo de 2003) declaró la inconstitucionalidad del artículo 2.a de la Ley sobre asistencia jurídica gratuita nro. 1/1996, que únicamente reconocía el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que tuvieran residencia legal en el país.

²³ En el caso de Uruguay, la ley establece que en casos de NNA no acompañados se asegurará la asistencia letrada obligatoria dándole trámite de forma prioritaria y siendo nula toda actuación que se hubiese realizado sin presencia del defensor (Ley 18.076 de Uruguay sobre estatuto de refugiado, art.36).

²⁴ CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias, Cuarto Informe de progreso, Visita in loco a Guatemala*, op. cit., párr. 371; Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Visita oficial a Guatemala, nota de prensa, 28 de marzo de 2008.

²⁵ La ley migratoria argentina prevé en su artículo 86 la asistencia jurídica gratuita tanto en el ámbito de la justicia como en los procedimientos administrativos. A su vez, la reglamentación de la ley, sancionada en 2010, determinó que frente a cualquier planteo que efectúe un extranjero, la Dirección Nacional de Migraciones “...dará inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses”. Ya a fines de 2008 se había celebrado un acuerdo entre la Dirección Nacional de Migraciones y la Defensoría General de la Nación, a fin de contratar abogados cuya función sería brindar asistencia legal gratuita a los migrantes, en virtud de lo ordenado por el artículo 86 de la ley migratoria vigente.

²⁶ CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias, Visita in loco a México*, 2002, párr. 303 y Observaciones preliminares de la visita realizada a México del 25 de julio al 2 de agosto de 2011, p.6; Montero, M. E., *Estudio y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería –Versión Ejecutiva–*, República de Costa Rica, PNUD, UNFPA, UNICEF, ACNUR, OIM, Dirección General de Migración y Extranjería, San José, 2007, p. 36.

El derecho a la representación legal se concreta en la existencia y disponibilidad de mecanismos y medios que permitan obtener de manera efectiva asesoramiento jurídico y representación o patrocinio en los casos que la requieran. Por ello, es necesario que los Estados diseñen e implementen políticas públicas que permitan asegurar el acceso a ese derecho en el marco de los procedimientos migratorios y de reconocimiento de la condición de refugiado.

En el caso de los niños y niñas no acompañados, el acceso al servicio resulta ineludible ya que de lo contrario, quedarían al margen de toda defensa legal, a diferencia de cuando se encuentran con sus padres y ejercen este derecho a través de ellos²⁷. En cualquier caso, es preciso señalar que la legislación migratoria en la región no alude específicamente a la asistencia legal a los niños y niñas²⁸, aunque el reconocimiento de este derecho en algunas de las normas migratorias y sobre refugiados permitiría predicar que se extiende a todas las personas migrantes y solicitantes de asilo, tanto adultos como niños.

II.5. Derecho a un recurso efectivo

La legislación migratoria de diversos países de la región, al definir los procedimientos que conducen a la expulsión del país o la denegación de ingreso al territorio, dispone expresamente que la persona no tendrá recurso administrativo y/o judicial alguno contra la decisión adoptada por la autoridad migratoria²⁹. En alguna ocasión, los tribunales de justicia han declarado el carácter inconstitucional de esta clase de disposiciones³⁰, mientras que otros

²⁷ Aún cuando en algunos casos excepcionales el interés superior del niño podría obligar a proveer un asesoramiento jurídico diferenciado.

²⁸ La ley migratoria mexicana, sin embargo, al referirse en su artículo 11 al derecho a la procuración e impartición de justicia de las personas migrantes, señala que “en los procedimientos aplicables a niños, niñas y adolescentes migrantes, se tendrá en cuenta su edad y se privilegiará el interés superior de los mismos”.

²⁹ Belice, Immigration Act, art. 27 (decisión de no ingreso de “inmigrantes prohibidos”); Chile, Decreto 1094/75, art. 84 (expulsión por tener el permiso de estancia vencido); Colombia, Decreto 4000/04, art. 72 (rechazo de ingreso); Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 222 (en casos de rechazo al ingreso, y deportación); Honduras, Decreto 208-2003, art. 81 (no ingreso y expulsión de personas no admitidas); Panamá, Decreto-Ley 3/2008, art. 51 (negativa a ingresar); República Dominicana, Ley 285, art. 137.II (en caso de no admisión al territorio) y Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 27.1 (en referencia a la deportación de “inmigrantes prohibidos”).

³⁰ En Ecuador, el artículo 30 de la Ley de Migración expresaba que la orden de deportación “no será susceptible de recurso administrativo o judicial”. En 1993, el Tribunal de Garantías Constitucionales No. 12 había decretado su inconstitucionalidad. Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta decisión (Resolución No. 57, Registro Oficial del 04/03/1994). En 2003, el Tribunal Constitucional confirmó la posición acerca de la constitucionalidad

han resuelto que se trata de una restricción legítima³¹. Por otra parte, el Comité de Trabajadores Migrantes de la ONU ha tenido oportunidad de señalar falencias en la normativa de algunos Estados latinoamericanos en cuanto a los recursos disponibles para las personas migrantes, especialmente en los casos de expulsión³².

Algunos países disponen como única vía recursiva, una petición ante el Consulado, una vez ejecutada la expulsión³³. A su vez, instituciones de la sociedad civil han señalado que, en el ámbito migratorio, la legislación otorga facultades excesivamente discrecionales al poder ejecutivo, facilitando de este modo la adopción de decisiones arbitrarias por parte de las autoridades. Así, las medidas de expulsión adoptadas carecen de las garantías básicas³⁴. Entre estas irregularidades, se encuentran los procedimientos de control migratorio llevados adelante por funcionarios que no están autorizados por ley a efectuar estas actividades³⁵.

Por el contrario, otros países reconocen a los migrantes las vías recursivas establecidas con carácter general para todas las personas que son parte de un procedimiento administrativo. Sin perjuicio de estipular alguna forma de intervención previa de la autoridad migratoria, las clases de recursos y el procedimiento a seguir, así como los derechos y garantías procesales,

de tal disposición (Resolución No. 040-2002-TC). Finalmente, se reformó el artículo, estableciendo que la decisión "será susceptible de impugnación ante el órgano competente de la Función Judicial".

³¹ Costa Rica, Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Exp. 05-007009-0007-CO, Res: 2005-09618, del 20 de julio de 2005.

³² Véase las Observaciones Finales del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, respecto de los siguientes países: Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párrs. 25 y 26; Bolivia, CMW/C/BOL/CO/1, del 2 de mayo de 2008, párrs. 29 y 30; y El Salvador, CMW/C/SLV/CO/1, del 4 de febrero de 2009, párrs. 25-28; México, CMW/C/MEX/CO/2, 3 de mayo de 2011, párrs. 25-26.

³³ Perú, Ley de Extranjería, art. 67.

³⁴ Por ejemplo, según la Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, en la aplicación de la ley migratoria, "abusada de procedimientos administrativos restrictivos de derechos, la autoridad migratoria se convierte en juez y parte en el proceso, determina la infracción en un proceso verdaderamente sumariísimo que termina con la inminente expulsión del territorio nacional, muchas veces las personas son puestas inmediatamente en un vuelo de regreso o dejadas en el borde de la frontera próxima cercana, sin más", Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes de El Salvador, Informe alternativo relativo al cumplimiento por El Salvador de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias, presentado en 2008 ante el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, p. 10.

³⁵ Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales, México, CMW/C/MEX/CO/01, del 8 de diciembre de 2006, párrs. 31 y 32 y México, CMW/C/MEX/CO/2, del 3 de mayo de 2011, párrs. 31 y 32.

son los mismos que rigen para todos los habitantes ya sean nacionales o extranjeros³⁶.

En cuanto a la posibilidad de cuestionar la medida en sede judicial, también son pocos los países cuya normativa migratoria regula el derecho a la revisión judicial de una disposición administrativa relativa al ingreso o la expulsión de migrantes³⁷ mientras que la mayoría de las legislaciones no prevé mecanismo judicial alguno en estos casos³⁸. En otros, se establece expresamente que dichas decisiones no pueden ser revisadas por ninguna corte o tribunal³⁹.

En algunos países que reconocen el derecho a un recurso judicial, éste sólo se concede a personas que hayan adquirido la residencia permanente⁴⁰ o que tengan “condición legal”, o bien se dispone que los recursos se estipularán de acuerdo al “estatus legal” de la persona⁴¹. En estos casos, las personas extranjeras con determinada categoría migratoria o con estatus migratorio irregular, no pueden ejercer el derecho de apelar ante la justicia en caso de haberseles negado el ingreso al país y tampoco pueden solicitar la revisión de una orden de expulsión.

Estadísticas oficiales sobre procesos de expulsión revelaron la ejecución de miles de medidas de deportación de migrantes sin ninguna clase de intervención del poder judicial⁴². Una cuestión relevante es que los recursos administrativos y judiciales provistos en la legislación resulten efectivos ya que, de lo contrario, la garantía de recurrir se torna meramente formal⁴³.

³⁶ Argentina, Ley 25.871, art. 75 y ss.; Guatemala, Ley de Migración, art. 116.

³⁷ Argentina, Ley de Migraciones, arts. 75-84; Paraguay, Ley 978, art. 116; Uruguay, Ley de Migración, art. 52; Venezuela, Ley 37.944, art. 44.

³⁸ El Salvador, Ley de Migración, art. 67; Panamá, Decreto Ley 3/2008, art. 96; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 78 (sobre negativa de ingreso); Brasil, art. 72.

³⁹ Trinidad y Tobago, Immigration Act, art. 27.3; Nicaragua, Ley 761, art. 113.

⁴⁰ Barbados, Immigration Act, arts. 2.c, 23.1 y 23.2.

⁴¹ República Dominicana, Ley de Migración, arts. 137.I y 138.

⁴² En Argentina, ésta era la práctica habitual hasta la derogación de la anterior ley migratoria en diciembre de 2003. Véase, al respecto, Ceriani Cernadas, P., “Migrantes: Una deuda pendiente. Veinte años de vigencia de la ‘Ley Videla’ en democracia”, en CELS, *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2002-2003*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003, pp. 517 a 536.

⁴³ Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han destacado, concretamente en relación con casos de expulsión de migrantes, que el derecho a un recurso efectivo precisa ser idóneo, capaz de solucionar o reparar la afectación de los derechos en juego, y ser una garantía real y no una mera declaración de intenciones. Asimismo, han ratificado que debe ser reconocido a todas las personas, independientemente de su condición migratoria. Corte IDH, OC-18/03, *op. cit.*, párr. 108; TEDH, caso *Conka v. Bélgica*, demanda

En relación con los países de la región, distintos organismos internacionales han indicado la ausencia de recursos que resulten efectivos en los términos descritos⁴⁴. Las legislaciones que disponen recursos dirigidos a cuestionar las decisiones adoptadas, plantean opciones variadas en relación con los plazos de presentación de dichos cuestionamientos, siendo éstos en algunos casos de horas y en otros de semanas⁴⁵.

En relación con los niños y niñas migrantes, las leyes no hacen ninguna referencia específica sobre los recursos administrativos y/o judiciales que tendrían disponibles en el caso de que una decisión de la autoridad migratoria pudiera afectar sus derechos. De todas maneras, podría decirse, por un lado, que en caso de niños y niñas no acompañados la persona asignada como tutor, junto con el representante legal, serán quienes interpongan los recursos que la ley prevea, de acuerdo a los intereses, los derechos y la voluntad de estos niños y niñas.

Por otra parte, cuando se trate de hijos e hijas de migrantes sujetos a un proceso de expulsión, o de una familia migrante en tales circunstancias, serán los padres por sí, y en representación de sus hijos e hijas, quienes ejerzan esos recursos. Ello, independientemente del derecho de los niños y niñas a ser oídos y participar en el proceso y, en caso que sea apropiado –en su interés superior–, a ejercer los recursos disponibles de forma autónoma.

II.6. Derecho a la asistencia consular

El artículo 23 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que los trabajadores migratorios y sus familiares “tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen [...] en todos los casos en que queden menoscabados los

No. 51564/1999, sentencia del 5 de febrero de 2002, y *caso Hilal v. Reino Unido*, demanda No. 45276/1999, sentencia del 6 de marzo de 2001.

⁴⁴ Comité sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Observaciones Finales, Ecuador, *op. cit.*, párrs. 25 y 26; México, 2011, *op. cit.* párrs. 25-26; Chile, CMW/C/CHL/CO/1, 23 de septiembre de 2011, párrs. 28-29 y Guatemala, CMW/C/GTM/CO/1, 12 de octubre de 2011, párrs. 20-23.

⁴⁵ En algunos casos se brinda un plazo de 24 o 48 horas para presentar una apelación de la medida de expulsión ante un tribunal de justicia (Bolivia, Decreto Supremo 24.423, art. 20.h; Chile, Decreto 1094/1975, art. 89); en otros, se fija un plazo entre 8 y 15 días para presentar recurso administrativo (leyes migratorias de Argentina, arts. 75 a 81; Brasil, art. 72 y Paraguay, art. 116).

derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho”.

De esta manera, en los procedimientos que pudieran suponer la repatriación y/o detención de niños, niñas y adultos migrantes a su país de origen, los Estados deben, en primer lugar, comunicar a las personas que tienen el derecho a que se informe de su situación a la autoridad consular de su país de origen y, luego, a que estas autoridades les brinden asistencia y protección. En el caso de los niños y niñas migrantes, especialmente cuando no están acompañados, este derecho puede significar una importante garantía de protección, considerando la situación de vulnerabilidad en que normalmente se encuentran. En los procesos de retorno de niños y niñas no acompañados, si esa medida resultare ser la adecuada en interés superior del niño, la participación del país de origen es esencial, no sólo para brindarle la protección que precise, sino también para garantizar que esa repatriación sea realizada debidamente.

Por otra parte, debe destacarse que siempre, tanto niños, niñas como adultos migrantes podrán oponerse a la comunicación con el representante consular del país de origen y a cualquier otra intervención de estas autoridades en el procedimiento⁴⁶. Este aspecto del derecho a la asistencia consular puede ser fundamental, por ejemplo, en caso de que los niños y niñas, solos o con sus padres, se encuentren en el país de destino como solicitantes de asilo y por ende tengan un temor fundado de persecución por parte de su Estado de origen.

En América Latina y el Caribe, prácticamente ninguna ley migratoria incluye este derecho en el contexto de procedimientos de expulsión⁴⁷. Asimismo, organizaciones de la sociedad civil han indicado que, por un lado, los Estados de destino no dan cumplimiento a su obligación de informar de manera oportuna a las personas –tanto adultas como niñas, niños y adolescentes–

⁴⁶ Corte IDH, OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 1 de octubre de 1999, Serie A No 16, párr. 83.

⁴⁷ El artículo 93 del Decreto 3/2008 de Panamá establece que en caso de personas menores de edad que hayan infringido las normas migratorias, “se comunicará al representante diplomático o consular de su país de origen o residencia, si éste estuviere acreditado en la República de Panamá, o a un gobierno amigo en caso que no lo estuviere”. Por su parte, la nueva Ley de Migración de México, establece que tanto en el procedimiento de deportación como en el retorno asistido, se informará del derecho a recibir protección de su representación consular y se facilitarán los medios para que la persona extranjera pueda comunicarse con ésta lo antes posible (arts. 119 y 122).

sobre el derecho a la asistencia consular del que son titulares⁴⁸. Otros lo hacen tardíamente, lo cual limita la función consular de asistencia y protección. Por otra parte, estas mismas entidades han advertido que las representaciones consulares de los países de origen no prestan asistencia ágil y eficaz a sus nacionales, en particular en los casos de deportación. Del mismo modo, el Comité de la ONU sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios, ha recomendado a países de la región la adopción de medidas para garantizar el derecho a la asistencia consular en los procedimientos de expulsión⁴⁹.

Algunos países llevan adelante programas específicos de asistencia consular para garantizar la asistencia jurídica y la protección de los derechos de las personas migrantes en diferentes circunstancias. No obstante, la prioridad de estos planes es asegurar una repatriación “segura y ordenada” de los niños y niñas a su país de origen⁵⁰, y, en menor medida (o más bien, en ninguna medida), brindar asistencia jurídica y bregar por la determinación del interés superior del NNA para impedir su expulsión, obtener un permiso de residencia en el país de destino u otra decisión que mejor se adapte —en cada caso— al interés superior del niño.

II.7. No devolución

En los países de la región se evidencia una importante laguna en cuanto a la regulación normativa del principio de no devolución, una norma imperativa del derecho internacional⁵¹ que determina que en ningún caso un ex-

⁴⁸ Entre otros, véase Amnistía Internacional, *Informe presentado ante el Comité de Trabajadores Migrantes sobre México*, 4 de marzo de 2011, p. 2; y Comité de Derechos Humanos de Tabasco A.C., *I(dh)jeas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos A.C. y otros, Informe al Comité de Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares sobre diversas cuestiones relativas a los derechos humanos de las personas migrantes en tránsito por México*, 22 de febrero de 2011, párr. 24.

⁴⁹ Véase las Observaciones Finales del Comité de Trabajadores Migrantes a los Estados de Ecuador (párr. 26.c), y México, 2006, (párr. 28.d) y 2011 (párrs. 41 y 42).

⁵⁰ Por ejemplo, el Programa Interinstitucional de Atención a Menores Fronterizos de México. Sobre este programa, véase: Acción Canadá para la Población y el Desarrollo; Colegio de Michoacán, *Menores migrantes: derechos humanos, protección y servicios en los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración*, octubre de 2002, p.21.

⁵¹ Así lo han reconocido los Estados de América Latina, en la “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. Al respecto, véase también Allain, J., “The jus cogens Nature of non refoulement” en *International Journal of Refugee Law*, Volume 13, Issue 4; y Farmer, A., “Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection” en *Georgetown Immigration Law Journal*, Volume 23, Issue 1, Georgetown, 2008.

tranjero puede ser expulsado o devuelto a su país, sea o no de origen, cuando su derecho a la vida o a la libertad personal corren riesgo allí. A diferencia de lo establecido en numerosas legislaciones en materia de asilo, donde este principio se recepta sin excepciones, en el campo de las políticas migratorias y, particularmente en la regulación de los procedimientos de rechazo en frontera o expulsión del territorio, el principio de *non refoulement* (no devolución) suele estar ausente.

Esta omisión puede resultar en la vulneración de este principio afectando, no sólo a personas migrantes, sino también a solicitantes de asilo. De allí no se deriva necesariamente su violación, pero sí la necesidad de que se reconozca expresamente en la normativa, particularmente en las reglamentaciones y los protocolos de acción, para garantizar una identificación inmediata de las necesidades de protección. Y, en particular, para asegurar la implementación de mecanismos apropiados para la protección integral de la infancia.

Por ello, el diseño apropiado de un sistema de ingreso y control fronterizo que evite el rechazo automático en frontera y permita entrevistarse con el NNA de forma confidencial, en un idioma comprensible, que pueda identificar las necesidades de cuidado y protección (incluyendo protección internacional), puede ser un elemento clave para garantizar la no devolución como consecuencia de la cual pudiera configurarse un peligro de daño para los derechos del niño, en especial para su vida o integridad física.

Es importante destacar que el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado extensamente sobre cómo aplicar este principio de *ius cogens* en derecho internacional en el caso de NNA no acompañados. El Comité destacó en particular la relevancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el riesgo que supone una medida de devolución, que no sólo valore el riesgo posible sobre su libertad, integridad física o vida, sino que tenga en cuenta condiciones socioeconómicas tales como la edad, el género y las consecuencias graves que pueden tener para los niños y niñas la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios en el país de origen⁵².

Es así que ningún niño podría ser expulsado a un territorio en el que su vida, su supervivencia, su desarrollo integral o su libertad corrieran riesgo, no sólo por el temor de ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino también por la ausencia de elementos esenciales para un

⁵² Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *op. cit.*, párrs. 27 y 84.

desarrollo integral y en condiciones dignas. Ello supone un posicionamiento que, en caso de niños, niñas y adolescentes, amplía el estándar comúnmente aceptado en materia de no devolución.

En definitiva, la forma de implementar este criterio definido por el Comité en cuanto al retorno al país de origen o procedencia de niños no acompañados, sólo podría contemplarse, como ya se ha señalado, a través de un procedimiento creado y guiado por el objetivo de la determinación del interés superior del niño. Una cuestión que, en el contexto de América Latina y el Caribe, se encuentra con numerosos desafíos pendientes.

II.8. Derecho a un tutor

En el caso de *NNA* no acompañados (migrantes, refugiados y solicitantes de asilo), entre las medidas necesarias para asegurar un proceso con las debidas garantías y, particularmente, para determinar el interés superior del niño, se encuentra la de designación de un tutor. Tal como lo ha establecido el Comité de Derechos del Niño, esta designación debería realizarse en el menor tiempo posible e involucrar al *NNA* migrante o solicitante de asilo en ese proceso considerando que si la misma es temprana posibilita la representación de los intereses del niño en todo procedimiento migratorio⁵³.

Para el caso de la niñez migrante, la figura del tutor debería ser encarada por personas que posean “los conocimientos necesarios especializados en atención a la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc. debidamente satisfechas”⁵⁴. A estos atributos debería sumarse el necesario conocimiento de las cuestiones migratorias, puntualmente de los impactos del proceso de migración en aquellos niños y niñas que lo transitan de manera no acompañada.

En América Latina y el Caribe las leyes migratorias y la normativa sobre refugiados en su mayoría –y en algunos casos las propias leyes de infancia–, no

⁵³ De acuerdo al Comité de los Derechos del Niño, los Estados tienen el deber de consultarles e informarles a los tutores, todas las medidas adoptadas en relación con el menor y que además se encuentra autorizado a “asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera”, Observación General No. 6, *op. cit.*, párr. 33.

⁵⁴ *Ibidem*.

contemplan expresamente el derecho a un tutor y un representante legal de los niños y niñas no acompañados. Esta omisión acredita nuevamente el rasgo que caracteriza las políticas migratorias en la región: la falta de un enfoque transversal de edad, es decir, de mecanismos normativos y operativos destinados específicamente a asegurar los derechos de la niñez en el contexto de la migración, particularmente cuando se trata de niños y niñas no acompañados y en situación migratoria irregular⁵⁵.

Deben señalarse sin embargo, algunos avances recientes en esta materia. Tal es el caso de la designación como tutor *ad hoc* de NNA no acompañados solicitantes de asilo o refugiados, de un funcionario de la Defensoría General de la Nación en Argentina⁵⁶, como el más significativo dentro de la región, entre otros progresos normativos⁵⁷.

III. El derecho a la vida familiar de NNA migrantes e hijos/as de migrantes

En el prólogo a la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados han afirmado su convicción “de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas, debe recibir la protección y

⁵⁵ Véase, a modo de ejemplo, ACNUR, *La protección internacional de las niñas y niños no acompañados en la frontera sur de México (2006-2008)*, Oficina Regional del ACNUR para México, Cuba y América Central, 2008, p. 6.

⁵⁶ A partir de la Resolución 489/08, la Defensoría General de la Nación de Argentina determinó que un funcionario de su cartera se desempeñara como tutor ad-hoc de todos los NNA solicitantes de asilo o a quienes se hubiera reconocido el estatuto de refugiado, con el fin de garantizar la representación legal, ejerciendo funciones de representación y asesoramiento tanto en el ámbito jurídico como en el administrativo e, incluso, para facilitar su inserción social y educativa.

⁵⁷ En El Salvador, los NNA no acompañados, solicitantes de la condición de refugiados, deben ser representados por el Procurador General de la República, mientras que el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, asumirá la protección del niño o niña (art. 57, decreto 79 de 2005, reglamentario del decreto legislativo 918 de 2002, Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas). En el caso de Colombia, la legislación prevé la participación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en casos de niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo, y señala que si el NNA no estuviere acompañado, un funcionario del ICBF será nombrado como representante legal durante todas las etapas del procedimiento y velará por la protección de sus derechos (decreto 4503/2009, art. 4). La Ley 20.430, sobre protección de refugiados en Chile, establece un procedimiento especial para menores no acompañados o separados de sus familias, que garantiza la intervención de las autoridades de niñez, para que ejerzan las medidas de protección, cuidado y asistencia que sean necesarias (arts. 38 a 40). Por su parte, la normativa guatemalteca establece simplemente que las autoridades encargadas de la protección de la niñez deberá brindarles “atención especial” (art. 20, acuerdo gubernativo 383/2001, Reglamento para la Protección y Determinación del Estatuto de Refugiado en el Territorio del Estado de Guatemala).

asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Sobre la base de este principio protector, es pertinente observar la trascendencia de la relación entre la vida familiar, los derechos del niño y las políticas migratorias.

En este sentido, cabe señalar que numerosas decisiones que los Estados adoptan regularmente en el ámbito de las políticas migratorias y en materia de asilo, referidas al ingreso, la permanencia o la salida de migrantes, pueden tener un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. Así, la resolución de una solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la decisión sobre una eventual expulsión del territorio de un niño o sus padres, pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar.

Este derecho ha sido ampliamente reconocido por toda la comunidad internacional⁵⁸ y particularmente por los Estados de América Latina y el Caribe⁵⁹. Sobre esta firme protección normativa, se examinarán a continuación algunos aspectos del derecho a la vida familiar de los niños y niñas migrantes y de los hijos e hijas de padres migrantes, su regulación en la legislación migratoria de los países de la región y los obstáculos existentes para su ejercicio efectivo.

Sin perjuicio del reconocimiento que pueda tener el derecho a la vida familiar en las prácticas en materia de asilo en América Latina y el Caribe, la legislación en este campo, adeuda aún una adecuación más ajustada a los estándares jurídicos a nivel regional y universal. Paulatinamente, sin embargo, algunas de las normativas más nuevas van receptando la importancia de garantizar la unidad familiar⁶⁰.

⁵⁸ Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 8, 9, 10, 16, entre otros, de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 44 de la Convención sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

⁵⁹ Artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 16 del Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁰ La ley sobre refugiados y protección complementaria de México, sancionada en 2011, prevé que el principio de unidad familiar será uno de los principios que deberá observarse en la aplicación de la norma (art. 5). Además, señala que “en el reconocimiento de la condición de refugiado deberá protegerse la organización y el desarrollo de la familia...” (art. 9). Por su parte, la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas de Venezuela, dictada en 2001, prevé dentro de sus principios fundamentales que “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...” (art. 2.6). La ley sobre protección de refugiados de Chile de 2010, por ejemplo, reconoce expresamente el derecho de

III.1. El derecho a la vida familiar del niño en caso de disponerse la expulsión de los padres

La Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 9 exige que éstos no sean separados de sus padres, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Eso se traduce en que, en cada Estado, la separación de padres e hijos no sólo debería estar prevista en la ley sino que debería también ser el resultado de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales en el que se asegurara la intervención judicial y, por sobre todas las cosas, se tuviera en consideración prioritaria el interés superior del niño.

Estos aspectos también requieren ser examinados en el contexto de América Latina y el Caribe, donde la amplia mayoría de las legislaciones no los contemplan, especialmente a la hora de regular la expulsión de migrantes que son padres de niños y niñas que residen en el mismo país y no pueden ser deportados. En la mayoría de las leyes de la región no se prevé el interés superior de niño como criterio para la suspensión de una medida de deportación. Tampoco se establece la posibilidad de la reunificación familiar posterior a la expulsión, pese a que esa separación, además de excepcional, debería tener carácter temporal.

Sin embargo, en algunas reformas recientes, se ha incorporado específicamente esta cuestión. Tal es el caso de la ley de migraciones de Argentina, que en su artículo 70 establece que “[f]irme y consentida la expulsión de un extranjero [...] en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo [...] la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria”.

Por otra parte, ya hemos hecho alusión a la importante ausencia de mecanismos normativos que reglamenten el debido proceso legal en estas ocasiones o que faciliten la participación del niño en estos procedimientos. El panorama

reunificación familiar (art. 9). En el mismo sentido, la Ley de Protección a Refugiados de Nicaragua, sancionada en 2008, también prevé expresamente el derecho de reunificación familiar (art. 33).

es similar cuando se trata del rol del poder judicial en esta clase de decisiones, algo que también exige el Protocolo de San Salvador⁶¹.

Como vimos, sin embargo, la mayoría de las leyes migratorias de los países de la región no prevé un recurso judicial en los procesos de expulsión de migrantes. Por ello, en muchos casos, no es la autoridad judicial sino la administrativa, quien dispone la separación entre padres e hijos, al expulsar a aquéllos del país. Ello, no obstante lo subrayado expresamente por el Comité de los Derechos del Niño sobre que el principio general del interés superior del niño debe aplicarse íntegramente, tanto en decisiones administrativas como judiciales, frente a una eventual expulsión de padres migrantes, que pudiera suponer la separación de la familia. Tales situaciones requieren la adopción de medidas tendientes a evitar esa desunión⁶².

Pese a que muchos países establecen como criterio para obtener la radicación el hecho de ser padre o madre de un niño de la nacionalidad del país de destino⁶³, la vigencia del derecho a la vida familiar de los niños nacionales que conviven con sus padres extranjeros no cuenta aún en los países de la región con la protección debida.

En ese sentido, a las lagunas normativas comentadas, deben sumarse las prácticas concretas desarrolladas en varios países en los que se han denunciado, por ejemplo, casos de expulsión de padres extranjeros de niños y niñas nacionales en el marco de procedimientos irregulares y sin la correspondiente consideración del deber de protección de la unidad familiar y de las afectaciones que tales medidas ocasionan al derecho del niño de convivir en condiciones familiares que permitan su desarrollo integral⁶⁴. Asimismo, en ocasión de deportaciones sumarias y en los momentos previos a la ejecución de la medida, se ha privado a padres e hijos de posibilidad de contacto⁶⁵.

⁶¹ De acuerdo con su artículo 16, "Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre".

⁶² Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales, Malasia*, CRC/C/MYS/CO/1, del 25 de junio de 2007, párrs. 36 y 37.

⁶³ Véase, entre otras, Bolivia, Decreto Supremo 24.423, arts. 33 y 37; Honduras, Decreto 208-2003, art. 35; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 82.a.

⁶⁴ Véase al respecto, *Informe presentado por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador ante el Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes*, op. cit., p. 75.

⁶⁵ Human Rights Watch, "Personas Ilegales": Haitianos y Dominicano-Haitianos en la República Dominicana, 2002, p. 3.

III.2. Derecho a la reunificación familiar

En la región latinoamericana los pocos programas referidos a esta cuestión están centrados especialmente en los mecanismos de retorno al país de origen de niños y niñas no acompañados. Acuerdos bilaterales e iniciativas regionales han regulado diversas actuaciones para los casos de repatriación de niños y niñas no acompañados de manera “ordenada y segura”⁶⁶. No obstante, la opción alternativa, es decir, la reagrupación e integración en la sociedad de acogida, no ha sido desarrollada debidamente, ni en la normativa y la práctica interna de los países, ni a nivel bilateral o multilateral.

Uno de los casos posibles es el de los niños y niñas no acompañados que han dejado atrás a sus familiares. Como hemos comentado, un paso ineludible en estos casos, que deben cumplimentar los Estados, consiste en reunir todos los elementos necesarios para evaluar qué decisión satisface más íntegramente el interés superior del NNA. Como destaca el Comité de Derechos del Niño, lo esencial es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección⁶⁷. En este marco, las alternativas serán básicamente tres: a) disponer el retorno del niño, a fin de que se reencuentre con sus padres, otros familiares y seres queridos en el país de origen, o en su defecto, sea incorporado a los programas de protección integral de la infancia de aquel país (siempre, en caso que esté debidamente fundado en el interés superior del niño); b) determinar la necesidad de reasentamiento en un tercer país y adoptar todas las medidas posibles en la órbita de las competencias del Estado en que se encuentra el NNA para poder efectuar la reinstalación; y, c) disponer su permanencia en el país de destino, su regularización migratoria y, si fuera en su interés superior, gestionar el ingreso de sus padres a efectos de la reunificación familiar.

Debe subrayarse que la reunión familiar en origen no podría considerarse como una alternativa a evaluar si ella conllevara la violación de los derechos del niño o si alguna razón fundada en su interés superior aconseja no inclinarse por esta opción⁶⁸. También es preciso considerar nuestros comentarios previos en relación con el principio de no devolución.

⁶⁶ Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios, del 17 de mayo de 2004, párr.VI.

⁶⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6, *op.cit.*, párr. 79.

⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 81 y 82.

Por otra parte, si el niño o niña estuviera de acuerdo con la repatriación o la decisión estuviera confirmada por los tribunales de justicia, deberían asegurarse otra clase de garantías y mecanismos de protección. En tal caso, ambos países tendrían que contar con las previsiones legales, los recursos y los mecanismos administrativos necesarios para garantizar de forma efectiva y segura la reunificación, no sólo como medida de corto plazo sino, especialmente, como solución duradera a los determinantes de su migración, es decir, sus condiciones de vulnerabilidad en el país de origen.

El segundo caso –reasentamiento– podría darse particularmente a través de dos mecanismos bien diferentes, o mejor dicho, debido a dos tipos de causas: en primer lugar, debido a que el NNA a quien se ha reconocido el estatuto de refugiado no sólo no pueda retornar en condiciones de seguridad a su hogar en su país de origen sino que tampoco pueda permanecer en el país en el que se la está otorgando protección. En ciertos casos de asilo, el reasentamiento a un tercer país puede ser la única solución duradera, segura y viable y por tanto se ha convertido en la práctica en un elemento fundamental del sistema de protección internacional de los refugiados⁶⁹.

Por otro lado, el reasentamiento podría estar fundado en el derecho a la vida familiar en caso de padres que han migrado al país de destino y pretenden que sus hijos se reúnan allí con ellos. En estas circunstancias, tanto el país en que se encuentra el niño –que puede ser su país de origen o no– como el país de acogida, deberían arbitrar todos los medios posibles a fin de facilitar, y no obstruir, la reagrupación familiar. Será preciso que, a través de acuerdos bilaterales o mediante la normativa interna de cada Estado, se diseñen mecanismos que puedan, de manera sencilla y accesible, hacer efectivo el ejercicio del derecho a la vida familiar que en estos casos se materializa en la previsión de procedimientos de reunificación familiar⁷⁰.

La inexistencia de vías legales sencillas para llevar adelante exitosa y oportunamente estos procesos, o bien la ausencia de información sobre esta alternativa y/o sobre los requisitos que deben cumplirse para activarla, re-

⁶⁹ Véase entre otros, ACNUR, *Manual de Reasentamiento de Refugiados: una guía internacional para la acogida e integración*, 2002.

⁷⁰ La situación de miles de NNA que atraviesan territorio mexicano en busca de reunificarse con sus padres, quienes residen (con o sin autorización) en los Estados Unidos de América, ilustra cuantitativa y cualitativamente la importancia de esta alternativa de reasentamiento y, consecuentemente, la necesidad de arbitrar medidas para poder hacerlo efectivo.

percute en la imposibilidad de concretar la reunión familiar en el país de destino. Incluso en los casos donde la legislación reconoce expresamente el principio de unidad familiar y se cuenta con información sobre el procedimiento para la reunificación, pueden identificarse obstáculos en la práctica, tales como criterios que restringen el efectivo ejercicio de este derecho, que podrían constituir una discriminación basada en la condición socio-económica de la persona⁷¹.

Los factores que restringen u obstaculizan la reagrupación familiar pueden derivar en la migración irregular de niños y niñas no acompañados en busca de sus padres que han migrado previamente. De esta manera, se profundiza considerablemente el riesgo de que los niños y niñas sean víctimas de redes de tráfico y trata de personas, al tiempo que se configuran otros abusos y peligros para sus derechos, su integridad física y sus vidas. En muchos casos, incluso si logran ingresar al país en el cual habitan sus padres, las sanciones previstas contra las infracciones a las normas migratorias, así como la falta de mecanismos de regularización en el país de destino, pueden no sólo obstruir la reunión con su familia sino conllevar la aplicación de medidas de expulsión del país, la prohibición de reingreso u otra clase de penalidades.

IV. Detención de NNA migrantes y solicitantes de asilo

En el escenario ya largamente descripto de ausencia de perspectiva de niñez en las políticas y normativas en materia migratoria, se ubica el debate sobre la posibilidad (o no) de privar de libertad a los NNA en razón de su estatus migratorio, hayan migrado junto a sus padres, no acompañados o separados de sus padres. Es decir, en la amplia mayoría de los países, cuando se habilita la detención de personas migrantes, no se prevén disposiciones, enfoques y tratamientos especiales para los casos de niños y niñas migrantes y posibles solicitantes de asilo, dirigidas a prohibir su detención por razones de índole migratoria. Tampoco existen, en la generalidad de los casos, medidas alternati-

⁷¹ Véase en este sentido el caso de las condiciones de ingreso impuestas en Argentina a una persona argentina o extranjera con radicación permanente en Argentina que quiera reagrupar a sus familiares (cónyuge, hijos/as). Según se detalla en el sitio web de la Dirección Nacional de Migraciones, se exige la presentación de una "certificación contable de ingresos y egresos correspondiente a los últimos tres meses [...] y toda otra documentación que acredite sus ingresos en caso de ser trabajador autónomo o monotributista", publicado en http://www.migraciones.gov.ar/accesible/?tramitacion_permanente (sitio web consultado el 1 de noviembre de 2011). Estos requisitos no se encuentran reglados ni en la ley de migraciones ni en su reglamento (Decreto 616/2010).

vas a la detención dirigidas específicamente a asegurar una protección integral de la infancia migrante.

Entre las diferentes respuestas que los Estados diseñan o implementan a fin de gestionar la inmigración irregular, se encuentra la detención o privación temporal de la libertad ambulatoria de las personas extranjeras que no cuentan con un permiso de ingreso o residencia en el país⁷². En estas circunstancias, y desde un enfoque basado en los estándares internacionales de derechos humanos, es preciso subrayar en primer lugar que la detención de migrantes no debería constituir, en ningún caso, un castigo por la entrada irregular al territorio de otro Estado, o bien por la carencia o el vencimiento de la autorización para residir allí. En este sentido, ha sido subrayado por los organismos especializados que la detención administrativa de migrantes nunca debe tener carácter punitivo⁷³.

La interdicción de respuestas de tipo punitivo a la irregularidad migratoria está enfocada en evitar que los Estados sancionen con penas privativas de la libertad meras infracciones administrativas⁷⁴. Al respecto, el Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha recomendado que, con el fin de ajustar la legislación a la Convención y otros instrumentos internacionales, se elimine “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]”⁷⁵. En el mismo sentido, todos los Estados del ámbito iberoamericano han afirmado unánimemente que en tanto “migrar no es un delito, [...] los

⁷² Sin perjuicio del término formal que cada Estado otorgue a la detención de personas migrantes en razón de su estatus migratorio (detención, aprehensión cautelar, aseguramiento, retención, etc.), en cualquier caso estamos ante una situación que supone una privación de la libertad y como tal requiere ser observada a través de los estándares internacionales referidos al derecho a la libertad personal y los derechos conexos a éste. Por ello, usaremos indistintamente diferente terminología, sin que por ello varíe la naturaleza jurídica del hecho y, consecuentemente, sus implicaciones.

⁷³ Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, párrs. 43 y 73. Véase también, Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de Migrantes, Jorge Bustamante, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párrs., 15, 19, 42 y 43.

⁷⁴ Según el Global Migration Group, constituido por UNICEF, PNUD, UNESCO, ACNUR y otras agencias internacionales, es importante que la irregularidad migratoria sólo sea vista como una infracción administrativa y no de índole criminal, GMC, *International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, octubre de 2008, pp. 72 y 73.

⁷⁵ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones Finales, México, 2006, op. cit.*, párr. 15.

Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante”⁷⁶. También a nivel sudamericano se ha decidido “rechazar enfáticamente la criminalización de la irregularidad migratoria y su posible tratamiento como un hecho punible desde el derecho penal”⁷⁷.

De estas posiciones se deriva una precisa obligación negativa para los Estados: la prohibición de imponer penas de prisión a personas migrantes como sanción a una infracción a las regulaciones acerca del ingreso y la permanencia en el territorio. De hecho, la nítida posición de los Estados de la región sobre esta cuestión, reforzada por los estándares fijados por diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos, habilita a hablar de un *principio de no criminalización de la migración irregular*.

La irregularidad migratoria, esto es, la entrada al país sin cumplir con las condiciones exigidas en la legislación, o la circunstancia de encontrarse dentro de un país sin autorización de residencia o con ésta vencida, no puede dar lugar a la iniciación de un proceso que pueda determinar la detención de una persona como pena en razón de alguna de esas conductas. Mucho menos en el caso de niños y niñas migrantes y, sobre todo, si se encuentran no acompañados o separados de sus padres⁷⁸. En los Estados que tienen en su ordenamiento jurídico disposiciones de esa naturaleza, esta prohibición supone el deber de reformar la normativa con el objetivo de eliminar cualquier clase de sanción privativa de la libertad con base en infracciones administrativas del ámbito migratorio.

La penalización de infracciones migratorias, por otra parte, contribuye a fomentar una incorrecta asociación entre migrantes en situación irregular y delincuencia, lo cual puede repercutir en, por un lado, el surgimiento o incremento de opiniones y acciones xenófobas contra la población migrante de una sociedad y, por el otro, el intento de legitimación de normas y prácticas restrictivas de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, al examinar la legislación migratoria vigente en los países de la región de América Latina y el Caribe, es posible identificar diversos casos en

⁷⁶ *Compromiso de Montevideo sobre Migración y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones*, XVI Cumbre Iberoamericana, Montevideo, 5 de noviembre de 2006, párr. 17.

⁷⁷ *Declaración de Asunción*, VI Conferencia Sudamericana de Migraciones, 4 y 5 de mayo de 2006, párr. 3.b.

⁷⁸ Save the Children, UNICEF y ACNUR, también han afirmado que los niños no acompañados o separados de sus padres no deben ser detenidos por razones vinculadas al estatus migratorio o el ingreso irregular: Save the Children, UNHCR, and UNICEF, *Statement of Good Practice, Separated Children in Europe Programme*, 2009, 4th revised edition.

los que se establecen sanciones punitivas privativas de la libertad por infracciones administrativas sin que alguna de ellas, a su vez, exceptúe o restrinja dicha penalidad, cuando se trate de niños o niñas. Algunas de las leyes en vigor en la región sobre este aspecto establecen penas que van desde un mes hasta 10 años de prisión por infracciones como el ingreso irregular, por pasos no autorizados o violando una prohibición o un impedimento de ingreso⁷⁹. En la mayoría de estos casos al cumplimiento de la pena impuesta le sigue la ejecución de una medida de expulsión. Cabe mencionar que, recientemente, algunos países de la región han comenzado a reformar su marco normativo derogando disposiciones que imponían penas de prisión por esa clase de infracciones⁸⁰ y reemplazándolas por otro tipo de medidas no privativas de la libertad.

Por otra parte, más allá de este principio de no criminalización, es importante observar que en la mayoría de los países la detención de migrantes se regula (normativamente) y se aplica como medida cautelar, en el marco de una decisión acerca del ingreso o permanencia de un extranjero al territorio de un Estado, o durante un procedimiento de deportación o expulsión del país.

En estos casos, usualmente se alega que la detención procedería supuestamente a fin de asegurar objetivos legítimos de un Estado, esto es, evitar la entrada irregular al país, la permanencia no autorizada o asegurar la ejecución efectiva de una orden de expulsión. Es por ello que, al momento de analizar los estándares aplicables a esta situación, es preciso, primero, evaluar si está permitido disponer la privación de la libertad de niños y niñas migrantes y, en su caso, identificar en qué ocasiones y con qué condiciones y alcances puede ordenarse esa medida como medio para alcanzar uno de dichos objetivos de control migratorio.

Los estándares internacionales establecen, como punto de partida, que la privación de libertad de un niño sólo podría ser adoptada como medida de último recurso, por el período más breve que proceda y sólo en casos excepcionales⁸¹. Si la prisión preventiva, en el ámbito penal y respecto de personas

⁷⁹ Para ver en detalle las sanciones impuestas en la legislación de cada país, véase UNLa-UNICEFTACRO, *op. cit.*

⁸⁰ México, Ley General de Población, artículos 118 a 124, derogados el 21 de julio de 2008 y Panamá, Decreto Ley 16, del 30 de junio de 1960, artículo 67 que fue derogado en su totalidad por el Decreto Ley 3, del 22 de febrero de 2008.

⁸¹ Artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño y párr. I.2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990).

adultas, debe ser aplicada como una medida excepcional⁸², esta excepcionalidad cobra una considerable trascendencia en caso de niños y niñas. Si tenemos en cuenta que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal y que los niños y niñas migrantes que carecen de residencia legal se encuentran, como hemos comentado, en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención de niños por razones de índole migratoria⁸³.

En el contexto de América Latina y el Caribe, además, la herramienta excepcional y más severa posible es, en algunos casos, no sólo la respuesta prioritaria sino la única que ofrece el marco normativo o la práctica que llevan adelante las autoridades competentes. En aquellos países en que si se cuenta con un régimen legal que garantiza medidas alternativas a la privación de libertad, habitualmente éstas no se aplican en los hechos, bien por la ausencia de políticas públicas y presupuesto que aseguren su efectiva existencia, bien por la falta de voluntad o conocimiento de la persona u organismo a cargo de su ejecución. Algo más grave aún son los casos en que la continuidad de la supuesta medida cautelar de privación de libertad queda sujeta a la definición de recursos o apelaciones presentadas frente a decisiones negativas. Como sucede hasta hoy en México, la presentación de un recurso judicial frente a la denegación del estatuto de refugiado a un NNA se traduce en la práctica —y debido a la falta de albergues abiertos y medidas alternativas—, en la extensión temporal de su detención, obligándolo a permanecer en territorio mexicano en estaciones migratorias o albergues cerrados⁸⁴.

⁸² Como ha destacado la Corte Interamericana, “la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...) No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos”. Véase Corte IDH, *caso Instituto de Reeducación del Menor*, *op. cit.*, párrs. 228 y 229 y, en igual sentido, Corte IDH, *caso Acosta Calderón v. Ecuador*, del 24 de junio de 2005, párrs. 24 y 25.

⁸³ Véase en este sentido Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, *op. cit.*, párrs. 40 a 61; En igual sentido, Touzenis, K., “Human rights of migrant children” en *International Migration Law*, No. 15, IOM, 2008, p. 33.

⁸⁴ En sus Observaciones Finales sobre México, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares señala su preocupación por la información recibida acerca de la detención en estaciones migratorias de personas que interponen recursos en relación con su situación migratoria o quienes se acogen al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado y permanecen retenidos en dichos centros por períodos prolongados (CMW/C/MEX/CO/2, 3 de mayo de 2011, párr. 35).

De todas maneras, es importante señalar que, a partir de la nueva legislación mexicana, esto debería modificarse sustantivamente, en caso que se diseñen los mecanismos necesarios para su efectiva implementación, toda vez que esta norma dispone que cuando un NNA no acompañado sea puesto bajo custodia de las autoridades migratorias, éstas deberían canalizarlo de manera inmediata al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o a los sistemas estatales y del Distrito Federal, con el objeto de privilegiar su estancia en lugares donde se les proporcione la atención adecuada mientras se resuelve su situación migratoria⁸⁵.

Por su parte, la normativa de Panamá prevé que la retención sólo podría aplicarse a personas mayores de 18 años de edad⁸⁶ pero, las demás legislaciones que contemplan la privación de libertad como medida cautelar, no contienen una excepción para que no se aplique a niños y niñas o adolescentes, sea acompañados o migrantes con sus familias. La ley venezolana es la única que excluye expresamente la posibilidad de privación o restricción del derecho a la libertad personal para garantizar la ejecución de medidas de deportación o expulsión, ya sea que se trate de niños o adultos⁸⁷.

En definitiva, y para describir este escenario más detalladamente, nos encontramos en la región con: a) leyes que establecen la detención como único mecanismo cautelar que podría imponerse durante la tramitación de procedimientos de deportación o expulsión, sin hacer referencia alguna a medidas de otra índole⁸⁸; b) países que al regular los mecanismos de expulsión de una persona migrante en razón de su condición migratoria no instituyen ninguna clase de medida cautelar⁸⁹; c) Estados en los que, sin es-

⁸⁵ México, Ley de Migración, artículo 112.1

⁸⁶ Panamá, Decreto Ley N° 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93.

⁸⁷ Venezuela, Ley de Extranjería y Migración, N° 37.944, del 24 de mayo de 2004, art. 46.

⁸⁸ Antigua y Barbuda, The Immigration and Passport Act, arts. 19 y 25; Argentina, Ley de Migraciones, N° 25.871, sancionada el 17 de diciembre de 2003, art. 70; Barbados, Immigration Act, Chapter 190, del 2 de febrero de 1976, art. 22; Belice, Immigration Act, arts. 28 y 29; Colombia, Decreto 4.000/04, Normas sobre Expedición de Visas, Control de Extranjeros y Migración, del 27 de diciembre de 2004; arts. 72 y 109; Cuba, Ley de Extranjería N° 1313, del 20 de septiembre de 1976, art. 21; Ecuador, Decreto Supremo No. 1899, del 30 de diciembre de 1971, art. 31; Guatemala, Ley de Migración, Decreto N° 95/98: art. 111; Jamaica, The Aliens Act, del 28 de febrero de 1946, art. 15; Nicaragua, Ley 761, art. 159; Panamá, Decreto Ley No. 3, del 22 de febrero de 2008, art. 93; Paraguay, Ley N° 978, Ley de Migraciones, del 27 de junio de 1996, art. 83; República Dominicana, Ley sobre Migración, N° 285, del 15 de agosto de 2004, art. 126.

⁸⁹ Bolivia, Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo N° 24423, del 29 de noviembre de 1996; El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo N° 2772, del 19 de diciembre de 1958; Honduras, Decreto N°

tablecer prioridad alguna entre ambas medidas, la legislación prevé, además de la detención, alternativas como la libertad vigilada⁹⁰, la permanencia en una localidad determinada o la comparecencia en sede policial⁹¹; d) legislación que reconoce la posibilidad de disponer de la libertad bajo caución si no se puede ejecutar la expulsión luego de un plazo prudencial⁹²; y, e) normativas que prohíben la privación de libertad de niños/as como medida legítima a adoptar en dichas circunstancias, o bien la autorizan únicamente como excepción o último recurso.

En otro orden de cosas, es interesante observar que muchas veces, ciertas normas prevén la detención en procesos de expulsión de migrantes —ya sean adultos, niños, o familias enteras—, con base en calificaciones tales como “personas indeseables” o “inmigrantes prohibidos o impedidos” de ingresar y/o residir. La vigencia de estos criterios supone, en la mayoría de los casos, la vulneración del principio de no discriminación. También se invocan, con un sentido peyorativo, criterios de identificación tales como “vagos”, “cretinos”, “inútiles”, “brujos”, “hechiceros o charlatanes”, etc., cuya inclusión en la normativa de diversos países también favorece la discriminación⁹³.

En cuanto a la legalidad de las detenciones, se ha verificado que, en ocasiones, la detención de migrantes, ya sean niños o adultos, se autoriza por medio de decretos administrativos⁹⁴, o se lleva adelante de facto, sin que exista una ley formal, emanada del poder legislativo, que autorice dicha privación de libertad y regule las causas y condiciones en que puede dictarse esa medida. Además, aún cuando en muchos casos la autoridad competente es un juez o

208-2003, Ley de Migración y Extranjería, del 3 de marzo de 2004; Perú, Ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703, del 5 de noviembre de 1991; Uruguay, Ley N° 18.250, Ley de Migración, del 17 de enero de 2008.

⁹⁰ Brasil, Ley N° 6.815, Ley sobre la Situación Jurídica del Extranjero en Brasil, de 19 de agosto de 1980, art. 73. La nueva ley migratoria de Costa Rica establece las siguientes medidas cautelares: Presentación y firma periódica ante las autoridades competentes; Orden de aprehensión; Caucción; Decomiso temporal de documentos; y Detención domiciliaria. Y luego, dispone que el derecho a la libertad de las personas migrantes podrá ser limitado con carácter excepcional y “siempre y cuando no exista otra medida menos gravosa (Ley 8764, arts. 31.5 y 211, publicada el 01/09/2009, en vigor desde 02/03/2010).

⁹¹ Chile, Normas sobre extranjeros en Chile, Decreto Ley 1094, del 14 de julio de 1975, art. 82.

⁹² Argentina, Ley 25.871, art. 71.

⁹³ Entre otras, véanse las siguientes normativas migratorias: Belice, Immigration Act, arts. 5, 28 y 29; Barbados, Immigration Act, art. 22, y First Schedule, Prohibited Persons; Paraguay, Ley de Migraciones, art. 6; República Dominicana, Ley No. 285 sobre Migración, art. 15.

⁹⁴ Honduras, Reglamento de extranjería, art. 4.8.

tribunal de justicia⁹⁵, la privación de libertad de migrantes es dispuesta por organismos del poder ejecutivo⁹⁶.

Además, entre las políticas y prácticas de los Estados latinoamericanos y caribeños, podemos observar que numerosas normativas no establecen mecanismos para asegurar el debido proceso, el acceso a la justicia⁹⁷ y a un recurso efectivo⁹⁸ a los y las migrantes que estén privados de la libertad en el marco de políticas de control migratorio. A su vez, no existe casi ninguna legislación en materia migratoria que establezca un procedimiento vinculado a la detención que esté especialmente diseñado para los casos que involucran a niños y niñas, tanto cuando éstos se encuentran con sus padres como cuando migran no acompañados. De esta manera, ante la eventual aplicación de una medida privativa de la libertad, en la mayoría de los países de la región, las reglas procedimentales serán las mismas para adultos que para niños.

Podemos concluir así que, la ausencia de mecanismos normativos de protección específicos para niños y niñas migrantes y solicitantes de asilo, conlleva también la prácticamente absoluta inexistencia de medidas alternativas a la detención para cumplir con la obligación exigida por el derecho internacional. Por el contrario, siendo la no detención de niños migrantes la regla general, el deber prioritario de los Estados debería ser el diseño de políticas dirigidas a asegurar la protección de este grupo social sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad.

⁹⁵ Argentina, ley 25.871, art. 70; Paraguay, Ley N° 978 de Migraciones, art. 83.

⁹⁶ Barbados, Immigration Act, art. 22 (puede ser detenido por un oficial de inmigración o por la policía); Brasil, Lei No. 6.815, art. 69 (Ministro de Justicia); Colombia, Decreto 4.000/04, art. 109 (autoridad migratoria); Costa Rica, Ley General de Migración y Extranjería, art. 211 (Dirección General de Migración y Extranjería); Ecuador, Ley de Migración, art. 31 (Intendente General de Policía); Guatemala, Ley de Migración, art. 111 (Dirección General de Migración); México, Ley de Migración, arts. 99 y 100, (Instituto Nacional de Migración); Nicaragua, Ley General de Migración y Extranjería, art. 159 (Dirección General de Migración y Extranjería); Panamá, Decreto Ley 3/2008, art. 93 (Servicio Nacional de Migración); República Dominicana, Ley 285, art. 126 (Director General de Migración).

⁹⁷ Con excepción de lo ya mencionado acerca de la ley de migraciones de Argentina y su reglamentación y de lo que actualmente prevé la nueva legislación mexicana en sus artículos 109 y 112, donde se regulan tanto las garantías para el acceso a la justicia como los derechos específicos de la niñez durante el trámite migratorio.

⁹⁸ Entre otros casos, cabe mencionar la legislación de Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Guatemala, Paraguay y República Dominicana. De ello no se deriva que, en la práctica, las personas detenidas no puedan utilizar las vías recursivas previstas en el ordenamiento jurídico para cualquier caso de privación de libertad.

V. Derechos sociales de NNA migrantes, hijos/as de migrantes y solicitantes de asilo

La mayoría de los países de la región ha ratificado prácticamente todos los tratados de derechos humanos de carácter universal y regional que cubren el conjunto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁹.

Además del proceso iniciado a mitad de la década del ochenta de jerarquización de los tratados de derechos humanos en las constituciones de los países de América Latina, es importante recordar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas prevén en sus textos explícitamente la protección de los derechos sociales, en especial los derechos a la salud, educación, alimentación, vivienda, medio ambiente, al agua, al trabajo y a la seguridad social, entre otros.

En concordancia con el marco legal mencionado, los Estados de América Latina y el Caribe han afirmado y se han comprometido en repetidas ocasiones y en distintos escenarios internacionales a adecuar la legislación y las prácticas en materia migratoria a las obligaciones asumidas en relación con los estándares internacionales en materia de derechos sociales, y han reconocido además el deber que les cabe en tal sentido¹⁰⁰.

Sin embargo, a pesar de los avances y compromisos descriptos, en la actualidad diversos países cuentan aún con normas y políticas públicas restrictivas en materia de derechos sociales de los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias, tanto en razón de su nacionalidad como de su condición migratoria¹⁰¹.

Por su parte, las leyes marco en materia de derechos sociales que regulan temas como la salud y la educación, suelen directamente omitir cualquier

⁹⁹ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") y la Convención de los Derechos del Niño constituyen los tratados esenciales al momento de analizar cuáles son los derechos sociales que deben ser asegurados a todas las personas sin discriminación alguna.

¹⁰⁰ Declaración de Montevideo de la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros, Ministras y Altos Responsables de Infancia y Adolescencia, del 7 de octubre de 2006; Declaración de Caracas, VII Conferencia Sudamericana de Migraciones, 1-3 de julio de 2007; Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, Durban, 8 de septiembre de 2001, párr. 30.g.

¹⁰¹ Entre otros, véase CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, Cuarto Informe de Progreso*, 2001, párrs. 66 a 69 y 231 a 249. A modo de ejemplo véase también las observaciones finales para Argentina, recientemente emitidas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, donde recomendó al Estado que: revise la duración requerida de la residencia en el caso de las prestaciones sociales no contributivas; examine la posibilidad de hacer extensiva la asignación universal por hijo a los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular, entre otros aspectos vinculados con el acceso a derechos económicos, sociales y culturales. CMW/C/ARG/CO/1, 23 de septiembre de 2001, párr. 30.

alusión a la cuestión de las personas migrantes. En materia de derechos sociales y NNA migrantes esta ausencia podría interpretarse en el sentido que éstos gozan de los mismos derechos que los nacionales, regulados en normas destinadas a la población infantil en general, sin perjuicio de su nacionalidad y estatus migratorio. Sin embargo, la realidad demuestra que al no haber referencias expresas en las normas, su interpretación queda al arbitrio ulterior de la reglamentación de las leyes y/o resoluciones de las autoridades de aplicación o directamente a la voluntad del funcionario público, del director/a del Hospital o de las autoridades de la escuela, que en forma muchas veces arbitraria y heterogénea deciden si los NNA acceden o no al derecho a la educación o a la salud.

Por ello, muchas veces esa omisión normativa se traduce en la práctica en la inexistencia de programas adecuados para atender debidamente la particular situación de los niños y niñas migrantes o solicitantes de asilo, sus necesidades y derechos, en especial cuando no están acompañados por sus padres. La invisibilización de la situación de vulnerabilidad de las personas en razón de su condición de migrantes, repercute y afecta con especial intensidad a los niños y niñas en las diversas situaciones que suelen atravesar en la experiencia de la migración. Esto es, tanto cuando se hallan no acompañados —e indocumentados— en el país de destino, como cuando han migrado junto a su familia y ésta no cuenta con residencia legal, y también si se trata de niños o niñas que han nacido en el país en que habitan no obstante sus padres continúan siendo migrantes en situación migratoria irregular. En cualquiera de estos supuestos, los niños y niñas pueden vivir en un contexto de manifiesta vulnerabilidad, condición que se acrecienta si sus derechos sociales se ven restringidos o negados debido a su estatus migratorio o el de sus padres.

En ese sentido, el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación General 7 ha instado a los Estados a garantizar el acceso de todos los niños y niñas a servicios adecuados y efectivos, en particular a programas de atención de la salud, cuidado y educación, específicamente diseñados para promover su bienestar, prestando especial atención a los grupos más vulnerables de niños pequeños y a quienes corren riesgo de discriminación, incluyendo a las niñas y niños de familias migrantes¹⁰².

¹⁰² Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, párr. 24.

Al respecto, se ha señalado que la distinción entre niños y niñas migrantes y no migrantes, o entre niños y niñas migrantes regularizados y no regularizados, trae aparejada la vulneración de derechos básicos como la educación y la salud, pese a que la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados garantizan una protección especial a todas las personas menores de edad, sin perjuicio de su nacionalidad o su permanencia regular o irregular en un país¹⁰³.

En concordancia, el Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes ha señalado a los Estados “la necesidad de adoptar un enfoque de la gestión de la migración de carácter global y basado en los derechos, ya que las políticas sobre migración pueden tener un efecto directo en el disfrute de los derechos humanos de los niños. Las políticas que no ofrecen cauces legales para la regularización de los migrantes irregulares y que prohíben el acceso de los migrantes irregulares (adultos) al empleo pueden afectar también al nivel de vida de los niños; [...] las políticas de regularización constituyen un buen ejemplo de prácticas encaminadas a fortalecer la cohesión y la integración social, velar por los derechos humanos de los migrantes y alcanzar los objetivos de los Estados, como la seguridad social, la cobertura de la atención pública de la salud y la integración social. Las medidas de regularización deberían beneficiar a los niños no acompañados y a los niños que viven con sus familias y deberían contar con la flexibilidad necesaria para mejorar la integración social de los migrantes y facilitar el acceso a los derechos fundamentales, incluido el derecho a buscar y obtener un empleo”¹⁰⁴.

V.1. Derecho a la educación

El derecho de toda persona a la educación encuentra amplio reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y todas las trabajadoras migrantes y de sus familias, la Convención de la UNESCO contra la Discriminación en la Educación y en el Protocolo de San Salvador. En los artículos 28 y 29 de la Convención de los Derechos del

¹⁰³ Liwski, N., *Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Instituto Interamericano del Niño, 2007, p. 3.

¹⁰⁴ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7, párr. 76.

Niño se reconoce explícitamente el derecho de los niños y niñas a la educación en condiciones de igualdad de oportunidades, incluyendo las obligaciones progresivas de implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos, fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria y hacer la enseñanza superior accesible a todos. Asimismo, se establece que la educación del niño deberá estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades e inculcar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Conforme a las obligaciones contraídas por los países en razón de los tratados anteriormente mencionados, el derecho a la educación también es ampliamente reconocido en todas las legislaciones domésticas de niñez, destacando en la mayoría de los casos la obligatoriedad y gratuidad de la educación básica. Si bien en la generalidad de la legislación de los países de la región no se establecen, expresamente, distinciones entre niños y niñas nacionales y extranjeros en cuanto al derecho a la educación, ni entre personas migrantes en razón de su condición migratoria, en la práctica existen diversos obstáculos que restringen el acceso a este derecho a quienes se encuentran en una situación migratoria irregular. El derecho a la educación es limitado en numerosas ocasiones en razón del estatus migratorio del niño o el de sus padres, advirtiéndose en algunos casos problemas o limitaciones en el acceso a la educación o elevadas tasas de deserción escolar entre la población migrante¹⁰⁵, particularmente en el nivel secundario.

Asimismo, son muy escasas las leyes migratorias y en materia de asilo que reconocen expresamente la igualdad del derecho a la educación entre nacionales y extranjeros, independientemente de su condición migratoria, tal es el caso de las leyes de migraciones de Argentina y de Uruguay que garantizan el derecho a la educación de los NNA mas allá de su condición migratoria y/o la de sus padres.

¹⁰⁵ Como prueba de estas circunstancias, nos remitimos a los informes de distintos órganos de supervisión del cumplimiento de tratados de Naciones Unidas que dan cuenta de ello, entre otros: Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Costa Rica, CRC/C/CRI/CO/4, 17 de junio de 2011, párrs. 67 y 68; República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, 11 de febrero de 2008, párrs., 27, 70, 72, 77; Costa Rica, CRC/C/15/Add.266, 21 de septiembre de 2005; México, R/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006, párr. 56; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, Guatemala, CMW/C/GTM/CO/1, 12 de octubre de 2011, párrs. 32 y 33; Argentina, CMW/C/ARG/CO/1, 23 de septiembre de 2011, párrs. 27 y 28; Chile, CMW/C/CHL/CO/1, 23 de septiembre de 2011, párrs. 34 y 35; Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, 5 de diciembre de 2007, párr. 35; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones Finales, República Dominicana, CERD/C/DOM/CO/12, 16 de mayo de 2008, párrs. 15 y 18.

Uno de los obstáculos más comunes que deben enfrentar los niños y niñas migrantes en situación irregular para acceder a la educación, es la exigencia de un documento de identidad emitido por las autoridades del país de acogida. En la práctica de algunos países de la región, y sin perjuicio de lo que establezca la normativa, el ingreso o inscripción en una institución educativa sólo pueden concretarse si se presenta un documento de identidad y, en los casos en que finalmente son admitidos, posteriormente suelen encontrar obstáculos para rendir exámenes u obtener el título de graduado¹⁰⁶.

En ciertas oportunidades se alega la falta de documentación de los padres para denegar la inscripción. En otros casos, el mismo niño migrante a quien se rechaza sin fundamentos en un establecimiento público es aceptado en otro. Este tipo de situaciones deben ser especialmente contempladas por las políticas públicas para evitar que se promueva la segmentación o separación en el sistema público entre instituciones con alumnado de origen nacional e instituciones con presencia mayoritaria de extranjeros.

En todo caso, es claro que la existencia de obstáculos en el efectivo goce del derecho a la educación por parte de NNA en razón de la condición de migrante o de ser hijos de migrantes constituye claramente discriminación en los términos del artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que los Estados respetarán los derechos de la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente del origen nacional, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

V.2. Derecho a la salud

El disfrute del más alto nivel posible de salud es considerado en varios instrumentos internacionales como uno de los derechos fundamentales de cualquier ser humano sin distinción de raza, religión, creencia política, ideológica y condición social o económica¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Véase, entre otros, Ceriani Cernadas, P. y Asa, P., “Migrantes: ley inconstitucional, práctica arbitraria” en CELS, *Informe Anual 2002*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 442; UNLa-UNICEF, *Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones*, Lanús, 2010, p. 183.

¹⁰⁷ Este principio se consagró por primera vez en la carta de constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946. El derecho a la salud también ha sido reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos

El derecho a la salud reviste un carácter fundamental en tanto demuestra en forma clara la vigencia del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos toda vez que su efectivo ejercicio es primordial para el disfrute del conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Un cierto nivel de salud física y mental son requisitos necesarios para poder participar activamente en la vida civil, social, política y económica de un país y, al mismo tiempo, el ejercicio de ciertos derechos humanos y libertades tales como la libertad de movimiento, el derecho al debido proceso, el derecho a votar, el derecho a la alimentación, a la educación o a un medio ambiente sano, entre otros, son esenciales para que las personas puedan disfrutar de un verdadero bienestar y salud física y mental.

Esto se puede observar fácilmente en el caso de las personas migrantes y en especial los migrantes en situación irregular, cuya salud se ve afectada por la falta de acceso a otros derechos básicos —por ejemplo, una vivienda y un empleo dignos, una alimentación adecuada, agua potable—, así como por la violación de la prohibición de trabajo infantil o la existencia de prácticas de explotación laboral.

El reconocimiento del derecho a la salud se encuentra presente en la gran mayoría de las legislaciones generales de protección de niñez y adolescencia de América Latina, formulado como la protección al más alto nivel posible de salud física y mental, y garantizando el acceso universal a servicios de atención, prevención, protección y rehabilitación¹⁰⁸.

A partir de los estándares que surgen de tratados internacionales, informes de expertos y decisiones de organismos internacionales de protección, se derivan una serie de obligaciones para todos los Estados respecto del derecho a la salud de todas las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual incluye a los niños y niñas migrantes en cualquier condición migratoria en que se encuentren.

Es por ello que la legislación —especialmente en materia migratoria y sanitaria— no debería contemplar ninguna restricción con base en la nacionalidad o estatus migratorio de la persona, como así tampoco las políticas de salud en su diseño y ejecución. Sin embargo, en América Latina y el Caribe encontramos un panorama bastante similar al descrito respecto del derecho a la educa-

Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Protocolo de San Salvador y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁰⁸ Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Colombia, Guatemala, México, Paraguay y República Bolivariana de Venezuela.

ción: si bien la mayoría de las normas analizadas no establece distinciones en cuanto al acceso a la salud de extranjeros y nacionales, o en razón del estatus migratorio de los primeros, los NNA migrantes y sus padres ven limitado, en la práctica, su acceso a los servicios de salud debido a su condición migratoria.

Pueden destacarse especialmente las leyes migratorias de Argentina y Uruguay que, junto con el marco general, garantizan puntualmente el derecho a la salud. También merece particular mención la recientemente sancionada ley de migración de México que en su artículo 27 establece que “corresponde a la Secretaría de Salud: I. Promover en coordinación con las autoridades sanitarias de los diferentes niveles de gobierno que, la prestación de servicios de salud que se otorgue a los extranjeros, se brinde sin importar su situación migratoria”.

Un problema recurrente que deben enfrentar los migrantes sin residencia regular es la imposibilidad de recibir una atención adecuada de su salud por no contar con un documento de identidad¹⁰⁹. A modo de ejemplo, han podido verificarse impedimentos de acceso a ciertos tratamientos médicos prolongados para las personas que no contaran con un documento de identidad que pruebe su residencia legal¹¹⁰. En otras ocasiones, reglamentaciones administrativas en el ámbito sanitario en materia de donaciones de órganos han excedido el marco regulador de la legislación migratoria, estableciendo diferencias entre nacionales y extranjeros y, entre éstos últimos, en razón de su categoría migratoria¹¹¹.

Sin embargo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce expresamente que la obligación de los Estados de respetar el derecho a la salud implica abstenerse de denegar o limitar el acceso igualitario

¹⁰⁹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones Finales, Argentina, op. cit.*, párrs. 27 y 28.

¹¹⁰ Un informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales destaca cómo la exigencia de la cédula nacional de identidad (no requerida normativamente) impide en la práctica el acceso de migrantes en situación irregular a los tratamientos previstos en el “Programa Nacional de tuberculosis” en Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2007, p. 342.

¹¹¹ Es el caso de las resoluciones 85/2004 y 342/2009 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) en Argentina, que resultan restrictivas en cuanto al acceso de migrantes a transplantes de órganos. Esta normativa determinó que sólo puedan inscribirse a la espera de la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos para transplante, los extranjeros con residencia permanente, excluyendo a los residentes temporarios. Asimismo, dispuso que para recibir un implante de órgano o tejido proveniente de donante vivo o tejidos procedentes de un banco del exterior, se debe acreditar residencia temporaria o transitoria. Las restricciones impuestas por esta regulación incorporan distinciones que contradicen los principios establecidos por la Ley Nacional de Migraciones en materia de salud.

de todas las personas, incluidos, los solicitantes de asilo o los inmigrantes sin documentación¹¹². En el mismo sentido, la más reciente Observación General del mismo Comité establece que no se podrá impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad lo cual implica, por ejemplo, que todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible. Finalmente afirma que “los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean”¹¹³.

VI. Inscripción de nacimiento de hijos e hijas de migrantes

El derecho a la identidad consiste “en el reconocimiento del derecho a un nombre, derecho a la nacionalidad y el derecho a la personalidad jurídica que le permiten a un individuo ejercer su ciudadanía. Asimismo, es la clave para el acceso y la exigibilidad de derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, tales como salud y educación. La ausencia de este derecho genera desigualdad y discriminación, problema grave en las Américas, impidiendo a la persona su actividad e inclusión en los aspectos políticos, económicos y jurídicos de una sociedad democrática. En el caso específico de los niños y niñas, la ausencia de este derecho implica la negación de sus derechos humanos y puede producir una cadena de violaciones, desde la negación de la matrícula escolar hasta la explotación sexual. El reconocimiento del derecho a la identidad, a través del registro del nacimiento implica la incorporación del niño como sujeto de derecho dentro de un Estado”¹¹⁴.

Según la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por la totalidad de los países de América Latina y el Caribe, todos los niños y niñas deben ser inscritos “inmediatamente después de su nacimiento” y tendrán, desde

¹¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, párr. 34

¹¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/GC/20.2 de julio de 2009, párr. 30.

¹¹⁴ OEA, UNICEF y PIA (Plan Integral para las Américas), *Documento Conceptual, presentado en la Conferencia Regional Latinoamericana sobre Derecho a la Identidad y Registro Universal del Nacimiento*, Asunción, 28-30 agosto de 2007, p. 1.

que nacen, derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad (artículo 7.1). Asimismo, los Estados deben respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre (artículo 8.1).

A efectos de la adquisición de la nacionalidad, la normativa de la mayoría de los países de América Latina y el Caribe reconoce el principio llamado *ius soli*, por el cual las personas nacidas en el territorio de un Estado tienen el derecho a adquirir la nacionalidad de dicho país. Ello, sin perjuicio de que en muchos de estos países la normativa regule también el principio *ius sanguinis* que otorga a las personas, independientemente del lugar de su nacimiento, la nacionalidad de sus padres¹¹⁵.

De esta manera, en virtud del *ius soli*, el acceso a la nacionalidad, incluida la de los hijos e hijas de migrantes, se produce por el simple hecho de haber sido dados a luz en un territorio determinado. Este derecho, cuyos titulares son los niños y niñas sin discriminación alguna que nacen dentro de la jurisdicción de un Estado, no puede ser restringido o negado en razón de circunstancias particulares de sus padres, por ejemplo, su condición migratoria. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en tanto “en la Constitución se estableció el *ius soli* como principio para adquirir la nacionalidad [...] el derecho a la nacionalidad por haber nacido en el territorio [...] adquiere protección convencional, sin importar la nacionalidad o el estatus legal de los padres. Cualquier restricción del derecho a la nacionalidad que no se base en el lugar de nacimiento de las niñas contradice directamente dicho principio”¹¹⁶. El derecho al otorgamiento de la nacionalidad en razón del lugar de nacimiento, que incluye evidentemente la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de un nombre, tampoco puede verse restringido en razón de otras características de los padres¹¹⁷.

Ahora bien, las políticas implementadas por algunos países determinan la existencia de diversos obstáculos a la concesión de la nacionalidad a niños y niñas nacidos en sus territorios, en razón del estatus migratorio de los padres,

¹¹⁵ En algunos países del Caribe, como Barbados (Nationality Act), rige sólo el *ius sanguinis*.

¹¹⁶ Corte IDH, *caso Yean y Bosico c. República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 111.a.

¹¹⁷ El Alto Comisionado para los Derechos Humanos precisó que “los gobiernos deben prestar mayor atención a las políticas de inmigración que tengan un efecto discriminatorio respecto de las personas con un determinado origen nacional o étnico, y se les insta a que investiguen los posibles obstáculos que se oponen a la naturalización, tanto en lo relativo al procedimiento como a la falta de motivación, para solicitar la ciudadanía”. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los Derechos de los no ciudadanos*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, p. 25.

de la nacionalidad de éstos, o incluso la nacionalidad de uno de los progenitores –habitualmente de la madre–. A su vez, en algunos casos se ha intentado restringir el acceso a la nacionalidad vía el principio de *ius soli*, alegando que los padres migrantes en situación migratoria irregular se consideraban incluidos en una de las categorías que exceptúan la aplicación de este principio: las personas en tránsito en un país extranjero –rótulo que se aplica comúnmente para definir la situación de los turistas–.

Como se adelantó, la no inscripción del nacimiento de un niño o niña repercute inmediatamente en diversos derechos fundamentales: el derecho al nombre, a la personalidad jurídica y a la nacionalidad. En tanto el nombre y el apellido de una persona son “esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado”¹¹⁸, este derecho cuenta con una amplia protección en los tratados internacionales¹¹⁹.

Al respecto, la Corte Interamericana ha subrayado que los Estados “tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento”, y “garantizar que [...] sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho”¹²⁰.

Una vez más, pese al marco normativo favorable, algunos Estados de la región han presentado situaciones en las cuales las autoridades a cargo del registro de nacimientos interpretan restrictiva o erróneamente la normativa, exigiendo a los padres la constancia de residencia en el país, bajo apercibimiento de denegar dicha inscripción, aún cuando la normativa no hace alusión al permiso de residencia, el documento de identidad u otra constancia como un requisito obligatorio para ese trámite¹²¹. Recientemente, uno de

¹¹⁸ Corte IDH, *caso Yean y Bosico c. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 184.

¹¹⁹ La Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen este derecho a todo niño desde el momento en que nace (artículos 7 y 18 respectivamente). Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores migratorios y de sus Familiares establece que todos “los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (artículo 29).

¹²⁰ Corte IDH, *caso Yean y Bosico c. República Dominicana*, *op. cit.*, párrs. 183 y 184.

¹²¹ Véase, entre otros: Comité de Derechos del Niño, Observaciones Finales de Panamá, CRC/C/PAN/CO/3-4, del 6 de octubre de 2011, párrs. 39 y 40; Costa Rica, CRC/C/CRI/CO/4, del 17 de junio de 2011 párrs. 35 y 36; Ecuador, CRC/C/ECU/CO/4, del 2 de marzo de 2010, párrs. 43-44; Venezuela, CRC/C/VEN/CO/2,

estos países ha reformado su constitución en el sentido de exceptuar la aplicación del principio del *ius soli* respecto de aquellos niños o niñas cuyos padres se encontraran en situación de irregularidad migratoria¹²².

VII. Reflexiones finales

En estas páginas hemos intentado presentar un estado de situación que de cuenta de la medida en que los Estados de América Latina y el Caribe observan los compromisos asumidos a nivel internacional en sus políticas y prácticas migratorias y en materia de protección de refugiados, específicamente en lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El escenario actual se presenta heterogéneo, variando sustancialmente de país a país. El amplio abanico de situaciones relevadas pone de manifiesto, por un lado, incipientes desarrollos normativos y prácticos en diferentes temáticas, incluyendo políticas y programas puntuales que suponen un importante avance en la materia mientras que, por otro lado, se evidencian un número considerable de desafíos en relación con la implementación efectiva de las normas más progresivas (migratorias o sobre refugiados), en particular en lo relativo a la niñez. Finalmente, existe una falta de adecuación normativa en la mayoría de legislaciones nacionales y locales, y, en menor medida, algunos retrocesos.

Encontramos así casos como el de México donde, tras años de políticas muy restrictivas en materia migratoria y de asilo, se inaugura un nuevo contexto favorable en virtud de los recientes avances normativos que, incluso, presentan un enfoque específico de niñez. Sin embargo, frente a los programas y prácticas hasta hoy en curso es razonable sostener que será verdaderamente complejo traducir el nuevo marco normativo en el diseño e implementación de políticas públicas adecuadas (por ejemplo, en materia de derecho al tutor,

del 17 de octubre de 2007, párrs. 39 y 40; Belice, CRC/C/15/Add.252, del 31 de marzo de 2005, párrs. 33-35; Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales, Chile, CMW/C/CHL/CO/1, del 23 de septiembre de 2011, párrs. 32 y 33; Ecuador, CMW/C/ECU/CO/1, del 5 de diciembre de 2007, párr. 35; Foro Migraciones, Informe Alternativo presentado al Comité para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, México, 2005, p. 44; Corte IDH, *caso Yean y Bosico c. República Dominicana*, op. cit., párr. 111.

¹²² La reforma constitucional de República Dominicana estableció una excepción explícita a los criterios de acceso a la nacionalidad, que deniega este derecho a los hijos e hijas de migrantes sin autorización de residencia. El artículo 18.3, en vigor desde el 26 de enero de 2010, reconoce la nacionalidad dominicana a las "personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano".

garantías procesales y determinación de interés superior del niño). En este contexto, es especialmente preocupante la situación de los miles de NNA migrantes que cruzan territorio mexicano para reencontrarse con sus familias en Estados Unidos. Este trayecto trae aparejados graves riesgos para los NNA migrantes, en particular, en un contexto de crimen organizado que repercute especialmente en la población migrante, y de políticas y prácticas que continúan centradas en los objetivos de control migratorio.

Por otra parte, en Argentina, pese a que la nueva legislación migratoria – caracterizada por su enfoque de derechos– no contempla de manera detallada estándares sobre derechos de la niñez¹²³, se ha avanzado significativamente en los últimos años en la protección de NNA no acompañados, especialmente de quienes son solicitantes de asilo, en particular en lo referido a las garantías procesales y, más recientemente, al ingreso en frontera y la búsqueda de medidas adecuadas de protección. Otro aspecto destacable ha sido el reconocimiento del derecho a la vida familiar al garantizar, tanto en la nueva ley como en las correlativas políticas de regularización migratoria, el principio de unidad familiar. En similar sentido, Uruguay receptó en su legislación el derecho a reunificación con padres, cónyuges, concubinos, hijos solteros menores o mayores con discapacidad.

A su vez, una medida puntual que merece especial atención es la adoptada por la legislación de Costa Rica en tanto expresamente determinó que en ningún caso se pudiese rechazar el ingreso al territorio del Estado de NNA no acompañados o de personas sobre las que no exista certeza sobre su mayoría de edad.

Por otra parte, son pocos los países que muestran avances en materia de no detención de personas migrantes: Panamá es el único país que exceptúa expresamente a los NNA migrantes de las medidas de privación de la libertad contempladas por su legislación y México ha incluido recientemente criterios y principios que, de aplicarse adecuadamente, deberían ir en igual sentido, aunque no llega a prohibir la privación de libertad de NNA. Venezuela, por su parte, prohíbe la detención de migrantes como medida cautelar para garantizar la ejecución de medidas de deportación o expulsión, se trate de niños o de adultos. Argentina, a su vez, fija la detención de migrantes como una medida excepcional que en principio no debería aplicarse mientras tramita el

¹²³ UNLa-UNICEF, *Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones*, Lanús, 2010.

procedimiento de expulsión, aunque no hace ninguna mención (excepción) respecto a la niñez involucrada en esos procesos.

Puntualmente, como retroceso, remarcamos lo establecido por la reciente reforma constitucional de República Dominicana que dispone la denegación del acceso a la nacionalidad a los hijos e hijas de migrantes que no cuenten con autorización de residencia en el país, en contra de estándares fijados específicamente por la Corte Interamericana y el Comité de Derechos del Niño, entre otros órganos internacionales de derechos humanos.

Un problema que también llama la atención, sobre todo por la repetición en la mayoría de los países de la región, es la insuficiente coordinación entre autoridades en materia de migraciones, asilo e infancia. Esta carencia que principalmente representa la imposibilidad de determinar, de forma adecuada y para cada caso particular, cuál es la mejor forma de garantizar los derechos del NNA obstaculiza, justamente, la adopción e implementación de medidas que sean en el interés superior del niño. También condiciona la integración social de la niñez migrante o refugiada y sus familias en el país de destino en condiciones de igualdad y exenta de sufrir prácticas xenófobas.

Finalmente, y aunque no ha sido un tema desarrollado en este artículo, al evaluar los avances, retrocesos y desafíos pendientes de las políticas y prácticas en materia migratoria y de derecho de asilo, no queremos dejar de señalar aquí una fuerte preocupación por la creciente cantidad de adolescentes mujeres que son víctimas del delito de trata en la región. Esta situación exige no sólo el desarrollo de nuevos y más eficaces mecanismos normativos y prácticos sino también su articulación con cuestiones estructurales como son las causas de la migración, es decir, la privación de derechos y oportunidades básicas en los países de origen.

Aunque de forma lenta y con avances aislados —aunque algunos, verdaderamente importantes—, la temática de la niñez en la migración y la protección de refugiados ha adquirido paulatinamente mayor visibilidad y relevancia en ciertas políticas, prácticas y normas. Sin embargo, en diversos países y en la región en general los desafíos siguen siendo numerosos. La diversidad, cantidad y, en algunos casos, gravedad de las violaciones a los derechos de la niñez en el contexto de la migración evidencia la envergadura de las tareas pendientes.

Al cierre de la edición de este libro, la novedosa solicitud conjunta de una opinión consultiva sobre la situación de la niñez migrante y solicitante de asilo presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte

de los países del Mercosur¹²⁴, abría una coyuntura especialmente relevante para el enriquecimiento del debate jurídico y la reforma de políticas públicas, que seguramente permitirá continuar avanzando en la garantía y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la movilidad internacional en la región.

Bibliografía:

- Ceriani Cernadas, Pablo, “Migrantes: Una deuda pendiente. Veinte años de vigencia de la ‘Ley Videla’ en democracia”, en CELS, *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2002-2003*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003.
- Ceriani Cernadas, Pablo y Asa, Pablo, “Migrantes: ley inconstitucional, práctica arbitraria” en CELS, *Informe Anual 2002*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- Crowley, Helen, *Child First, Migrant Second. Ensuring that every child matters*, Immigration Law Practitioners’ Association (ILPA), London, 2006.
- Liwski, Norberto, *Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Instituto Interamericano del Niño, 2007.
- Montero, M. F., *Estudio y diseño del Área Encargada de las Políticas de Integración para el desarrollo de la población migrante y refugiada de la Dirección General de Migración y Extranjería –Versión Ejecutiva–*, República de Costa Rica, PNUD, UNFPA, UNICEF, ACNUR, OIM, Dirección General de Migración y Extranjería, San José.
- Touzenis, Kristina, “Human rights of migrant children” en *International Migration Law*, No. 15, IOM, 2008.

¹²⁴ Para analizar el proceso de solicitud de opinión consultiva véase en este mismo libro Abramovich, V. E. y Saldívar, L., “El MERCOSUR como espacio de coordinación de políticas en derechos humanos. Antecedentes de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de la niñez migrante” [N. del Ed].

El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias

Marcos Ezequiel Filardi, Karina Dubinsky y Lucas Ramón Mendos

I. Introducción

Hoy en día es innegable que los niños son merecedores de una protección especial dada su situación de particular vulnerabilidad¹, tal como lo ha expresado unívocamente la comunidad internacional en su conjunto con la masiva ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. De este modo, el cuidado especial que debe gozar todo niño encuentra sustento normativo en este instrumento internacional, el cual irradia progresivamente su esencia hacia todos los ámbitos del derecho internacional y doméstico.

Podemos afirmar que la razón de ser de esta Convención estriba primordialmente en reconocer la necesidad de asegurar a los niños y niñas cuidados y asistencia especiales, fundamentales para su protección, desarrollo y supervivencia. En otras palabras, la sola condición de niño trae aparejada una situación de vulnerabilidad y dependencia que hace necesario proveer a toda persona menor de dieciocho años de las garantías y salvaguardas necesarias “para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”².

En el presente trabajo nos proponemos desarrollar las garantías procesales que deben observarse en todo proceso, administrativo o no, de reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias.

Como lo ha afirmado el ex magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio A. Cancado Trindade, el *corpus juris* de la salva-

¹ Véase *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, regla 2.

² *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 2.

guarda de los derechos de la persona humana demostró la plena aplicación simultánea o concomitante de normas de protección, sean éstas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional de los Refugiados o del Derecho Internacional Humanitario, en beneficio de los seres humanos en todas y cualesquiera circunstancias³.

Bajo esta premisa, en primer lugar se expondrán las razones de derecho por las que entendemos que todos los procesos de reconocimiento de la condición de refugiado deben regirse plenamente por las garantías del debido proceso. En el segundo apartado, previo a una mención sobre la necesidad de que los niños, niñas y adolescentes gocen de ciertas garantías procesales específicas, se profundizará el derecho de éstos a contar con la asistencia de un tutor que ejerza su representación legal e intervenga desde el inicio mismo del proceso, el derecho a ser oído con consideración del grado de su desarrollo mental y madurez y la garantía de una aplicación especial del *quantum* de la prueba y del principio del beneficio de la duda. Finalmente, en el último acápite se desarrollarán las garantías genéricas que rigen en todo proceso de reconocimiento de la condición de refugiado –sea éste formulado por niños o por adultos–, con especial referencia a cómo deben cumplimentarse en los casos que involucran a niños. En consecuencia, se analizará la garantía de todo solicitante de que su petición sea evaluada de manera autónoma e individual, el derecho a ser asistido por un intérprete cuando aquél no comprenda el idioma oficial, el derecho a contar con una decisión fundada y el derecho a recurrir una eventual decisión denegatoria de la condición de refugiado.

II. Aplicación de las garantías del debido proceso a los procesos administrativos de la determinación de la condición de refugiado

Si bien muchos Estados aún ofrecen resistencias a elevar el estándar de cumplimiento de todas y cada una de las garantías procesales, restringiéndolas primordialmente a la esfera penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”), en su jurisprudencia constante, ha señalado que el derecho al debido proceso legal debe entenderse como

³ Véase Cançado Trindade, A. A., “Aproximaciones y convergencias revisitadas: Diez años de interacción entre el Derecho Internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)”, en ACNUR, *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, 2005, p. 155.

“el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”⁴, y debe respetarse en toda naturaleza de procedimientos⁵.

En otras palabras, las garantías del debido proceso legal se aplican en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, lo que revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal⁶.

El procedimiento administrativo para la determinación de la condición de refugiado no escapa, pues, a esta exigencia, máxime cuando está en juego el derecho a buscar y recibir asilo. En efecto, el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”) contiene una redacción similar a la del artículo xxvii de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la cual se consagra el derecho de toda persona de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de conformidad tanto con la legislación de cada Estado como con los convenios internacionales⁷.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión Interamericana”) señaló que “el proceso para determinar quién es o quién no es un refugiado implica hacer determinaciones caso por caso que puedan influir en la libertad, la integridad personal e inclusive la vida de la persona de que se trate”⁸. Por ende, los principios básicos de igual protección y debido proceso consagrados en la Convención Americana hacen necesario procedimientos previsibles y coherencia en la toma de decisiones

⁴ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, párrs. 108 y 116; *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27; Véase Rodríguez Rescia, V. M., “El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA.VV., *Fix-Zamudio, Héctor, Liber Amicorum* Vol. II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, págs. 1296 y 1305.

⁵ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 125.

⁶ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 103; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 71, párr. 70.

⁷ CIDH, *Informe 51/96*, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, 13 de marzo de 1997, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), párr 154.

⁸ 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 52

en cada etapa del proceso de reconocimiento de la condición de refugiado⁹. Dicho en otros términos, si bien del tenor del artículo 22.7 de la Convención Americana y del artículo xxvii de la Declaración Americana no puede colegirse que el derecho al asilo implique una garantía de su otorgamiento, lo que sí se desprende claramente es la necesidad de que el peticionario sea oído al presentar su solicitud¹⁰.

A la luz de ello, y con fundamento en el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados internacionales, puede afirmarse que al derecho a buscar y recibir asilo debe corresponderle, como contenido intrínseco del mismo, la necesidad de establecer procedimientos que permitan la determinación de la condición de refugiado de las personas que necesitan protección internacional¹¹. Sólo de esta manera los Estados podrán determinar la validez de las solicitudes, es decir, si existe necesidad de protección o una fundada razón para denegar la petición¹².

III. Garantías procesales específicas de protección por su condición de niño

La corta edad, la dependencia, la vulnerabilidad, la ausencia de capacidades adecuadas para enfrentar ciertas situaciones, así como las diferentes etapas de desarrollo y madurativas que presentan los niños, niñas y adolescentes, resultan condiciones que hacen necesario que gocen de una serie de garantías procesales específicas a fin de velar por una adecuada toma de decisiones en la determinación en sus solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado¹³.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 60.

¹¹ Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 93 sobre la recepción de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo*, aprobada en el 53° período de sesiones, 2002, a); Kälin, W., *Towards a Concept of Temporary Protection*, estudio inédito encargado por el ACNUR, 1996, p. 36 y Hathaway, J. C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 181.

¹² Van Selm, J., *Global Consultations on International Protection/Third Track: Access to Procedures - 'Safe Third Countries', 'Safe Countries of Origin' and 'Time Limits'*, ACNUR, 1° de junio de 2001, párr. 3. Respecto del contenido y extensión del derecho al asilo véase en este mismo libro Martínez Monge, F., "El asilo como fundamento de la protección de los refugiados" [N. del Ed.].

¹³ ACNUR, *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2009, HCR/GIP/09/08, párr. 65.

En la Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, la Corte Interamericana resaltó que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en las que lo hace un adulto. Si se sostuviera lo contrario se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños su ejercicio supone, por las condiciones especiales en que ellos se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías¹⁴.

Para ello, es indispensable que el sistema procesal disponga y asegure diversas medidas de control sobre la marcha y legalidad del procedimiento y el debido desempeño de las autoridades que intervienen en éste —medidas que son, en esencia, otros tantos actos y garantías del debido proceso—, sobre todo cuando se desarrolla sobre niños que se encuentran en situación de especial indefensión y vulnerabilidad y enfrentan, por lo tanto, un riesgo específico y mayor de que se vulneren sus derechos fundamentales y se afecte su existencia, en ocasiones de manera irreparable¹⁵.

En relación con este punto, la Corte Interamericana destacó de manera recurrente que la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños¹⁶. Por ello, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁷.

¹⁴ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrs. 95, 96 y 98.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Bulacio*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de Septiembre de 2003, Serie C No. 100, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

¹⁶ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr.148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 166; Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 194 y Corte IDH, *Caso de la Niñas Yean y Bosico*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 185.

¹⁷ Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; *Cf.* Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, OC-17/02, *op. cit.*, párr. 59; Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes*, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 8; Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 17, Derechos del Niño*, XXXV período de sesiones, 1989, párr. 39.

En palabras del ex juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, “hay diferencia entre adultos y menores: no porque éstos no queden sustraídos de las defensas y garantías que amparan a aquéllos, sino en el sentido de que reclaman medidas adicionales, instrumentales, igualadoras, prácticas, que permitan el logro verdadero de los objetos propuestos y el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos. La igualación formal entre adultos y menores –todos los individuos son iguales ante la ley– puede generar condiciones de injusticia e inequidad que pongan en predicamento los derechos de los menores de edad, o los lleven al naufragio”¹⁸.

III.1. Designación expedita de un tutor que ejerza la representación legal y que intervenga desde el inicio mismo del proceso

Una de las garantías especiales del debido proceso legal con la que debe contar todo niño o niña solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado, es la de ser asistido por un tutor o representante legal desde el inicio mismo del procedimiento y en todas y cada una de sus etapas.

Al respecto, y como punto de partida de esta garantía, resultan plenamente aplicables los estándares en materia de asistencia letrada establecidos a nivel internacional. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que “se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial [...] por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio”¹⁹.

Dentro del campo específico del derecho internacional de los refugiados, la Comisión Interamericana ha expresado que, considerando la naturaleza del proceso de evaluación de la condición de refugiado y los intereses que están en juego para el peticionario, “resulta obvio que es de su interés ser representado por un abogado competente”²⁰.

¹⁸ García Ramírez, S., “Derechos Humanos de los Niños y Adolescentes” en *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 345 y 346.

¹⁹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op. cit., párr. 126.

²⁰ 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*, op. cit., párr. 125. La CIDH finalmente recomendó al Estado de Canadá que asegurara que “aquellos peticionarios que necesiten asistencia jurídica para reivindicar efectivamente sus derechos en el marco de la totalidad del sistema aplicable a los refugiados [...] puedan valerse de esa importante salvaguarda”, párr. 174.3.

Pero si el derecho a ser asistido por un defensor corresponde a todo solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado, aún más importante y necesario resulta en casos de niños no acompañados o separados de su familia respecto de quienes el Estado tiene a su cargo obligaciones especiales de protección.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño sostiene que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Asimismo, el artículo 22.1 del mismo instrumento establece que “los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”.

En íntima vinculación con esta temática, el Comité de los Derechos del Niño, órgano de supervisión de la Convención sobre los Derechos del Niño, sostuvo que “el nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. De esta manera, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal”²¹. Seguidamente, afirmó que “los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del menor no acompañado o separado de su familia esté debidamente representado. Por lo tanto, tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñará sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de

²¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6, Tratado de los Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1° de septiembre de 2005, párr. 21.

edad, o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la convención u otras obligaciones internacionales.. El tutor estará autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera [...] El menor que solicite el asilo debe estar representado por un adulto que esté al corriente de los antecedentes del menor y que sea competente y capaz para representar a éste o a sus intereses superiores. El menor no acompañado o separado tendrá en todo caso acceso gratuito a un representante jurídico competente, incluso si la solicitud de asilo tramita con arreglo al procedimiento normalmente aplicable a los adultos”. Asimismo, en todas las entrevistas en materia de asilo “deben estar presentes el tutor y representante legal”²².

El mismo Comité recomendó a un Estado Parte de la Convención que “corrigiera la legislación actual en materia de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de modo de asegurar que a todos los menores no acompañados se les designe inmediatamente un tutor que esté obligado a actuar en su interés superior y tenga en cuenta sus intereses”²³. En igual sentido se expidió el Comité de Derechos Humanos, órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante otro Estado²⁴.

Congruentemente, en las *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no acompañados y separados* se expresa que “la esencia del término tutela se refiere a la asignación de responsabilidad a un adulto u organización para que garantice que el interés superior del niño o niña [sea] respetado completamente. Un ejemplo específico de esta función en muchas jurisdicciones es el de tutor en los procedimientos administrativos o judiciales. La función del tutor es asegurar que el niño o niña esté representado apropiadamente, que sus puntos de vista [sean] expresados y que las decisiones tomadas sean en el mejor de sus intereses. Esto es en conformidad con los artículos 3 y 12 de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño. Se debería usar la tutela en procedimientos administrativos o judiciales siempre que exista un sistema de

²² *Ibidem*, párrs. 33, 69 y 72.

²³ Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones al Informe del artículo 44 presentado por los estados partes, Polonia*, CRC/C/15/Add. 194, 2002, párr. 47.

²⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones al informe presentado por los estados parte, Federación Rusa*, CCPR/CO/79/RUS, 2003, párr. 25.

apoyo, ya que proporciona una salvaguarda para garantizar que los derechos y el interés superior del niño [sean] respetados [...] Al evaluar una solicitud individual de asilo de un niño o una niña, se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos: [...] el nombramiento de un representante legal así como un tutor que promueva una decisión basada en el interés superior del niño o la niña”²⁵.

En sintonía con lo expuesto, también se ha sostenido que “no puede pretenderse que los niños conozcan sus derechos en otro país. Esta es la razón por la que el ACNUR le pide a los gobiernos que se aseguren que un tutor adecuado sea designado para los menores separados”²⁶. De este modo, el ACNUR también ha aseverado que “al no ser jurídicamente independiente, un niño refugiado debe estar representado por un adulto cuya tarea consiste en tratar de obtener una decisión que irá a favor del interés superior del niño [...] Un representante legal, o tutor, se debería designar *tan pronto como sea posible* para asegurar que los intereses del solicitante de asilo, que es un menor, se salvaguarden por completo. [...] Un niño no acompañado debe tener un representante legal para todo lo referente a los procedimientos judiciales, también puede necesitarlo para defender sus intereses o para tomar decisiones que afecten al niño en otras situaciones”²⁷. Conforme con ello, el Comité Ejecutivo del ACNUR señaló la necesidad de que los Estados establezcan procedimientos nacionales de asilo que incluyan una representación letrada cualificada y gratuita a favor de los niños no acompañados o separados de sus familias²⁸.

El Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados (ECRE) señaló que una de las maneras más importantes para asegurar que el interés superior de los niños no acompañados sea defendido es a través de la designación de un tutor que asuma responsabilidad parental en ausencia de los padres naturales²⁹. El rol del tutor es asegurar que las decisiones, tanto en la determinación sobre

²⁵ ACNUR, UNICEF, Comité Internacional de la Cruz Roja, Save the Children, Comité Internacional de Rescate, World Vision Internacional, *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados*, 2004, pp. 27 y 34.

²⁶ Véase Kumin, J., “David vs. Goliath” en *Refugees*, Vol. 1, Número 122, 2001, p. 12.

²⁷ ACNUR, *Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado*, 1994, pp. 64 y 79.

²⁸ Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*, aprobada en el 58° período de sesiones, 2007, g (viii).

²⁹ European Council on Refugees and Exiles, *Position on Refugee Children*, párr. 16, disponible en <http://www.ecre.org/component/downloads/downloads/85.html>.

la solicitud como en el futuro, serán en el interés superior de los niños³⁰. Así, los niños no acompañados deben ser provistos rápidamente de un tutor que trabajará de cerca con el representante legal, siendo que aquéllos deben recibir una rápida asistencia legal y representación durante el procedimiento de asilo, incluyendo las apelaciones³¹.

En el ámbito iberoamericano, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad señalan que “el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad [...] Se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo [...] Todo niño, niña o adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo [...] Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad: en el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial; y en el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales”³².

El ACNUR emitió lineamientos específicos para las solicitudes formuladas por niños, expresando que éstos “pueden no estar en condiciones de articular sus solicitudes de la misma manera que los adultos, por lo que pueden necesitar, en consecuencia, asistencia para hacerlo [...] Debido a su corta edad, su dependencia y relativa inmadurez, los niños deben disfrutar de salvaguardas de procedimientos y prueba para asegurar que se arribe a decisiones justas en sus solicitudes [...] Antes del inicio del procedimiento, los niños requieren suficiente tiempo para prepararse y para reflexionar antes de contar sus experiencias. Necesitarán tiempo para construir relaciones de confianza con su tutor y el staff profesional a fin de sentirse seguros y a salvo [...] Un tutor calificado e independiente debe ser designado inmediatamente, en forma gratuita en

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem*, párr. 24.

³² Véase *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, *op. cit.*, reglas 5, 13 y 28.

el caso de los niños no acompañados o separados de sus familias [...] Dichos representantes deben estar adecuadamente capacitados y deben asistir al niño durante todo el procedimiento”³³.

La intervención de un tutor o representante legal desde el inicio mismo del procedimiento procura, de manera inmediata, evitar que todo niño, niña o adolescente: a) tenga que valerse de cualquier otro solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado para asesorarse sobre su petición; b) quede a merced de organizaciones de tráfico o trata de personas, cuyos miembros directamente suscriban por él cualquier documento; c) si no sabe leer y/o escribir, tenga que declarar ante un oficial que se desempeñe en la órbita de la autoridad de aplicación correspondiente para que complete por él los datos que le fueran requeridos; d) sea notificado de sus derechos y obligaciones sin la presencia de su representante legal y e) se vea obligado a relatar su experiencia traumática en condiciones inadecuadas.

Contrariamente a ello, se erige como buena práctica que cuando un niño no acompañado o separado de su familia se presenta ante cualquier autoridad se arbitren los medios para que se le designe un tutor de modo expedito, quien identifique si tiene necesidades de protección como refugiado u otras necesidades de protección.

Sólo mediante la designación expedita de un tutor o representante legal – con facultad para actuar desde el inicio mismo del procedimiento– los Estados cumplimentan la garantía aquí desarrollada evitando que el niño tenga que recurrir a medios alternativos en aras de formalizar su solicitud, con el riesgo ínsito de no comprender verdaderamente el sentido y contenido del procedimiento.

III.2. Derecho a ser oído con consideración del grado de desarrollo mental y la madurez

Tal como lo expusieramos precedentemente, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez³⁴.

³³ ACNUR, *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, op. cit.*, párrs. 2, 66 y 68.

³⁴ *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 12.

Así, los Estados deben garantizar que las opiniones del niño sean tomadas en consideración seriamente, a partir de que éste sea capaz de formarse un juicio propio, y que se tenga en cuenta su situación individual y social en un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones³⁵.

En relación con ello, el Comité de los Derechos del Niño resaltó que “es imperativo que los menores dispongan de toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar asilo, la localización de su familia y la situación de su país de origen. En lo que concierne a la tutela, custodia y alojamiento y representación del menor, deben tomarse en cuenta las opiniones de éste. La información antedicha se proporcionará en forma que sea acorde con la madurez y el nivel de comprensión del menor”³⁶. Así, para garantizar una adecuada participación del niño en el proceso de determinación de su condición de refugiado es necesario que se lo mantenga informado de manera apropiada a su edad de las decisiones que se han tomado en torno a él y las posibles consecuencias jurídicas y de otra índole de su condición de refugiado³⁷.

A nivel regional y en lo que respecta específicamente a su participación, la Corte Interamericana ha señalado que la corta edad, la dependencia y relativa inmadurez que presentan los niños se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños³⁸. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Tribunal Europeo” o “TEDH” indistintamente) ha puesto de relevancia que resulta esencial que se tomen las medidas que sean necesarias para que el niño pueda comprender el proceso y participar de él³⁹.

³⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12 de 2009, El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrs. 23 y 28.

³⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6, Trato de los Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, op. cit., párr. 25.

³⁷ Véase ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, 1997, párr. 5.14.

³⁸ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, op. cit., párr. 93

³⁹ TEDH, *caso S.C. vs. Reino Unido*, Sentencia del 15 de junio de 2004, párr. 28; *caso T. vs. Reino Unido*, Sentencia del 16 de diciembre de 1999, párr. 84.

Esta manera de llevar a cabo el proceso suele informalmente denominarse “*child-friendly*” (del inglés, “*amigable con el niño*”) y se caracteriza por tender a que el proceso se vea desprovisto de formalismos o ritualismos que pueden intimidar a los niños o generarles dificultades para comprender lo que se requiere de él y, al mismo tiempo, crear un ambiente propicio para que se encuentre cómodo y pueda expresarse libremente.

En efecto, su condición de niño y todo lo que ello trae aparejado, puede afectar directamente la forma en que éste experimenta o siente el temor que lo hace ser solicitante de la condición de refugiado⁴⁰, ya que los niños son más propensos a estar angustiados por situaciones hostiles, a creer en amenazas improbables y afectarse emocionalmente⁴¹.

En relación con esto, el Comité Ejecutivo del ACNUR destacó que los Estados deben garantizar a los niños que se encuentren en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de aquéllos en función de su edad y madurez, asegurando mecanismos idóneos para informar a los niños los derechos y opciones que poseen⁴². Resulta crucial, pues, que los Estados promuevan un enfoque sensible a las consideraciones de edad, género y diversidad, teniendo presente esa información al tiempo de aplicar los instrumentos internacionales en materia de asilo⁴³. Así, el ACNUR enfatizó que aunque los niños “puedan enfrentar formas similares o idénticas de daño como los adultos, ellos pueden experimentarlo de manera distinta”⁴⁴. Por ello, las acciones y amenazas que puedan no alcanzar el umbral de persecución en el caso de un adulto podrían equivaler a persecución en el caso de un niño por el simple hecho de ser un niño⁴⁵.

Consecuentemente, siempre y cuando la edad y la madurez del niño lo permitan, con anterioridad a la adopción de una decisión definitiva debería existir

⁴⁰ ACNUR, *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, op. cit., párr. 15

⁴¹ *Ibidem*, párr. 16.

⁴² Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*, op. cit., sección b.iv.

⁴³ Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 108 sobre la protección internacional*, aprobada en el 59° período de sesiones, 2008, párr. h.

⁴⁴ ACNUR, *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, op. cit., párr. 15.

⁴⁵ *Ibidem*.

la oportunidad de una entrevista personal con un funcionario competente⁴⁶. En este sentido, para que los niños sean adecuadamente oídos, las autoridades deben asegurar que existan instancias de entrenamiento acerca de cómo entrevistar a aquéllos y que el personal calificado al efecto sea suficiente y de ambos sexos⁴⁷. De este modo, se debe garantizar que las entrevistas de elegibilidad sean conducidas por personal especialmente capacitado que pueda atender las necesidades especiales de los niños y tenga suficiente conocimiento sobre el desarrollo psicológico y emocional y comportamiento de un niño⁴⁸.

Finalmente, debe procurarse, en la medida de lo posible, que la lengua materna de dichos expertos coincidan con las del niño entrevistado⁴⁹ y que se preste debida atención a las necesidades psicológicas, religiosas y culturales de los niños, a fin de velar por su debido desarrollo y estabilidad emocional⁵⁰.

III.3. *Quantum* de la prueba y beneficio de la duda

Las autoridades que tengan a su cargo el análisis de las solicitudes de niños deben tener especial consideración del nivel de credibilidad que se le exige al testimonio de todo niño como prueba de su solicitud. Dicha credibilidad se establece cuando el niño ha presentado una solicitud coherente y verosímil, que no contradice hechos de conocimiento público y que por lo tanto, en su conjunto, puede considerarse creíble⁵¹.

En palabras del ACNUR, “no se puede esperar que los niños brinden un relato de sus experiencias como lo hacen los adultos”⁵². Es sabido que los

⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6, Trato de los Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, op. cit., párr. 71.

⁴⁷ ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, marzo de 2010, p. 111.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, op. cit., párr. 5.12.

⁵⁰ Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 47 (XXXVIII) sobre niños refugiados*, aprobada en el 38° período de sesiones, 1987, párr. n.

⁵¹ ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, 1998, párr. 11. Para profundizar el análisis de este tema véase en este mismo libro Lettieri, M., “Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba” [N. del Ed.].

⁵² ACNUR, *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, op. cit., párr. 72.

niños pueden tener dificultad para expresar sus miedos por una serie de razones, incluyendo el trauma, instrucciones de sus padres, falta de educación, miedo a las autoridades estatales o personas en posiciones de poder, el uso de testimonios ya hechos por traficantes, o miedo a represalias⁵³. Por ello, y teniendo presente que no es necesario que el niño pruebe todos los hechos en el afán de convencer totalmente al examinador sobre la veracidad de sus afirmaciones⁵⁴, “si el relato del menor adoleciera de problemas de credibilidad, se concederá a éste el beneficio de la duda”⁵⁵.

Debido a las experiencias traumáticas por las que ha pasado el solicitante, quizá no se encuentre en condiciones de hablar libremente, no pueda recordar todos los detalles de los acontecimientos ocurridos o bien no pueda relatarlos de manera precisa o los confunda. La incapacidad de recordar o aportar todas las fechas o detalles secundarios, así como también las inconsistencias de menor importancia, la vaguedad leve o las declaraciones incorrectas que no sean esenciales, si bien podrán ser tenidas en cuenta al tiempo de la evaluación final de la credibilidad, no deberían utilizarse como factores decisivos⁵⁶.

La credulidad de un niño y la falta de experiencia pueden, además, hacerlo especialmente vulnerable a los dichos u órdenes de adultos con quien pueda eventualmente establecer contacto en su cotidianeidad, lo cual debe ser particularmente sopesado al analizar su testimonio.

Es así que recobran esencial importancia las garantías de contar con un tutor con el que pueda afianzar su confianza y, necesariamente, poseer un tiempo suficiente para generar dicho lazo, lo cual revela la estrecha interdependencia que existe entre cada una de estas garantías específicas.

Resulta crucial, por consiguiente, que quienes evalúen la petición tengan la capacitación y habilidades necesarias para poder examinar con certeza la fiabilidad y el significado del relato del niño. Esto requerirá que se involucre a expertos en entrevistas a niños, se realicen las mismas fuera de un entorno formal u observando al niño y se comuniquen con él en ambientes donde se

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, *op. cit.*, párr. 12.

⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6 de 2005, Tratado de los Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *op. cit.*, párr.71; ACNUR, *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, *op. cit.*, párr. 73.

⁵⁶ ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, *op. cit.*, párr. 9.

sientan a salvo. Es importante considerar que los niños pueden omitir o distorsionar información vital, no conocer acabadamente las condiciones en su país de origen, no diferenciar lo imaginado de la realidad y ser imprecisos en cuanto a las referencias de tiempo y lugar⁵⁷.

Finalmente, el ACNUR sostuvo que “aunque la carga de prueba usualmente es compartida entre quien examina y el solicitante [...], puede ser necesario para quien evalúa solicitudes de niños el asumir una mayor carga de prueba, especialmente si el niño en cuestión es no acompañado”⁵⁸. Por ello, en el supuesto que los hechos del caso no pudieran establecerse correctamente o bien que el niño no pudiera expresar completamente su solicitud, “el examinador necesita tomar una decisión en base a todas las circunstancias conocidas, que puede ser llamada como una aplicación liberal del beneficio de la duda”⁵⁹. Ello implica, entonces, que si bien el solicitante de asilo tiene la responsabilidad de cooperar con las autoridades del país de asilo, la carga de la prueba es compartida entre aquél y el Estado, en reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el niño, debiendo el procedimiento reflejar estos dos factores⁶⁰. Es decir, teniendo presente las particularidades de la situación de un refugiado, el examinador comparte con el peticionante el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes de su caso⁶¹.

IV. Garantías genéricas de todo proceso de reconocimiento de la condición de refugiado

IV.1. Individualidad de procesos

Si bien la multiplicidad de personas involucradas en un proceso unificado no es algo jurídicamente anómalo —por ej. acumulación por conexidad subjetiva u objetiva en el ámbito penal o la *litis-consorcio* en el ámbito civil—, lo cierto es que, en los procesos de reconocimiento de la condición de refugiado

⁵⁷ ACNUR, *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, op. cit., párr. 72.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 73.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, Segunda Reunión. EC/GC/01/12, 2001, párr. 50.k.

⁶¹ ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, op. cit., párr. 6.

la garantía de la individualidad de procesos busca asegurar que el caso particular de cada solicitante sea analizado de manera separada, atendiendo sus circunstancias y antecedentes personales.

En este sentido, el ACNUR señaló que cada “cada niño tiene el derecho de interponer una solicitud de asilo independiente, sin importar si el niño está acompañado o no”⁶². Así, “es importante realizar un análisis minucioso e individual de todas las circunstancias en cada caso”⁶³ y, en supuestos en que ambos padres y el niño tengan su propia solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, resulta preferible que cada una de sus peticiones se evalúe separadamente⁶⁴.

Específicamente, en casos de solicitudes de niños no acompañados o separados de sus familias, los Estados deben “realizar una valoración individual y cuidadosa, tomando en cuenta factores como la edad, el sexo, el estado emocional, los antecedentes familiares, la continuidad o discontinuidad en el cuidado, las posibilidades de reunificación familiar, los motivos de huída [y] los antecedentes educativos”⁶⁵. La decisión final, de este modo, “debería basarse en un análisis caso por caso de la combinación única de los factores presentados por cada niño, incluidos los antecedentes personales, familiares y culturales del niño”⁶⁶.

Todo ello indica que en los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado iniciados por niños no acompañados o separados de sus familias, resulta esencial garantizar la individualidad del proceso y, con ello, evaluar las circunstancias particulares de cada caso y confrontarlas con criterios articulados de manera precisa y ampliamente respaldados⁶⁷.

IV.2. El derecho a la asistencia por un intérprete

Como regla general del proceso, el niño debe recibir —y poder ofrecer— toda la información necesaria en un idioma que pueda *fehacientemente* com-

⁶² *Ibídem*.

⁶³ ACNUR, *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, *op. cit.*, párr. 63.

⁶⁴ *Ibídem*, párr. 9.

⁶⁵ ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, *op. cit.*, párr. 10.4.

⁶⁶ *Ibídem*, párr. 8.10.

⁶⁷ ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, *op. cit.*, párr. 50.f.

prender⁶⁸. Esto ha sido puesto de relevancia por el ACNUR en atención a que en muchos Estados el estándar se encuentra fijado en términos menos rigurosos, satisfaciéndose la obligación del Estado si se informa al solicitante en un idioma que *presumiblemente pueda comprender*⁶⁹.

Debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones la comprensión de la lengua es ligeramente constatada por los agentes estatales al percibir que una persona puede establecer una conversación en el idioma oficial. Sin embargo, no es menos cierto que tales rudimentos son generalmente adquiridos de manera informal y autodidacta a lo largo de su cotidiana interacción con el resto de las personas y, por ende, sólo suelen habilitarles a un intercambio coloquial básico. En función de ello, puede aseverarse que la habilidad para establecer una comunicación en situaciones cotidianas dista mucho de convertirse en un dominio pleno del idioma que permita a la persona expresarse con la precisión y exactitud que requiere una defensa adecuada.

Así, ante la duda, debe proporcionarse al solicitante los servicios de un intérprete calificado para presentar su caso ante las autoridades competentes⁷⁰. Ello, por cuanto no dominar el idioma en que se lleva a cabo el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado es un elemento que agrava de manera determinante la vulnerabilidad del niño o niña solicitante. En otras palabras, cuando éstos no puedan comprender el idioma oficial, será imperativo que se les provea un intérprete que les permita comprender sus derechos y obligaciones, la estructura del proceso y las consecuencias de sus actos procesales. Todo ello, a los efectos de que el proceso reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de quienes intervienen en un proceso y no conocen el idioma del tribunal⁷¹. Sólo de esa manera el Estado asegurará el pleno acceso y capacidad de actuar de la persona en todas las etapas del proceso al tiempo que hará efectivo el derecho de solicitar asilo⁷².

⁶⁸ ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, op. cit., p. 51.

⁶⁹ Tal es el caso, particularmente en Europa, de Bulgaria, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Eslovenia y el Reino Unido.

⁷⁰ Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 8 sobre determinación de la condición de refugiado*, aprobada en el 28° período de sesiones, 1977, párr. iv.

⁷¹ Corte IDH, *Caso Tiú Tójin*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190, párr. 100; Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 230.

⁷² ACNUR, *Nota sobre Protección Internacional*, A/AC.96/1008, 4 de julio de 2005, párr. 18.

La autoridad correspondiente debe procurar que exista intervención de un intérprete calificado, imparcial y capacitado para el trabajo con niños⁷³ en cada uno de los actos y comunicaciones que se establezcan con el solicitante y asegurar su presencia, sin excepción, en la notificación de derechos y obligaciones, en todas y cada una de las entrevistas o declaraciones que se celebren en el marco del proceso, en la notificación de un eventual rechazo y en la comunicación de la posibilidad de apelar, por mencionar algunos de los actos⁷⁴. Para lograr ello, resulta esencial que la autoridad cuente con una nómina de intérpretes a los que pueda recurrir en caso de necesidad, los que deberían tener, en la medida de lo posible, habilidades en el trato con niños.

IV.3. El derecho a contar con una decisión fundada

Una garantía fundamental que rige en el proceso administrativo de reconocimiento de la condición de refugiado consiste en que la decisión adoptada por la autoridad de aplicación correspondiente se encuentre debidamente fundada, sea ésta positiva o negativa, de modo tal que el peticionante pueda conocer acabadamente los motivos, las normas y los hechos en que se basó. En efecto, esta es una de las garantías establecidas para salvaguardar el derecho a un debido proceso⁷⁵.

La Corte Interamericana, en ocasión de expedirse sobre las garantías del debido proceso, ha señalado en su jurisprudencia constante que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”⁷⁶. Así, la decisión en cuestión debe “exponer, a través de una

⁷³ ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, op. cit., p. 122; *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, op. cit., párr. 50.g.

⁷⁴ ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, op. cit., p. 47.

⁷⁵ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”)*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 78.

⁷⁶ Corte IDH, *Caso Yatama*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 152; *Caso Claude Reyes y otros*, op. cit., párr. 120; *Caso Apitz Barbera y otros*, op. cit., párr. 78; *Caso Escher y otros*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 6 de julio de 2009, Serie C No. 200, párr. 139; *Caso Tristán Donoso*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 153; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itíniguez*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 21 de noviembre de 2007, Serie C No.

argumentación racional, los motivos en los cuales se funda⁷⁷ y “debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. [L]a motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”⁷⁸.

En este sentido, la motivación es definida como “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”⁷⁹. En términos generales, este deber de fundar las resoluciones “es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, pues otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”⁸⁰. Lo mismo puede afirmarse respecto de las decisiones de naturaleza administrativa en tanto “las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se aplican plenamente a las decisiones de los órganos administrativos, debiendo [éstos] cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”⁸¹. Resulta, entonces, indispensable que la decisión provea base suficiente para comprender el fundamento jurídico, razonado y objetivo de lo allí resuelto⁸².

Adicionalmente, también el ACNUR se ha pronunciado sobre esta garantía fundamental del deber de motivación de la decisión sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. En efecto, sostuvo que “todos los solicitantes de asilo deben recibir, de manera automática, una decisión escrita, ya sea que se trate de la admisibilidad o sobre el fondo de la solicitud. En caso de que se rechace la solicitud, la decisión debe ser fundamentada”⁸³. Por ello,

170, párr. 107; *Caso Palamara Iribarne*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 216 y *Caso Yvon Neptune*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 6 de mayo de 2008, Serie C No. 180, párr. 150.

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Escher y otros*, op. cit., párr. 139.

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros*, op. cit., párr. 78 y *Caso Tristán Donoso*, op. cit., párr. 153.

⁷⁹ Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, op. cit., párr. 107; *Caso Tristán Donoso*, op. cit., párr. 152; *Caso Apitz Barbera y otros*, op. cit., párr. 77 y *Caso Escher y otros*, op. cit., párr. 208.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso Escher y otros*, op. cit., párr. 208.

⁸¹ *Ibidem* y *Caso Claude Reyes y otros*, op. cit., párr. 119.

⁸² Corte IDH, *Caso Vélez Loor*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 116.

⁸³ ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, op. cit., párr. 50.o.

el ACNUR identificó como buena práctica la necesidad de que los Estados brinden de manera escrita las razones de hecho y de derecho de la decisión, sea ésta relativa a la condición de refugiado o bien a otra protección estatal subsidiaria y la pongan a disposición del solicitante al momento de adoptar aquélla⁸⁴.

En caso que la decisión sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado sea negativa, resulta menester que la misma no se limite a expresar simplemente que la petición fue rechazada sino que, por el contrario, la decisión debe contener: una correcta identificación y adecuado análisis de los hechos que motivaron la solicitud; un pronunciamiento sobre las pruebas ofrecidas y evaluadas; una correcta aplicación de la carga de la prueba; un pronunciamiento sobre el grado de credibilidad de los hechos relatados por el solicitante; un idóneo y expreso análisis de la situación objetiva de su país de origen; una adecuada aplicación del marco jurídico para encuadrar la condición de refugiado; y, fundamentalmente, las razones específicas por las que su petición de protección internacional fue rechazada⁸⁵.

Una decisión que contempla los requisitos mencionados permitirá al solicitante optar por ejercer o no el derecho de apelación y, asimismo, proveerá la base para elaborar la eventual apelación⁸⁶. Resoluciones fundadas contribuyen a la transparencia de la toma de decisiones y colaboran en la construcción de un sistema coherente en esta materia.

IV.4. Derecho a un plazo expedito en las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado

El derecho al plazo razonable en todo proceso judicial o administrativo ha sido extensamente desarrollado por distintos órganos de protección internacional de derechos humanos, así como organismos dentro del campo específico del derecho internacional de los refugiados.

La Corte Interamericana subrayó que, a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana, uno de los elementos del debido proceso es que aquellos procedimientos que se desarrollen para la determinación de los derechos de

⁸⁴ ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, op. cit., p. 36.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 17 y 25.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 18.

las personas en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter, se realicen dentro de un plazo razonable⁸⁷. En todo caso, corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso se prolongó durante un período determinado que exceda los límites del plazo razonable⁸⁸.

La Comisión Interamericana destacó que “dados sus efectos en la situación de las personas que se encuentran dentro del sistema, es fundamental el objetivo de garantizar que las determinaciones de la condición de refugiado se realicen en plazo, con todas las garantías necesarias”⁸⁹. Del mismo modo, el ACNUR ha remarcado la necesidad de que los procedimientos de asilo sean arbitrados de manera expedita, eficiente y justa, de conformidad con los estándares del derecho internacional de los refugiados⁹⁰.

Adicionalmente, resulta fundamental que los Estados ofrezcan orientación sobre las distintas etapas del procedimiento⁹¹, de modo tal que el peticionante tenga la oportunidad y el tiempo razonable para cuestionar cualquier falta de cumplimiento de las normas que rigen el proceso⁹², aportar prueba documental y preparar adecuadamente la entrevista personal de elegibilidad⁹³, posibilitando así que los niños y niñas solicitantes tengan tiempo suficiente para exponer las razones de su petición de manera acabada⁹⁴.

Como corolario de ello, la decisión final sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado debe ser notificada al peticionante de forma fehaciente y en un plazo razonable⁹⁵.

⁸⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 133; *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 77; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 de sep. de 2009, Serie C No. 203, párr. 133 y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 244.

⁸⁸ Véase Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *op. cit.*, párr. 244.

⁸⁹ 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*, *op. cit.*, párr. 176.

⁹⁰ ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes. Consultas Globales sobre Protección Internacional*, *op. cit.*, párr. 49.

⁹¹ Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 8 sobre determinación de la condición de refugiado*, *op. cit.*, párr. ii.

⁹² ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, *op. cit.*, p. 195.

⁹³ *Ibidem*, p. 224.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 144.

⁹⁵ Mondelli, J. I., *Procedimientos de asilo justos y eficientes: estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de refugiados*, III Curso Regional sobre Derecho Internacional de Refugiados para América Latina, Buenos Aires, septiembre de 2005, p. 26.

A los efectos de cuantificar la razonabilidad del plazo, el ACNUR recomendó a los Estados definir límites razonables de tiempo desde el momento en que decide la solicitud hasta que se notifica ésta al peticionante y sólo ampliarlos bajo circunstancias excepcionales y justificadas⁹⁶ así como, en caso que su solicitud sea rechazada, proveer al peticionante tiempo suficiente para elaborar la apelación pertinente⁹⁷.

En el marco de este estándar sobre la razonabilidad de los plazos, las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado articuladas por niños y niñas no acompañados o separados de sus familias reciben una atención especial. En efecto, el ACNUR señaló que debe darse prioridad a estas peticiones, asegurándose que la solicitud sea resuelta en una fase temprana, sin necesidad de esperar períodos de tiempo que usualmente podrían aplicarse para otras peticiones⁹⁸.

Ello resultaría beneficioso para los niños, siempre y cuando el prioritario examen de su caso incluya todas las garantías del debido proceso necesarias para asegurar una justa resolución del caso y un tiempo suficiente para que el niño o niña peticionante, en un marco de confianza con su tutor o representante legal, se sienta seguro para afrontar una entrevista personal de elegibilidad y pueda aportar los medios probatorios correspondientes⁹⁹. Merece resaltarse que, si bien es necesario que el procedimiento sea rápido y eficiente, ello no releva a los Estados de respetar las garantías del debido proceso¹⁰⁰. En otras palabras, la celeridad en el proceso no puede lograrse a expensas de la flexibilización de las garantías procesales que goza el niño.

De allí que resulte esencial asegurar que en la primera instancia de decisión exista un examen completo del caso, de modo tal de reducir las probabilidades de una apelación con base en un examen deficiente¹⁰¹. Ello último implicará reconocer que resulta inapropiado sustanciar las peticiones de asilo formuladas por niños, niñas o adolescentes bajo las reglas de los procesos usualmente denominados “manifiestamente infundados” y, por ende, con tinte de “acele-

⁹⁶ ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, op. cit., p. 44.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 264 a 265.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 224.

¹⁰¹ *Ibidem*.

rados”, principalmente, por las graves consecuencias que pudiera tener para el solicitante una determinación errónea¹⁰². De este modo, resulta necesario asegurar que los solicitantes particularmente vulnerables —como lo son los niños y niñas no acompañados o separados de sus familias— se encuentren al margen de estos procedimientos y sus solicitudes sean examinadas bajo las reglas del proceso ordinario o del procedimiento prioritario, con estricto apego a todas las garantías procesales necesarias¹⁰³.

IV.5. El derecho a recurrir (apelar) la decisión denegatoria

El derecho a recurrir las decisiones judiciales o administrativas ante un juez o superior se encuentra reconocido en los artículos 8.2.h y 25 de la Convención Americana, donde se consagra el derecho–garantía de contar con un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes para obtener la protección o tutela judicial de los derechos humanos. La trascendencia de esta garantía ha generado amplios debates en el seno de organismos de protección de derechos humanos a los fines de determinar su alcance e implicancias. En este sentido, tanto la Corte Interamericana como la Comisión del mismo hemisferio regional han establecido que no basta con la mera existencia de un recurso, en términos enunciativos y formales, sino que resulta necesario que se trate de un recurso efectivo en el sentido de dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido¹⁰⁴.

De este modo, para su efectiva garantía se vuelve imperativo contar con la posibilidad de que un órgano distinto y de superior jerarquía orgánica¹⁰⁵ —que satisfaga las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia¹⁰⁶—

¹⁰² Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 30 sobre el problema de las solicitudes de asilo de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas*, aprobada en el 34° período de sesiones, 1983, párr. e.

¹⁰³ ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, op. cit., pp. 265 y 267.

¹⁰⁴ Corte IDH, *Castañeda Gutman*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184, párr. 78; *Caso del Pueblo Saramaka*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 177; CIDH, *Informe No. 28/96*, Caso 11.297, *Hernández Lima v. Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev. en 406 (1997), párr. 72.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 158.

¹⁰⁶ Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 193.

examine o reexamine la legalidad de toda sentencia o decisión adversa. Asimismo, ese órgano superior debe estar legitimado para controlar la corrección de la decisión, tanto material como formalmente¹⁰⁷ y para llevar a cabo un nuevo examen integral de la cuestión que incluya la totalidad de los hechos y el acervo probatorio¹⁰⁸.

En lo que hace específicamente a las decisiones administrativas de determinación de la condición de refugiado, el ACNUR señaló que las normas del debido proceso exigen, como mínimo, un mecanismo de apelación o revisión ante una autoridad diferente e independiente de aquella que adoptó la decisión —sea ésta administrativa o judicial— que garantice un funcionamiento justo y eficiente del procedimiento de asilo, revisando tanto elementos de hechos como de derecho¹⁰⁹. A este fin, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que sean efectivos¹¹⁰ y se garantice su aplicación por la autoridad competente¹¹¹, lo que constituye un pilar básico de todo Estado de derecho en una sociedad democrática¹¹².

Asimismo, el ACNUR identificó ciertos obstáculos existentes en los Estados para que los peticionantes puedan ejercer en la práctica y de manera efectiva su derecho a recurrir una decisión denegatoria del estatuto de refugiado. Tales son, a título de ejemplo, la información inadecuada que se les provee sobre cómo apelar y ante qué órgano hacerlo, un plazo extremadamente breve para apelar la decisión, la falta de comunicación del derecho a apelar y cómo en ejercerlo en un idioma que el solicitante comprenda, la carencia de abogados competentes e instruidos en la temática y la falta de comunicación detallada

¹⁰⁷ CIDH, *Informe No. 59/07*, Caso 12.293, *Carlos Roberto Moreira vs. Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.130 Doc. 22, rev. 1, 2007, párr. 53.

¹⁰⁸ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, Voto Concurrente Juez Roux Rengifo, párr. 11.

¹⁰⁹ ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, op. cit., párr. 43.

¹¹⁰ Corte IDH, *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párr. 93; Corte IDH, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 131 y Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 117.

¹¹¹ Corte IDH, *Caso Escher y otros*, op. cit., párr. 196 y Corte IDH, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207, párr. 129.

¹¹² Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C No. 197, párr. 59; Corte IDH, *Caso Usón Ramírez*, op. cit., párr. 128; Corte IDH, *Caso Tibi*, op. cit., párr. 131 y Corte IDH, *Caso Castillo Páez Vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C No. 34, párr. 82.

sobre cómo acceder a un servicio gratuito de asistencia letrada¹¹³. Todas estas consideraciones, llevaron al ACNUR a recomendar a los Estados que eliminen tales obstáculos y, al mismo tiempo, instarlos a que permitan que los peticionantes puedan introducir en la instancia de apelación nuevos hechos y pruebas a ser considerados por el órgano de apelación al tiempo de tomar una decisión sobre el fondo del asunto¹¹⁴.

Finalmente, la efectividad del recurso de apelación en caso de una decisión negativa sobre el reconocimiento de la condición de refugiado requiere un examen riguroso e independiente del caso debido a la naturaleza irreversible de los daños que puedan producirse¹¹⁵. Por ende debe configurarse como una garantía y no como una mera declaración de intenciones y tener efecto suspensivo automático¹¹⁶, de modo tal que se evite cualquier tipo de expulsión o deportación en virtud de una decisión que no se encuentra firme¹¹⁷.

V. A modo de cierre

Las tres grandes vertientes de protección internacional de la persona humana —el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario— requieren de una aplicación simultánea, pues en tanto son esencialmente complementarias se dejan guiar por una identidad de propósito concerniente a la protección de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias¹¹⁸.

A lo largo del presente artículo intentamos demostrar, mediante el desarrollo de las garantías del debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias,

¹¹³ ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, op. cit., pp. 436 a 437.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 467.

¹¹⁵ TEDH, *Jabari vs. Turquía*, Sentencia del 11 de julio de 2000, párr. 50.

¹¹⁶ ACNUR, *Improving Asylum Procedures, Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice - Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, op. cit., p. 89; ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficaces, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, op. cit., párr. 43; TEDH, *onka vs. Bélgica*, Sentencia del 5 de febrero del 2002, párr. 83; TEDH, *M.S.S. vs Bélgica y Grecia*, Sentencia del 21 de enero de 2011, párr. 387

¹¹⁷ TEDH, *Gebremedhin vs. Francia*, Sentencia del 26 de abril de 2007, párr. 58; TEDH, *onka vs. Bélgica*, op. cit., párr. 79.

¹¹⁸ Véase Cañado Trindade, A. A., “Aproximaciones y convergencias revisitadas: Diez años de interacción entre el Derecho Internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)”, op. cit., p. 140.

la amplia interacción y necesaria convergencia que existe entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados.

No podemos concluir sino destacando que las garantías aquí desarrolladas –tanto las específicas de las cuales gozan los niños, como las genéricas de todo procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado– constituyen un piso mínimo inviolable al que los Estados se encuentran internacionalmente obligados rigiendo, por ende, la plena aplicación del principio de no regresividad. Adoptar en la práctica el principio de no regresividad implica admitir que si se ha alcanzado un determinado grado de evolución, tanto en la legislación interna de los Estados como en los tratados internacionales de protección, no se puede válidamente admitir regresiones ulteriores¹¹⁹. En efecto, ello también importa reconocer que las garantías aquí esbozadas son meramente enunciativas y en modo alguno encierran en sí mismas un *numerus clausus*.

Bibliografía

- Cançado Trindade, Augusto A., “Aproximaciones y convergencias revisitadas: Diez años de interacción entre el Derecho Internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)”, en ACNUR, *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, 2005.
- García Ramírez, Sergio, “Derechos Humanos de los Niños y Adolescentes” en *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Hathaway, James C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Kälén, Walter, *Towards a Concept of Temporary Protection*, estudio inédito encargado por el ACNUR, 1996.
- Kumin, Judith, “David vs. Goliath” en *Refugees*, Vol. 1, Número 122, 2001.
- Mondelli, Juan Ignacio, *Procedimientos de asilo justos y eficientes: estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de refugiados*, III Curso Regional sobre Derecho Internacional de Refugiados para América Latina, Buenos Aires, septiembre de 2005.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 149.

- Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, “El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA.VV., *Fix-Zamudio, Héctor, Liber Amicorum* Vol. II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998.

El MERCOSUR como espacio de coordinación de políticas en derechos humanos.

Antecedentes de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de la niñez migrante

Victor E. Abramovich y Laura Saldivia¹ Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH)

I. Introducción

En una iniciativa sin precedentes en la región, los cuatro países miembros del MERCOSUR firmaron y presentaron conjuntamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Corte IDH”) una opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.

En este trabajo se describe, en un primer apartado, el contexto en el que se originó tal iniciativa, haciendo especial referencia a los actores que la idearon e impulsaron y al proceso concreto de elaboración de la petición de consulta que permitió ir acordando su forma y sustancia hasta alcanzar el producto final sometido a estudio de la Corte IDH. Luego se hace referencia a la situación concreta de vulneración en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares, solicitantes de asilo y refugiados, la cual motiva el pedido de opinión consultiva de los países del MERCOSUR. A continuación, se esbozan sintéticamente los temas planteados a la Corte IDH con el objeto de que especifique los estándares jurídicos que los rigen. Por último, se señala la relevancia que el tema y el camino elegido para impulsarlo tienen para el bloque subregional MERCOSUR.

¹ Agradecemos la colaboración de Constanza Argentieri para la elaboración de este artículo.

II. El contexto en el que se origina la solicitud de opinión consultiva

Los países miembros del MERCOSUR han incorporado la temática migratoria y de protección de refugiados en diversos foros y espacios de interlocución internacional (como la Conferencia Sudamericana de Migraciones y el Foro Global de Migración y Desarrollo o en el seno mismo de la Organización de Estados Americanos) y han suscripto acuerdos bilaterales, regionales y subregionales que reconocen derechos humanos de los migrantes y refugiados con independencia de su condición migratoria, además de haber suscripto los principales tratados internacionales sobre derechos humanos y en particular sobre derechos de la infancia².

En particular en el ámbito de las Reuniones de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (en adelante la “RAADDHH”) se le dio impulso a la elaboración y presentación de una solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH, a instancias de la Comisión Permanente específica en materia de los derechos de niños, niñas y adolescentes, Iniciativa Niñ@Sur. El texto de esta solicitud fue encomendado y elaborado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (en adelante, IPPDH).

Para comprender los orígenes de la solicitud de la opinión consultiva, corresponde hacer una breve referencia a los orígenes y antecedentes de los principales actores involucrados como son la RAADDHH, la Iniciativa Niñ@Sur y el IPPDH.

II.1. Actores involucrados en la elaboración de la opinión consultiva

En el año 2004 y por decisión del Consejo del Mercado Común (en adelante, CMC), se crea la RAADDHH con el objetivo de velar por la plena vigencia

² Además, en el ámbito de las Reuniones de Ministros de Interior del MERCOSUR y Estados Asociados funciona el Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR y Estados Asociados –FEM–, el cual tiene entre sus funciones el estudio del impacto de las migraciones en la región y fuera de ella, el análisis y desarrollo de proyectos de normas y/o acuerdos en materia migratoria que regirán para los países del bloque y que, en materia de refugiados, ha realizado distintas iniciativas como un estudio de los estándares de protección de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado a nivel nacional, o la implementación en 2010 del 1º Curso Virtual del MERCOSUR sobre protección de refugiados para funcionarios/os de los miembros plenos y ampliados del MERCOSUR, entre otras iniciativas. Véase http://www.migraciones.gov.ar/foro_migratorio/, en particular el documento Memoria Institucional.

Cabe destacar que en el ámbito de la OEA anualmente la Asamblea General adopta una Resolución sobre “Protección de los solicitantes de la condición de refugiado y de los refugiados en las américas” que suele estar firmemente impulsada en los últimos años por los países del MERCOSUR. Véase <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp>

de las instituciones democráticas, el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales³. Esta reunión se realiza dos veces por semestre de manera ordinaria y está coordinada por el Estado a cargo de la Presidencia Pro Témpace del MERCOSUR. Asimismo, pueden convocarse reuniones extraordinarias por pedido de cualquiera de los Estados Parte o Asociados. Desde mayo de 2005 hasta la fecha –agosto 2011– se han desarrollado 19 reuniones ordinarias y tres extraordinarias.

La dinámica de las RAADDHH comprende actividades de diversas Comisiones Permanentes, Grupos de Trabajo (a término) y Relatorías Especiales donde se abordan temáticas específicas y se elevan informes⁴.

En el año 2005, en la I RAADDHH se aprobó la Iniciativa Niñ@Sur cuya finalidad consiste en promover el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos de derechos humanos universales y regionales. Asimismo, esta Iniciativa busca estimular el diálogo y cooperación entre los Estados para el seguimiento y cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, teniendo en cuenta que varias metas tienen una relación directa con los derechos de la infancia y adolescencia. El Grupo de Trabajo Permanente de la Iniciativa (que se reúne cada semestre en ocasión de la RAADDHH) se conformó con el objeto de institucionalizar la temática de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la región, así como también para darle continuidad independientemente de los cambios a los que obliga la rotación de las Presidencias Pro-témpace por países. Esta Comisión Permanente ha sido una de las áreas más dinámicas de coordinación de políticas al interior del MERCOSUR. Ya en el Plan de Trabajo 2008/2009 de la XII RAADDHH que tuvo lugar en Buenos Aires en junio de 2008, se destacó la importancia de desarrollar líneas de acción tendientes a fortalecer los sistemas de protección integral de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes a través de: “a) Diálogo con el Sistema Interamericano, Universal de Protección de Derechos Humanos y con otros ámbitos del MERCOSUR; [...] d) Promover la solicitud de opiniones consultivas a instancias del Sistema Interamericano

³ Decisión CMC N° 40/04.

⁴ En la actualidad funcionan cinco Comisiones Permanentes y tres Grupos de Trabajo: Comisión Permanente de Iniciativa Niñ@Sur, Comisión Permanente de Educación y Cultura en Derechos Humanos, Comisión Permanente de Memoria, Verdad y Justicia, Comisión Permanente de Discriminación, Racismo y Xenofobia, Comisión Permanente de Adultos Mayores, Grupo de Trabajo de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, Grupo de Trabajo de Construcción de Indicadores de Progreso en materia de DESC y Grupo de Trabajo de LGTB.

de Derechos Humanos en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, para lograr el cumplimiento de los estándares de derechos humanos y elaborar recomendaciones para su aplicación”⁵. En sintonía con el enfoque que se buscó imprimir a la RAADDHH, un primer antecedente que puede destacarse en materia de política exterior previo a la iniciativa de consulta ante la Corte IDH y el trabajo de articulación que ella significó, consiste en la experiencia de articulación de posiciones comunes de los países del MERCOSUR en las Naciones Unidas respecto del Protocolo Adicional de la Convención sobre Derechos del Niño.

Por su parte, además de la RAADDHH y la Iniciativa Niñ@Sur, el tercer actor que cumplió un rol destacado en la elaboración de la solicitud de la opinión consultiva es el IPPDH. Este organismo internacional fue creado por Decisión CMC N° 14/09 en el año 2009 con sede permanente en la Ciudad de Buenos Aires⁶ y tiene como función principal la cooperación técnica, la investigación aplicada y la coordinación en el campo de las políticas públicas en derechos humanos en el ámbito de los países del MERCOSUR.

La creación del IPPDH apunta a fortalecer la institucionalidad pública de los Estados del MERCOSUR en materia de derechos humanos y a generar espacios de discusión sobre este nuevo campo de políticas públicas constituido por las políticas públicas en derechos humanos, con el fin de consolidar los derechos humanos como un eje fundamental de la identidad y del desarrollo del bloque.

Las funciones centrales del IPPDH pueden agruparse en cuatro áreas. En primer lugar la coordinación de políticas públicas en derechos humanos al interior del MERCOSUR, lo cual se refleja en su funcionamiento como una especie de secretaría técnica de la RAADDHH con el objeto de darle seguimiento a las reuniones de éste ámbito, facilitar la agenda de las mismas y brindarle continuidad a los acuerdos alcanzados. Tiene también un rol de coordinación en otros ámbitos del MERCOSUR donde se discuten temáticas directa o indirectamente vinculadas con los derechos humanos —como son las reuniones de Ministros— y trabaja de forma articulada con otras instituciones del MERCOSUR, por ejemplo, el Instituto Social, que tiene su sede en la ciudad de Asunción.

⁵ Conforme a su Eje 1.

⁶ Además, la Decisión CMC 12/00 establece la Estructura del IPPDH.

La segunda función consiste en brindar cooperación técnica a los gobiernos en el diagnóstico, la formulación, la implementación y la evaluación de políticas, o el fortalecimiento de agencias y sus funcionarios/as en el campo de políticas de igualdad, derechos humanos y ciudadanía en sentido amplio.

Una tercera función consiste en la promoción y desarrollo de investigaciones aplicadas a los temas bajo su competencia y, la cuarta, comprende la promoción y capacitación de funcionarios públicos tanto de gobiernos locales como de los tres poderes del Estado.

En relación con estas cuatro funciones se han planteado cinco líneas de trabajo que, a su vez, deben entenderse como objetivos del IPPDH.

En primer lugar, mejorar la coordinación y la articulación de las políticas públicas.

En segundo lugar, desarrollar recursos de investigación en este nuevo campo de políticas como son las políticas en derechos humanos y fortalecer los ya disponibles en la materia, con el fin de generar nuevos recursos pero también de orientar las agendas y el financiamiento para la investigación ya existente en el campo de las políticas de derechos humanos, tales como las que se desarrollan en el marco de las universidades y de las agencias públicas de los Estados parte.

En tercer lugar, impulsar el fortalecimiento de la institucionalidad pública en derechos humanos de las agencias en el interior de los gobiernos, pero también de las instituciones nacionales de derechos humanos, promoviendo e impulsando el trabajo con los sistemas de protección y, en particular, con los sistemas de justicia.

En cuarto lugar, facilitar la relación entre el Estado y la sociedad civil mediante la implementación de ciertas políticas, pero también y fundamentalmente por medio de la participación de la sociedad civil en las distintas instancias del MERCOSUR. En este sentido se pretenden impulsar reglas claras y generales sobre la participación de la sociedad civil en sus distintos foros.

El quinto objetivo consiste en trabajar en el fortalecimiento de los sistemas de protección. Esto incluye promover el diálogo entre los gobiernos y los sistemas de protección internacionales, como así también acciones concretas vinculadas con debates sobre fortalecimiento de los sistemas, aplicación de nuevos protocolos, nuevos mecanismos, y discusiones incluso sobre cuestiones institucionales tales como los aportes presupuestarios y las designaciones de

candidatos a ocupar cargos. Es decir, todas aquellas cuestiones vinculadas con la relación de los gobiernos con los sistemas de protección.

II.2. Los orígenes de la solicitud y su proceso de elaboración

En el contexto del Seminario “Diálogo con los Sistemas Interamericano y Universal de Protección de Derechos Humanos desde la Iniciativa Niñ@Sur” realizado en el mes de julio de 2010 en la Cancillería Argentina, representantes gubernamentales y el IPPDH discutieron entre otras posibles iniciativas de coordinación en foros internacionales, la viabilidad de un pedido de opinión consultiva ante la Corte IDH sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, identificando este tema como de especial relevancia para toda la Región⁷.

En tal sentido, se requirió al IPPDH que realizara una presentación sobre los antecedentes que existen en el Sistema Interamericano sobre los derechos humanos de los migrantes y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como así también que avanzara, por un lado, en el desarrollo de los estándares de derechos que podrían conformar el contenido de la solicitud de opinión consultiva y, por el otro, en los aspectos vinculados con el procedimiento de presentación de opiniones consultivas, tales como la capacidad del MERCOSUR como bloque para presentar iniciativas semejantes y los antecedentes de otros casos de coordinación entre gobiernos en solicitudes similares. En el marco del seminario, por primera vez los representantes gubernamentales discutieron abiertamente estos temas.

Habiéndose hecho eco de la propuesta presentada en dicho seminario, la XVIII RAADDHH le otorgó al IPPDH el mandato para elaborar un texto de solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante⁸.

Por su parte, en la RAADDHH extraordinaria de Foz de Iguazú de diciembre de 2010, el IPPDH presentó una versión preliminar de la solicitud de opinión consultiva para su discusión por los gobiernos con miras a la próxima reunión. Allí también se presentó un documento donde se esbozaban las distintas modalidades, formatos y estrategias de presentación de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH que podían adoptar los países del bloque.

⁷ Véase *Diálogo entre la Iniciativa Niñ@Sur y los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Publicación de Iniciativa Niñ@Sur, 2011, pp. 94 a102.

⁸ Realizada en el mes de octubre de 2010 en la ciudad de Brasilia-DF, Brasil.

El texto final de la propuesta de solicitud de opinión consultiva elaborada por el IPPDH fue aprobada por la XIX RAADDH en el mes de abril de 2011 en la ciudad de Asunción, Paraguay.

Previamente a su aprobación, el proyecto de opinión consultiva fue discutido y consensuado en el seno de la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@ Sur por los representantes de los países miembros del MERCOSUR, y contó además en este ámbito con la adhesión de los representantes de los países asociados. Cabe destacar que el proyecto de opinión consultiva fue confeccionado luego de un intenso proceso de consulta y articulación de partes y posiciones de diversos actores llevado adelante por el IPPDH.

Para la elaboración del texto de la solicitud de opinión consultiva el IPPDH utilizó como base de la misma, en primer lugar, el “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular y algunas líneas de acción para su protección”⁹. En segundo lugar, documentos e información provista por expertos/as en temas de migración, protección de refugiados y niñez, tanto de organizaciones no gubernamentales como estatales e internacionales, quienes fueron consultados durante las distintas etapas de elaboración del documento. Estos expertos/as no sólo proveyeron de material actualizado, sino que además revisaron versiones preliminares de la solicitud y brindaron valiosos comentarios que fueron receptados en su texto, los cuales contribuyeron en transformar su contenido y su estructura. Asimismo, se realizaron varias reuniones con los funcionarios públicos de las áreas concernientes a los temas sobre los que trata la opinión consultiva solicitada (migraciones, refugiados, niñez, derechos humanos, relaciones exteriores) a los efectos de informarles del trabajo, conocer su parecer e involucrarlos en el mismo.

En este sentido es importante destacar que, en la formulación de la solicitud de opinión consultiva, los países firmantes adelantan su posición sobre algunos aspectos que consideran deberían incluirse en el análisis que vaya a realizar la Corte IDH y en ocasiones también enuncian posiciones acerca del alcance que debería darse a las normas de la Convención en los temas propuestos, de ma-

⁹ Centro de Derechos Humanos UNLa, UNICEF, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños, niñas y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*, diciembre de 2009. Véase en este mismo libro una versión reducida de este estudio que incorpora lo concerniente a la protección de niñas, niños y adolescentes refugiados a sus consideraciones, Alonso, E., Ceriani Cernadas, P. y Morlachetti, A., “Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe” [N. del Ed.].

nera tal que el documento presentado ante la Corte IDH expresa un consenso entre los Estados signatarios acerca de los puntos de vista que allí se expresan. La experiencia de articulación fue de una riqueza extraordinaria y se destacó por la excelente predisposición de todos los actores involucrados¹⁰.

Finalmente, una vez trabajado y consensuado el texto de la solicitud, el día 6 de julio de 2011 se presentó ante la Corte IDH firmada conjuntamente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, constituyéndose en la primera oportunidad en que los cuatro Estados con carácter de miembros plenos del MERCOSUR realizan una presentación de esta naturaleza en un foro internacional estableciendo una posición común en un tema de importancia central para la vigencia de los derechos humanos en el continente. Por lo demás, ésta era también primera ocasión en que la Corte Interamericana recibía una presentación conjunta que expresa la posición común de cuatro Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La elaboración de la opinión consultiva se inserta en un marco de diálogo de los gobiernos con el Sistema Universal y con el Sistema Interamericano, como así también en un contexto más amplio de trabajo y articulación regional entre los países signatarios. Esto resulta fundamental para la discusión y fortalecimiento de ambos sistemas y de las políticas públicas en derechos humanos de los gobiernos. Al respecto, la decisión de presentar mancomunadamente una solicitud de opinión consultiva ante el tribunal del Sistema Interamericano expresa una tendencia hacia la coordinación de posiciones entre los Estados sobre aquellos temas de alto interés público que presentan una incidencia fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región.

III. El contenido de la opinión consultiva

La idea de elaborar una solicitud de opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, solicitantes de asilo y refugiados surgió en virtud de la concreta existencia de una situación grave de afectación de los derechos humanos de este grupo que se desplaza por motivos económicos, sociales, culturales o políticos en el continente.

A modo de ejemplo, los números ilustran que en América Latina y el Caribe alrededor de 25 millones de personas habían migrado hacia países de

¹⁰ Para un detalle pormenorizado del proceso de elaboración y articulación de la solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante, véase su memoria en archivos del IPPDH, agosto 2011.

Norteamérica y Europa, mientras que otros seis millones lo habían hecho a otros países dentro de la región¹¹, mientras que a finales de 2010 aproximadamente 445.240 personas habían solicitado la condición de refugiado o habían sido reconocidas como tales en algún país de América Latina o el Caribe¹².

De ellas, una cantidad creciente, aunque todavía inestimable, son niños, niñas y adolescentes, algunos de los cuales migran junto a sus padres (o con uno de ellos) al tiempo que otros lo hacen, de manera creciente, en forma no acompañada o separada.¹³

No obstante, los niños, niñas y adolescentes afectados de una u otra forma por la migración internacional representan un número significativamente más alto, ya que no se contabilizan, por ejemplo, a muchos hijos e hijas de migrantes nacidos con posterioridad a la migración de sus padres, quienes por lo general adquieren la nacionalidad del país de destino en razón del principio *ius soli* que rige en casi toda la región, así como tampoco se incluye a muchos niños, niñas y adolescentes que permanecen en el país de origen cuando sus padres deciden migrar. La cantidad de niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular en la región es otro dato del que no se tiene certeza. De ahí que sea posible aseverar que las cifras cita-

¹¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago, 2006, p. 73. Cifras similares cita Naciones Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision*, United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008, 2009. Este organismo afirma que hay 26 millones de personas latinoamericanas que viven fuera de sus países de origen de las cuales 7.480.267 millones habitan en otros países latinoamericanos (migración sur-sur). Asimismo, los principales destinos de los inmigrantes en América Latina son Argentina (19%), Venezuela (13%), México (9,7%) y Brasil (9,19%), conforme <http://www.un.org/esa/population>. Cerca de la mitad de los emigrantes regionales salió de su país de origen en el decenio de 1990 para dirigirse, en especial, a los Estados Unidos, actualmente el mayor receptor de inmigrantes del mundo. Hacia el año 2004, la cuantía alcanzada por la población latinoamericana y caribeña en ese país se acercaba a los 18 millones de personas. En el 2008 dicho país albergaba poco más de 45 millones de latinoamericanos, conforme el US Census Bureau, 2006–2008, American Community Survey. Esto es indicativo de que Estados Unidos todavía es el destino de preferencia de la mayoría de los emigrantes de la región. México es el país que registra la mayor población residente en Estados Unidos (cerca de 30 millones en 2008), seguido por Puerto Rico (4 millones), Cuba (1.572.138), El Salvador (1.477.210), República Dominicana (1.249.471), Guatemala (915,743) y Colombia (822,036), información según el U.S. Census Bureau, 2006–2008 American Community Survey.

¹² ACNUR, *Tendencias Globales 2010*, 2011, p. 41, Tabla 1.

¹³ Según el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, los niños no acompañados son quienes se encuentran fuera de su país de origen y están “separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”; mientras que los niños separados serían los que están “separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes”, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párrs. 8 y 9.

das al comienzo respecto de la población migrante en general resultan acotadas respecto de la cantidad real de población infantil migrante¹⁴.

De acuerdo con la opinión de diversos organismos internacionales de derechos humanos, las personas migrantes y refugiadas, en particular las que se encuentran en una situación migratoria irregular, por un lado, y los niños, niñas y adolescentes, por el otro, son grupos sociales que se encuentran en una condición de vulnerabilidad¹⁵. Tal cuadro de vulnerabilidad se profundiza como resultado de la combinación entre edad y condición migratoria, demandando una protección específica y adecuada de sus derechos por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino) y de otros actores concernidos.

El tema objeto de la solicitud de opinión consultiva presentada ante la Corte IDH surge principalmente de los problemas que en la práctica se suscitan por la correspondiente falta de articulación entre varias leyes y políticas migratorias y de asilo con el sistema de protección de derechos de la niñez, lo cual limita la posibilidad de las instituciones públicas de definir de forma adecuada las medidas que tienen que adoptar cuando ingresa un niño, niña o adolescente al país ya sea de manera irregular o regular.

Dicha falta de articulación entre políticas migratorias y de asilo y políticas de protección de derechos de la infancia, genera problemas muy apremiantes que son tratados en los distintos apartados de la consulta donde los Estados signatarios de la misma enuncian sus posiciones acerca del alcance que consideran debe darse a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los temas propuestos.

¹⁴ Cabe aclarar que en este artículo la categoría “niñez migrante” se utiliza en un sentido general que comprende a los niños, niñas y adolescentes que migran por motivos diversos, sea por reagrupación familiar, búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, para escapar de la pobreza extrema, la degradación ambiental, la violencia u otras formas de abuso y persecución a las que se ven sometidos.

¹⁵ Sobre la vulnerabilidad de la situación de las personas migrantes véase la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, preámbulo y el Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/AC.46/1998/5 noviembre de 1998. La protección especial que necesitan los niños, niñas y adolescentes justificada en razón de su posición de desventaja o vulnerabilidad fue reconocida en el preámbulo de la Declaración de los derechos del Niño de la ONU de 1959, A.G. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354, 1959. Para una explicación del desarrollo de la idea de vulnerabilidad de los niños en la Corte Interamericana véase la presentación de Ibáñez Rivas, J. M., “El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes desde su jurisprudencia”, en *Diálogo entre la Iniciativa Niñ@Sur y los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Publicación de Iniciativa Niñ@Sur, 2011, pp. 94 a 102.

La primera cuestión que se pone a consideración de la Corte IDH, y que sirve como antesala y marco general para los restantes temas consultados, es la concerniente a los procedimientos y mecanismos institucionales para identificar las distintas situaciones de riesgo en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes y eventuales solicitantes de asilo para el ejercicio de derechos, así como para determinar sus necesidades de protección internacional. Es notoria la ausencia o, en los casos en que existen, la debilidad de muchos de estos procedimientos en los países de la región, lo cual impide en ciertas situaciones realizar una correcta identificación y determinación en los flujos migratorios mixtos de las diversas necesidades de protección internacional que pueden presentar los niños, niñas y adolescentes migrantes que han ingresado o procuran ingresar al territorio del Estado.

La identificación es en particular apremiante respecto de niños, niñas y adolescentes cuyo desplazamiento internacional puede responder a múltiples causas, tales como: ser víctima del delito de trata de personas y de severas formas de violencia en el país de origen, tránsito o destino; la reagrupación familiar; la búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales; escapar de la pobreza, la exclusión y la degradación ambiental; u otras formas de abuso y persecución que pudieran calificar en línea con los principios y criterios de los marcos normativos internos y del sistema de protección internacional.

La ausencia de un enfoque basado en la protección de los derechos de la niñez y de su vinculación con políticas migratorias y de asilo también puede observarse en la falta, en varios sistemas legales, de garantías básicas de debido proceso adecuadas a su edad que deben contemplarse en relación con las medidas aplicables a los niños, niñas y adolescentes en el marco de procedimientos migratorios y de asilo en los cuales puedan defender sus derechos (por ejemplo, proveyendo un tutor a niños, niñas y adolescentes no acompañados)¹⁶.

Sin desmedro de la abundante jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en la materia¹⁷, los países firmantes de la opinión consultiva estimaron

¹⁶ Para un estudio sobre las garantías en los procedimientos migratorios y de asilo que involucran a niñas, niños y adolescentes véase en este mismo libro Filardi, M. E., Dubinsky, K., y Mendos, L. R., "El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias" [N. del Ed.].

¹⁷ Una exhaustiva descripción de los estándares fijados por la Corte IDH en materia de niñez se encuentran en la presentación de Ibáñez Rivas, J. M., *op. cit.*, pp. 94 a 102. Sobre los estándares en materia migratoria véase entre otros, Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia del 2 de febrero de 2001; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein v. Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001; Corte IDH, *OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del*

importante que dicho tribunal especifique aún más sus estándares respecto de los niños, niñas y adolescentes migrantes consultando en la segunda pregunta de la solicitud específicamente sobre las garantías que debieran regir en los procesos migratorios que los involucran.

Más allá de que sea posible hablar de un principio de no criminalización de la migración irregular reconocido por nítidas posiciones de los Estados de la región, el cual se ve a su vez reforzado por los estándares fijados por la Corte IDH y por diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos sobre esta cuestión, todavía muchos sistemas legales permiten que los niños, niñas y adolescentes vean restringida su libertad personal por motivos migratorios, cualquiera sea la denominación que estas medidas reciban en los diferentes países, en algunas circunstancias sin resguardo de mínima razonabilidad, ni mediando la evaluación de medidas alternativas, ni aplicando las correspondientes garantías de debido proceso¹⁸.

Mientras que algunos países prevén la detención de migrantes (sin perjuicio de su edad) como sanción penal por infringir la legislación migratoria, en otros se dispone la detención administrativa como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios y de asilo, sin contemplar medidas que no impliquen restricciones a la libertad ambulatoria o detención. A su vez, en muchos casos esta detención de niños, niñas y adolescentes y adultos migrantes se impone (con base legal o de facto) en virtud de la condición migratoria de la persona, sin necesidad de alegar otros motivos o causas para justificar la medida.

En muchos casos, carencias importantes respecto de la autoridad competente (por ej. falta de intervención del poder judicial), la no estipulación de plazos de tales medidas y la ausencia de garantías elementales del debido proceso para dictar y ejecutar medidas de procedimiento respecto de los niños/

Niño; Corte IDH, OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados*; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia del 31 de agosto de 2010.

¹⁸ En la solicitud de opinión consultiva se adopta un entendimiento amplio sobre la acepción “detención”, asimilándola a la de privación de libertad conforme fuera definida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del año 2009, párr. 143. En igual sentido, véanse los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, 2008, como así también la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en la Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990. Finalmente, también cabe tener en cuenta el artículo 4.2 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

as, pueden implicar restricciones a la libertad y llegar a la detención de adultos y niños, niñas y adolescentes migrantes.

Además, la condición migratoria de los padres tiene un impacto directo sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esto se da por ejemplo, cuando son obligados a alojarse con sus padres en estaciones migratorias, o cuando sufren el alojamiento en instituciones migratorias cerradas como consecuencia de medidas cautelares aplicadas a sus padres en razón de su condición migratoria, o cuando deben acompañar a sus padres expulsados pese a ser nacionales de un país, o cuando sufren la expulsión de sus padres y la ruptura del vínculo familiar. Por ello, al analizar la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes es indispensable vincularla a los derechos de los adultos migrantes.

Es ante estas circunstancias cuando las necesidades particulares de protección de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes migrantes, en virtud de su situación de vulnerabilidad, se visibilizan con especial intensidad.

En un reciente pronunciamiento la Corte IDH ha afirmado el principio relativo a que no debe darse un tratamiento criminal a las situaciones de irregularidad migratoria y tampoco imponerse sanciones de privación de la libertad como consecuencia del incumplimiento de las normas migratorias. También ha restringido sustancialmente la posibilidad de aplicar medidas de privación de la libertad con fines cautelares en los procesos migratorios y ha definido con claridad una serie de garantías de debido proceso aplicables a estos procesos¹⁹. Sin embargo este caso trata sobre un migrante adulto, lo que hace necesario extender y precisar sus preceptos al caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes, cuestiones sobre las que se consulta a la Corte en las preguntas tercera a sexta.

El examen de la posibilidad de detención de migrantes como medida cautelar, debería realizarse bajo un criterio restrictivo y de último recurso y sólo para el caso excepcional de que no pudiera imponerse, o no haya resultado efectiva, ninguna de las medidas alternativas más flexibles, que de manera pre-

¹⁹ Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218. En este caso la Corte IDH afirma que “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”. Asimismo, destaca que los Estados tienen la obligación de disponer medidas alternativas a la privación de la libertad que cumplan con los requisitos descriptos, y que sean menos restrictivas de los derechos fundamentales de las personas migrantes, párrs. 170 y 171.

via y prioritaria deberían aplicarse. Este principio es importante para evitar el uso abusivo y/o arbitrario de las detenciones administrativas como un dispositivo de control o gestión de los flujos migratorios.

Los países signatarios de la opinión solicitada ponen el acento en que el deber prioritario de los Estados consiste en diseñar e implementar mecanismos de protección específicos para niños, niñas y adolescentes migrantes dirigidas a asegurar su protección de derechos sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad. Para ello, solicitan a la Corte IDH que especifique las obligaciones del Estado relativas a disponer de otras medidas alternativas a la restricción de la libertad, basadas en la familia y en la comunidad, que sean obligatorias y de previa implementación a cualquier medida de institucionalización para que tornen a la restricción de la libertad en un último recurso²⁰.

Otro tema objeto de consulta consiste en que en numerosas ocasiones, niños, niñas y adolescentes y adultos migrantes son alojados en centros carcelarios o comisarías policiales. Estas dependencias, por un lado, no han sido destinadas para albergar a personas acusadas de cometer infracciones migratorias y, por otro, no han sido adecuadas a los estándares de derechos humanos en materia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, en diversos países en los cuales existen centros especialmente creados (o acondicionados) para el alojamiento de migrantes, éstos presentan una lógica de funcionamiento que en poco, o nada, se distingue de un régimen penitenciario, lo que incide en la criminalización y estigmatización de la población migrante sin residencia, repercutiendo de manera negativa y perjudicial en la niñez.

El tema relativo a las características que debería tener la adecuación a la situación de los niños, niñas y adolescentes de las garantías procesales y sustantivas es otra de las consultas formuladas a la Corte IDH. La aplicación de dicho sistema de garantías relacionadas con restricciones a la libertad personal debe reunir elementos específicos y diferenciados cuando está en juego la libertad personal de niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, en la región también es notoria la ausencia de un enfoque basado en los derechos de los niños, niñas y adolescentes (ya sean migrantes e hijos de migrantes) en el marco de procedimientos de expulsión de migrantes como sanción a infracciones a la regulación de las condiciones de ingreso

²⁰ Ya en el caso Vélez Loor la Corte IDH para los migrantes adultos, afirmó que ante procesos migratorios, y a fin de evitar medidas que restrinjan la libertad personal, “es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas, Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 171.

y residencia a un país. El principio del interés superior del niño, entendido como la satisfacción integral de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, resulta medular en los procedimientos migratorios. Componentes claves del derecho internacional de los derechos humanos como el principio de no devolución, exigen la adopción de medidas específicas en el marco de los mencionados procesos, que incluyen una serie de estándares concretos dirigidos a asegurar los derechos de la niñez, velar por la protección de su vida e integridad física antes de adoptar la decisión de salida del país de destino.

La octava consulta que se refiere a la Corte guarda relación con la primera de ellas, y apunta a determinar las obligaciones que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre respecto de los procedimientos para identificar de manera oportuna a niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo o de la condición de refugiados, así como respecto de los procedimientos para resolver medidas adecuadas de protección antes y después de reconocida su condición de refugiado.

En el contexto actual donde se verifica el aumento de flujos migratorios mixtos, las decisiones que se adopten en el marco de los procedimientos sobre solicitudes de asilo deben partir también de un enfoque basado en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a la luz del principio del interés superior, por ejemplo al implementar las garantías procesales, o para decidir las políticas y acciones en materia de soluciones duraderas, entre otras situaciones.

Finalmente, el último punto puesto a consideración de los miembros de la Corte IDH se refiere a los mecanismos de expulsión de padres de niños, niñas y adolescentes residentes o nacionales de países de destino, los cuales también requieren de una profunda revisión desde un paradigma basado en el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que priorice entre otros, el derecho a la vida familiar y el derecho a un desarrollo integral.

IV. Relevancia de la solicitud para el bloque

Los derechos humanos hoy no sólo sirven como una herramienta de fiscalización y de protección en casos de violación a los derechos humanos, sino que también funcionan como un marco para las políticas públicas de los Estados. Esto se refleja en la postura que adoptan en la actualidad los Estados

frente a los sistemas internacionales de protección, quienes ya no están sólo a la defensiva, sino que hacen un uso más estratégico de las herramientas internacionales a los efectos de definir o adaptar políticas públicas. Dicho uso estratégico puede observarse en el proceso de elaboración de la solicitud de opinión consultiva.

Los países miembros del MERCOSUR pensaron en la intervención ante la Corte IDH por vía de su competencia consultiva a los efectos de profundizar y precisar los estándares y principios que han sido sentados en sus precedentes sobre niñez y sobre migraciones y asilo, con la idea de fijar tanto un piso común de estándares como un marco conceptual que sirva de referencia insoslayable para, por un lado, ajustar y revisar las leyes y las políticas públicas en esta materia y, por el otro, para los diálogos que los gobiernos de la región tengan a nivel regional y con otros bloques regionales.

En particular en materia de asilo y protección de refugiados, la solicitud podría contribuir a precisar ciertas obligaciones y estándares que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte han avanzado en casos de fondo o medidas de tipo cautelar, pero sobre los que todavía persisten ciertos vacíos respecto de su interpretación y aplicación²¹. Asimismo podría colaborar en la consolidación de los vínculos entre el marco internacional de protección de derechos humanos –particularmente respecto de niñas, niños y adolescentes– y el de protección de refugiados en lo que concierne a la región, complementariedad en la cual los países del MERCOSUR también han fijado precedentes relevantes que se esbozan en la solicitud.

Además, hay otros objetivos de carácter político que se alcanzan por medio de la iniciativa de consulta ante la Corte IDH que van más allá del tema concreto de la consulta y que se refieren al fortalecimiento del MERCOSUR como bloque. Por un lado, ésta sería la primera opinión consultiva presentada ante dicho tribunal por un bloque subregional lo cual contribuye a consolidar al MERCOSUR como un proceso de integración social y político, y no sólo económico y comercial. Asimismo, sirve como vector para afirmar los derechos humanos como un tema de identidad común del bloque. También, consolida la integración entre el MERCOSUR y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, finalmente, presenta al MERCOSUR como un ámbito de coordinación de políticas y posiciones comunes en el eje de derechos hu-

²¹ Véase en este mismo libro Unidad Legal Regional de la Oficina para América del ACNUR, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el desplazamiento forzoso” [N. del Ed.].

manos, migraciones, refugiados, derechos de los niños, niñas y adolescentes y política exterior.

Esta iniciativa de articulación regional de una política pública en el ámbito internacional sirve de antecedente para otras experiencias semejantes. Es por ello que es esperable que la misma pueda ser complementada con decisiones que apunten a fortalecer otras políticas regionales sobre derechos humanos en general y, en particular, respecto del desarrollo e implementación a nivel regional de iniciativas vinculadas al tema que suscitó en primer término el consenso del bloque MERCOSUR para la presentación de la solicitud de opinión consultiva: la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.

Tercera parte.
Contextos y experiencias nacionales
en materia de protección internacional
de refugiados

Acceso a derechos económicos, sociales y culturales de los refugiados y solicitantes de asilo en Argentina

Nicolás B. Figari Costa¹

I. Introducción. Contexto urbano de los refugiados y solicitantes de asilo en Argentina

Argentina acoge en la actualidad una gran cantidad de personas con necesidades de protección internacional: durante la última década el número de personas refugiadas y solicitantes de tal condición en el país ha sido de aproximadamente 4.000, provenientes a su vez de 65 países diferentes².

En noviembre de 2006, el Congreso Nacional sancionó la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165, que establece un nuevo marco normativo e institucional para la adopción de políticas públicas destinadas a la promoción y protección de los derechos de solicitantes de asilo y refugiados.

Teniendo en cuenta que la mayor parte de la población en Argentina se concentra en las principales ciudades, los refugiados no son la excepción y constituyen una población mayoritariamente urbana³. Tanto refugiados como peticionantes de la condición de refugiado residen principalmente en la Ciudad de Buenos Aires y, en menor medida, en las ciudades de Rosario, Mar del Plata, Córdoba y Mendoza, entre otras.

El contexto urbano de acogida para la población refugiada en Argentina no es diferente al de otras poblaciones. Para obtener acceso a sus derechos

¹ El autor agradece los aportes y la colaboración brindados por Diego R. Morales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina.

² Según estadísticas disponibles en [http://www.acnur.org/t3/index.php?id=166&tx_refugiadosamericas_pi1\[uid\]=ARG](http://www.acnur.org/t3/index.php?id=166&tx_refugiadosamericas_pi1[uid]=ARG)

³ “El porcentaje más alto de población de refugiados que viven en zonas urbanas en comparación con las rurales se encuentra en Europa y Latinoamérica”, ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo. Desplazamientos Humanos en el nuevo milenio*, Icaria Editorial, Barcelona, 2006, p. 50.

fundamentales los refugiados y los solicitantes de asilo urbanos deben indefectiblemente mantener vínculos con las instituciones, los mercados y con la población local y compartir los mismos servicios públicos que los ciudadanos, la misma infraestructura, y las dificultades propias de la competencia para el acceso al empleo y a una vivienda digna. Al igual que otras personas en condición de migrantes, los refugiados enfrentan diariamente numerosas inconvenientes en cuanto al pleno acceso a los derechos que tienen legalmente reconocidos. A pesar de la existencia de un conjunto de normas destinadas a garantizar su protección, suelen materializarse obstáculos en el goce efectivo y el disfrute de los derechos de los refugiados en prácticas habituales de funcionarios de la administración pública que son realizadas en forma arbitraria y discrecional. Por otro lado, existen otras dificultades para la integración local de los refugiados que se relacionan con la falta de políticas públicas que los tengan como destinatarios, y en ocasiones con la hostilidad o la indiferencia con la que la población de acogida los recibe.

La Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), creada por la Ley 26.165, vino a reemplazar al anterior Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE), creado por Decreto 484/1985. Desde la sanción de la nueva ley, la CONARE se constituye como un organismo interministerial⁴ que tiene por función asumir el rol estatal de promover la integración de los refugiados, a diferencia de lo que ocurría con la CEPARE, que se trataba de un organismo administrativo cuya sola función radicaba en decidir sobre quienes podían ser o no considerados como refugiados. Hasta el momento, desde que comenzó sus funciones en el 2009⁵, la CONARE ha realizado esfuerzos por intervenir de manera más directa en la implementación de políticas públicas para los refugiados, si bien la tarea hasta el momento ha sido lenta. A pesar de ello, participa de manera activa junto a los organismos internacionales y de la sociedad civil en la consolidación de un marco de integración para la población de interés.

⁴ Está integrada por los Ministerios de Interior; Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; Justicia y Derechos Humanos; Desarrollo Social; y del Instituto Nacional contra la Discriminación y la Xenofobia (INADI). Participa con voz y sin voto el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). A su vez, la Ley 26.165 establece que participará también un representante de la sociedad civil, si bien la convocatoria pública para su integración a la CONARE tuvo lugar recién a partir de 2011.

⁵ Si bien la Ley 26.165 estaba en vigencia desde comienzos de 2007, la CONARE se integró formalmente a partir de mayo de 2009 según la Resolución del Ministerio del Interior 390/2009, publicada en el Boletín Oficial el 13/05/2009.

Las agencias socias del ACNUR son las encargadas de implementar los programas de apoyo a refugiados y solicitantes de asilo para su integración en el medio local. En especial, la Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones (FCCAM), agencia socia del ACNUR desde hace más de treinta años –institución que depende de la Conferencia Episcopal Argentina– cuenta con un equipo interdisciplinario compuesto por un área de servicio social, un área legal, un área de salud mental y un área habitacional, cada una de las cuales brinda orientación, apoyo y asesoramiento a la mayoría de los refugiados y solicitantes de asilo del país. En el mismo sentido, otras instituciones socias de ACNUR, como la organización Migrantes y Refugiados en Argentina (MYRAR) –la cual brinda su apoyo para la búsqueda de empleo– y la Sociedad Hebrea de Ayuda al Inmigrante (HIAS) –que interviene en los casos de refugiados que han sido reasentados a la Argentina–, entre otras, son parte de la red de organizaciones que también prestan su apoyo a la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados. Son estas agencias, a pesar de sus limitaciones en recursos materiales y humanos, las encargadas de establecer un nexo entre los solicitantes de asilo y refugiados y los organismos estatales en procura del acceso a un conjunto de derechos de cuya coexistencia depende alcanzar una protección adecuada.

A lo largo de los acápites que siguen analizaremos la situación en Argentina de acceso a derechos económicos, sociales y culturales de personas con necesidades de protección internacional. Haremos foco principalmente en la población de solicitantes de asilo y refugiados de la Ciudad de Buenos Aires, por ser el distrito en donde se concentra el mayor número de personas en esa condición. Finalmente, cabe destacar que nos centraremos en analizar la situación de la población adulta en relación al acceso a derechos, pues consideramos que el abordaje de la situación de los niños y niñas no acompañados solicitantes de asilo y refugiados, requiere un enfoque particularmente riguroso que excede el espacio con el que contamos.

II. Acceso a la documentación

II.1. “La Precaria”: derechos que contempla y alcance real de los mismos

El Certificado de Residencia Precaria de Peticionante de Refugio (en adelante “la Precaria”) es un documento público emitido por la autoridad com-

petente en materia de refugiados en nuestro país, la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), que tiene por fin inmediato regularizar la situación migratoria de los peticionantes de la condición de refugiado mientras el mencionado organismo decide sobre el reconocimiento de la condición de refugiado de la persona que así lo solicita o a cuyo favor se solicita. Tiene un plazo de validez acotado (aproximadamente 90 días) que puede ser renovado periódicamente mientras dura el procedimiento de elegibilidad, y consigna los datos personales del peticionante de refugio, incluyendo información sobre documentos de identidad, si es que están en poder de la persona (pasaporte, cédula de identidad, etc.). Precisamente, se trata de un documento que por sí solo no acredita identidad. A su vez, contiene información respecto de los derechos que asisten a su portador, a saber, derecho de libre tránsito por todo el territorio nacional, derecho de elegir el lugar donde fijar su residencia, de estudiar, de acceder a los servicios de salud públicos y, en particular, autoriza a la persona a realizar tareas remuneradas y, por ende, a registrarse a través de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) con un número de CUIL provisorio⁶.

Ahora bien, ¿es posible para un solicitante de asilo el ejercicio de los derechos que la Precaria reconoce con su sola presentación?

El Decreto GCBA N° 1718/2007⁷ establece que los trámites administrativos en cualquiera de las dependencias del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden ser iniciados, impulsados y concluidos a través de la Precaria. Ello incluye la concesión de licencias de conducir transitorias y la posibilidad de la apertura de cajas de ahorro y “cuentas sueldo” en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires para aquellos extranjeros que posean además un número de CUIL. Sin embargo, si nos detenemos en los considerandos que motivan el acto administrativo, nos encontramos con que la norma está dirigida a facilitar la realización de dichos trámites a quienes se encuentran tramitando una residencia temporaria en la Dirección Nacional de Migraciones bajo el criterio de ciudadanos provenientes del MERCOSUR y Estados asociados, es decir, está contextualizada en el marco de ese proceso de integración regional. El decreto en ningún momento menciona a los solicitantes de asilo como destinatarios de la norma y, por ende, los peticionantes de la condición de refugiado que deseen realizar los trámites antes indicados muni-

⁶ Véase Disposición SURL 4/1993, publicada en el B.O. el 12/10/1993.

⁷ Publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires N° 2821 del 29/11/2007.

dos únicamente de la Precaria pueden encontrarse con diferentes obstáculos como, por ejemplo, cuando el empleado de la repartición correspondiente les solicite documentación que acredite su identidad.

En sentido formal, en la actualidad no caben dudas de que todos los habitantes del país, sean argentinos o extranjeros, tienen reconocidos los mismos derechos con arreglo a los principios de igualdad y no discriminación contenidos en un núcleo duro de normas de jerarquía constitucional. En particular los refugiados se encuentran también amparados por el principio de no devolución y, en especial, por el principio de trato más favorable, los cuales emanan de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante la C51) –de jerarquía superior a las leyes– y en el art. 2 de la Ley de Refugiados N° 26.165; a su vez, los peticionantes de la condición de refugiado se encuentran equiparados a los refugiados, hasta tanto recaiga resolución firme sobre su petición, desde el momento en que ingresan al territorio argentino y formalizan su solicitud de protección, dado que el reconocimiento del Estatuto de Refugiado tiene carácter declarativo (Ley 26.165, art. 3°).

La Ley de Refugiados de 2006, sienta las bases y principios en relación a la protección de las personas que ostenten la condición tanto de refugiados como de peticionantes de la condición de refugiado, con arreglo a la C51. Sin embargo, la Ley 26.165 no contiene pautas precisas respecto de las condiciones para el ejercicio de los derechos que aparecen allí garantizados.

De esta manera, aunque la Ley de Migraciones N° 25.871 reconozca una amplia titularidad de derechos a los poseedores de una residencia Precaria (art. 20), en sentido material no resulta sencillo para un peticionante de la condición de refugiado el acceso a derechos cuando sólo cuenta con dicha residencia Precaria como único documento.

II.2. La condición de refugiado y la categoría de residente temporario

La protección que otorga el Estado al refugiado, al ser reconocido como tal, es primeramente regularizar su situación migratoria concediéndole una residencia conforme lo fija la Ley de Migraciones N° 25.871, a través de la cual puede luego acceder al DNI. La documentación es indudablemente uno de los principales instrumentos a través de los cuales es posible el acceso a derechos y, en el caso de los refugiados, es la principal garantía del disfrute del asilo y por ende del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

El art. 23.k de la Ley de Migraciones establece que “aquellos que fueren reconocidos como refugiados o asilados se les concederá autorización para residir en el país por el término de dos (2) años, prorrogables cuantas veces la autoridad de aplicación en materia de asilo y refugio lo estime necesario, atendiendo a las circunstancias que determine la legislación vigente en la materia”. Ahora bien, resulta difícil comprender los motivos por los cuales se optó por el acceso a esta categoría migratoria en favor de los refugiados reconocidos y no por el acceso a la categoría de residentes permanentes. En primer lugar, es dable suponer que la protección internacional que otorga el Estado no debe extenderse en el tiempo en forma indefinida, dado que la situación por la cual la persona se vio forzada a abandonar su país de origen puede modificarse en el futuro, permitiendo que la persona retorne en forma ordenada en un contexto en el que vuelvan a reestablecerse los derechos que ha perdido. Sin embargo, no es posible tampoco establecer un plazo de tiempo para la residencia de una persona en razón de su condición de refugiado. La misma norma, como hemos visto, establece que los dos años de residencia son prorrogables cuantas veces la autoridad de aplicación –la CONARE– lo estime necesario. En este sentido, la ley 26.165 establece en su art. 25.a que la CONARE tiene la función de resolver sobre el reconocimiento y sobre la cesación de la condición de refugiado. Una de las causales de cesación⁸ de la condición de refugiado es la desaparición de las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocido como tal. Va de suyo que es la CONARE quien determinará si la persona debe continuar recibiendo la protección del Estado, aunque ello no se encuentre sujeto a un plazo cierto y determinado, sino a la variación en las circunstancias del país de origen o lugar de residencia habitual de la persona. Al analizar el régimen de categorías migratorias introducido por la Ley 25.871, Gabriel Chausovsky señaló que “Los asilados y refugiados (inciso k) habrán de permanecer en el país, su salida por cese de la condición de refugiado es ajeno a la autoridad migratoria, por lo que no se justifica en modo alguno el otorgamiento de residencia temporaria, sino permanente”⁹. En el mismo sentido, Eugenia Contarini nos aporta que “en los artículos 178 y 179 del Decreto 1.434/87, se establece que las personas admitidas en el país

⁸ Sobre las demás causales de cesación, véase Ley 26.165, art. 11.

⁹ Chausovsky, G., “Los términos y las categorías en la Ley de Migraciones 25.871”, ponencia en *Congreso Argentino de Estudios sobre Migraciones Internacionales y Políticas Migratorias y de Asilo*, Buenos Aires, 25 al 27 de Abril de 2006, p. 12.

como refugiados, tendrán el carácter de residentes *permanentes*, sin perjuicio de la aplicación de las causas de cesación que pudieren corresponderles. [...] En 1994 se mantiene esta misma regulación al reformarse el reglamento de migración por Decreto 1.023/94, aunque estableciendo en su artículo 172 que la residencia otorgada a los refugiados podría ser *permanente o temporaria*¹⁰. Como mencionamos, en 1994 aún no había sido sancionada la nueva Ley de Migraciones de 2003 ni la Ley de Refugiados de 2006. Esta última estableció las funciones del órgano de aplicación en materia de refugiados, razón por la cual carece de sentido, como bien lo señala Gabriel Chausovsky, que la autoridad migratoria le conceda la residencia temporaria a un refugiado, más allá de la posibilidad de su renovación continua, pues compete a la autoridad en materia de refugiados decidir sobre la permanencia de quienes gozan de esa condición. Esta afirmación guarda relación con el Decreto 616/2010 reglamentario de la Ley de Migraciones, el cual en su art. 62 establece: “En los casos de excepción autorizados por la Ley N° 26.165 y su reglamentación, la Dirección 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 Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) creada por el artículo 18 de la Ley N° 26.165, el cual tendrá efecto vinculante si se considerase que la expulsión resulta improcedente”.

El Decreto 616/2010 reglamentario de la Ley de Migraciones establece además que para acceder a la residencia permanente, los refugiados que no cuenten con cónyuge y/o hijos argentinos, podrán cambiar de categoría acreditando al menos dos años de residencia continua si provienen de países del MERCOSUR, o tres años en los demás casos. A pesar de ello, entendemos que quienes sean reconocidos como refugiados no deberían esperar plazos de dos o tres años, según corresponda, para acceder a la residencia permanente.

Si bien no existe diferencia alguna en cuanto al acceso a derechos entre una y otra categoría migratoria, en la práctica, y como veremos más adelante, la fijación de la categoría de residente temporario para los refugiados al momento de ser reconocidos como tales puede redundar en desmedro del acceso a derechos y del disfrute del asilo.

¹⁰ Contarini, E.: “El derecho internacional de los refugiados y su aplicación en la Argentina”, en Abramovich, V. E., Bovino, A., y Curtis, C., (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 398 y 399 [Destacado en el original].

III. Acceso al empleo

El Grupo de Expertos que elaboró el documento final de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) que tuvo lugar en la Ciudad de Guatemala en mayo de 1989 señaló la importancia del acceso al empleo de los refugiados como pilar fundamental de su integración local, entendida como una de las soluciones duraderas. El documento enfatiza además la necesidad de la equiparación de los derechos de los refugiados con los de los nacionales en cuanto a las posibilidades de empleo para asegurar que la inserción sea exitosa¹¹.

En Argentina, como hemos visto, a diferencia de lo que ocurre en otros países, los refugiados tienen legalmente reconocido el derecho a trabajar puesto que a través del Estatuto de Refugiado obtienen el acceso a una residencia temporaria y luego el DNI¹². Asimismo, los solicitantes del estatuto de refugiado también se encuentran autorizados a realizar tareas remuneradas a través del Certificado de Residencia Precaria¹³ que obtienen al momento de formalizar su petición (tanto en relación de dependencia como para trabajar por cuenta propia).

Sin embargo, aunque no existen impedimentos formales para que tanto refugiados como solicitantes de asilo puedan acceder al empleo, existen numerosas dificultades materiales que cotidianamente obstaculizan su ingreso al mercado laboral formal. Como consecuencia de ello, si bien no se dispone de estadísticas oficiales es posible afirmar que un gran número de refugiados y solicitantes de asilo residentes en Argentina se ven obligados a recurrir al empleo informal, lo cual les impide gozar de los beneficios de la seguridad social,

¹¹ *Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA). Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de Mayo de 1989, p. 23.

¹² El artículo 52 de la Ley 26.165 establece: "Los refugiados reconocidos por la Comisión tendrán derecho a la obtención de un documento de identidad que les permita ejercer plenamente sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales, como cualquier otro extranjero residente en nuestro país". Por su parte, el artículo 30 de la Ley 25.871 establece que: "Podrán obtener el Documento Nacional de Identidad, los extranjeros con residencia permanente o temporaria".

¹³ El artículo 51 de la Ley 26.165 dispone: "La autoridad receptora otorgará al solicitante y al grupo familiar que lo acompañe un documento provisorio que le permita permanecer legalmente en el territorio nacional y desempeñar tareas remuneradas y acceder a los servicios y beneficios básicos sociales, de salud y educación. Este documento será renovable hasta que recaiga resolución firme sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado".

o a emprendimientos por cuenta propia en los que suelen verse expuestos a toda clase de inconvenientes, entre ellos, conflictos con la policía como veremos más adelante. A través del presente acápite analizaremos los obstáculos y dificultades en el acceso al mercado laboral de refugiados y solicitantes de asilo, al tiempo de identificar buenas prácticas realizadas por distintos sectores de la sociedad de acogida al respecto.

III.1. Los solicitantes de asilo y el acceso al empleo

Durante los momentos inmediatos a su arribo al país los solicitantes de asilo se ven en la necesidad de procurarse un empleo o actividad que les permita generar algún ingreso para poder subsistir en un medio social y cultural que muchas veces les resulta completamente ajeno —en muchos casos desconocen el idioma— y en el cual carecen por completo de redes socio-parentales de apoyo y contención.

Como fue mencionado en el acápite anterior, los solicitantes de asilo se encuentran autorizados a realizar tareas remuneradas con el Certificado de Residencia Precaria. La Precaria es el documento con el que cuentan para la búsqueda de empleo mientras se resuelve su solicitud de asilo, un proceso que puede llevar varios meses, e incluso años. Sin embargo, la sola presentación de dicho documento público presenta algunos inconvenientes:

- i) es un documento que acredita mínimamente identidad (véase punto III.4.1) y, en muchos casos, los solicitantes de asilo no poseen pasaporte o cédula de identidad de su país de origen;
- ii) existe una noción generalizada —y errónea, según hemos visto— de que los extranjeros sin DNI no están autorizados para trabajar. Los empleadores solicitan el DNI para darle trabajo a un solicitante de asilo pues desconocen el significado del Certificado de Residencia Precaria, la autorización para trabajar que emana del mismo y los derechos laborales a los que pueden acceder¹⁴. En muchos casos los dadores de empleo, ante la duda, prefieren

¹⁴ ACNUR, FCCAM, *Informe del Diagnóstico Participativo Argentina 2010*, Buenos Aires, 2011, p. 9. El Diagnóstico Participativo es una herramienta que permite desarrollar el diálogo y promover la participación significativa de refugiados y solicitantes de asilo. El objetivo del Diagnóstico Participativo realizado por el ACNUR y la Fundación Comisión Católica de Migraciones (FCCAM) en 2010 fue recopilar información sobre los principales problemas que enfrentan actualmente los solicitantes de asilo y refugiados en Argentina, como también conocer sus opiniones, puntos de vistas y propuestas para la solución de los mismos. El autor desea agradecer al ACNUR la posibilidad brindada de hacer referencia a la información proveniente de dicho Diagnóstico Participativo para la elaboración de este artículo.

evitar incurrir en infracciones a la normativa migratoria y laboral si contratan a una persona en esa condición;

iii) la Precaria lleva la leyenda explícita “Certificado de Residencia Precaria de Peticionante de Refugio”. Los peticionantes de la condición de refugiado coinciden en señalar que la Precaria es un documento que dificulta, en vez de facilitar, la búsqueda de empleo, ya que resalta explícitamente su condición, establece una diferencia que el empleador desconoce y de la cual desconfía y conduce a estigmatizar a la persona. Esto se debe a la creencia o percepción de gran parte de la sociedad argentina que los considera personas que huyen de la justicia de sus países de origen en vez de víctimas de persecución¹⁵. Ello trae aparejada una actitud de rechazo por parte de los empleadores y otros sectores de la sociedad, en particular las fuerzas de seguridad¹⁶.

Todo lo hasta aquí señalado trae como consecuencia que los solicitantes de asilo frecuentemente cuenten con pocas opciones en el mercado laboral formal y deban recurrir a la venta ambulante o a trabajos informales y/o precarios, recayendo en la subocupación o directamente en la desocupación, en situaciones que en ocasiones se prolongan aún luego de obtenido el reconocimiento del estatuto de refugiado y el DNI.

III.2. Rol de las ONGS

El primer gran obstáculo en la búsqueda de empleo para toda persona con necesidades de protección internacional de reciente llegada al país es, en muchos casos, el hecho de no hablar el idioma español. En la sede de la FCCAM se dictan clases de español en forma gratuita para todos los solicitantes de asilo mediante el convenio que posee la institución con el laboratorio de idiomas de la UBA desde hace varios años. El programa de enseñanza del idioma español consta de tres niveles y la metodología empleada por los profesores le permite a una persona que desconoce por completo el idioma poder hablar y entender español básico en unos tres meses. Es precisamente durante esos primeros meses que a todo solicitante de asilo que no habla el idioma español se le dificulta el acceso a una fuente de ingresos.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 12 a 15 y 24.

¹⁶ Clínica Socio Jurídica CAREF-CELS-UBA, *Informe de evaluación del grado de implementación de la Ley 26.165 basado en los casos atendidos durante 2008, considerando los procedimientos administrativos en relación a las solicitudes de asilo, con especial énfasis en la población de origen africano*, Buenos Aires, p. 15.

En lo que respecta a la búsqueda de empleo, algunas ONGs canalizan las demandas de solicitantes de asilo y refugiados considerando que el Estado no dispone programas de promoción o generación de empleo que contemplen las características específicas de esta población.

Un ejemplo de ello es la organización Migrantes y Refugiados en Argentina (MYRAR), agencia socia del ACNUR en Argentina, cuyo trabajo consiste en brindar servicios a solicitantes de asilo y refugiados para facilitarles el acceso al empleo.

Entre las actividades que MYRAR realiza se encuentran la capacitación de solicitantes de asilo para la búsqueda laboral, la cual consiste en talleres en los cuales los solicitantes de asilo reciben asesoramiento y preparación respecto de cómo confeccionar un currículum vitae, cómo desempeñarse en una entrevista de trabajo, entre otros. Asimismo, MYRAR mantiene contactos con consultoras del sector privado que realizan búsquedas de perfiles para la colocación en empleos tales como operador de *call center*.

Por otro lado, MYRAR implementa un sistema de microcréditos que ofrece tanto a refugiados como a migrantes, los cuales posibilitan la generación de pequeños emprendimientos u oficios como pueden ser la elaboración de comidas y alimentos caseros, la reparación de artículos para el hogar o la compra de mercadería para la venta. Las ventajas que presenta este programa son, por un lado, la generación de una actividad rentada que tiende a la autosuficiencia del beneficiario y, por el otro, la existencia de un compromiso por parte del beneficiario de devolver el capital invertido para permitirle continuar la toma de crédito para inversiones futuras.

A su vez, MYRAR ha realizado esfuerzos para generar espacios de comercialización en distintos predios feriales de la Ciudad de Buenos Aires, como el Mercado del Progreso.

Este programa implementado por MYRAR se encuentra también con algunos desafíos. Por un lado, la atención de las personas requiere del manejo básico del idioma español, toda vez que éste constituye un requisito necesario para la búsqueda de empleo o la obtención de un microcrédito a través de MYRAR. Por otro lado, existen dificultades en el trabajo con la población de interés relativas, en algunos casos, al bajo nivel educativo de los postulantes y la falta de experiencia en el mercado laboral formal, entre otras.

En definitiva, a la par de los distintos programas e iniciativas lideradas por los sectores de la sociedad civil, sería necesario desarrollar políticas públicas integrales destinadas a la inserción laboral tanto de solicitantes de asilo como

de refugiados, de manera de facilitar uno de los principales aspectos de la compleja tarea de lograr la integración.

III.2.1. Capacitación laboral: convenios entre sindicatos y ONGs

La formación técnico-profesional es una de las medidas exigidas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) a los Estados en relación con el derecho a trabajar (art. 6.2). En este sentido, resulta de vital importancia el acceso a la capacitación laboral que genere condiciones más favorables para el acceso al empleo, de acuerdo con las exigencias propias del mercado laboral.

Desde hace años, una buena práctica que lleva a cabo la FCCAM es el vínculo con sindicatos que brindan formación en diversas temáticas, sean o no las específicas del rubro o rama. A través de los convenios con los sindicatos, la FCCAM deriva a los solicitantes de asilo y refugiados para el aprendizaje de diversos oficios y actividades que les permitan mejorar sus oportunidades para realizar actividades remuneradas. Entre las instituciones sindicales con las que la FCCAM posee convenios se encuentran el Sindicato de Empleados de Comercio (SEC), el Centro de Formación Profesional del Sindicato Único de Edificios de Renta y Horizontales (SUTERH), la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA), y el Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor (SMATA).

III.3. Rol del sector privado

El sector privado es también un socio potencial en la articulación de programas de inserción laboral para refugiados y solicitantes de asilo. De este modo, es posible estimular a las empresas a contratar personas de esa condición, promoviendo la información sobre sus derechos y el reconocimiento de sus capacidades. Un ejemplo de ello es el Memorando de Entendimiento firmado entre ACNUR y Fast Food Sudamericana SA, empresa matriz de una cadena internacional de comidas rápidas en Argentina, a través del cual se crearon oportunidades de “primer empleo” para personas refugiadas y solicitantes de asilo en el país, con un enfoque especial en jóvenes con escasa educación formal¹⁷.

¹⁷ ACNUR, *Dinero en el bolsillo. Refugiados en zonas urbanas, derecho al trabajo y actividades de promoción del ACNUR*, 2011, pp. 19 y 20.

III.4. Venta ambulante

Dadas las dificultades para conseguir un empleo formal, muchos solicitantes de asilo se ven en la necesidad de ejercer una actividad lucrativa por cuenta propia. La venta ambulante en la vía pública de bijouterie, baratijas, artesanías y artículos similares, es una actividad que suelen desempeñar tanto solicitantes de asilo como refugiados como único medio para ganarse la vida. Como es evidente, una actividad que es ejercida en el ámbito de la calle los coloca en una situación de vulnerabilidad por una suma de factores tales como ocasionales maltratos, hostigamiento y discriminación por parte de los transeúntes, la competencia por el espacio frente a otros vendedores ambulantes y las inclemencias climáticas, entre otros. En el caso de las mujeres solicitantes de asilo y refugiadas que se dedican a la venta ambulante, estas se encuentran expuestas a situaciones vinculadas con la violencia de género, ya que en reiteradas oportunidades deben enfrentar propuestas de prostitución, y han manifestado que sienten temor al tener que trabajar en la calle hasta la noche y regresar solas a su vivienda¹⁸. En el caso de los refugiados y solicitantes de asilo provenientes de países africanos, la venta ambulante de baratijas en la vía pública representa una de las pocas salidas para poder obtener un ingreso que les permita cubrir sus necesidades básicas. Sin embargo, esta opción –que se torna inevitable– es insegura y peligrosa ya que conlleva tener que soportar el acoso casi permanente de la policía que busca desalojarlos, decomisar su mercancía, y en muchos casos, extorsionarlos y hasta llevarlos detenidos¹⁹.

Particularmente en la Ciudad de Buenos Aires la venta ambulante de baratijas constituye una actividad que si bien no se encuentra sujeta a una regulación específica, tampoco se encuentra prohibida en el Código Contravencional, según lo estipula el artículo 83²⁰. En este sentido, en 2008 los fallos de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de

¹⁸ ACNUR-FCCAM, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁰ El mencionado artículo 83 establece: “No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria”.

Buenos Aires “Esquivel Pizarro”²¹ y “Mendoza Escobar”²², reafirmaron el alcance de dicha norma amparando el derecho de trabajar de los accionantes y ordenando a la Administración (en este caso el GCBA) que se abstuviera de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral de los accionantes en ambas causas, que era la venta ambulante de mera subsistencia de baratijas y artículos similares.

En este sentido nos referimos a continuación a un interesante precedente jurisprudencial que tuvo como actores a tres ciudadanos senegaleses solicitantes de asilo.

III.4.1. Persecución policial y venta ambulante. El caso “Bara, Sakho”

En los últimos años, han sido cuantiosas las denuncias de peticionantes de la condición de refugiado y refugiados de origen africano referidas al acoso policial que sufren por dedicarse a la venta ambulante, las cuales suelen ser canalizadas ante distintas ONGs que trabajan en la temática. Todas ellas refieren un accionar persecutorio, arbitrario e ilegal por parte de la policía en distintos barrios de la Ciudad de Buenos Aires, particularmente en las zonas de Once y Constitución, en procedimientos en los que se les labran actas de contravención por uso indebido del espacio público y/o falta de permisos o habilitaciones para ejercer su actividad.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el fallo “Bara Sakho” del Tribunal Superior de Justicia, puso de manifiesto las dificultades de integración local que sufren habitualmente solicitantes de asilo y refugiados, quienes a pe-

²¹ En el caso *Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*, Expte.: EXP 24309 / 0, sentencia del 3 de abril de 2008, el dictamen de la Fiscal de Cámara, cuyo criterio fue compartido por el Tribunal, argumentó en relación al mencionado artículo 83: “[...] en el debate parlamentario de esta última norma –de donde puede extraerse la intención que tuvieron los legisladores al sancionar la ley– se dejó asentado que “(t)uvimos la preocupación tanto en la parte general como en la especial de dejar a salvo todas aquellas formas de subsistencia o de mera subsistencia, y por si esto fuera poco plantearnos el principio de insignificancia como una garantía de que la función del Estado en relación con estas conductas iba a tener un límite infranqueable...” (8ª Sesión Esp., Cont., 23/9/2004, p. 118). Es decir que la venta de mera subsistencia fue expresamente tenida en mira por el legislador local, con independencia del carácter de baratija asignable o no a los objetos en venta.” Y, más adelante, refiere “[...] toda vez que no existe hasta el momento una regulación de origen legal para la venta de baratijas en la vía pública cuando, a su vez, esa actividad puede ser calificada como ‘de mera subsistencia’, es evidente que el derecho cuya tutela el amparista persigue –en el caso, el derecho a trabajar– no puede ser restringido por un acto de alcance particular”.

²² Cámara Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Bs. As., caso *Mendoza Escobar Alfonso c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*, Expte. 16362/0, sentencia del 4 de junio de 2008.

sar del marco jurídico, formal y jurisprudencial previamente descripto, chocan con las prácticas de diferentes ámbitos estatales²³.

En enero de 2009 un grupo de vendedores ambulantes senegaleses solicitantes de asilo y refugiados que trabajaban en el barrio de Constitución sufrían recurrentes problemas con la policía, cuyas prácticas consistían en el secuestro de su mercadería y en aprehenderlos por averiguación de identidad por no tener DNI, pues contaban únicamente con la Precaria.

Los actores presentaron un habeas corpus colectivo y preventivo, exigiendo que la Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad que convalidaba las incautaciones de mercadería y las detenciones, cesaran con las prácticas que amenazaban y lesionaban la libertad física y ambulatoria de este colectivo de personas cuyos derechos habían sido arbitrariamente menoscabados por actos y omisiones discriminatorias. Señalaron el marcado perfil racista de la persecución, al tiempo de puntualizar que la posición económica, la condición social de los actores y el hecho de no hablar el idioma español eran factores que también motivaban su hostigamiento²⁴. Ciertamente, la cuestión del idioma –las personas de origen senegalés en su mayoría solo hablan wolof– jugaba un rol central en la imposibilidad de los actores de comprender el por qué de las detenciones, la causa del decomiso de su mercadería y, en definitiva, representaba un obstáculo para poder ejercer mínimamente una defensa. Esta situación absurda, violatoria del debido proceso y del ejercicio del derecho de defensa volvería a repetirse durante el litigio.

A lo largo de las distintas instancias del pleito son claros los indicios de arbitrariedad e inconstitucionalidad manifiesta por parte de los tribunales de la CABA –como más adelante veremos–, que rechazaron *in limine* el planteo, tanto en Primera Instancia como en la Cámara. La actora presentó entonces un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia, el cual decide convocar a una audiencia pública para escuchar a los actores. Esa audiencia fue el primer momento en lo que iba del proceso en el cual los

²³ El caso fue presentado por el Colectivo para la Diversidad (COPADI).

²⁴ Mientras se debatía en los tribunales porteños acerca de la persecución ilegal y arbitraria ejercida por medio del labrado de contravenciones contra vendedores ambulantes senegaleses, las prácticas persecutorias de la Policía hacia el colectivo de personas fueron variando, y la operatoria del Ministerio Público Fiscal porteño consistió entonces en iniciar causas federales por violación a la Ley de Marcas en relación a la mercancía decomisada. Por esos días se registra además un hecho aberrante, en el que un policía vestido de civil le disparó a un vendedor ambulante senegalés frente a la Plaza Constitución. Véase la crónica del hecho en el diario *Página 12* del día 8 de julio de 2009, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-127906-2009-07-08.html>

actores pudieron contar con intérpretes para comunicarse con los tribunales porteños. Tras la audiencia, el Tribunal ordena volver las actuaciones a la Cámara para escuchar el planteo de los actores.

La Cámara, oído el planteo de los actores, resolvió que “la Precaria” es un documento que “acredita mínimamente la identidad” y que la policía no podía realizar detenciones por averiguación de identidad si presentaban dicho documento²⁵. Por otro lado, a pesar del aporte de los actores de pruebas testimoniales, de la presentación de estadísticas que emanaban del propio Ministerio Público Fiscal y de la exposición de estudios empíricos de diferentes actores sociales y ONGs, finalmente la Cámara decide no tener por acreditado un perjuicio cierto al colectivo, por lo que rechaza el habeas corpus preventivo y colectivo contra la Policía y el Ministerio Público Fiscal. Ante esta decisión, la parte actora presenta una nueva apelación por inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia.

En su decisión, el Tribunal Superior de Justicia reconoce que la acción interpuesta involucra una violación de los derechos humanos, razón por la cual, era el propio GCBA el encargado de controvertir la prueba aportada y lo alegado por los actores. Ello no solamente no ocurrió, sino que dejó en evidencia la ineficiencia probatoria del Estado, corroborando así las consideraciones de la actora y poniendo de manifiesto la arbitrariedad de los jueces en la etapa probatoria. Al respecto, el Tribunal expresó que “la carga de desvirtuar tales denuncias la tiene el Estado, ya que es el obligado a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en virtud de los compromisos internacionales asumidos en la materia y, paradójicamente, el presunto perpetrador a través de sus diversos órganos —entre los cuales se encuentran inclusive los Tribunales— de la violación de derechos denunciada”. Esta postura guarda estrecha relación con lo que afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez” de 1986, en cuya resolución, el considerando 135 es categórico en cuanto a la valoración y la carga de la prueba cuando se trae a debate la violación de los derechos humanos por parte de un Estado: “en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no

²⁵ En su comentario sobre esta decisión Chausovsky destacó que “la decisión judicial que se ha glosado constituye un antecedente de buen cuño a la hora de decidir acerca de la validez y extensión del certificado de residencia precaria, con una interpretación a favor del tenedor de la precaria. No obstante esto no parece suficiente en la medida que la comunidad en general desconoce la validez de este documento y se muestra reticente a aceptarla como documento. El camino es largo, pero lo glosado es una señal que se está caminando”. Véase Chausovsky, G., *La precaria*, disponible en <http://ningunserhumanoesilegal.blogspot.com>.

puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de agregar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado”; y, más adelante, el considerando 136 sienta el principio según el cual “es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”²⁶.

Entre las arbitrariedades a las que fueron sometidos los actores a lo largo del proceso, el Tribunal destacó además que la falta de intérpretes era violatoria del debido proceso y del derecho de defensa. En su voto, la jueza Alicia Ruiz dijo: “El problema del idioma, la falta de traductor, la desvalorización de la lengua de los denunciados queda evidenciada en todas las etapas procesales [...] La argumentación de la Cámara para la cual sólo es necesario algo de conocimiento para entender el procedimiento policial es una manifestación de prejuicios coloniales, según los cuales las lenguas de los estados colonialistas (y por extensión el idioma nacional de un Estado) son parte de la cultura universal –presuponiendo así la obligación de saberlas por parte de aquellos que son colonizados o en su defecto que conforman una minoría lingüística– mientras que las lenguas propias de las culturas que fueron sometidas al orden colonial o que se desconocen por variadas circunstancias son reducidas a un particularismo exótico, sin reconocimiento institucional. Esta concepción incide directamente en el reconocimiento y la protección de los derechos de ciertos individuos o grupos”. Cabe detenerse aquí en el hecho de que la misma jueza señaló la lengua como parte del acervo cultural de grupos e individuos que merece también una tutela efectiva²⁷.

A su vez, el Tribunal se refirió a la arbitrariedad con la que fue evaluada por el *a quo* la prueba presentada. Resaltó el hecho de que tanto la Cámara como la fiscalía desestimaron la idoneidad de los testigos oculares, de los expertos, y que realizaron una lectura parcial y selectiva de los informes presentados, antes de ocuparse de rebatir los extremos acreditados o de presentar medidas de mejor proveer para paliar las situaciones denunciadas por la parte actora. Sostuvo además que el carácter racial de la persecución no puede ser puesto en duda so pretexto del número de casos que se traen a la discusión: “afir-

²⁶ Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia sobre el fondo del 29 de julio de 1986.

²⁷ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 27 establece que: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

maciones tendientes a relativizar la denuncia a partir de la calificación de los casos como ‘pocos’ es una forma de invisibilizar las prácticas cotidianas que a nivel micropolítico –por usar la conocida expresión foucaultiana– sostienen la naturalización de las prácticas racistas. [...] El acta labrada contra el Sr. Bara por ‘cuatro cadenitas y una cadenita dorada’ es [...] ejemplo contundente de cómo funciona el hostigamiento a pequeña escala”.

Fundamentalmente, el Tribunal resuelve que la venta ambulante de mera subsistencia no constituye ni una contravención ni una falta y que por ello la policía no puede secuestrar mercadería ni aprehender a los vendedores ambulantes. Ordenó que, ante la duda sobre si se trata de un caso de venta de mera subsistencia o no, la Policía debe consultar con el fiscal, quien deberá controlar el operativo.

El segundo punto acertado de la resolución ordena a la Policía comunicar en qué consiste el operativo y la lectura de derechos a los presuntos contraventores en un idioma que puedan entender, para lo cual, deberán recurrir a carteles o grabaciones para darse a entender con los presuntos contraventores que no hablen español.

IV. Acceso a la vivienda o alojamiento

Recientemente en Argentina han ocurrido una serie de hechos y situaciones que ponen de manifiesto un problema estructural a nivel nacional no del todo novedoso: el acceso a una vivienda digna. A esta altura de nuestro análisis resulta evidente que los refugiados no son ajenos a esta situación. Vamos a referirnos en primer lugar al marco legal aplicable a los refugiados en relación con el acceso a la vivienda, para luego avanzar sobre lo que ocurre en la práctica.

El artículo 21 de la C51 –de jerarquía superior a las leyes, conforme el art. 75.22 de nuestra Constitución– establece: “En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros”.

Podemos distinguir entonces una serie de exigencias para el acceso de los refugiados a la vivienda que la cláusula señala:

- a) se refiere a “refugiados”, no obstante lo cual, como hemos señalado en acápite anteriores, los derechos de aquellos se encuentran equiparados a los derechos de los solicitantes de asilo hasta tanto recaiga una resolución, dado el carácter declarativo del Estatuto de Refugiado;
- b) la obligación para los Estados Contratantes rige respecto de refugiados “que se encuentren legalmente en sus territorios”, requisitos que como también hemos visto, cumplen tanto los refugiados que cuando son reconocidos acceden a una residencia temporaria y al DNI, como los solicitantes de asilo que reciben la Precaria al momento de formalizar su petición;
- c) finalmente, en materia de vivienda, los Estados Contratantes deben dar a los refugiados “el trato más favorable posible y en ningún caso el menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros”. Es posible concluir que el núcleo duro de normas de las que son destinatarios los migrantes en general en nuestro país, se rige por el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros. Por aplicación del principio *pro homine*, en caso de duda sobre la extensión de la interpretación de una norma, debe preferirse la más favorable a la persona humana;

Hasta aquí, todos los principios establecidos por la cláusula relativa al acceso a la vivienda de la Convención (carácter declarativo del Estatuto, principio de trato más favorable) se encuentran receptados por la legislación local en la materia, es decir, la Ley 26.165. Sin embargo, la Ley de Refugiados omite hacer mención específica del contenido de este derecho en relación a solicitantes de asilo y refugiados.

No obstante, el art. 42 de la Ley 26.165 establece que la CONARE “notificará a los organismos correspondientes a fin de que se provea al solicitante y su familia la asistencia humanitaria básica que requieran en virtud de su situación económica, en particular en lo que se refiere al alojamiento”. Nótese que el término utilizado es ‘alojamiento’ y que se vincula solamente con el solicitante de asilo. Es decir que, bajo la normativa local en materia de refugiados, el Estado debe brindar asistencia a los solicitantes de asilo únicamente para la búsqueda de alojamiento. Esto parece indicar que el Estado se compromete a atender las demandas de alojamiento en los momentos inmediatos de arribo al país de aquellas personas que solicitan asilo, mas no en dar una respuesta concreta para el acceso a la vivienda.

IV.1. Alojamiento

En virtud de la condición económica del solicitante de asilo al momento de su arribo al país –tomando las mismas palabras de la norma antes citada–, la búsqueda de un lugar donde vivir puede ser determinante para las condiciones de su integración a futuro. En esos primeros momentos el solicitante de asilo se encuentra en una situación especialmente vulnerable pues muy probablemente aún no tiene empleo, cuenta con poco o ningún dinero, se encuentra en un entorno nuevo que le es absolutamente extraño y, en muchos casos, no habla el idioma español (incluso se vuelve aún más compleja cuando se trata de una familia). En esas condiciones, deben encontrar alojamiento.

Muchos solicitantes de asilo procuran alojarse desde el principio en pensiones u hoteles familiares dentro del radio de las ciudades, compartiendo la habitación con otros para abaratar costos²⁸.

En la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, el costo de una habitación en una pensión u hotel familiar varía dependiendo de la zona en la que se ubique y de otras condiciones. Un estudio realizado en 2009 por la Oficina de Orientación al Habitante de la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre 127 hoteles de la ciudad en las zonas de Constitución, San Telmo, Monserrat, Balvanera y San Cristóbal reveló por un lado aspectos relativos a los diversos requisitos de admisibilidad que imponen los propietarios: “la no aceptación de niños, el pedido de un recibo de sueldo o teléfono laboral, la no aceptación de extranjeros, la exclusión de personas que reciben subsidios o amparos habitacionales o, directamente, tal como expresó un entrevistado ‘por portación de cara’. Esto último se transforma en una variable más a considerar a la hora de fijar una tarifa”²⁹. Algunos solicitantes de asilo y refugiados expresaron que, a la hora de buscar alojamiento, el hecho de ser extranjero no es por sí solo un factor excluyente, sino también el hecho de provenir de un determinado país: “El desconocimiento sobre la situación colombiana ayuda a instalar el prejuicio sobre el vínculo entre el narcotráfico, la guerrilla y los refugiados. Los participantes sostuvieron que han tenido que

²⁸ ACNUR, FCCAM, *op. cit.*, pp. 9, 12 y 24.

²⁹ Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General. Oficina de Orientación al Habitante, *Relevamiento de Hoteles de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, noviembre de 2009, p. 4. Disponible en http://www.defensoria.jusbaires.gob.ar/attachments/1801_Relevamiento%20hoteles%20Oficina%20de%20Orientaci%C3%B3n%20al%20Habitante.pdf.

mentir sobre su nacionalidad para no ser discriminados”³⁰. A su vez, el color de piel puede resultar un obstáculo: “Una de las mujeres entrevistadas destacó que la discriminación es otro factor para acceder a las ‘piezas’. En función de la cara o el color de piel puede ocurrir que le digan que no hay vacantes, aunque no sea cierto”³¹.

Por otro lado, este estudio observó que “gran parte de la oferta de hoteles presenta deficientes condiciones edilicias, hacinamiento, falta de mantenimiento eléctrico y sanitario; situaciones que profundizan y complejizan aún más la problemática habitacional”³².

Para intentar buscar una solución a las condiciones de alojamiento de solicitantes de asilo de reciente llegada al país, la CONARE suele articular la atención de los casos con el servicio social de la FCCAM, donde se realiza una evaluación de las personas y de las familias que recibe. Según corresponda, y de acuerdo con criterios de riesgo establecidos previamente en acuerdo con el ACNUR, la FCCAM puede otorgar una asistencia económica humanitaria en forma excepcional y limitada para la búsqueda de alojamiento. Por diversos motivos, incluyendo, la reducción de los fondos que recibe el ACNUR de donantes de todo el mundo, en años recientes la asistencia económica humanitaria que puede brindar la FCCAM se encuentra condicionada a personas y/o familias que se encuentran en situación de alto riesgo, como es el caso de niños y niñas no acompañados, mujeres embarazadas, personas de edad avanzada, entre otros. La FCCAM, a su vez, mantiene vínculos con la Dirección de Minorías y Garantías del GCBA para la búsqueda de soluciones a las dificultades que encuentran los refugiados residentes en la Ciudad de Bs. As. respecto de su situación habitacional.

El decreto 960/2008 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires establece un subsidio para personas solas o familias en situación de calle para “mitigar la situación de emergencia habitacional de los residentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”³³. Esta norma vino a sustituir el decreto 690/2006 para mantener el valor adquisitivo de los subsidios fijando nuevos valores para los mismos. Sin embargo, el nuevo decreto resultó en un incum-

³⁰ ACNUR, FCCAM, *op. cit.*, p. 13.

³¹ *Ibidem*, pp. 9. y 10

³² *Ibidem*.

³³ Véase Decreto 960/GCBA/2008, art. 1.

plimiento del principio de no regresividad³⁴, fijando como requisito para el acceso a un subsidio habitacional la condición de tener una antigüedad de dos años de residencia en la Ciudad, mientras que el anterior decreto 690/2006 fijaba un mínimo de antigüedad de un año para poder acceder al subsidio³⁵. Esta modificación deja afuera de la cobertura a solicitantes de asilo y refugiados en el período en que son particularmente más vulnerables, que es al inicio de su etapa de integración.

Es necesario señalar sobre este punto que, si bien los subsidios habitacionales no representan una solución de fondo, la imposición de un obstáculo que impide el acceso a personas con necesidades de protección internacional no hace más que acrecentar el problema. Así, las buenas prácticas que pueden resultar de la colaboración entre los gobiernos locales, la sociedad civil y los organismos internacionales se ven condicionadas por decisiones de difícil comprensión, más aún si consideramos que se trata del distrito de mayor riqueza del país y que su presupuesto en materia de vivienda suele subejecutarse.

IV.2. Vivienda

Las posibilidades del acceso de refugiados a una vivienda digna, ya sea a través del alquiler o de la adquisición de una vivienda propia, se encuentran íntimamente relacionadas con factores que no sólo tienen que ver con la falta de dinero, sino también con las dificultades en el acceso al crédito, y a las garantías inmobiliarias.

Por un lado, la falta de acceso a créditos bancarios suele relacionarse en ocasiones con la documentación personal presentada. De este modo, entre los requisitos establecidos, (además de los ingresos mínimos mensuales netos y de la antigüedad laboral, entre otros) las entidades bancarias fijan como condición para los extranjeros tener DNI con residencia permanente en Argentina, lo cual resulta paradójico si consideramos que las categorías migratorias de “residente temporario” o de “residente permanente”, establecidas en la Ley 25.871, crean un régimen diferenciado en cuanto a la duración de la perma-

³⁴ El principio de no regresividad, también llamado de progresividad, se encuentra explicitado en el art. 2 del PIDESC, y ha sido receptado por el art. 31 de la Constitución de la Ciudad de Bs.As. que reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, priorizando a las personas de escasos recursos y con necesidades especiales.

³⁵ Véase Decreto 690/GCBA/2006, art. 11.b.

nencia de una persona extranjera en el país pero no en cuanto a los derechos que se le reconocen.

En cuanto a la temática que aquí nos compete, resulta necesario volver a señalar que las personas a quienes se les reconoce el estatuto de refugiado acceden a la categoría de residentes temporarios, según el art. 23.k de la Ley de Migraciones motivo por el cual nos encontramos aquí con un obstáculo de tipo normativo que influye negativamente en las posibilidades de acceso a la vivienda por parte de los refugiados.

Del mismo modo, cuando se trata de la búsqueda de una vivienda a través de un alquiler, los refugiados encuentran similares dificultades en contratar con un particular dueño de un inmueble o una inmobiliaria. Entre otros aspectos, ya de por sí engorrosos, como el depósito y la garantía, aparece nuevamente el requisito fijado por los dueños de contar con un DNI con residencia permanente³⁶. Puede percibirse una situación de desamparo para refugiados y solicitantes de asilo que procuran alquilar una vivienda, tanto desde el aspecto normativo como desde el punto de vista material.

IV.2.1. Proyectos comunitarios de autoconstrucción de viviendas para refugiados

Con el objetivo de incorporar a familias refugiadas en Argentina en proyectos comunitarios de autoconstrucción de viviendas, hace algunos años se estableció un convenio entre ACNUR, FCCAM y la organización Madre Tierra. A través de dicho convenio, Madre Tierra facilita el acceso a tierras urbanizadas (un lote de terreno con servicios básicos) y acompaña a las familias en la construcción de las viviendas, de acuerdo con su propia reglamentación, en las zonas en las que la entidad posee terrenos, es decir, en el segundo y tercer cordón del Gran Buenos Aires. Para el acceso a este beneficio se establecieron como destinatarias familias nucleares con estatuto de refugiado reconocido, las cuales deben recurrir a la FCCAM para la evaluación de su caso. Los refugiados son derivados luego por la FCCAM a Madre Tierra, la cual ofrece oportunidades a las familias de refugiados de acuerdo con las posibilidades de cupo y lotes disponibles.

Si bien en la actualidad el proyecto se encuentra interrumpido ante la falta de recursos para su financiación, significó una interesante demostración

³⁶ Véase ACNUR, FCCAM, *op. cit.*, pp. 9, 13 y 16.

de una buena práctica en materia de acceso a la vivienda para refugiados. A pesar de las limitaciones presupuestarias, y de la espera que las familias debían sobrellevar para la selección, a través de dicho convenio más de dos decenas de familias pudieron acceder a una vivienda propia. Como toda buena práctica de probada eficacia debería tener su correlato y poder replicarse con un mayor apoyo de autoridades locales.

V. Acceso a la salud

El PIDESC en su art. 12 establece el derecho de toda persona de disfrutar del más alto nivel de salud física y mental, dado que el mismo guarda una relación directa y armónica con el derecho a la vida. A su vez, el mencionado artículo establece una serie de medidas para asegurar el pleno acceso al derecho a la salud entre las que se encuentra el acceso a la asistencia y a los servicios médicos en caso de enfermedad. La salud es un aspecto esencial de la protección de los refugiados pues se encuentra ligada a las aptitudes que tendrán para disfrutar del asilo a través de la solución duradera –integración local, repatriación o reasentamiento– que corresponda en cada caso. En otras palabras, es muy difícil de imaginar una solución duradera si no se tiene en cuenta la necesidad de mantener las capacidades que están vinculadas a la salud física y mental de los solicitantes de asilo y refugiados³⁷.

V.1. Salud física

Como hemos señalado en acápites anteriores, la Ley de Refugiados de 2006 garantiza el acceso a la salud pública a refugiados y solicitantes de asilo³⁸. Por su parte, la Ley de Migraciones de 2003 sentó el principio rector según el cual no puede negarse o restringirse el acceso a la salud a los extranjeros sin importar su situación migratoria³⁹.

En los momentos inmediatos del arribo al país de una persona con necesidades de protección internacional, resulta fundamental el acceso a un servi-

³⁷ Sepúlveda, M., *Cátedra Nansen: Los Derechos Económicos Sociales y Culturales de los Refugiados*, XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos ACNUR, San José, Costa Rica, 18 de agosto de 2004, p. 10.

³⁸ Véase la Ley 26.165, arts. 42 y 51.

³⁹ Véase la Ley 25.871, arts. 6 y, especialmente, 8.

cio médico adecuado que pueda disponer medidas iniciales de atención, en particular cuando se trata de personas que durante el ciclo de desplazamiento se vieron forzadas a trasladarse en condiciones precarias –como es el caso de personas que viajan como polizones en barcos–, personas afectadas por enfermedades crónicas –como la infección por VIH–, personas con alguna discapacidad y mujeres embarazadas, entre otros.

Las ONGs cumplen un rol de suma importancia en relación con el acceso de refugiados y solicitantes de asilo al sistema de salud público. En la Ciudad de Bs. As. la cobertura en materia de salud pública de sus habitantes está dado por el Plan Médicos de Cabecera del GCBA⁴⁰, con el cual desde hace varios años la FCCAM mantiene un convenio. A partir de su arribo a la Fundación, los solicitantes de asilo reciben información sobre el Plan y son derivados por el servicio social al hospital de la ciudad correspondiente al domicilio de cada persona, en donde les asignan un médico y un odontólogo de cabecera. Por otro lado, la FCCAM con el apoyo del ACNUR, brinda asistencia económica para la realización de estudios o la compra de medicamentos que no son cubiertos por el sistema de salud pública.

Aunque el sistema público de salud en la Ciudad de Buenos Aires sufre diversas carencias y limitaciones, los refugiados reconocen que son atendidos con amabilidad y resaltan la gratuidad de la atención médica⁴¹. Del mismo modo, refugiados con VIH han destacado que en cuanto a la entrega de medicamentos y controles periódicos, el sistema de salud público funciona de manera óptima⁴².

V.2. Salud mental

La condición de refugiado implica necesariamente haber atravesado situaciones traumáticas tales como haberse visto forzado a desplazarse del lugar de origen o residencia habitual a raíz de haber sido víctima de una persecución o haberse visto amenazado por conflictos de diversa índole. Ello se suma al desarraigo experimentado en un entorno cultural y social nuevo. Es inevitable que todos estos factores dolorosos tengan un impacto profundo en mayor o

⁴⁰ Decreto GCBA 456/1996, publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad de Bs. As. N° 90 del 10/12/1996.

⁴¹ ACNUR, FCCAM, *op. cit.*, p. 25.

⁴² *Ibidem*, p. 16.

menor medida en la persona, sus familiares, y sus relaciones interpersonales. En este sentido, el 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, elaborado por ACNUR, señala: “Es de recordar que la persona que solicita que se le reconozca la condición de refugiado suele estar en una situación especialmente vulnerable. Se encuentra en un medio extraño y puede tropezar con graves dificultades de orden técnico y psicológico”⁴³.

Al referirnos a la salud mental de los refugiados resulta necesario realizar una distinción entre la atención psicoterapéutica y la atención de patologías psiquiátricas.

La atención psicoterapéutica de refugiados y solicitantes es también canalizada, en muchos casos, a través de la FCCAM. La Fundación cuenta desde hace varios años con la colaboración del Centro Etnopsiquiátrico de Buenos Aires y del Área Programática del Hospital Ramos Mejía y, a partir del año 2008, la FCCAM creó el Área de Salud Mental que es coordinada por un profesional en la materia. En el ámbito de la FCCAM se realizan entrevistas individuales a refugiados y solicitantes de asilo a fin de detectar precozmente problemáticas relativas a la salud mental y así poder intervenir arbitrando los medios necesarios para su respuesta. El profesional en salud mental de la FCCAM no prescribe un tratamiento sino que procede a contactarse con equipos de salud mental de instituciones públicas, realizando un seguimiento de los casos junto con el servicio social, con los profesionales a cargo del tratamiento psicoterapéutico y psicofarmacoterapéutico de refugiados y solicitantes⁴⁴.

A partir de la experiencia en el contacto con la población de interés, tanto el ACNUR como la FCCAM han identificado que los refugiados que presentan patologías mentales constituyen un grupo de alto riesgo. En este sentido, el Diagnóstico Participativo reveló dificultades en la atención de este grupo relativas a la falta de programas específicos y en el acceso a un acompañamiento terapéutico gratuito, lo que resulta imperioso en el caso de refugiados que no cuentan con familiares o lazos sociales en el país. En el marco del Diagnóstico Participativo se realizaron entrevistas individuales a tres personas refugiadas que se encontraban internadas en el Hospital Borda y a los pro-

⁴³ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 1992, p. 51.

⁴⁴ Véase http://www.migracionesfccam.org.ar/r_refugiados.html.

fesionales tratantes. Los médicos tratantes manifestaron que “tener acceso a mayor información sobre la situación legal del paciente, sus derechos y sobre su país de origen permitiría llevar adelante tratamientos más adecuados para los refugiados y peticionantes de refugio con problemas de salud mental”. Por su parte, los refugiados entrevistados señalaron que ninguno de ellos conocía a su curador, que no podían egresar del hospital a pesar de contar con alta médica, dado que carecían de medios para conseguir un alojamiento. Es decir, permanecían internados por motivos sociales, no médicos. Señalaron además dificultades en la obtención del DNI⁴⁵. Esto pone de manifiesto otro aspecto central en lo relativo a las personas refugiadas con problemas de salud mental que es el acceso a la protección legal de sus derechos en lo que respecta a su privación de la libertad. Resulta oportuno referirnos aquí a los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de su Libertad en las Américas, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que este documento afirma que se entiende por personas que se encuentran privadas de su libertad “no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”⁴⁶. Asimismo, el documento señala Medidas especiales para personas con discapacidad mental, instando a los Estados a incorporarlas en su legislación nacional, entre ellas, la gradual desinstitucionalización y la organización de sistemas alternativos que eviten la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole.

En Argentina, la Ley 26.657 promulgada el 2 de diciembre de 2010, significó un cambio de paradigma respecto de la protección legal de las personas con padecimiento mental, e instituyó un modelo que recoge los principios y buenas prácticas que aquí hemos señalado. El componente his-

⁴⁵ ACNUR, FCCAM, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (OEA/Ser/L/V/II.131, doc. 26), documento aprobado por la Comisión en su 131º período de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

tórico, socio-económico y cultural que enmarca los principios relativos a la salud mental de la nueva ley, deberá abrir una ventana para visibilizar los aspectos a tener en cuenta para el abordaje de la temática en relación a la protección de los refugiados.

VI. Acceso a la educación

No nos extenderemos aquí en la ya vastísima bibliografía existente sobre la importancia del derecho a la educación en todos sus niveles, pero sí nos enfocaremos en señalar cuales son las dificultades que solicitantes de asilo y refugiados encuentran en su acceso, al tiempo de destacar la especial atención que merecen en cuanto al acceso a este derecho esencial.

En primer lugar, es posible identificar los siguientes problemas comunes a todas las personas con necesidades de protección internacional:

- i) suelen no contar con la documentación original que acredite el nivel de estudios alcanzado en su país, ni tampoco con la posibilidad de solicitarla a sus familiares o conocidos en el país de origen;
- ii) en el caso de contar con la documentación original, ésta suele no estar legalizada o apostillada, y en razón de su condición no pueden o no quieren tomar contacto con las autoridades de su país de origen.

En segundo lugar, cabe mencionar que la C51 consagra el derecho a la educación pública de refugiados y solicitantes de asilo en su art. 22, y por su parte la Ley 26.165 garantiza su acceso, desde el inicio, a través de la Precaria. En vistas a solucionar el grupo de problemas antes descripto, el derecho de acceso a la educación coexiste necesariamente con el principio de ayuda administrativa y el de trato más favorable, tanto en la normativa nacional como en la internacional. En la C51, el art. 25 brinda la definición de este principio, estableciendo que “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”.

Por su parte, la Ley 26.165 incorpora, como hemos señalado, el principio de trato más favorable y establece la ayuda administrativa en el art. 42 *in fine*: “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. A tales fines, la comisión se halla facultada a tomar las disposiciones necesarias que permitan estos instrumentos públicos, los cuales harán fe salvo prueba en contrario”. Pasaremos entonces a ocuparnos en particular del acceso a la educación elemental, para luego indagar respecto del acceso la educación universitaria y a la reválida de títulos para el ejercicio de profesiones liberales.

VI.1. Acceso a la educación elemental

Conforme el art. 22.1 de la C51, no existe margen de dudas respecto del tratamiento que el Estado debe dar a los refugiados en cuanto al acceso a la educación elemental el cual debe ser el mismo que el que brinda a los nacionales. Tal como lo observa Christian Courtis, la C51 establece para el derecho a la educación elemental un estándar más alto que en otros derechos reconocidos⁴⁷. La equiparación de nacionales y refugiados en cuanto al acceso a la educación elemental radica en la importancia no sólo del contenido, la extensión y los objetivos de asegurar el acceso igualitario a la educación –incorporados al art. 13 del PIDESC–, sino también en que implica en buena medida la factibilidad de la inserción local de solicitantes de asilo y refugiados, sobre todo en el caso de niños. Ese estándar más alto observado en materia de educación elemental encuentra su corolario en la normativa local, ya que la Ley 26.206, en su art. 16, fija la obligatoriedad escolar en todo el país desde la edad de 5 años y hasta la finalización de la escuela secundaria.

En este sentido, el Ministerio de Educación, a través de la Resolución 1551 del 7 de octubre de 2008⁴⁸, estableció un mecanismo para la realización de pruebas evaluativas en los establecimientos educativos de todo el país, destinadas a posibilitar la escolarización de estudiantes que hayan adquirido o hayan solicitado el estatuto de refugiado y que no cuenten con la documentación

⁴⁷ Courtis, C., “Recuerdos del futuro. Refugiados y Derechos Humanos a medio siglo de la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados” en Amin Ferraz, D. y Hauser, D. (Coordinadores), *El nuevo orden mundial y los conflictos armados*, Belo Horizonte, Mandamientos, 2002, p. 306.

⁴⁸ Publicada en el B.O. del 15 de octubre de 2008. Esta Resolución Ministerial es complementaria y modificatoria de la Resolución Ministerial N° 2575 de fecha 15 de diciembre de 1998.

escolar que acredite el nivel educativo alcanzado, o ésta no posea la legalización correspondiente. A través de las pruebas evaluativas el alumno puede incorporarse al grado o año correspondiente al nivel alcanzado en las mismas. La norma establece así un tratamiento preferencial para solicitantes de asilo y refugiados en los trámites administrativos tanto de ingreso como de egreso a los establecimientos educativos del país, y cumple de esta manera con los estándares fijados tanto por la C51, como por la Ley 26.165 en materia de educación elemental y del principio de ayuda administrativa.

En definitiva, respecto de la escolarización elemental que, como vimos, en nuestro país también comprende la escuela secundaria, actualmente no existen dificultades mayores para el ingreso o egreso de alumnos solicitantes de asilo y refugiados a las escuelas. Veremos a continuación que no ocurre lo mismo en cuanto al acceso a la educación universitaria.

VI.2. Acceso a la educación universitaria

En 2002 aparece un interesante precedente jurisprudencial en el cual se evidencia una práctica absurda en cuanto al ingreso al Ciclo Básico Común de la Universidad de Buenos Aires: la exigencia del DNI. Cuatro solicitantes de asilo de nacionalidad peruana intentaron inscribirse en el CBC con la Precaria y fueron rechazados, razón por la cual se interpuso un recurso de amparo⁴⁹. Si bien en aquél momento aún no se encontraban vigentes la Ley de Migraciones 25.871 y la Ley de Refugiados 26.165, el Ministerio de Educación había adoptado la Resolución 2575 en 1998 a través de la cual disponía, en su art. 1, “Establecer para los estudiantes extranjeros que han obtenido el Estatuto de Refugiado por parte de las autoridades nacionales, un tratamiento preferencial en los trámites administrativos de ingreso y egreso de los establecimientos educativos del país, de conformidad con lo establecido en el Capítulo V, art. 25°, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados”. Nótese que la norma sólo aludía a refugiados reconocidos, aunque el art. 2 de la misma contemplaba la posibilidad de la inscripción a través de la Precaria para quienes carecieran de un DNI, situación equiparable a la de los solicitantes de asilo. El

⁴⁹ Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, Secretaría N° 11, *Díaz Luján y otros c/ UBA s/ Amparo*, Expte. 184202/02. Citado en Rodríguez Miglio, E. y Toledo, L., “Jurisprudencia argentina en materia de derechos de migrantes” en Ceriani Cernadas, P. y Fava, R. (editores), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Serie Derechos Humanos, Ediciones de la UNLa, Lanús, 2009, p. 356.

amparo fue rechazado en primera instancia pero luego esta decisión fue revocada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal que ordenó, finalmente, la inscripción provisoria de los amparistas.

En 2008 se modifica la Resolución 2575/1998 mediante la antes mencionada Resolución 1551/2008, en cuyo art. 1 se establece ahora si “para los estudiantes extranjeros que han obtenido o solicitado el estatuto de refugiado por parte de las autoridades nacionales, un tratamiento preferencial en los trámites administrativos de ingreso y egreso de los establecimientos educativos del país”. No obstante, sólo es cuestión de ingresar en el sitio oficial en Internet para comprobar que las autoridades del Ciclo Básico Común de la UBA aún persisten en la práctica ilegítima de exigir el DNI⁵⁰. Según la Resolución (CS) 2864/04 de esa Universidad, los extranjeros pueden inscribirse presentando DNI o documento de identidad del país de origen, caso en el cual, para obtener el alta definitiva como alumno, los estudiantes extranjeros que no hubieren presentado Documento Nacional de Identidad al momento de su ingreso, deberán presentarlo en el Ciclo Básico Común antes de haberlo concluido o de transcurridos dos (2) cuatrimestres a partir del ciclo lectivo en el que ingresa. La norma contiene una excesiva discrecionalidad, dado que no queda claro si será posible para el alumno extranjero sin DNI finalizar el Ciclo Básico Común o si se le concederá el plazo de gracia de dos cuatrimestres, plazo que puede impedir a un solicitante de asilo continuar sus estudios universitarios, teniendo en cuenta que su solicitud de asilo puede demorar aún más.

Del mismo modo, son numerosas las dificultades que enfrentan los solicitantes de asilo y refugiados que desean continuar sus estudios universitarios iniciados en su país de origen, o completar los trámites de reconocimiento o validación de títulos obtenidos en el extranjero. El Diagnóstico Participativo elaborado hace hincapié en que los solicitantes de asilo y refugiados participantes expresaron que “los trámites son engorrosos, demoran tiempo, requieren dinero y, a pesar de contar en ocasiones con un título universitario, se les pide documentación legalizada –programas de materias, certificados analíticos, etc.– que se les dificulta obtener de sus países de origen”⁵¹. Esto tiene una incidencia directa en la integración local, dado que en muchos casos les

⁵⁰ Véase <http://www.uba.ar/internacionales/contenidos.php?id=55&cidp=37>.

⁵¹ ACNUR, FCCAM, *op. cit.*, p. 16.

dificulta ejercer su profesión liberal y poder así ganarse la vida⁵²: “Pensaba que iba a poder conseguir un trabajo y seguir estudiando. En mi país era enfermera. Acá tuve que dedicarme a vender bijouterie en la calle, tengo que trabajar demasiadas horas y no me queda nada de tiempo para estudiar”⁵³.

En definitiva, a pesar de las resoluciones mencionadas del Ministerio de Educación que otorgan trato más favorable y señalan la necesidad de brindar ayuda administrativa a solicitantes de asilo y refugiados para el acceso a la educación en todos los establecimientos del país, en la práctica las autoridades competentes en materia de educación de nivel superior son reacias a dar cumplimiento a una normativa que no brinda demasiadas precisiones en cuanto a la operatoria por la que deban validarse, reconocerse y/o legalizarse los certificados de estudios, diplomas y títulos en poder de refugiados y solicitantes de asilo sin la necesidad de recurrir a las autoridades de su país de origen, situación que sería violatoria del principio de confidencialidad. Si bien se espera aún que se reglamente la Ley 26.165 para fijar los procedimientos a seguir en relación a aspectos tales como el acceso a la educación de solicitantes de asilo y refugiados, es necesario mientras tanto continuar con la búsqueda de mecanismos que proporcionen un marco menos engorroso para la conclusión de estos trámites.

VII. Conclusiones

Lo expuesto hasta aquí da cuenta de una situación en la cual existen numerosas brechas en la protección de solicitantes de asilo y refugiados para lograr alcanzar una integración que refleje la coexistencia armónica y dinámica de los derechos económicos, sociales y culturales de los que son destinatarios y que les permita el disfrute efectivo del asilo. Si bien el marco normativo que estableció la Ley 26.165 de 2006 plantea un punto de partida positivo, debe aún complementarse con el diseño de políticas públicas dinámicas que aprovechen las capacidades demostradas por la sociedad civil a lo largo de los años de experiencia en la atención de solicitantes de asilo y refugiados, y refuercen la capacidad de respuesta de los organismos de la administración tanto en el ámbito local como nacional.

⁵² La C51 en su art. 19, establece que se brindará el tratamiento más favorable posible a los refugiados que deseen ejercer una profesión liberal cuando estos cuenten con diplomas y títulos reconocidos por autoridades competentes.

⁵³ *Ibidem*, pag. 9.

En este sentido, debe recordarse el rol fundamental que cumple el Estado al obligarse a garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo de una vida digna en favor de personas que ya han sufrido graves violaciones a los estándares de vida mínimos. La ley de refugiados aún no ha sido reglamentada y, si bien ello no debería indisponer al aparato estatal para tomar medidas concretas relacionadas al acceso al empleo, la vivienda, la salud y la educación, entre otros derechos de los que son destinatarios las personas con necesidades de protección internacional, generaría sin dudas un marco más efectivo de referencia normativa.

Asimismo, aún existe una asignatura pendiente en materia de difusión y sensibilización destinada a la población local respecto de la temática. Resulta, del mismo modo, cada vez más necesaria la creación de ámbitos de participación en que los refugiados puedan expresarse y contribuir a la búsqueda de soluciones duraderas. La comunidad local, en todos sus ámbitos, sólo demostrará iniciativa e interés en acoger a las personas de esta condición en la medida en que el Estado, el sector privado, los actores de la sociedad civil y las organizaciones internacionales demuestren una actitud conjunta y continua en el ejercicio activo de la solidaridad humanitaria internacional.

Bibliografía

- Chausovsky, Gabriel, “Los términos y las categorías en la Ley de Migraciones 25.871”, ponencia presentada al *Congreso Argentino de Estudios sobre Migraciones Internacionales y Políticas Migratorias y de Asilo*, Buenos Aires, 25 al 27 de Abril de 2006.
- Clínica Socio Jurídica CAREF-CELS-UBA, *Informe de evaluación del grado de implementación de la Ley 26.165 basado en los casos atendidos durante 2008, considerando los procedimientos administrativos en relación a las solicitudes de asilo, con especial énfasis en la población de origen africano*, Buenos Aires, 2008.
- Contarini, Eugenia, “El derecho internacional de los refugiados y su aplicación en la Argentina”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- Courtis, Christian: “Recuerdos del futuro. Refugiados y Derechos Humanos a medio siglo de la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados”, en Amin Ferraz, Daniel y Hauser, Denise (coordinadores), *El nuevo orden mundial y los conflictos armados*, Mandamientos, Belo Horizonte, 2002.

- Rodríguez Miglio, Ezequiel y Toledo, Leonel, “Jurisprudencia argentina en materia de derechos de migrantes” en Ceriani Cernadas, Pablo y Fava, Ricardo (editores), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Serie Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús, Lanús, 2009.
- Sepúlveda, Magdalena, *Cátedra Nansen: Los Derechos Económicos Sociales y Culturales de los Refugiados*, XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos ACNUR, San José, Costa Rica, 18 de agosto de 2004.

El caso de los haitianos en Brasil y la vía de la protección humanitaria complementaria

Gabriel Gualano de Godoy

I. Introducción

El impacto del terremoto que en enero de 2010 asoló a Haití tuvo proporciones calamitosas, afectando aún más al país que ya pasaba por una profunda crisis económica y social.

En 2009, se estimaba que alrededor del 55% de los haitianos vivía con menos de 1,25 dólares al día, alrededor del 58% de la población no tenía acceso a agua potable y en el 40% de los hogares faltaba alimentación adecuada. Más de medio millón de niños entre las edades de 6 y 12 años no asistían a la escuela y el 38% de la población de más de 15 años era completamente analfabeta. Alrededor de 173 mil niños habían sido sometidos a la explotación como trabajadores domésticos y por lo menos 2.000 eran traficados anualmente a través de la República Dominicana o con destino final en ese país¹.

Después del 12 de enero de 2010 el fuerte terremoto que sacudió directamente a la capital Puerto Príncipe así como a las ciudades de Leogane y Jacmel dejó un rastro de devastación: 222.570 hombres, mujeres y niños murieron, alrededor de 300.572 fueron heridos y se estima que 3.5 millones de personas en total fueron afectadas de alguna manera por ese acontecimiento.

De acuerdo con un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) elaborado ocho meses después de la catástrofe, todavía existían alrededor de 1.3 millones de personas desplazadas internamente viviendo en condiciones precarias en los 1.354 campamentos y asentamientos en la capital y su entorno. Alrededor del 60% de la infraestructura gubernamental, administrativa y económica fue destruida. Más de 180.000 casas se derrumbaron o fueron dañadas y 105.000 quedaron completamente destruidas. Alrededor del 23% de todas las escuelas de Haití fueron afectadas por el

¹ ACNUR, *Haití: Eight Months After the Earthquake*, October 2010, p. 1. Información actual sobre la situación en Haití disponible en <http://reliefweb.int/taxonomy/term/5727>.

terremoto. El 80% de las escuelas de Puerto Príncipe y el 60% de las escuelas en los estados Sur y Oeste fueron destruidas o damnificadas.

El informe de 2011 de la ONG *Human Rights Watch* confirma la estimación de que más de 3 millones de personas fueron afectadas por el terremoto. De esas personas, por lo menos 1.600.000 fueron desalojadas² y aproximadamente 680.000 personas continúan desplazadas internamente en Puerto Príncipe o en las demás áreas afectadas por el terremoto. De ese total, 166.000 personas corren riesgo de ser desalojadas³ y otros miles de familias viven en asentamientos no planificados sin tener acceso a los servicios más básicos.

Sin embargo, el impacto del terremoto generó efectos más allá de estos lugares directamente afectados: se estima que por lo menos 661 mil haitianos abandonaron las ciudades afectadas para buscar abrigo en otras partes del país, incluyendo más de 160.000 que se mudaron a la región fronteriza con la República Dominicana y que en su gran mayoría fueron albergados en casas de familias, tanto en áreas urbanas, como rurales.

La República Dominicana fue el país indirectamente más afectado por el desastre ya que algunos días después del terremoto miles de haitianos heridos habían llegado al país con sus familias buscando atención médica urgente⁴.

El Servicio Jesuita a Refugiados para Latinoamérica y el Caribe ha llamado la atención también sobre el impacto regional del desplazamiento de los haitianos hacia América Latina⁵, principalmente en Guyana Francesa, Venezuela, Ecuador, Colombia, Perú, Bolivia, Chile, Argentina y Brasil.

En este contexto, Brasil también ha recibido desde entonces personas de nacionalidad haitiana huyendo de su país como consecuencia de los efectos de aquel desastre natural, lo que presenta grandes retos para la protección de esta población.

² Human Rights Watch, *World Report 2011 on Haiti*, 2011, disponible en <http://www.hrw.org/world-report-2011/haiti>.

³ Véase, por ejemplo, el reportaje del 8 de agosto de 2011 de la red Al Jazeera denominado *Haiti's homeless displaced again: many earthquake victims have been evicted by landowners trying to assert control of private land*, disponible en <http://english.aljazeera.net/news/americas/2011/08/20118834613681792.html>.

⁴ Se estima que alrededor de 4.000 víctimas heridas salieron de Haití acompañadas por familiares y amigos en dirección a la República Dominicana, totalizando alrededor de 20.000 personas. Human Rights Watch, *World Report 2011 on Haiti*, *op. cit.*

⁵ Véase Servicio Jesuita a Refugiados para América Latina y el Caribe, *Los flujos haitianos hacia América Latina: Situación actual y propuestas*, 26 de mayo de 2011, p. 2, disponible en http://www.entreculturas.org/files/documentos/estudios_e_informes/Flujos%20haitianos%20haciaAL.pdf.

De acuerdo con datos del Comité Nacional para Refugiados (CONARE), 2541 haitianos ingresaron a Brasil y solicitaron la condición de refugiado desde el terremoto de enero de 2010 hasta octubre de 2011, siendo la mayoría de ellos hombres menores de treinta años.

Según la información proporcionada por la propia población haitiana entrevistada en los estados de Amazonas y Acre, los principales puntos de entrada de los haitianos fueron las ciudades de Tabatinga y Manaus en el estado de Amazonas, y Brasiléia y Epiaciolândia en el estado de Acre. En general el trayecto de los desplazados comenzaba en Haití, pasando por la República Dominicana para desde allí dirigirse a Panamá, después a Ecuador y a continuación al Perú hasta llegar al Brasil. Otra ruta identificada continuaba desde Ecuador hasta Colombia para llegar finalmente a Brasil.

La recepción y acogida de estos haitianos fue inicialmente realizada por la sociedad civil, destacándose el trabajo de las pastorales sociales que integran la red solidaria para migrantes y refugiados⁶.

Distintos agentes públicos tenían dudas sobre el status migratorio aplicable a esta situación⁷. En febrero de 2011 grupos de trabajo del Gobierno visitaron las principales ciudades de acogida de la región norte para coordinar acciones de registro de esas personas, derivar los pedidos de la condición de refugiado y realizar exámenes médicos iniciales.

En síntesis, la importancia y la gran cantidad de desafíos generados por el desplazamiento de ciudadanos haitianos a los países de Latinoamérica y el Caribe amerita un estudio específico de esta situación, de los contextos y las diferentes respuestas adoptadas a nivel nacional.

Analizar en profundidad este fenómeno no sólo puede resultar de utilidad frente a la situación concreta del desplazamiento reciente de haitianos a la región, sino también para contribuir con el estudio de los desplazamientos a causa de desastres naturales que se presenta como un gran desafío a nivel americano pero también a nivel universal.

⁶ La Red Solidaria para Migrantes y Refugiados incluye a alrededor de 50 organizaciones diseminadas por todo Brasil. Para mayor información véase <http://www.migrante.org.br/IMDH/default.aspx>.

⁷ Este fue el tema de la audiencia pública organizada por el Ministerio Público Federal de Acre, el 4 y el 5 de mayo de 2011. Para mayor información véase http://www.prr4.mpf.gov.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=254:audiencia-publica-discutira-situacao-juridica-de-haitianos-em-solo-brasileiro&catid=10:noticias&Itemid=58.

Con este objetivo, en este artículo se aborda la experiencia y la respuesta elaborada hasta el momento por Brasil frente a la recepción de miles de haitianos y haitianas.

Para ello a continuación se analizan cuáles son las obligaciones del Estado brasileño respecto de la protección a los haitianos que llegan al país conforme el marco jurídico nacional e internacional del que es parte, así como se exploran los fundamentos, criterios y consecuencias de la extensión de estatuto de protección humanitaria complementaria.

II. El enfoque de derechos humanos

El análisis sobre la pertinencia de una respuesta de protección a la llegada de haitianos a Brasil debe tomar como punto de partida un enfoque de derechos humanos basado en las herramientas que el marco jurídico internacional y nacional en la materia suministra.

Tanto el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸ como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹ hacen mención a la libertad de circulación y al derecho de salir del país de origen. Esta formulación encuentra respaldo también en el ámbito regional en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos (SIDH), que contiene una cláusula específica sobre la prohibición de expulsión colectiva.

El artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), relativo a la libertad de circulación, recoge el principio de no-devolución o *non-refoulement*¹⁰ y subraya que está prohibida la práctica de expulsiones colectivas de extranjeros en su inciso 9.

⁸ El art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.

⁹ El art. 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

¹⁰ El art. 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

La obligación general de no-devolución se expresa en una serie de otros instrumentos internacionales, tales como la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 33, en adelante “La Convención de 1951”), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 3), e incluso el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7).

Además de establecer en términos generales un límite para la acción del Estado, ese principio sirve en particular como guía para orientar a Brasil¹¹ sobre lo que no debería hacerse con los más de 2 mil haitianos que ya llegaron al país.

Esa línea de razonamiento es coherente con la posición doctrinaria de Jane McAdam quien afirma que, aunque no exista un consenso sobre el concepto del término “protección” a la luz del derecho internacional, la regla de *non-refoulement*, común a diferentes tratados de derechos humanos, puede ser interpretada de manera más amplia¹².

Para McAdam, por ende, derivado de las obligaciones estatales de *non-refoulement* el concepto de “protección complementaria” existe justamente para conferir la protección humanitaria a las personas que no son consideradas refugiadas *stricto sensu* de acuerdo con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados¹³.

En consecuencia, es posible pensar que, en circunstancias excepcionales, el retorno a los países de origen de ciudadanos que huyeron de catástrofes naturales llegue a un nivel de gravedad equiparable al tratamiento inhumano creándose las condiciones para que la protección amplia de *non-refoulement* basada en los instrumentos de los derechos humanos sea aplicable¹⁴.

El enfoque de derechos humanos sugiere que los Estados cuenten con mecanismos sensibles de identificación de los diferentes perfiles de personas,

¹¹ El Estado brasileño forma parte del Sistema Interamericano y ratificó la CADH el 25 de septiembre de 1992.

¹² Mc Adam, J., *Complementary protection in international refugee law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 22.

¹³ En este sentido, a pesar de que los Estados sean soberanos para definir su política migratoria es necesario que el derecho internacional de los derechos humanos funcione como parámetro para indicar los límites de la razón de Estado. Además, cabe subrayar que los Estados tienen la responsabilidad principal de proteger a las personas que están bajo su jurisdicción independientemente del status migratorio que posean.

¹⁴ A la par de los descriptos hasta aquí, varios Estados signatarios de la Convención de 1951 adoptaron medidas de protección complementaria por medio de mecanismos constitucionales que van más allá de las garantías de tratados de derechos humanos. En este sentido véase Akram, S. M. and Rempel, T., “Temporary Protection for Palestinian Refugees: a Proposal” en *De Paul Law Review* no. 110, Chicago, 2004.

sus necesidades y las consecuentes respuestas distintas para cada contexto. Esto es particularmente relevante al buscar fortalecer la capacidad de protección en situaciones de flujos migratorios mixtos, en que migrantes, refugiados, víctimas de desastres naturales, víctimas de trata y tráfico de personas, niños no acompañados e incluso redes criminales muchas veces utilizan las mismas rutas de acceso a un país. Se trata de ver el escenario más allá del sesgo de seguridad nacional o de criminalización de la migración irregular, encarando como incumbencia primordial del Estado su responsabilidad de protección de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, estén documentadas o no¹⁵.

Preocupados por la situación de Haití, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, António Guterres, y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para Derechos Humanos (ACNUDH), Navanethem Pillay, hicieron un comunicado solicitando a los países que no retornasen haitianos contra su voluntad:

A pesar de las recientes elecciones y de las perspectivas positivas que indican la recuperación del país, el Estado haitiano continúa debilitado por el terremoto y todavía no se puede asegurar que las personas vulnerables o con deficiencia, las personas con problemas de salud o víctimas de abusos sexuales, recibirán la asistencia apropiada, en caso de retornar a Haití. En este contexto, los Gobiernos deberían abstenerse de llevar adelante retornos a Haití¹⁶.

En el ámbito regional, una contribución muy relevante para la perspectiva de protección puede ser encontrada en la Opinión Consultiva n° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados¹⁷. El dictamen fue solicitado por el Estado de México en función de la preocupación creciente de este país frente a las violaciones de derechos humanos cometidas contra migrantes, especialmente contra los trabajadores migrantes indocumentados. Se trataba, por lo tanto, de cuestionar la práctica de la subordinación de los derechos laborales al estatus jurídico migratorio del trabajador.

¹⁵ En ese sentido véase Murillo, J. C., “A Proteção internacional dos refugiados na América Latina e o tratamento dos fluxos migratórios mistos” en *Refúgio, migrações e cidadania*, Caderno de Debates 3, ACNUR, Brasília, IMDH, 2008, p. 27.

¹⁶ ACNUR y OACNUDH, *Joint Return Advisory Update on Haiti*, 9 de junio de 2011.

¹⁷ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

De esa manera, la cuestión principal era definir si esa subordinación sería compatible con las obligaciones de los Estados de garantizar los principios de no discriminación e igualdad jurídica, ambos consagrados en la CADH. Otro punto discutido se refirió al carácter que tiene actualmente el principio de no discriminación y el derecho de igualdad ante la ley de acuerdo con la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general.

En su respuesta, la Corte IDH afirmó, por primera vez, que el *jus cogens* no se limita al derecho de los tratados. Al contrario, dicha categoría se ha ampliado y manifestado incluso en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados y también “ha incidido, en última instancia, en las propias bases del ordenamiento jurídico internacional”¹⁸. La Corte IDH, unánimemente, consideró que los principios de igualdad y no discriminación pueden ser considerados como normas imperativas del derecho internacional general. En este sentido, al considerarlo también una norma del derecho internacional consuetudinario, serían aplicables a todos los Estados, independientemente del hecho de que ellos formen parte o no de un determinado tratado.

Además, la Corte IDH afirmó que los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o de extranjeros¹⁹, así como remarcó que los trabajadores migrantes en situación irregular, por encontrarse en situación de particular vulnerabilidad, debían ser especialmente protegidos. Con ese objetivo, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que tales derechos sean reconocidos y garantizados en la práctica²⁰.

Al adoptar esta posición, la Corte IDH establece que los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, como también es conocida la CADH, tienen la obligación general de respetar la igualdad y garantizar la no discriminación. Dichos derechos deben ser vistos en conjunto, porque están intrínsecamente vinculados, o sea, el derecho a la igualdad es respetado por medio de la garantía de no discriminación y ambos son indispensables para la protección de los derechos humanos.

De esta manera, los países americanos deberían adecuar sus leyes nacionales a los principios y reglas consagrados en el ámbito del derecho internacional.

¹⁸ *Ibíd.*, párr. 99.

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 148.

²⁰ *Ibíd.*, párr. 160.

De la importancia de dichas normas surge la obligación de los Estados, a la luz de la CADH, de combatir conductas discriminatorias. Para la Corte IDH se trata de normas de eficacia *erga omnes*, afectando a todas las personas que estén en el territorio y sujetas a la jurisdicción de un determinado Estado, no teniendo importancia el hecho de ser nacionales o extranjeros, incluso cuando estén en situación irregular²¹.

En el ámbito interno, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 ofrece los fundamentos para esa misma interpretación. Esto sucede porque la Constitución reconoce la dignidad humana como fundamento de la República, ya en su artículo 1.III. Entre los principios que rigen a Brasil en sus relaciones internacionales, se destaca la prevalencia de los derechos humanos, la igualdad entre los Estados, la resolución pacífica de los conflictos, el repudio al racismo, la cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad y la concesión del asilo político. El párrafo único del artículo 4 determina también que el país busque la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones. En lo que atañe a los derechos y garantías fundamentales, la Constitución es muy explícita y dispone en su artículo 5 que todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes²² en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad.

Tomando en cuenta, además de las obligaciones a la luz de la CADH y de la Constitución Federal, la especificidad del contexto de Haití y, en un nivel más general, la propia responsabilidad del Estado brasileño como líder de la misión de la ONU de estabilización de Haití (MINUSTAH)²³, la respuesta brasileña dada oficialmente hasta ahora ha demostrado estar comprometida con un enfoque

²¹ Esa interpretación es también compatible con la postura académica defendida por Loretta Ortiz Ahlf. Véase Ortiz Ahlf, L., *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2011, pp. 65-66.

²² La locución “extranjeros residentes” debería ser interpretada en el sentido de incluir a todo y cualquier extranjero, con base en el principio constitucional de la isonomía (“sin distinción de cualquier naturaleza”, afirma la Constitución de la República de 1988).

²³ El ejército brasileño encabeza el componente militar de la MINUSTAH desde el establecimiento de dicha misión el 30 de abril de 2004. El mandato de la MINUSTAH fue extendido hasta el 15 de octubre de 2012 de acuerdo con la resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas N° 2012/11, disponible en <http://minustah.org/>.

de derechos y con un análisis de las necesidades de protección de las personas en este caso específico. Los diferentes regímenes jurídicos de protección –Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario²⁴– y sus relaciones con la legislación nacional han sido interpretados de manera complementaria, sentándose las bases para un sistema de protección integral.

III. Breve análisis del marco de protección internacional para los desplazados por desastres naturales²⁵

Frente a la huida de personas que están seriamente en riesgo por la devastación causada por desastres naturales, la *praxis* de los Estados indica que el derecho a cruzar fronteras internacionales en busca de seguridad hasta que la amenaza en el país de origen sea erradicada todavía no ha sido reconocido. Los tratados de derechos humanos pueden ser aplicables a algunas situaciones, pero el hecho de que la protección a las víctimas de desastres naturales todavía no haya logrado aprobación internacional es un vacío tanto en su aspecto legal como práctico²⁶. Para atender esos casos paradigmáticos sería necesario desarrollar medidas complementarias de protección.

Desde tiempo atrás el alcance de la definición de refugiados de la Convención de 1951 venía siendo identificado como un factor limitante, en ciertos casos, para brindar una protección integral a las víctimas de desplazamientos forzados. En este contexto, con la intención de promover interpretaciones más modernas frente a las nuevas demandas de protección internacional el ACNUR realizó un proceso global de consultas que permitiera debatir estas limitaciones.

Uno de los resultados de esta iniciativa fue la elaboración de una “Agenda para la Protección”²⁷ que está orientando las acciones de los Estados, del

²⁴ Cançado Trindade, A. A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume I, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997, p. 486.

²⁵ Para complementar el estudio de este tema véase en este mismo libro Terminiello, J. P., “Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzado” [N. del Ed.].

²⁶ Véase McAdam, J., “Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer” en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23 No.1, enero de 2011, p. 1; Kálin, W., *The Climate Change – Displacement Nexus, Panel on disaster risk reduction and preparedness*, ECOSOC Humanitarian Affairs Segment, de Julio de 2008, disponible en http://www.brookings.edu/speeches/2008/0716_climate_change_kalin.aspx.

²⁷ ACNUR, Agenda para la Protección, 2004.

ACNUR y de sus aliados para la protección de refugiados. Las líneas generales de orientación, que fueron el resultado del proceso de Consultar Globales, ayudaron a modernizar la interpretación y aplicabilidad del régimen de la Convención de 1951 en áreas importantes, pero tales soluciones son adoptadas de modo más efectivo en la medida en que nuevas herramientas de protección son concebidas en el ámbito nacional.

Siguiendo esa línea estratégica, el ACNUR ha incentivado un abordaje más creativo para la regulación de canales de migración, como una alternativa para responder a necesidades de corto o mediano plazo de su población de interés en caso de tensiones socioeconómicas o desastres naturales. La vinculación entre aliviar la presión sobre los sistemas de asilo y la creación de mecanismos más accesibles que posibiliten la migración temporal parece ser relevante en un contexto en que las motivaciones para la migración son mixtas²⁸. En efecto, los flujos migratorios mixtos, por definición, incluyen no sólo a los migrantes regulares sino también a otros que pueden tener convincentes necesidades de protección de varios tipos, relacionadas con el asilo, los conflictos armados, las graves violaciones de derechos humanos o las situaciones de grave perturbación del orden público. De manera general y, en reconocimiento del hecho de que los refugiados y los migrantes usan los mismos caminos y los mismos medios de partida, el ACNUR ha promovido activamente su “Plan de Acción de 10 puntos”²⁹ que fuera concebido como un instrumento de planificación y gestión para gobiernos y organizaciones no gubernamentales, con el objetivo de asegurar que las personas que necesitan protección —refugiados o no— la reciban, que quienes no necesitan de protección sean ayudados a regresar a casa, y que todas las personas sean tratadas con dignidad mientras las soluciones apropiadas son encontradas.

Es indudable que existe una tendencia creciente a desplazarse dentro del propio territorio por factores ambientales como el crecimiento poblacional, la disminución de recursos disponibles y la desigualdad de acceso a ellos, conjuntamente con daños ecológicos y cambio climático. Otros también se desplazan a través de fronteras internacionales por una combinación de factores

²⁸ Se afirma que las motivaciones son mixtas porque no siempre la línea divisoria entre el carácter voluntario o forzado de la migración puede ser fácilmente definida.

²⁹ ACNUR, *La protección de los refugiados y la migración mixta: El Plan de Acción de 10 Puntos*, ACNUR Brasil, 2007.

que los dejarían en situación muy vulnerable, al punto en que salir del país es más plausible que permanecer en él.

La perspectiva del ACNUR es que “el proceso del cambio climático –así como los múltiples desastres naturales que producirá– con toda certeza aumentará la magnitud y complejidad de la movilidad y el desplazamiento humano”³⁰. Sin embargo, las implicancias legales del desplazamiento forzado provocado por motivos ajenos a la persecución todavía no fueron ponderadas lo suficiente y, a modo de ejemplo, a pesar de las reconocidas necesidades de protección de los migrantes forzados haitianos es muy improbable que la Convención de 1951 o la Ley 9474/97 sobre refugiados de Brasil sean aplicadas o, incluso, aplicables.

IV. el tratamiento de los inmigrantes haitianos en Brasil

A la luz de los principios del derecho internacional y de la legislación interna brasileña, tres principales escenarios fueron considerados por el Estado brasileño hasta llegar a una solución humanitaria para la situación de los haitianos. El primer escenario planteado fue el régimen tradicional del Estatuto del Extranjero, destinado a los inmigrantes que desean simplemente trabajar regularmente en Brasil. El segundo escenario estudiado fue el régimen de la Ley de Refugio, motivado por la característica forzada de la migración de los haitianos y siguiendo la eventual aplicación de la definición de refugiado recomendada por la Declaración de Cartagena. Finalmente, el tercer escenario analizado fue el de la protección humanitaria complementaria a los haitianos forzados a desplazarse en virtud de los efectos de un desastre natural.

Verificándose la llegada de un gran número de haitianos al territorio brasileño, el primer escenario fue considerado inadecuado porque esos haitianos no eran simplemente migrantes económicos sino que eran, en realidad, forzados a huir de su país de origen a raíz de una situación humanitaria agravada por el terremoto y otros desastres sucesivos. Entre otros motivos, sus circunstancias de desplazamiento dificultaban la obediencia al trámite y los requisitos

³⁰ ACNUR, *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, 2009. Esta afirmación ya no sólo es un pronóstico si consideramos que en 2010 más de 2 millones de personas afectadas por desastres naturales recibieron los beneficios de intervenciones realizadas por el ACNUR. Véase ACNUR, *Tendencias Globales 2010*, 2011.

normales exigidos por el artículo 4 del Estatuto del Extranjero³¹, lo cual era difícil de subsanar tomando en cuenta que la mayoría de las estructuras e instituciones de Haití se encontraban profundamente afectadas y en fase inicial de reconstrucción.

Por ende, la llegada de haitianos a Brasil demandaba una reflexión renovada sobre escenarios no previstos claramente por la legislación migratoria en vigor en el país. El Estatuto del Extranjero, Ley n° 6.815 del 19 de agosto de 1980 que reglamenta la migración a Brasil, data del período en que el país también vivía bajo una dictadura militar, presentando resquicios de la primacía de la perspectiva de la seguridad nacional en lo que se refiere a la cuestión migratoria. Como esa ley está desactualizada y poco ha servido para una mejor gestión de la movilidad humana en un contexto de globalización, el propio gobierno brasileño consolidó una nueva propuesta de ley de migraciones, más preocupada con la perspectiva de los derechos humanos y coherente con el régimen constitucional de protección de los extranjeros. El texto fue enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional el 18 de diciembre de 2009, día internacional del migrante, y se encuentra en la actualidad en trámite con el número 5655/2009.

En su discurso en el Diálogo de alto nivel de las Naciones Unidas sobre Migración y Desarrollo, el Secretario Ejecutivo del Ministerio de Justicia de Brasil (y Presidente del Comité Nacional para Refugiados), Luiz Paulo Barreto, presentó una visión positiva de la migración para el desarrollo económico, cultural y social de un país, afirmando que reglas restrictivas no han sido eficaces para contener flujos migratorios; por el contrario, a veces eso puede incluso servir como incentivo para la actuación de mafias internacionales especializadas en el tráfico y trata de personas. Barreto también criticó la postura de no ofrecer protección apropiada por el simple hecho de que una persona sea considerada inmigrante irregular y definió la posición del Estado brasileiro de forma clara:

Defendemos que el tema migratorio sea tratado de manera absolutamente vinculada a los Derechos Humanos. Tenemos como ideal asegurar la garantía del pleno ejercicio de los Derechos Civiles a los inmigrantes. De-

³¹ De acuerdo con el artículo 4° de la Ley n° 6.815/1980 “Al extranjero que pretenda ingresar al territorio nacional podrá concedérsele visa: I - de tránsito; II - de turista; III - temporal; IV - permanente; V - de cortesía; VI - oficial; y VII - diplomática”. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16815.htm

Defendemos políticas de regularización migratoria. Defendemos un tratamiento digno a los inmigrantes. Defendemos la eliminación de todas las formas de xenofobia³².

Buscando seguir esa línea de pensamiento, el Proyecto de Ley n° 5.655/2009 regula el ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, la Política Nacional de Migración y los derechos, deberes y garantías del extranjero en Brasil. Esta nueva ley prevé también la transformación del Consejo Nacional de Inmigración (CNIG) en Consejo Nacional de Migraciones, que tendrá entre sus competencias también a los emigrantes brasileños. De acuerdo con el artículo 3 del mencionado proyecto de ley: “La política nacional de migración contemplará la adopción de medidas para regular los flujos migratorios con miras a proteger los derechos humanos de los migrantes, especialmente en razón de prácticas abusivas provenientes de su situación migratoria irregular”³³. Sin embargo, esas nuevas disposiciones todavía no fueron aprobadas por el Congreso y, por lo tanto, no pueden ser invocadas para resolver el caso inmediato de los haitianos.

Además de estas dificultades presentadas por la legislación migratoria, en la práctica gran parte de la población haitiana al ingresar al territorio nacional solicitaba la condición de refugiado (especialmente en las regiones fronterizas de la región norte de Brasil).

Frente a este escenario, en vez de considerar el flujo de haitianos como una situación de migración voluntaria Brasil tuvo que analizar la cuestión inicialmente dentro de su marco jurídico en materia de migración forzada.

En general las obligaciones de protección a los refugiados están positivizadas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que estableció la definición de refugiado internacionalmente acordada, así como la exigencia de que los refugiados no sean devueltos al país en que serían perseguidos o amenazados (principio del *non-refoulement*)³⁴.

³² Barreto, L. P.T., “Discurso da delegação brasileira no Diálogo de alto Nível das Nações Unidas sobre Migração e Desenvolvimento” en *Refúgio, migrações e cidadania, Caderno de Debates* 2, ACNUR, IMDH, Brasília, 2007, p. 31.

³³ Art. 3 del proyecto de Ley 5655/2009, disponible en <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>.

³⁴ Brasil es signatario de los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos: ratificó la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en 1960, así como su Protocolo de 1967 en 1972, habiendo retirado las reservas a los artículos 15-17 en 1990. En los términos de dicha Convención de 1951, se debe considerar como refugiado a cualquier persona que: “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de

En el caso de Brasil, la legislación nacional sobre protección de refugiados, promulgada en 1997 con el número 9.474, contiene los mecanismos de protección de la Convención de 1951 sobre Refugiados, de su Protocolo de 1967, e incorpora también parte de la definición ampliada del término refugiado adoptada por la Declaración de Cartagena de 1984.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley brasileña de Refugio de 1997 se considera refugiado a todo individuo que:

I - debido a fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera de su país de nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país;

II - no teniendo nacionalidad y estando fuera del país donde antes tuvo su residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él, en función de las circunstancias descriptas en el inciso anterior;

III - debido a grave y generalizada violación de derechos humanos, sea obligado a dejar su país de nacionalidad para buscar refugio en otro país³⁵.

Según el Manual del ACNUR de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, la expresión “fundado temor de persecución” es esencial³⁶. De acuerdo con el párrafo 38 del mencionado Manual “la expresión ‘fundados temores’ contiene un elemento subjetivo y un elemento objetivo y, al determinar si existen temores fundados, deben tomarse en consideración ambos elementos”. Generalmente el temor del solicitante puede considerarse como fundado si se demuestra de manera razonable que su permanencia en el país de origen se volvió intolerable por motivos que constan en la definición o que, debido a esos mismos motivos, sería intolerable si tuviese que regresar.

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” (Artículo 1° C de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, disponible en <http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm>). Tomando en cuenta las graves consecuencias que la posible expulsión de un refugiado pueda tener, la Convención de 1951 prevé que tal medida solamente debería ser adoptada en circunstancias excepcionales de de impacto directo en la seguridad nacional o en el orden público de un país.

³⁵ Art. 1° de la Ley n° 9.474/1997 (disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm).

³⁶ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, ACNUR 1992, párr. 37.

El Comité Nacional para Refugiados (CONARE) del Ministerio de Justicia es el órgano establecido por la Ley 9.474/97 para reconocer la condición de refugiado en Brasil. Además de las consideraciones generales sobre la interpretación del fundado temor de persecución, el examen de los miembros de CONARE acerca de las solicitudes presentadas por los haitianos fue enfocado también en el concepto ampliado de refugiado.

Las decisiones del Comité en casos precedentes apuntaron tres condiciones relevantes para la aplicación del art. 1.III de la Ley 9.474/1997: la incapacidad total de acción del Estado; la carencia de paz duradera; y el reconocimiento de la comunidad internacional sobre la grave y generalizada violación de derechos humanos en el territorio o Estado en cuestión³⁷. Asimismo, el solicitante debía demostrar que existía amenaza contra su vida, su seguridad o su libertad³⁸. Finalmente, otro punto considerado fue que el concepto de refugiado de la Convención de 1951 no incluye los casos de víctimas de desastres naturales, a menos que éstas también tengan fundado temor de persecución por uno de los motivos referidos por la legislación sobre refugiados. Por lo tanto, la conclusión del CONARE fue que la protección de personas que no pueden volver a su país de origen debido a catástrofes naturales debe ser pensada en el marco de otro escenario que esté más allá de la Convención de 1951 y de la Ley de refugio brasileña.

V. la “visa humanitaria” concedida a los haitianos como una buena práctica de protección a las víctimas de desastres naturales

La situación posterior al terremoto, como se mencionara en la introducción, claramente intensificó problemas crónicos relacionados con los derechos humanos en Haití. Además de los riesgos de desalojo y de la precaria condición en que viven los desplazados internos, se suma la epidemia de cólera y

³⁷ Leao, R. Z. R., “O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI” en *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*, Barreto, L. P.T. (Org.), ACNUR e Ministério da Justiça, Brasília, 2010, p. 89.

³⁸ La conclusión tercera de la Declaración de Cartagena propone considerar como refugiados a las personas: “(...) que hayan 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. Es interesante apuntar que en una interpretación literal del inciso III de la Ley brasileña de refugio sólo es necesario que el solicitante estime que la grave y generalizada violación de derechos humanos es tal que lo obliga a abandonar su país de nacionalidad.

los altos índices de personas con VIH, situación que desafiaba la capacidad de respuesta del Gobierno haitiano incluso antes del terremoto. Entre los abusos de derechos humanos más frecuentes y agravados después de la catástrofe, se incluyen el aumento de la violencia contra mujeres y niñas así como un aumento significativo del número de secuestros.

Frente a esta coyuntura, Brasil, al igual que otros países como Venezuela³⁹, México⁴⁰ y los Estados Unidos⁴¹, verificó la importancia de adoptar mecanismos administrativos o legislativos para regularizar la permanencia de personas que no son reconocidas como refugiados, pero para quienes el regreso al país de origen no es posible o recomendable por una serie de razones. Esa práctica representa una respuesta positiva del Estado, coherente con su responsabilidad ante el derecho internacional de proteger a las personas que estén en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio, así como con las obligaciones derivadas del principio de no devolución analizadas previamente.

En lo que refiere al tratamiento conferido a los haitianos que solicitan la condición de refugiado en Brasil, la denominada “visa humanitaria” fue finalmente la respuesta adoptada y cuya aplicación continúa hasta la actualidad.

Lo que comúnmente se llama visa humanitaria consiste, básicamente, en una visa de permanencia otorgada por el Consejo Nacional de Inmigración (CNIG) al extranjero solicitante de la condición de refugiado con necesidad de protección humanitaria que no se incluye en los criterios establecidos por la ley brasileña de refugiados.

En cuanto al procedimiento, los casos de solicitantes de la condición de refugiado son analizados por el CONARE, el cual frente al rechazo de un pedido de tal condición pero sobre el que subsisten preocupaciones humanitarias, puede remitir el caso al Consejo Nacional de Inmigración (CNIG) del Ministerio de Trabajo y Empleo.

Tradicionalmente, el CNIG contaba con una resolución normativa específica que le permitía decidir sobre los casos omisos de la ley de extranjeros de 1980

³⁹ En Venezuela se ha implantado la visa humanitaria para las personas de nacionalidad haitiana a raíz del terremoto de enero de 2010. Véase al respecto http://www.saime.gob.ve/general/noticias_sec/instructivo_especial.php.

⁴⁰ Con ocasión del terremoto en Haití, el gobierno de México otorgó ha otorgado cerca de 250 visas humanitarias a la población haitiana. Véase al respecto http://www.inm.gob.mx/index.php/page/Noticia_260410.

⁴¹ Véase al respecto <http://www.uscis.gov/portal/site/uscis/menuitem.eb1d4c2a3e5b9ac89243c6a7543fd1a/?vgnnextchannel=e54e60f64f336210VgnVCM100000082ca60aRCRD&vgnextoid=e54e60f64f336210VgnVCM100000082ca60aRCRD>.

y, por ende, a partir de 2006 el CNIG estableció que un pedido enviado por el CONARE por razones humanitarias podía ser apreciado como un caso omiso⁴².

Este accionar, que comenzó siendo una práctica, fue finalmente legitimado mediante la adopción de la Resolución Normativa n° 13 del CONARE que prevé exactamente que un pedido de la condición de refugiado que no cumple con la cláusula de inclusión de la ley 9474/97 puede ser enviado al CNIG para concesión de visa de permanencia por razones humanitarias⁴³. La visa de permanencia les permite a los haitianos obtener documentación de identidad, tarjeta de trabajo, acceso a los servicios públicos de asistencia a la salud y acceso a la educación fundamental en Brasil.

Este mecanismo de protección era un mecanismo excepcional, sin embargo, debido al caso de los haitianos, pasó a ser utilizado más frecuentemente para responder a la necesidad de protección complementaria de estos individuos.

Fueron autorizadas por el CNIG la emisión de 632 visas de permanencia por razones humanitarias para haitianos en Brasil y hay una previsión de que otras 600 visas serían otorgadas antes de fines de 2011⁴⁴. Este mecanismo solidario y promisorio ha sido la manera en que el Estado brasileño viene consolidando su práctica de ofrecer protección humanitaria complementaria a los haitianos en su territorio.

El Estatuto del Extranjero en Brasil, Ley 6.815/80, fue responsable de la instalación del CNIG pero no anticipó un mecanismo claro de protección humanitaria el cual, como hemos visto, está siendo construido *a posteriori*.

⁴² Resolución Normativa n° 27/98 del CNIG para casos omisos combinada con la Resolución Recomendada n° 08/06 del CNIG, ambas disponibles en http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucao-normativa-n-27-de-25-11-1998.htm y en <http://portal.mte.gov.br/legislacao/resolucao-recomendada-n-08-de-19-12-2006.htm>.

⁴³ Resolución Normativa n° 13/07 del CONARE, disponible en <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/asilos-refugiados-e-apatridas/resolucao-normativa-conare-no-13-2007>. Al discutir el papel del CNIG, su Presidente, Paulo Sérgio de Almeida, muestra cómo diferentes órganos del Estado pueden articularse en busca de soluciones y alternativas de protección para quienes la necesitan: “El CNIG ha apoyado políticas de regularización migratoria de los inmigrantes indocumentados. Fue el CNIG, por ejemplo, que recomendó la firma, con Bolivia, del Acuerdo de Regularización Migratoria, en 2005, que permitió la regularización de más de 20 mil inmigrantes. En el campo de los derechos, el CNIG recomendó al Ministerio de Relaciones Exteriores la firma de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de Sus Familias y la ratificación de la Convención 143 de la Organización Internacional del Trabajo, que trata de trabajadores migrantes”. Véase Almeida, P. S. de, “Conselho Nacional de Imigração (CNIG): Políticas de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante ou Refugiado” en *Refúgio, migrações e cidadania, Caderno de Debates 4*, ACNUR, IMDH, Brasília, 2009, p. 24.

⁴⁴ Información del Ministerio de Justicia disponible en <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA5F550A5ITE-MID5927F8256B2C446F9D78E6D52E1FC3B6PTBRJE.htm>.

Una consolidación de esta reciente práctica solamente será formalizada cuando sea aprobada la futura ley de migraciones que se encuentra bajo tratamiento en la actualidad ante el Congreso. En este sentido el artículo 154.III del proyecto de ley explicita la responsabilidad del CNig con relación a la visa humanitaria, siendo de competencia del órgano “recomendar otorgamiento de visa o autorización de residencia, de carácter temporal o permanente, por razones humanitarias”⁴⁵.

En síntesis, la “visa humanitaria” utilizada frente a la llegada de haitianas y haitianos al Brasil pretende constituirse en una respuesta de protección complementaria frente al desplazamiento de personas debido a desastres naturales. De esta manera y en la medida en que se avance en su formalización, pretende conformar un sistema integrado junto con la Ley de Refugio y las obligaciones internacionales en materia de refugiados y derechos humanos que asegure en el Brasil la protección de todas aquellas personas que se ven obligadas por distintos motivos a huir de sus países de origen.

Aunque los aspectos específicos que derivan del otorgamiento de esta visa humanitaria todavía requieren un análisis mayor (por ejemplo respecto del alcance del principio de no devolución frente a la comisión de delitos en el Brasil, la protección frente a eventuales pedidos de extradición, o en cuanto a la duración o condiciones en que debería cesarse la necesidad de dicha visa), es indudable que frente al panorama global en la materia constituye una respuesta de protección basada en derechos humanos que podría ser replicada así como sumarse a iniciativas similares en la región.

En definitiva, esta modalidad de protección complementaria tiene grandes potencialidades que deberán ser revelados en la medida que se avance en su aplicación.

VI. Consideraciones finales

Mientras los factores ambientales pueden contribuir a causar el movimiento a través de las fronteras, ellos mismos no pueden ser considerados motivos

⁴⁵ Art. 154 del Proyecto de Ley 5655/2009: “El Consejo Nacional de Inmigración queda transformado en Consejo Nacional de Migración, órgano deliberativo y consultivo vinculado al Ministerio de Trabajo y Empleo. § 1° Al Consejo Nacional de Migración le compete, sin pérdida de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en relación a las comunidades brasileñas en el exterior: I - definir y coordinar la política nacional de migración; II - proponer y coordinar los programas y acciones para la implementación de la política nacional de migración; III - recomendar otorgamiento de visa o autorización de residencia, de carácter temporal o permanente, por razones humanitarias”.

para el reconocimiento de la condición de refugiado a la luz del derecho internacional de los refugiados, o de la ley brasileña de refugio. La difícil situación de las víctimas de desastres naturales y la tendencia al aumento de estas situaciones plantea a la comunidad internacional la necesidad de avanzar en la búsqueda de respuestas adecuadas a sus necesidades de protección.

El enfoque de los derechos humanos sobre el tema busca garantizar una protección apropiada a ese grupo específico de migrantes forzados sobre la base de los tratados internacionales de derechos humanos que conforman un cuerpo de obligaciones universales y regionales a las cuales los Estados deben respeto.

Se observa, sin embargo, una gran brecha entre estas obligaciones en materia de derechos humanos y la capacidad de la comunidad internacional de enfrentar una demanda tan compleja si, tal como fuera observado por Goodwin-Gill, consideramos que la mejor manera de medir la efectividad de la implementación de un tratado en el ámbito nacional no es a partir del análisis de su forma sino de la evaluación global de las prácticas resultantes⁴⁶.

Con relación al reciente flujo de haitianos en dirección a Brasil, el dispositivo del artículo 22.9 de la CADH y las obligaciones generales de *non-refoulement* contenidas en los demás tratados internacionales de los cuales el país forma parte (especialmente el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), constituyen un límite a la devolución al país de origen y a las deportaciones en masa de estas personas.

La solución de derivar las solicitudes de asilo al CNIG para la concesión de visa por razones humanitarias es un ejemplo de respuesta complementaria de protección, que permite regularizar la permanencia de personas que no están formalmente reconocidas como refugiados y cuyo retorno sería, no obstante, contrario a las obligaciones generales de *non-refoulement* y de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los cuales el Estado forma parte.

En ese sentido, la opción escogida por Brasil es coherente con su filosofía constitucional de protección de los extranjeros e ilumina una buena práctica respondiendo también al llamado conjunto de ACNUR y ACNUDH.

Con esa actitud de hospitalidad, el Estado brasileño, en definitiva, abre espacio para una discusión en la región sobre su propio mecanismo de protección. La concesión de la visa de permanencia por razones humanitarias a

⁴⁶ Goodwin-Gill, G., and Mcadam, J., *The refugee in international law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 3. En ese mismo sentido véase Hathaway, J. C., "Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection" on *Journal of Refugee Studies* n° 113, Oxford University Press, Oxford, 1994.

los migrantes forzados oriundos de Haití es un paso concreto en dirección al reconocimiento de los derechos de las personas víctimas de desastres naturales, y se trata de una resolución creativa, de naturaleza complementaria, en el marco de un régimen de protección integral en proceso de construcción.

Bibliografía

- Akram, Susan M. and Rempel, Terry, “Temporary Protection for Palestinian Refugees: a Proposal” en *De Paul Law Review* no. 110, Chicago, 2004.
- Almeida, P. S. de, “Conselho Nacional de Imigração (CNIg): Políticas de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante ou Refugiado” en *Refúgio, migrações e cidadania*, Caderno de Debates 4, ACNUR, IMDH, Brasília, 2009.
- Barreto, Luiz Paulo T., “Discurso da delegação brasileira no Diálogo de alto Nível das Nações Unidas sobre Migração e Desenvolvimento” en *Refúgio, migrações e cidadania*, Caderno de Debates 2, ACNUR, IMDH, Brasília, 2007.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume I, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997.
- Fitzpatrick, Joan, “Flight from asylum: trends toward temporary “refuge” and local responses to forced migration” en *Virginia Journal of International Law*, v. 35, no.13, Charlottesville, 1994.
- Goodwin-Gill, G. and Mc Adam, J., *The refugee in international law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Hathaway, J. C., “Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection” on *Journal of Refugee Studies* n° 113, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- Kälín, Watler, *The Climate Change – Displacement Nexus, Panel on disaster risk reduction and preparedness*, ECOSOC Humanitarian Affairs Segment, julio de 2008.
- Leao, Renato. Z. R., “O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI” en *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*, Barreto, Luiz Paulo T. (Org.), ACNUR e Ministério da Justiça, Brasília, 2010,
- Mandal, Ruma, *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (‘Complementary Protection’)*, ACNUR, 2005.
- McAdam, Jane, “Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer” en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23 No.1, Oxford, enero de 2011.
- Mc Adam, J., *Complementary protection in international refugee law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

- Murillo, Juan Carlos, “A Proteção internacional dos refugiados na América Latina e o tratamento dos fluxos migratórios mistos” en *Refúgio, migrações e cidadania, Caderno de Debates 3*, ACNUR, IMDH, Brasília, 2008.
- Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2011.
- Piovesan, Flávia, “O Direito de Asilo e a Proteção Internacional dos Refugiados” en Rodrigues, Viviane Mozine (org.), *Direitos Humanos e Refugiados*, Centro Universitário Vila Velha, Espírito Santo, 2006.
- Tiburcio, Carmen, “Nationality and the Status of Aliens in the 1988 Brazilian Constitution” en Jacob Dolinger, Keith Rosenn (org.), *A Panorama of Brazilian Law*, 1ª ed., v. 1, North-South Center, Miami, 1992.

Información de País de Origen en la determinación del estatuto de refugiado: lecciones de un proyecto de cooperación interinstitucional en Chile

*Andreas Feldmann, Alexandra Galvis,
Paula Lekanda y Mauricio Ortegón*

I. Introducción

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 no describen un procedimiento estandarizado y/o una metodología precisa respecto del proceso de determinación de la condición de los y las refugiadas. En la práctica, los diversos Estados que han adherido a la Convención y al Protocolo abordan los procesos de *Determinación del Estatuto de Refugiados* (en adelante “DER”) de forma idiosincrática¹. Uno de los aspectos en los que estas diferencias se aprecian de forma más nítida es en relación con cómo los Estados utilizan la Información de País de Origen (en adelante “COI”)² como un elemento clave en la DER. El COI consiste en información sobre las condiciones socio-políticas del país de nacionalidad de los y las solicitantes de la condición de refugiado que sirven como elementos relevantes para determinar la verosimilitud en un proceso de DER³.

Asegurar la existencia de información de contexto relativa al país de los solicitantes –recopilada bajo criterios unificados y basada en fuentes de infor-

¹ En este trabajo se utilizan las categorías de “solicitante de la condición de refugiado” y “solicitante de asilo” de manera indistinta; sobre la dualidad “asilo-refugio” véase Franco, L. (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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003, pp. 33 a 45; Goodwin-Gill, G., *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, capítulo 5; y, en este mismo libro Martínez Monge, F., “El asilo como fundamento de la protección de los refugiados” [N. del Ed.].

² Se suele utilizar la sigla COI (*Country of Origin Information*) para referir a la Información de País de Origen tanto en idioma inglés como en textos en español [N. del Ed.].

³ ACNUR, *Country of Origin Information: Towards Enhanced International Cooperation*, 2004, p. 1.

mación relevantes, diversas, precisas, actualizadas y transparentes— es, en definitiva, un elemento central para evaluar si una persona requiere protección internacional⁴. Es preciso recordar que, de acuerdo con el Derecho Internacional de los Refugiados, es responsabilidad del Estado garantizar que las personas que solicitan DER tengan acceso a un procedimiento con suficiente información de contexto, entre otros elementos, como garantía⁵. En este sentido, si bien no existe una obligación explícita es posible argumentar que la utilización adecuada de COI es claramente parte fundamental del debido proceso en la DER. Si bien será principalmente el testimonio del solicitante lo que permitirá al Estado determinar si una persona tiene un *temor fundado* de persecución —y, por tanto, derecho a la protección internacional—, la información sobre las condiciones contextuales es fundamental para establecer la verosimilitud del relato.

Como prueba del lugar central que ocupa esta información, el procedimiento y la obligación de utilizar COI se ha incorporado en algunas de las legislaciones nacionales en Europa, en el Derecho Comunitario y en la jurisprudencia de la Unión Europea (UE)⁶; y también en países como Canadá, donde se usa sistemáticamente este material en procesos de DER⁷. Asimismo, se han construido extensas bases de datos de Información de País de Origen, recopiladas en sitios Web como www.refworld.org —elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)— Ecoi.net⁸ y ACCORD⁹, entre otros.

Sin embargo, en la gran mayoría de los países en vías de desarrollo la utilización de COI para la DER tiene una importancia relativa ya que no existen los recursos materiales y humanos adecuados para llevar a cabo dicha tarea. Esta característica se convierte en un gran obstáculo si consideramos que los

⁴ *Ibidem*.

⁵ Méndez, J. E., Olea, H. y Feldmann, A., “International Standards of Due Process for Migrant Workers, Asylum Seekers, and Refugees” en *Human Rights, Refugees and Displaced Persons in Process: Essays in Honour of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, ed. Anne Bayefsky and Brill Academic Publishers, Leiden, 2005, pp. 459 a 476.

⁶ ACNUR, *Country of Origin Information: Towards Enhanced International Cooperation*, *op. cit.*, p. 1.

⁷ Immigration and Refugee Board of Canada, *National Documentation Packages, Issue Papers and Country Fact Sheets*, disponible en http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/Publications/index_e.aspx.

⁸ European Country of Origin Information Network, disponible en <http://www.ecoi.net/>.

⁹ Austrian Centre for Country of Origin and Asylum Research and Documentation (ACCORD), disponible en <http://old.rotekreuz.at/822.html>.

países en vías de desarrollo son los principales receptores de refugiados¹⁰. En América Latina la tendencia es la de los países en vías de desarrollo. Algunos Estados, en particular Argentina, México, Costa Rica y, en menor medida, Brasil, han mostrado avances en esta materia aún cuando sus sistemas de recopilación de COI son comparativamente más débiles que los de países desarrollados. En el resto de los Estados de la región, sin embargo, se evidencian falencias importantes ya que poseen sistemas nacionales de recopilación de información precarios —a veces inexistentes— que dificultan la consecución de procesos de DER. La inexistencia de recursos investigativos en universidades y otros centros de estudio y un cierto aislamiento cultural y geográfico explican en parte la dificultad de realizar esta tarea.

Considerando el estado de desarrollo de la protección de solicitantes del estatuto de refugiado en la región, ACNUR decidió llevar a cabo una experiencia piloto para mejorar los procesos de DER a través del fortalecimiento de mecanismos de búsqueda de COI. En ese marco, se eligió a Chile para llevar a cabo el proyecto por varias razones: en primer lugar, porque Chile es uno de los países de Latinoamérica con mejor índice de desarrollo humano¹¹ y una política migratoria de puertas abiertas¹² para migrantes y refugiados, no obstante lo cual resultaba llamativo que se advirtieran deficiencias en el uso de COI en los procesos de DER nacionales. Como segunda característica, se observó que dada su estabilidad política y económica, Chile se había transformado en cuestión de una década en un país de recepción de migrantes, incluso cuando también se caracterizaba por altos índices de emigración¹³. Según cifras de gubernamentales citadas en el informe anual de derechos humanos que compila la Universidad Diego Portales, en el año 2009 en Chile residían unos 290 mil trabajadores migratorios y sus familias, en su mayoría latinoamericana-

¹⁰ Helton, A., *The Price of Indifference: Refugees and Humanitarian Action in the New Century*, Oxford University Press, Oxford, 2003; Loescher, G., *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, Oxford University Press, Oxford, 1993; y Loescher, G., Milner, J., Newman, E. and Troeller, G., *Protracted refugee Situations: Political, Human Rights and Security Implications*, United Nations University Press, Tokyo, 2008.

¹¹ Chile se ubica en el puesto 45 del índice, el primer lugar en América Latina, seguido por Argentina un puesto más abajo. Véase Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Reporte del Índice de Desarrollo Humano*, disponible en http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_EN_Complete_reprint.pdf, p. 212.

¹² Stefoni, C., “Inmigrantes en Chile: Una integración diferenciada al mercado laboral” en *Migración y Políticas Sociales en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung y SOPLA, Brasilia, 2009, p. 13, disponible en http://sociologia.uahurtado.cl/publicaciones/C.Stefoni_Inmigrantes_en_Chile_Una_integracion_diferenciada_al_mercado_laboral.pdf.

¹³ *Ibidem*.

nos (Argentinos, Peruanos, Bolivianos, Ecuatorianos, Cubanos, Colombianos y Uruguayos)¹⁴. Esta cifra representa un incremento del 58% en siete años, lo que refleja que Chile se ha transformado en la última década en un importante destino migratorio en la región¹⁵. Tercero, y probablemente como parte de ese contexto, el número de solicitudes de la condición de refugiado se había expandido notablemente en los últimos años. Mientras a comienzos de los 2000 Chile recibía sólo algunas decenas de solicitudes, ese número saltó a 119 en el 2004 y a 905 en el 2008, lo que equivale a un crecimiento de siete veces en un período de cinco años (2004–2008). Para el año 2008 el número de solicitudes ascendía a 2.757 y la mayoría de los casos (86%) correspondía a ciudadanos Colombianos que huían del conflicto armado interno que aflige a ese país¹⁶. En cuarto lugar, el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet (2006–2010) había comenzado a promover la discusión de una Ley de migración y otra sobre protección de refugiados y, por último, en Chile existía un real interés por parte de miembros de la sociedad civil, entre ellos, activistas y profesores, por llevar adelante una iniciativa de estas características.

En definitiva, los diferentes elementos enunciados constituían un contexto político auspicioso para discutir mejoras en los procesos de DER en el país.

En función de este diagnóstico se discutió la posibilidad de realizar esta experiencia piloto entre el área de Relaciones Internacionales del Instituto de Ciencia Política de la Universidad Católica de Chile y el ACNUR, quien finalmente propuso el diseño de la iniciativa interinstitucional que involucró actores públicos y privados de modo de articular una red de cooperación que apuntara a crear un modelo de trabajo participativo en torno al COI en procesos de DER. El resultado fue el *Proyecto de Información sobre País de Origen, del Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile (ICP) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)*, desarrollado entre el 2008 y el 2010.

El presente artículo tiene como objetivo presentar un análisis crítico del proyecto COI arriba descrito y exponer los resultados generales del mismo. Se argumenta que esta iniciativa de buenas prácticas de cooperación basa-

¹⁴ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual de Derechos Humanos 2009*, Editorial Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2010, p. 248 y 9.

¹⁵ CIDH, Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias, *Migración y Derechos Humanos*, 2002.

¹⁶ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual de Derechos Humanos 2009*, Editorial Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2010, p. 268.

da en un modelo colaborativo entre una organización de la sociedad civil (Universidad), una agencia intergubernamental (ACNUR) y un Estado (Chile), permitió identificar elementos interesantes en el proceso de búsqueda de COI, pero no realizó todo su potencial. Aunque en los resultados se evidenció una mejora momentánea en los procedimientos del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior de Chile (en adelante el “DEM”) en relación con la recopilación de COI, el proyecto no logró generar cambios a largo plazo que se plasmaran en prácticas orgánicas y sostenidas en el tiempo capaces de producir COI de calidad. Que el resultado de la iniciativa no fuese perdurable, sostenemos, se explica principalmente por la ausencia de voluntad política del Estado de Chile de fortalecer institucionalmente, en particular desde el punto de vista de los recursos humanos, a la división encargada de los procedimientos de DER de modo que pudiera desarrollar una tarea convergente con los estándares internacionales.

El artículo contiene una primera parte descriptiva del proyecto y, a continuación, realiza un análisis crítico que valora algunos de sus impactos y explica las razones detrás de la ausencia de resultados de largo plazo, para luego finalizar con algunas reflexiones sobre las lecciones aprendidas a partir de la iniciativa.

II. El proyecto COI

El objetivo general de la creación del proyecto de generación de COI fue establecer y consolidar un sistema de soporte capacitado para la Sección de Refugio del Departamento de Extranjería (en adelante la “SR”), que proveyera de información precisa, confiable y relevante sobre los países de origen de los solicitantes de la condición de refugiado en Chile. De forma más general, se buscaba no solamente proveer información calificada sino también proveer a la SR de criterios unificados que estandarizaran la búsqueda de COI.

Con este fin, durante el año 2008 se realizó una experiencia piloto liderada por ACNUR en la que el profesor Andreas Feldmann, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, reclutó un equipo de profesionales jóvenes y de estudiantes voluntarios para que trabajaran en conjunto con los oficiales de la SR y con el apoyo de ACNUR en un programa de perfeccionamiento de los procesos de generación de COI.

El trabajo se organizó básicamente de la siguiente manera: a partir de necesidades y peticiones de la SR, el equipo de trabajo de la Universidad Católica

recibió solicitudes y confeccionó informes de COI como soporte a los casos de solicitantes de la condición de refugiado que se debían resolver. La etapa piloto arrojó resultados positivos por lo que se trabajó en el diseño de un programa anual para el período 2009-2010.

Tras una positiva evaluación de la primera etapa, se convino desarrollar una segunda fase más profunda del proyecto que tuviera por objeto desarrollar un *know how* específico que pudiese ser incorporado de forma permanente por la SR. Con ese objetivo se trabajó en pos del diseño de un sistema de acopio de información sencillo y actualizado, a modo de base de datos, que permitiera a la SR reutilizar COI producida para un caso específico para otros casos—cuando fuera pertinente— a modo de optimizar los recursos disponibles en el proyecto. La base de datos consistió en una planilla de registro que categorizó los informes realizados por zonas geográficas, grupos relacionados, y otras variables que, además de permitir la reutilización de la información válida y recientemente buscada, logró especializar a los investigadores académicos al asignarles la búsqueda de información en zonas que ya habían investigado en solicitudes anteriores.

La articulación de la segunda etapa contempló algunas modificaciones a la etapa piloto. En primer lugar se estandarizó el procedimiento de solicitudes de COI al equipo de la Universidad por parte de la SR, ya que en la etapa previa hubo ciertos problemas en la medida en que el equipo académico recibía solicitudes en distintos formatos, con requisitos muy amplios y con prioridades diferentes (las más urgentes requerían respuestas de 48 hrs., por ejemplo). En función de esto, se creó una planilla estándar que determinara la prioridad del caso asignada por los funcionarios solicitantes, quienes además agregaban conceptos claves de búsqueda para hacer más eficiente la confección de los informes.

Por otro lado, se modificó el equipo de trabajo al introducirse la figura de un Jefe de Proyecto que tuvo a su cargo la dirección del trabajo de los voluntarios y coordinadores del proyecto asignando prioridades entre las solicitudes de casos; realizó jornadas de capacitación para generar criterios estándar en la búsqueda de información relevante, confiable y diversa, y agilizó el intercambio de información entre la SR y la unidad académica de la Universidad Católica, monitoreando de cerca los problemas frecuentes y las posibles mejoras para hacer informes que realmente respondieran a las necesidades del DEM en términos de tiempo y forma. En resumen, la figura permitió ejercer

la coordinación general del proyecto, generando instancias de evaluación intermedia y manteniendo un verdadero puente entre las necesidades de la SR y las respuestas de la unidad académica de investigadores.

En esta etapa fue esencial monitorear al grupo de investigadores voluntarios de la Universidad y capacitarlos en los conceptos básicos referentes a la protección internacional de los solicitantes de la condición de refugiado, a la búsqueda de COI, a las fuentes alternativas de información y a las especificidades de cada país —en particular de Colombia, de la cual provenían la mayor cantidad de solicitantes de la condición de refugiado en Chile—. Para cumplir este objetivo, se desarrolló un manual que incorporó los contenidos mínimos de búsqueda de COI, mediante el cual se capacitaba rápidamente a los nuevos investigadores que participaban de la iniciativa.

Durante 2009, en la segunda etapa del proyecto, la SR envió 79 solicitudes de COI al equipo universitario cuyos informes fueron respondidos en un tiempo promedio de diez días hábiles.

Según la información recibida, todos los informes de COI producidos fueron utilizados en el proceso de decisión de cada una de las solicitudes de la condición de refugiado. Esto significa que los funcionarios incluyeron en todas las oportunidades esta información como parte de sus reportes de evaluación para la *Comisión de Reconocimiento de la Condición del Refugiado del Ministerio del Interior*, instancia que resuelve los casos de DER en Chile. En términos cuantitativos, del total de estas solicitudes de la condición de refugiado que fueron apoyadas por reportes COI se otorgó la condición de refugiado a 31 casos, equivalentes a un total de 71 personas, incluyendo niños y adultos, y se denegaron 42 casos equivalentes a 50 personas, también considerando niños y adultos. En esta evaluación final, es importante señalar que los propios funcionarios del DEM señalaron que el proyecto no tuvo un impacto en el número de aceptaciones o rechazos de solicitudes y que éstos se mantuvieron en su promedio histórico.

III. Valoración del proyecto: fortalezas y debilidades

El proyecto COI encabezado por la Pontificia Universidad Católica de Chile y apoyado por el ACNUR tuvo elementos positivos, más allá de que existieron algunos elementos que dificultaron su ejecución. Entre los elementos destacables podemos subrayar que el proyecto concretizó un ejercicio

interesante de buenas prácticas, predicado sobre un modelo colaborativo entre la sociedad civil, una agencia intergubernamental y el Estado, que contribuyó a mejorar las prácticas internas de la SR y, en general, del DEM. Sin embargo, nuestro argumento principal es que este ejercicio fue una oportunidad perdida de mejorar substantivamente las prácticas de recolección y procesamiento de COI dadas ciertas debilidades estructurales del Estado y la ausencia de voluntad política para enmendar tales deficiencias.

III.1. Logros del proyecto

Como se menciona en el párrafo anterior, este proyecto se puede conceputar como un ejercicio de *buenas prácticas* basado en un modelo de colaboración entre tres instituciones: Estado, Universidad, ACNUR. Por “buenas prácticas” nos referimos a la identificación de mejores maneras para lograr una meta, lo que se obtiene a través de la evaluación comparativa, o *benchmarking*, de los procedimientos de trabajo de otras agencias similares a la propia que han demostrado ser exitosas¹⁷. En la literatura se indica que existen tres estilos de procesos de *benchmarking*: el competitivo, el cooperativo y el colaborativo¹⁸. En el proyecto COI se llevó a cabo un ejercicio de buenas prácticas aplicando un proceso de “evaluación comparativa colaborativa”, que consiste en que distintas agencias —en este caso ACNUR y el equipo ICP-UC— colaboraran entre sí para intercambiar información sobre una actividad —en este caso la recopilación de COI—, con el objeto de mejorar los procesos internos de un tercer agente involucrado: la SR del DEM.

El mecanismo de colaboración refleja una práctica inclusiva y democrática. Ésta es particularmente importante cuando se trata de proyectos relativos a derechos humanos, en los que resulta imperativo que distintos estamentos de la sociedad colaboren a efectos de garantizar el respeto de derechos fundamentales. En este caso particular, contar con información relevante, diversa, precisa, actualizada y transparente al momento de evaluar las solicitudes de la condición de refugiado resulta vital para cautelar sus derechos. El modelo colaborativo gestado en el proyecto creó una situación de ganancia múltiple para

¹⁷ Robbins, I. P., “Best Practices on ‘Best Practices’: Legal Education and Beyond” en *Clinical Law Review*, Vol 16, American University, Washington, 2009, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1505552

¹⁸ *Ibidem*, p. 280.

todos los actores ya que contribuyó a: (i) que ACNUR cumpliera con su mandato; (ii) que el Estado mejorara su capacidad de recolección y procesamiento de COI en casos de DER y elevara sus estándares en la materia; y, (iii) que los alumnos de la universidad profundizaran sus conocimientos y habilidades de investigación en materia de derechos humanos y protección de refugiados.

El proyecto, asimismo, puede concebirse como una experiencia de buenas prácticas en la medida en que contribuyó a mejorar los procedimientos internos y estándares de calidad de recopilación de COI de la SR. Este punto es trascendental considerando que en abril del año 2010 entró en vigencia la Ley de Refugio en Chile que, en su artículo 31, incorporó la recopilación de COI como parte del proceso de DER en Chile¹⁹.

Cuando el proyecto comenzó, el DEM tenía un sistema precario de búsqueda de información que generaba retrasos en el proceso general. Más preocupante aún, se evidenciaba una falta de conocimiento factual sobre los casos, falta de claridad acerca de fuentes de información confiables y confusiones conceptuales serias sobre elementos fundamentales para poder determinar la veracidad del temor fundado de los y las solicitantes de la condición de refugiado. Todos estos problemas se evidenciaban claramente en el caso de Colombia, ya que existía gran confusión sobre su división administrativa y, sobre la historia, evolución y configuración actual del conflicto armado interno, en particular sobre el rol y estrategias de los actores armados no estatales y su vinculación con grupos de crimen organizado. En cuanto a las fuentes, se utilizaban de forma poco crítica las del gobierno Colombiano y se omitían las de organizaciones de derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, así como la de actores como la ONU o la Organización de Estados Americanos, en particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A ese nivel, el proyecto intentó y probablemente logró elevar los estándares de recolección y de información de calidad.

Por otro lado, el proyecto dinamizó el proceso general para determinar la condición de refugiado, lo cual se tradujo en que la SR pudiera responder a una cantidad apreciable de casos pendientes. En efecto, durante la evaluación final los oficiales de la SR mencionaron que en un año pasaron de tener 700 casos pendientes a 400, cifra que se había reducido en parte gracias a la agilidad de las tramitaciones y al apoyo brindado por el proyecto en la búsqueda

¹⁹ Artículo 31 de la Ley de Protección de Refugiados N° 20.430.

da de COI²⁰. De igual modo, el proyecto contribuyó a mejorar las prácticas internas del SR-DEM por cuanto generó una ficha específica de búsqueda de información y facilitó la reutilización de la información cuando esto fuese posible y/o pertinente.

A su vez, los reportes de COI realizados por el equipo de la universidad presentaron un uso riguroso de notas al pie en donde se explicitaba las fuentes utilizadas, lo cual también contribuyó a aumentar la diversidad y confiabilidad de estas fuentes en los reportes. Durante la implementación del proyecto, miembros del equipo universitario pudieron verificar que el personal de la SR comenzó a utilizar con regularidad fuentes que no eran usadas con anterioridad, como los portales de COI elaborados por ACNUR, COI NETWORK, ACCORD, el sitio Web de la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas (OCHA) –en particular el sitio web de OCHA Colombia–, el sitio Web “Verdad Abierta” –particularmente interesante para obtener información sobre actividades paramilitares–, los sitios Web de la fundación Seguridad y Democracia y de Medicina Legal –ambos útiles para obtener estadísticas confiables– y, el sitio de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) –relevante para obtener datos confiables de desplazamiento forzado–, entre otros.

Adicionalmente, el proyecto realizó jornadas de capacitación para la SR con el objeto de clarificar ciertas características de los países de origen más frecuentes entre los solicitantes de la condición de refugiado. Esto resultó de gran utilidad considerando que, como se mencionara, al inicio del proyecto existían en la SR confusiones relevantes respecto, por ejemplo, de las unidades político-administrativas de los países de los que provenían los solicitantes de la condición de refugiado. Estas confusiones dificultaban la búsqueda de información o, en algunos casos, invalidaban la información recopilada por responder a un lugar distinto del que realmente procedía un solicitante.

En resumen, el proyecto habilitó al DEM para integrar en su dinámica de trabajo y procedimientos internos el *know-how* relevante en la búsqueda de COI, que posibilita el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de protección de refugiados y solicitantes de asilo. Los resultados positivos del proyecto no sólo responden a un ejercicio de buenas prácticas derivadas de un modelo de colaboración entre ACNUR, la SR del DEM y la Universi-

²⁰ Sesión de trabajo con representantes de la Sección de Refugio del DEM, Santiago de Chile, enero 2010.

dad Católica, o a mejoras de los procedimientos internos de recopilación de información de una oficina estatal, sino también a una externalidad positiva como fue la socialización de la temática de la migración forzada y el asilo entre los cerca de 30 coordinadores y voluntarios integrantes de la unidad académica que llevó a cabo el proyecto. Por otro lado, los participantes del proyecto tuvieron la posibilidad de contar con capacitación por parte de funcionarios de ACNUR que redundó en mayores niveles de conocimiento sobre el tema y contribuyó, substantivamente, no sólo a la sensibilización sobre la problemática de los solicitantes de la condición de refugiado entre estudiantes y jóvenes profesionales, sino también a explicitar el contenido y mecánica de los procedimientos de DER, en particular la importancia de aportar información contextual a las decisiones de la autoridad. Por último, el equipo de la unidad académica realizó un trabajo práctico, en paralelo a sus estudios, que permitió mejorar las habilidades de investigación de los estudiantes y generar una instancia enriquecedora a nivel formativo.

III.2. Obstáculos y objetivos incumplidos

Si bien la experiencia produjo los resultados positivos ya recapitulados, nuestra tesis central es que, por diversos motivos, el proyecto no realizó todo su potencial.

En la evaluación se registraron avances —reconocidos también por los funcionarios de la SR— pero, lamentablemente, muchos fueron sólo de corto plazo: pese al esfuerzo desplegado los logros no se plasmaron en la generación de una mecánica de trabajo perdurable en el tiempo que facilitara la generación de informes COI sólidos. En el trabajo de investigación para la elaboración de este artículo se pudo constatar que, tras la finalización del proyecto, la SR retornó a prácticas similares a las que existían antes del inicio del mismo, por las que los funcionarios generaban informes COI de menor calidad. En este sentido, el equipo de la Universidad fue autorizado por la SR para revisar una muestra representativa de alrededor de 15 informes COI realizados con posterioridad al proyecto, en los que se apreció que muchos de los problemas detectados en el diagnóstico inicial habían reaparecido tras su finalización en enero del año 2010.

Primero, se regresaba al uso de fuentes poco confiables sin conservarse la expansión en el número de ellas que permitía contrastar y confirmar la ve-

racidad de la información. Segundo, en algunas ocasiones la información incluida en los reportes era poco relevante al momento de evaluar la existencia de amenazas en el país de origen y, por lo tanto, no contribuía a establecer la existencia de un temor fundado de persecución. Tercero, se utilizaba información desactualizada en circunstancias en las que era esencial contar con información reciente (por ejemplo, para determinar la presencia y el grado de influencia y/o control territorial de ciertos actores armados en el país de origen de los solicitantes de la condición de refugiado)²¹.

Adentrándonos en el análisis de las causas generales del retorno de estas dificultades, podemos afirmar que éstas se enmarcan, en primer lugar, en los análisis que describen como inicial el grado de desarrollo institucional que reviste el accionar de sectores del aparato público del Estado chileno²².

En este sentido, el proyecto nos permite interpretar que la SR del DEM no cuenta con una dotación de recursos humanos suficiente que posibilite la incorporación efectiva de mejores prácticas en procesos de DER, sobre todo considerando el incremento de solicitudes de asilo que Chile registrara en los últimos años. Por otra parte, es probable que la dotación de recursos humanos en un área tan específica como la de DER requiera cierta formación y actualización regular en materia de política internacional y de política comparada, fundamentalmente sobre los elementos centrales de los procesos y evolución política, la situación socioeconómica, la geografía y división administrativa de los Estados de los que provienen la mayoría de los solicitantes de la condición de refugiado.

Otro obstáculo que impactó negativamente en los resultados del proyecto fue la existencia de una cultura de trabajo hermética en la SR, que generaba dificultades al momento de compartir información aún en el marco de confidencialidad que establecía el acuerdo de implementación y que, en cierta medida, pudo haber impedido la generación de mayores sinergias.

Es probable que en estos aspectos radique la dificultad de ampliar y profundizar el modelo de colaboración a otros posibles ámbitos de fortalecimiento,

²¹ Brown, M., *The International Dimensions of Internal Conflict*, MIT Press, Cambridge, 1996; Münkler, H., "The Wars of the 21st Century" en *International Review of the Red Cross* 85, March, 2003, pp. 7 a 21. Por ello, contar con información desactualizada en los reportes equivale a hacer un diagnóstico de las condiciones de los países de origen de los y las solicitantes de la condición de refugiado que no se condice con la realidad.

²² Sobre los desafíos del Estado chileno al respecto véase Valdés Prieto, S., *Reforma del Estado: Dirección Pública y Compras Públicas*, Volumen II, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 2000.

como por ejemplo respecto a la posibilidad de brindar capacitaciones adicionales en temáticas en que la unidad académica se especializaba.

IV. Conclusiones

La Información de País de Origen representa un insumo necesario y relevante en los procedimientos de DER, puesto que contextualiza el testimonio del solicitante y permite que el oficial de elegibilidad evalúe, con elementos y hechos objetivos, la existencia de un temor fundado de persecución. Esta evaluación debe ser justificable y la COI puede otorgar argumentos valiosos para hacer esa determinación de forma criteriosa y de acuerdo con las normas y espíritu del debido proceso, tal como se establece en los instrumentos internacionales de derechos humanos²³. En este sentido, es responsabilidad de los Estados el desarrollo de un sistema de acopio y procesamiento de información relevante, flexible, ecuánime, precisa, transparente y sujeta a verificación, que permita tomar decisiones justificadas y con sustento en la realidad.

Si bien el desarrollo de programas de búsqueda de COI no se establece como una obligación en la Convención de 1951 y el Protocolo del año 1967, resulta imperativo para países que lo han adoptado en sus legislaciones nacionales, como es el caso de Chile. Por otro lado, para países como Chile que tuvieron experiencias de flujos de migración forzada de sus nacionales, es posible argumentar la existencia de una obligación moral de contar con un procedimiento de DER de alta calidad, que garantice protección a personas perseguidas por motivos políticos, exigencia que se maximiza dado el discurso actual de adhesión y promoción de los derechos humanos.

Con ese contexto como referente, el proyecto COI realizado en conjunto por la Universidad Católica y la Sección de Refugio del Departamento de Extranjería y Migración, en colaboración con ACNUR, deja en nuestra evaluación elementos positivos a la par que, lamentablemente, temas inconclusos y metas que no se lograron a cabalidad. Dentro de los elementos positivos la SR señaló que recibió información “relevante, coherente y de calidad”, lo que facilitó e hizo más eficiente su trabajo²⁴. Al mismo tiempo, es preciso consta-

²³ Méndez, J. E., Olea, H. y Feldmann, A., *op. cit.*, pp. 459 a 476.

²⁴ Testimonios recogidos en la sesión de trabajo con representantes de la Sección de Refugio del DEM, Santiago, enero 2010.

tar que los avances no perduraron en el tiempo y que tras la finalización del proyecto todo parece indicar que ciertas falencias en la recopilación de COI resurgieron y la dinámica habitual del trabajo de análisis no logró incorporarlas de una manera perdurable. Más allá de los esfuerzos realizados por ACNUR, la Universidad y en definitiva también por la SR, al final del día la iniciativa no cristalizó en cambios substantivos en la materia. Lograr procesos DER adecuados es una tarea que requiere de un contexto de soporte estratégico en el cual el Estado se comprometa a incorporar el *know how* de actores especializados. Esto representa un acto fundamental para elevar los estándares de calidad de un proceso que pretende cautelar la vida e integridad de las personas que necesitan protección internacional, como son los solicitantes de la condición de refugiado.

Finalmente, creemos que resulta importante reflexionar sobre estos desafíos surgidos en el marco de la implementación del proyecto a la luz de los principios permanentes y objetivos programáticos de la política exterior chilena que desde el regreso a la democracia en 1990 incorporó la promoción de los derechos humanos como uno de sus ejes centrales²⁵. En este sentido, Chile ha promovido activamente el concepto de “seguridad humana”²⁶, noción impulsada por algunos de los países afines –*Like-minded States*– grupo al cual Chile adhiere²⁷. Es probable entonces que, en este marco, sea necesario reforzar el sistema de acopio y registro de COI en el ámbito del procedimiento de DER de manera tal de hacer commensurables los objetivos proclamados de política exterior.

²⁵ Feldmann, A., y Montes, J. E. (eds.), “Chile y MINUSTAH: Un Giro en la Política Liberal de la Concertación” en *La Experiencia Chilena en Haití: Reflexiones Sobre el Rol de Chile en Materia de Cooperación Emergente*, LOM, Santiago de Chile, 2010, pp. 11 a 54.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ A modo de ejemplo, en el año 2006 la ex Presidenta Bachelet se reunió con la Premier de Nueva Zelanda, Helen Elizabeth Clark, encuentro en el cual Bachelet sostuvo que el Acuerdo de Asociación Económica P-4 evidencia que Chile y Nueva Zelanda consolidaban “una relación estratégica entre lo que llamamos “like-minded country”, de dos países que tienen pensamientos parecidos, desarrollos parecidos”. Asimismo, en un encuentro en el año 2007 entre la ex Presidenta Michelle Bachelet y el Primer Ministro de Canadá Stephen Harper, Bachelet sostuvo que Chile y Canadá comparten una misma visión acerca del hemisferio y concuerdan en cómo abordar los desafíos globales. Esto, sostuvo Bachelet, hace que ambos países sean afines, o *like-minded countries*. Véase “Bachelet destaca cooperación bilateral con Nueva Zelanda en fin de su gira” en *El Mercurio*, 21 de noviembre del 2006, disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detalenoticias.asp?idnoticia=236658> y “Notes for the statement to the press by H.E the President of the Republic together with the Prime Minister of Canada”, sitio web *Embajada de Chile en Canadá*, 17 de julio del 2007, disponible en: http://www.chile.ca/documents/notas_conferencia_prensa_en.pdf.

Bibliografía

- Brown, Michael E., *The International Dimensions of Internal Conflict*, MIT Press, Cambridge, 1996.
- Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual de Derechos Humanos 2009*, Editorial Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2010.
- Feldmann, Andreas, y Montes, Juan E. (eds.), “Chile y MINUSTAH: Un Giro en la Política Liberal de la Concertación” en *La Experiencia Chilena en Haití: Reflexiones Sobre el Rol de Chile en Materia de Cooperación Emergente*, LOM, Santiago de Chile, 2010.
- 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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
- Goodwin-Gill, Guy, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Helton, Arthur C., *The Price of Indifference: Refugees and Humanitarian Action in the New Century*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Loescher, Gil, *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- Loescher, Gil, Milner, James, Newman, Edward and Troeller, Garyy, *Protracted refugee Situations: Political, Human Rights and Security Implications*, United Nations University Press, Tokyo, 2008.
- Méndez, Juan E., Olea, Helena y Feldmann, Andreas, “International Standards of Due Process for Migrant Workers, Asylum Seekers, and Refugees” en *Human Rights, Refugees and Displaced Persons in Process: Essays in Honour of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, ed. Anne Bayefsky and Brill Academic Publishers, Leiden, 2005.
- Münkler, Herfried, “The Wars of the 21st Century” en *International Review of the Red Cross* 85, March, 2003.
- Robbins, Ira P., “Best Practices on ‘Best Practices: Legal Education and Beyond’” en *Clinical Law Review*, Vol 16, American University, Washington, 2009.
- Stefoni, Carolina, “Inmigrantes en Chile: Una integración diferenciada al mercado laboral” en *Migración y Políticas Sociales en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung y SOPLA, Brasilia, 2009.
- Valdés Prieto, Salvador, *Reforma del Estado: Dirección Pública y Compras Públicas*, Volumen II, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 2000.

CUARTA PARTE.
MARCOS NORMATIVOS NACIONALES
SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DE REFUGIADOS

Avances normativos e institucionales en la protección de los refugiados en la República Argentina

María Soledad Figueroa y María José Marcogliese

I. Introducción

La protección de los refugiados ha tenido un acelerado avance en la Argentina en los últimos años, a través de desarrollos institucionales y mecanismos legales que han llevado a que el país cuente hoy con los más altos estándares de protección y el reconocimiento de la comunidad internacional por sus logros.

Pretendemos, en apretada síntesis, dar cuenta de los avances realizados señalando, en primer término, el proceso que llevó a la sanción de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado y el debate parlamentario vinculado a ésta.

Luego, repasamos su articulado para conocer sus principales disposiciones y la inclusión de las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Refugiados.

Asimismo, consideramos los principios y derechos consagrados en la ley, así como las definiciones de refugiado, la creación de la Comisión Nacional para los Refugiados y su Secretaría Ejecutiva y el procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

Posteriormente, analizamos las formas complementarias de protección a la luz del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Finalmente, presentamos una serie de reflexiones relativas al respeto de los compromisos asumidos en materia de protección de refugiados.

II. Antecedentes

A casi veintiocho años de vigencia del régimen democrático en la República Argentina, estamos en condiciones de afirmar que nuestro país posee

uno de los más altos estándares en materia de protección de los solicitantes de asilo y refugiados.

Estos altos estándares son parte de un desarrollo que se ha ido dando de manera progresiva desde la creación del entonces Comité de Elegibilidad para los Refugiados (C.E.P.A.R.E.), el cual ha sido acompañado y retroalimentado por los avances que, desde el advenimiento de la democracia, ha experimentado nuestro país en materia de promoción y protección de los derechos humanos. Un hecho fundamental en el contexto antes señalado ha sido la reforma constitucional de 1994 que dotó de jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales en la materia¹.

La República Argentina adhirió a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en el año 1961², efectuando una reserva geográfica que limitaba la aplicación de la Convención a los sucesos ocurridos antes del 1° de enero de 1951 en Europa. Conforme la definición general enunciada en la Convención de referencia, un refugiado es toda persona que “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951 y 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 nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”.

La fecha límite de 1951 de la Convención obedecía al deseo de los Estados, en el momento de adoptarse la misma, de limitar sus obligaciones a las situaciones de refugiados que se sabía que existían o a las que pudieran surgir ulteriormente como consecuencia de acontecimientos ya ocurridos.

Con el correr del tiempo, y con la aparición de nuevas situaciones de refugiados, se consideró necesario que las disposiciones de la Convención de

¹ Conforme el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

² La Ley 15.869 del 13 de septiembre de 1961 aprueba la realización de dicha adhesión.

1951 pasaran a cubrir a esos nuevos refugiados y, en tal sentido, se elaboró el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. El citado Protocolo, luego de ser examinado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, quedó abierto a la adhesión el 31 de enero de 1967 y entró en vigor el 4 de octubre de 1967³. Fue en ese mismo año que la República Argentina adhirió al Protocolo Adicional⁴ obligándose así a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención de 1951 sin la fecha límite de 1951.

Sin embargo, no fue sino hasta el retorno de la democracia que Argentina asumió sus compromisos al levantar la reserva geográfica⁵ y crear un órgano encargado de la determinación de la condición de refugiado. El Comité de Elegibilidad para los Refugiados (c.e.p.a.r.e.) fue creado por Decreto N° 464 del 11 de marzo de 1985, dependiente del Ministerio del Interior (Dirección Nacional de Migraciones) e integrado por funcionarios de ese organismo y del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, junto con un representante del ACNUR con voz y sin voto.

El decreto nada decía sobre una eventual Secretaría del Comité no obstante lo cual, a medida que el trabajo se complejizaba, se evidenció la necesidad de su creación y creciente asunción de responsabilidades. Así, en un primer momento con un número escasísimo de funcionarios, comenzó a construirse la Secretaría que llevaría adelante la instrucción de los casos y que a posteriori cobraría mayor entidad y responsabilidad y se transformaría en el órgano técnico de la Comisión de elegibilidad. Tal como surge del mencionado decreto, el entonces c.e.p.a.r.e. sólo tenía competencia en materia de determinación de la condición de refugiado, por lo que otras cuestiones estrechamente vinculadas con la integración y la protección integral escapaban a la estricta órbita de sus funciones.

Desde su creación, el c.e.p.a.r.e. recibió más de trece mil solicitudes de asilo de personas de casi un centenar de nacionalidades diferentes. En su trayectoria acumuló valiosas experiencias en materia de procedimiento de determinación de la condición de refugiado, interpretación, desarrollos doctrinarios, están-

³ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 1992, p.4.

⁴ Ley 17.468 del 3 de octubre de 1967.

⁵ La Ley 23.160 del 30 de septiembre de 1984, en su Artículo 1 establece "Modificase el Art. 2 de la Ley 15.869, de la siguiente manera: La República Argentina declara que los términos que figuran en el Art. 1, Sección A, del texto de la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados se interpretarán de acuerdo con la fórmula b) del Art. 1, B-1, de dicha Convención, que trata de los sucesos ocurridos en Europa o en otro lugar".

dares y en aspectos que hacen a la protección en general. También se comprometió en la búsqueda de soluciones duraderas, como la integración local y el reasentamiento. Asimismo, llevó a cabo un enorme desarrollo institucional para dar respuesta a los desafíos que las nuevas responsabilidades le planteaban, haciendo suyas las directrices y recomendaciones del ACNUR en la materia.

Entre octubre de 2002 y diciembre de 2003, a raíz de un acuerdo celebrado entre el ACNUR y el Ministerio del Interior, se implementó un Proyecto de Cooperación con miras a fortalecer la Secretaría técnica del C.E.Pa.Re.

Como resultado de ese Proyecto se logró avanzar en el fortalecimiento de la Secretaría, dotándola de mayores recursos financieros y de funcionarios técnicos capacitados en materia de determinación de la condición de refugiado, los cuales, luego de analizar los respectivos expedientes y realizar las entrevistas pertinentes, siguiendo las directrices del ACNUR en la materia, sometían a consideración del C.E.Pa.Re. un informe técnico no vinculante (que incluía los hechos del caso, la información sobre el país de origen y el derecho aplicable) sobre la base del cual el organismo decidía las solicitudes⁶.

Como resultado de dicho Programa se logró que el C.E.Pa.Re. reduzca notablemente el número de solicitudes que hasta esa fecha estaban pendientes de resolución, a la vez que se dieron importantes avances cualitativos en materia de procedimiento.

Lo descripto precedentemente valió el reconocimiento del ACNUR, quien señaló oportunamente que la Argentina se encontraba entre los países con mejor análisis técnico en la región, dado que había receptado plenamente las más modernas interpretaciones normativas en varias materias que siguen siendo objeto de debate y de difícil aplicación. Ello por cuanto, incluso sin contar con normativa específica que así lo dispusiera, el C.E.Pa.Re. aplicaba la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena, contemplaba los casos de persecución por agentes no estatales, respetaba el principio de confidencialidad, el de no devolución, el del beneficio de la duda a favor del solicitante así como el carácter declarativo del estatuto del refugiado, por lo que, hasta tanto una solicitud no fuera denegada, la aplicación de estos principios correspondía para el solicitante de estatuto de refugiado de igual forma que para el refugiado reconocido como tal.

⁶ Con anterioridad a la implementación de este informe, los miembros del C.E.Pa.Re. se veían obligados a revisar cada uno de los expedientes en su totalidad, con el prolongado tiempo que ello requería, para tomar una decisión sobre los casos en cada una de las reuniones realizadas a tal efecto.

Asimismo, en la Argentina ya el C.E.Pa.R.e. había reconocido como refugiados a personas perseguidas por su género u orientación sexual, por discriminación grave, por falta de garantías de un debido proceso, equivalente a persecución y por violencia doméstica, entre otras causales. En este tipo de casos las autoridades competentes habían interpretado la definición de refugiado acorde los más avanzados criterios del derecho vigente, con amplitud y desde el punto de vista de la plena vigencia de los derechos humanos y de aplicación del principio *pro homine*.

En nuestro país cada solicitud de asilo ha merecido siempre un tratamiento y resolución personales. Asimismo, siempre ha existido la posibilidad de presentar un recurso ante la denegatoria de una solicitud, con intervención, a través de un dictamen previo, de la Secretaría de Derechos Humanos (oportunamente dependiente del Ministerio del Interior, actualmente dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

No podemos dejar de mencionar que parte de ese importante desarrollo en materia de protección a los solicitantes de asilo y refugiados se ha debido también a los significativos aportes que han realizado tanto la sociedad civil como el ACNUR, organización de quien las autoridades nacionales han recibido siempre la más alta colaboración y asistencia en las diversas materias objeto de su mandato desde que sus oficinas se instalaron en Buenos Aires en el año 1965.

En conclusión, podría afirmarse que, al menos en materia de determinación de la condición de refugiado, aún en ausencia de una ley específica que así lo dispusiera, las autoridades argentinas ya aplicaban regularmente las principales directrices y recomendaciones del ACNUR en la materia, yendo incluso en algunos casos más allá de estas recomendaciones, otorgando un estándar superior de protección.

Sin perjuicio de ello, a pesar de los avances desarrollados en la práctica, hasta el año 2006 la Argentina no contaba con una ley en sentido formal que regulara de manera integral las cuestiones vinculadas a la condición jurídica del refugiado, los principios, la normativa y el procedimiento aplicable para la determinación de dicha condición, entre otras cuestiones.

III. El paradigma de derechos en el tratamiento de la cuestión de los extranjeros

En el proceso hacia la adopción de normativa específica en materia de protección de los refugiados resulta de suma importancia tener en cuenta

el marco legal vigente en nuestro país en materia de tratamiento a los extranjeros.

III.1. Principios consagrados en la Constitución Nacional

Ya el Preámbulo de la Constitución Nacional da cuenta del espíritu de apertura de la República Argentina al señalar el objetivo de “constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, *para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*”.

En la misma línea, el artículo 14 de la Carta Magna consagra una serie de derechos, conforme las leyes que reglamenten su ejercicio, para “todos los habitantes de la Nación” y, el artículo 16, establece que “todos los habitantes son iguales ante la Ley”.

Como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el vocablo “habitante” es comprensivo tanto de los nacionales como de los extranjeros y se refiere a las personas que residen en el territorio de la República con intención de permanecer en él aunque no tengan constituido un domicilio con todos los efectos legales⁷.

Más específicamente referida a la cuestión de los extranjeros, la Constitución Nacional en su artículo 20 dispone que los mismos “gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

De la lectura armónica de estos preceptos constitucionales se puede concluir razonablemente que los extranjeros han gozado desde la formación del Estado argentino, como un país abierto a la inmigración, de las más amplias protecciones de sus derechos civiles, garantizándoles su derecho a trabajar, a ejercer su profesión en igualdad de condiciones que los ciudadanos argentinos⁸.

⁷ Véase Corte Suprema de la Nación, *Fallos*, 151, 211, 268, entre otros.

⁸ Oddone, E., *Constitución Nacional, Nacionalidad y Función Pública*, Buenos Aires, 2008.

III.2. El tratamiento de los extranjeros en el derecho internacional

En términos generales podría afirmarse que las actividades de los extranjeros han sido reguladas por el derecho internacional a partir de dos grandes ejes temáticos: por un lado, el acceso al territorio de un Estado y la libertad de circulación en él y, por el otro, las actividades económicas, profesionales y laborales que puedan desarrollar.

Sin embargo, dada la complejidad del fenómeno migratorio en las nuevas circunstancias del contexto internacional y los desafíos que deben enfrentar las personas en el proceso de traslado y en el asentamiento en los países de destino, resultaba necesaria la inclusión de la perspectiva social y humana en la consideración de las migraciones internacionales.

En este sentido, es dable recordar que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los principales tratados internacionales de Derechos Humanos –la mayoría de los cuales posee ratificación cuasi universal– hacen referencia al principio de igualdad en dignidad y derechos, estableciendo para los Estados la obligación de respetar los derechos garantizados en dichos instrumentos, sin distinción de ningún tipo, en particular de raza, religión u origen nacional. Asimismo, varios de estos instrumentos prescriben que todas las personas tienen derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país⁹.

Lo expuesto precedentemente ha permitido ampliar, en los últimos tiempos, el marco tradicional dentro del cual el derecho internacional trataba las cuestiones relativas a extranjeros incorporando la perspectiva del derecho internacional de derechos humanos¹⁰.

Por otra parte, es importante resaltar la entrada en vigor, en julio de 2003, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que viene a integrar el núcleo central de tratados de derechos humanos de alcance universal.

⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 13.

¹⁰ En el Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre Migración y Desarrollo (A/60/871), de fecha 18 de mayo de 2006, se señala que “para aprovechar al máximo los beneficios de las migraciones internacionales es preciso que se respeten los derechos de los migrantes. Los Estados están obligados a proteger los derechos fundamentales de todas las personas en su territorio y deben tomar medidas efectivas para defender a los migrantes frente a cualquier tipo de violación o abuso de los derechos humanos. Asimismo, tienen que combatir todas las formas de discriminación, xenofobia, etnocentrismo y racismo,” párr.77.

En lo atinente al ámbito interamericano, debe recordarse la Opinión Consultiva 18 en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aboca al tratamiento de los derechos de los migrantes en general y de los trabajadores migrantes en particular. La Corte estructura su opinión partiendo de reconocer el carácter imperativo del principio de igualdad y no discriminación así como su importancia como principio fundante de los derechos humanos y de las obligaciones elementales de los Estados de respetarlos y garantizarlos. Luego, el Tribunal aplica el principio de igualdad y no discriminación a los migrantes para abocarse al tratamiento de los derechos que corresponden a los trabajadores migrantes indocumentados y, establece, entre otras cosas, que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”¹¹.

Por otra parte, es importante destacar la creación en enero de 2004 de un Grupo de Trabajo encargado de elaborar un “Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, incluyendo los Trabajadores Migrantes y sus Familias”, cuya presidencia estuvo a cargo de la República Argentina, en el marco de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos. El mencionado Programa buscó integrar las consideraciones sobre derechos humanos de los migrantes y sus familias al trabajo de los órganos, organismos, y entidades de la OEA, al de los Estados Miembros y a la sociedad civil y, en ese marco, señaló que la facultad de los Estados de regular el ingreso y la permanencia de extranjeros en sus territorios y de determinar la condición de las personas migrantes “debe ejecutarse y ser consistente con el derecho internacional aplicable de los derechos humanos”¹².

Lo expresado precedentemente da cuenta de que, tanto en el ámbito universal como en el regional, se ha ido plasmando paulatinamente un nuevo paradigma en el tratamiento de la cuestión migratoria basado en una perspectiva de derechos humanos y no discriminación.

¹¹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de Migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18 de septiembre de 2003, Serie A Nro. 18, párr 134.

¹² Información disponible en <http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/Migrantes.asp>.

III.3. La Ley de Migraciones

La República Argentina ha procurado plasmar este nuevo paradigma en el espíritu de su política migratoria y, en consecuencia, en las disposiciones de la nueva Ley de Migraciones vigente en nuestro país desde el mes de enero de 2004.

En el año 2003, luego de varios años de debates parlamentarios, el Congreso sancionó la Ley de Migraciones N° 25.871, la cual ha procurado plasmar el paradigma de derechos ya exigido en la Constitución Nacional de 1853.

Esta ley deroga el Decreto/Ley 22.439, sancionado en el año 1981 en plena dictadura militar, que concebía el rol del Estado en materia de control migratorio bajo un enfoque de seguridad nacional. Por el contrario, la Ley 25.871 evidencia un cambio de paradigma hacia una perspectiva de derechos humanos, donde el Estado aparece como garante del derecho a migrar, de la igualdad de trato para los extranjeros, del acceso igualitario a los servicios sociales, de la reunificación familiar y de la regularización de la situación migratoria de las extranjeras y extranjeros¹³. La actual Ley de Migraciones reafirma el aporte positivo de los migrantes y el valor del respeto de los derechos humanos de las personas sin distinción de origen nacional. En particular, además, se destaca como uno de los criterios para la obtención de la residencia el ser nacional de uno de los países del Mercado Común del Sur y Estados Asociados (artículo 23.m).

Es entonces, en este marco de compromiso de la República Argentina con avanzar en la promoción y protección de los derechos humanos y, en particular, de la nueva política migratoria —que consagra el derecho a migrar como un derecho humano—, que se sanciona la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado.

IV. La Ley 26.165

IV.1. Proceso de aprobación legislativa

La Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165 fue aprobada en la sesión del 8 de noviembre de 2006 de la Cámara de Dipu-

¹³ Novick, S., “Una nueva ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso” en Giustiniani, R. (ed.), *La migración: un derecho humano*, Prometeo, Buenos Aires, 2004.

tados, e implicó un enorme avance en la materia que motivó se la considerara como un aporte fundamental para el desarrollo de la temática en la región¹⁴.

La norma tuvo su origen en un proyecto elaborado conjuntamente por las autoridades gubernamentales involucradas en la protección de refugiados, la sociedad civil y la Oficina Regional del ACNUR, y su debate fue iniciado ante la Cámara de Senadores en junio de 2004 donde fue aprobado por unanimidad en agosto de 2005. Tras ser remitido a la Cámara de Diputados, se giró a las Comisiones de Derechos Humanos y Garantías, Relaciones Exteriores y Culto, Justicia, Población y Desarrollo Humano y Presupuesto y Hacienda.

El legislador tuvo en cuenta, a la hora de sancionar la ley, no sólo las obligaciones legales del Estado derivadas de la ratificación de los instrumentos internacionales en la materia sino también la obligación de solidaridad derivada de la protección que miles de argentinos recibieron cuando se vieron forzados a abandonar el país.

Durante el debate, el Diputado Remo Carlotto, miembro informante en su carácter de Presidente de la Comisión de Derechos Humanos y Garantías de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, señaló que, a pesar de haber ratificado la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 hacía más de cuarenta años, la República Argentina no contaba con una ley que regulara de manera integral el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado y los derechos y garantías de éstos. Consideró, además, que se trataba “del cumplimiento de una deuda pendiente dado que durante los años de dictadura miles de argentinos [habían] recibido por parte de distintos países la posibilidad de refugiarse, de proteger su vida y la de sus familias, de partir hacia el exilio con la garantía de contar con elementos mínimos esenciales en momentos de persecución, cuando las decisiones que se tomaban incidían sobre la vida y la muerte”¹⁵.

¹⁴ En ocasión de la aprobación de la Ley en el Congreso Nacional, la Representante Regional del ACNUR para el Sur de América Latina expresó su gran satisfacción señalando que “la adopción de una ley de refugiados confirma claramente el creciente compromiso de la Argentina con las víctimas de los conflictos armados, la persecución y las violaciones a los derechos humanos, que el país viene demostrando en los últimos años. También manifestó que la Ley constituye una herramienta importante para la adopción de políticas públicas para ayudar a las personas refugiadas en su proceso de integración en la sociedad, a la vez que contempla aspectos relacionados especialmente con las mujeres y los menores no acompañados”. ACNUR, *El ACNUR felicita al Gobierno Argentino por Ley de Refugiados*, Buenos Aires, 9 de noviembre de 2006, disponible en http://www.acnur.org/index.php?id_pag=5771.

¹⁵ Cámara de Diputados de la Nación Argentina, *Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado: debate parlamentario*, Orden del día N° 1351, Reunión N° 38, 27ª Sesión ordinaria del 8 de noviembre de 2006.

Asimismo, los legisladores destacaron que, hasta ese momento, la normativa interna vinculada a refugiados se encontraba dispersa en normas de distinta índole (disposiciones, resoluciones ministeriales, decretos e, incluso, actas resolutivas del Comité) que regulaban las cuestiones vinculadas a la ayuda administrativa, la confidencialidad y la gratuidad de las tramitaciones, entre otras, y que resultaba necesario reunir en un único texto normativo, tal como este proyecto de ley se proponía.

IV.2. Una ley basada en las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Refugiados

A nuestro juicio, las disposiciones del artículo 1 de la Ley 26.165 constituyen el pilar fundamental sobre el cual se erige la protección de los refugiados y de los solicitantes de tal condición en nuestro país, al señalar que: “La protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo¹⁶ y por lo que dispone la presente Ley”.

A la luz de la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos establecida en el art. 75.22 de la C.N., reformada en el año 1994, no es casual que el legislador haya colocado al derecho internacional de los derechos humanos como la principal fuente en la materia de protección a los refugiados.

Las disposiciones de este artículo implican que las obligaciones asumidas por la República Argentina frente a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos también abarcan a los solicitantes de asilo y los refugiados sujetos a su jurisdicción.

Por otro lado, estos tratados de derechos humanos fijan también los estándares que deben regir en materia de determinación de la condición de refugiado. Así, si la Argentina ha asumido el compromiso de respetar las garantías del debido proceso (consagradas en varios instrumentos internacionales) de-

¹⁶ A la fecha, la Argentina ha ratificado la totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos celebrados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, con excepción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual será ratificado en los más breves plazos, encontrándose en su etapa final los trámites necesarios a tal efecto.

berá tener en cuenta estas obligaciones al momento de analizar, por ejemplo, la solicitud de una persona que ha salido de su país de origen por temor a ver amenazada su vida, seguridad o libertad por la existencia de un procedimiento judicial en su contra que no ha respetado el derecho de defensa en juicio (por ejemplo, por haber sido juzgada por comisiones especiales en desmedro del derecho a un juez natural, entre otros supuestos).

Del mismo modo, si se tratara de un solicitante que fuera niño en los términos de la Convención de los Derechos del Niño, el organismo encargado de la determinación de la condición de refugiado difícilmente podría apartarse de las obligaciones contraídas por la Argentina al momento de ratificar esa Convención.

Este “paraguas de derechos humanos” que propone el artículo 1 de la Ley reviste fundamental importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que en la mayoría de los países del mundo las cuestiones migratorias y aquellas vinculadas a los refugiados están siendo consideradas bajo una perspectiva de seguridad, más que desde un enfoque de derechos.

El estándar de protección que establece este artículo va, en algunos casos, incluso más allá de lo que dispone la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Así, mientras que la Convención obliga a los Estados a garantizar ciertos derechos a los refugiados en las mismas condiciones que a los extranjeros, las disposiciones de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales de derechos humanos en que la Argentina es parte, garantizan para los solicitantes de asilo y refugiados la igualdad de derechos con los nacionales.

En el artículo 2 se señala que “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”.

Receptando el carácter declarativo que tiene el reconocimiento de la condición de refugiado, el citado artículo establece que dichos principios “se aplicarán tanto al refugiado reconocido como al solicitante de dicho reconocimiento”.

Sobre el particular es importante recordar que, de acuerdo con la Convención de 1951, “una persona es un refugiado tan pronto como reúne los

requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado”¹⁷.

V. Principios y derechos consagrados en la Ley 26.165

V.1. No devolución

Es sabido que el principio de no devolución o *non-refoulement* es la piedra angular del Derecho Internacional de los Refugiados. Cubre cualquier medida atribuible al Estado que pueda tener el efecto de devolver a un solicitante de asilo o refugiado a las fronteras de territorios donde su vida o libertad puedan verse amenazadas, o donde él o ella corra riesgo de persecución, incluyendo su intercepción, rechazo en la frontera o devolución indirecta. En particular se reconoce que se debe proteger a los refugiados con respecto a la extradición a un país en el que tuviesen fundados temores de ser perseguidos por los motivos enumerados en la Convención de 1951.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos este principio está consagrado en el art. 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que dispone que “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 peligro de ser sometida a tortura”.

También el art. 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

El principio de no devolución se encuentra contemplado en los artículos 2, 7 y 39 de la ley. En particular el artículo 7 señala que “ningún refugiado, entendiéndose como incluido en este término al solicitante de asilo cuyo

¹⁷ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, op. cit., párr. 28.

procedimiento de determinación de la condición de refugiado esté todavía pendiente de resolución firme, podrá ser expulsado, devuelto o extraditado a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, incluido el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Por su parte, el artículo 39 del citado cuerpo legal dispone que “la autoridad, ya sea central, regional o municipal, de policía, fronteras, migración judicial o cualquier otro funcionario habilitado que tuviera conocimiento de la aspiración de un extranjero de acceder al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado, es responsable de garantizar el respeto al principio de no devolución [...] y de notificar dicha solicitud inmediatamente a la Secretaría Ejecutiva”.

El principio de no devolución se debe tomar especialmente en cuenta en lo referente a la extradición. Los artículos 14 y 15 de la ley se refieren en particular a la cuestión de la extradición y establecen que “[l]a interposición de una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado tendrá efecto suspensivo sobre la ejecución de una decisión que autorice la extradición del solicitante de asilo hasta que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado haya sido completado mediante resolución firme” y, que “[e]l reconocimiento de la condición de refugiado tendrá el efecto de terminar cualquier procedimiento de extradición iniciado contra el refugiado a petición del gobierno del país de su nacionalidad o residencia habitual. En todos los casos la extradición de un refugiado se llevará a cabo con absoluto respeto a las disposiciones contenidas en el capítulo III del título I de esta Ley”.

Con anterioridad a la sanción de la ley la cuestión de la extradición se regía por las disposiciones del Decreto N° 251/1990, aún vigente, que establecía la prohibición de extradición para el caso de refugiados reconocidos y señalaba que “antes de dar curso judicial a un pedido de extradición de un extranjero el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto comprobará si la persona requerida posee la condición de refugiado” (artículo 1)¹⁸.

¹⁸ Respecto a los vínculos entre extradición y reconocimiento de la condición de refugiado y la aplicación de lo establecido por Decreto N° 251/1990 resulta de particular interés el dictamen del Procurador General de la Nación en el caso *Mera Collazos, Julio César y otra s/ extradición*. Véase también Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos* 325:625, *Julio Mera Collazos*, Sentencia del 16 de abril de 2002. Véase también en este mismo libro Mondelli, J. I., “La extradición y el asilo: legislación y práctica en los países de la región” [N. del Ed.].

Cabe señalar que existen varios fallos judiciales en los que los procesos de extradición fueron suspendidos hasta tanto mediara resolución firme respecto a la solicitud de estatuto de refugiado, considerando así el carácter declarativo del reconocimiento de la condición de refugiado en particular en lo que respecta al principio de no devolución¹⁹. Existen otros casos, incluso, en los que habiéndose arribado a una resolución concediendo la extradición, se dispuso que ésta no se efectivizara hasta tanto quedara firme la resolución respecto al reconocimiento de la condición de refugiado, manteniéndose incólume la obligación de no devolución del artículo 7 de la Ley ²⁰.

V.2. No sanción por ingreso ilegal

Con frecuencia los refugiados tienen razones justificadas para el ingreso ilegal al territorio de otro Estado.

El artículo 31 de la Convención de 1951 establece que los Estados parte 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, 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 ilegales²¹. El Comité Ejecutivo del ACNUR recomendó en muchas de sus Conclusiones normas apropiadas de tratamiento para esas situaciones²².

El artículo 40 de la ley recepta las disposiciones del art. 31 de la Convención de 1951 afirmando que “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

¹⁹ A modo de ejemplo véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 16 de abril de 2008. *Acosta González, Agustín y otros s/extradición*, Fallo A 2112. XLII.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 14 de septiembre de 2010, *Apablaza Guerra, Galvarino Sergio s/arresto preventivo*, Fallo A 1579 XLI.

²¹ Véase ACNUR, Consultas globales sobre protección internacional. Resumen de conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Ginebra (8-9 de noviembre de 2001), *El artículo 31 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2001.

²² Véase Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusiones No. 15, 22, 44 y 58, entre otras.

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 tuvieren su justificación en las causas que determinaron su reconocimiento como refugiado”.

En Argentina han habido suspensiones de procesos penales por uso de documento falso hasta tanto se determinara la condición de refugiado del interesado. En tales situaciones, incluso, hubo resoluciones absolutorias una vez reconocida la condición o al considerarse que el refugiado obró por un estado de necesidad justificante al utilizar una identidad falsa para proteger la propia vida²³.

V.3. Confidencialidad

Este principio está estrechamente vinculado con la obligación de respetar y garantizar la seguridad del solicitante de asilo, del refugiado y de sus familias, debido a los serios riesgos que podría suponer compartir información con las autoridades del país de origen.

En tal sentido, resulta fundamental preservar toda la información personal como aquella referida y contenida en la solicitud de asilo toda vez que, el mero hecho de haber solicitado asilo en otro país puede, en ciertos casos, implicar serias consecuencias tanto para el individuo como para su familia o personas vinculadas en el país de origen. Por tal razón se reconocen muy limitadas excepciones a este principio, como aquellas referidas a la repatriación voluntaria del refugiado²⁴.

²³ Fallo del Tribunal Oral Federal N° 2 en la causa N° 17096/04 caratulada “*Apablaza Guerra, Galvarino Sergio s/falsificación de documentos públicos*”.

²⁴ En efecto, en su Conclusión N° 8 (XXVIII), referida a la Determinación de la Condición de Refugiado, el Comité Ejecutivo del ACNUR solicitó “a la Oficina del Alto Comisionado que considerase la posibilidad de publicar –como orientación para los gobiernos– un manual relativo a los procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y de distribuir –aunque esforzándose por respetar la naturaleza confidencial de cada petición y las situaciones implicadas– las decisiones importantes sobre la determinación de la condición jurídica de refugiado. En dicha conclusión, los Estados reconocen expresamente la naturaleza confidencial de cada petición y las situaciones implicadas. Por su parte, en la Conclusión N° 91, vinculada al Registro de Refugiados y Solicitantes de Asilo, el Comité Ejecutivo del ACNUR, en su 52° período de sesiones del año 2001, expresó

La Ley 26.165 en sus artículos 32, al referirse al procedimiento, y 48, recoge este principio estableciendo que toda la información relacionada con la solicitud de la condición de refugiado tiene carácter estrictamente confidencial y, asignándole a la Comisión la función de dar las instrucciones del caso cuando haya autoridades nacionales interesadas, en particular con relación a comunicaciones con las autoridades del país de nacionalidad o residencia habitual del solicitante²⁵.

V.4. Unidad de la familia

Comenzando por la Declaración Universal de Derechos Humanos, que afirma que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, varios instrumentos internacionales de derechos humanos contienen disposiciones similares para la protección de la unidad de la familia²⁶. Como señala el Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de refugiado del ACNUR, el Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención de 1951 recomendó a los gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado y especialmente para asegurar que se mantenga la unidad de su familia, sobre todo en los casos en que el jefe de familia reuniera las condiciones necesarias para ser admitido en un país; así como recomendó asegurar la protección a los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a las jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción.

El Manual destaca que “por lo que se refiere a los miembros de la familia que pueden quedar amparados por el principio de la unidad familiar, debería

que el registro de refugiados y solicitantes de asilo debe respetar el principio fundamental de confidencialidad y que el personal que lleva a cabo el registro debe tener instrucciones claras sobre los procedimientos y requisitos para el registro, con inclusión de la necesidad de guardar la confidencialidad de la información reunida, adoptando medidas especiales para asegurar la integridad del proceso de registro. Finalmente, las Conclusiones sobre las Consultas globales de Protección del 31 de mayo de 2001 señalaron que “los procedimientos de asilo deben respetar, en todas las etapas del procedimiento, la confidencialidad de todos los aspectos de la solicitud de asilo, incluso del mismo hecho de que el individuo ha planteado una solicitud. Asimismo, no se debe compartir ninguna información de la solicitud con el país de origen”.

²⁵ Con anterioridad a la sanción de la ley, existía un Acta Resolutiva del C.E.Pa.Re. que establecía el carácter reservado de los pedidos del estatuto de refugiado (Acta Resolutiva N° 475 de 1998).

²⁶ Declaración Universal de los Derechos humanos (1948), Artículo 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Artículos 17 y 23; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Artículo 10; Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Artículos 9 y 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Pacto de San José, Artículos 11 y 17, entre otros.

incluirse por lo menos al cónyuge y a los hijos menores de edad. En la práctica, se incluye normalmente a otros familiares a cargo, tales como los padres ancianos de refugiados si forman parte del mismo hogar”.

Hacia 2001 el documento de resumen de conclusiones de Consultas Globales sobre Protección internacional referido a la Unidad de la Familia²⁷ señalaba que “si bien el derecho internacional de los derechos humanos no ha definido explícitamente el concepto de ‘familia’, existe un *corpus* emergente de jurisprudencia internacional al respecto que sirve como guía para la interpretación. El tema de la existencia o no de una familia, es esencialmente una cuestión de hecho que debe determinarse caso a caso, para lo cual es indispensable adoptar un enfoque flexible que tome en cuenta las variantes culturales y los factores de dependencia económica y emocional. Para los fines de la reunificación familiar ‘familia’ incluye, como mínimo, a los miembros de la familia nuclear (cónyuges y niños y niñas menores de edad)”.

Para dar un ejemplo de cómo la cuestión de la unidad de la familia es interpretada por algunos Estados, es preciso resaltar que la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar de 2003 del Consejo Europeo²⁸ autoriza la entrada y residencia del cónyuge del reagrupante (refugiado) y de sus hijos menores de edad, siempre y cuando ingresen con él. Por el contrario, es discrecional del Estado que acoge al reagrupante autorizar el ingreso y residencia de sus ascendientes en línea recta (cuando estén a su cargo y carezcan de medios de vida en su país de origen), de los hijos mayores del reagrupante o su cónyuge (cuando no sean capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud) y de la pareja del reagrupante (siempre que mantenga con el refugiado o la refugiada una relación debidamente probada). Asimismo, será discrecional para el Estado receptor aceptar a los niños mayores de 12 años cuando lleguen en forma independiente al resto de la familia. Como condición para el ejercicio del derecho de reagrupación familiar, la Directiva deja librado al criterio de cada Estado miembro el exigir al solicitante contar con una vivienda adecuada, un seguro de salud y medios para asegurar la subsistencia del grupo familiar. Asimismo, es privativo de cada uno de los Estados miembros exigir al reagrupante haber residido legalmente por

²⁷ ACNUR, *Unidad de la Familia*, Mesa Redonda de Expertos en Ginebra, 8-9 de noviembre de 2001, 2001.

²⁸ Directiva 2003/86/CE del Consejo de Europa del 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.

un período de dos años en su territorio antes de autorizar la reunificación con el resto de la familia.

El citado principio se encuentra recogido en los artículos 5 y 6 de la legislación argentina y su alcance resulta sin dudas amplio y moderno al disponer que los efectos del reconocimiento de la condición de refugiado se aplicarán por extensión a su cónyuge o a la persona con la cual el refugiado se halle ligado en razón de afectividad y de convivencia; ascendientes, descendientes y colaterales en primer grado que de él dependan económicamente.

De forma novedosa, la ley estipula que las autoridades competentes deben resolver teniendo en cuenta los valores culturales de sus países de origen.

Tanto en el análisis de solicitudes de estatuto de refugiado presentadas de forma espontánea como en el análisis de solicitudes de reasentamiento en Argentina, el C.E.PA.R.E. y la CONARE han resuelto sobre pedidos de reagrupación familiar, sobre la base de este enfoque, extendiéndose el estatuto de refugiado a parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, como así también a hijos mayores de edad.

V.5. Ayuda administrativa

El principio de ayuda administrativa se relaciona íntimamente con la seguridad del refugiado en el país que le brinda asilo ya que toma en consideración la imposibilidad o negativa del refugiado de tomar contacto con las autoridades del país de su nacionalidad para la obtención de tal ayuda.

La Convención de 1951 contiene diversas disposiciones referidas a la documentación²⁹, residencia legal y ayuda administrativa que el país de asilo debe proporcionar a solicitantes de estatuto de refugiado y refugiados. En cuanto a la ayuda administrativa, la Convención establece que, 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 país de asilo deberá adoptar las medidas o disposiciones necesarias para proporcionar esa ayuda o hacer lograr que una autoridad internacional lo haga. De este modo, deberá expedir o hacer 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. Los documentos o certifi-

²⁹ En particular, los artículos 27 y 28 y el Anexo de la Convención de 1951 contienen disposiciones relativas a la emisión de documentos de identidad y de viaje.

cados 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.

La cuestión relativa a la ayuda administrativa tampoco es nueva en el ordenamiento interno aunque se encontraba regulada por normas diversas.

El Decreto N° 978/1973 constituye la primer norma que da cuenta de la implementación de las obligaciones contraídas en la Convención, en particular la obligación de emisión de Documento de Viaje a los refugiados que, en ese Decreto, autorizaba a la Policía Federal Argentina a emitir.

En materia de residencia legal, el Decreto N° 1434/87, reglamentario del Decreto-Ley de Migraciones 22.439, daba cuenta de la necesidad de eximir a los refugiados, en particular para la tramitación de la residencia, de la documentación emitida por el país de origen que se le exigiría a cualquier otro extranjero. La cuestión era recogida también en el posterior reglamento de Migraciones, Decreto N° 1023/94 y en la Disposición N° 267 de la Dirección Nacional de Migraciones, que establecía el tipo de residencia a otorgar (temporaria por tres años) y la documentación exigida a tal fin.

En lo que concierne al Documento Nacional de Identidad, la Resolución N° 1192/1998 del Registro Nacional de las Personas contemplaba la eximición de la documentación del estado civil, requisito para la obtención del DNI, para el caso de los refugiados.

Con respecto a la certificación de estudios, la Resolución Administrativa N° 2575 del Ministerio de Educación regulaba un tratamiento preferencial de trámites administrativos de ingreso y egreso de establecimientos educacionales en el país para refugiados reconocidos. Fundamentalmente, en su artículo 2° fijaba que se requeriría al refugiado certificado que avale su nivel de instrucción y, de no cumplirse tal requisito, se deberán efectuar pruebas evaluativas para determinar el grado de aprendizaje alcanzado por el candidato.

El artículo 17 de la Ley 26.165 vino a cristalizar la intención de estas normas dispersas que existían previamente a su sanción, recogiendo el principio de ayuda administrativa contemplado en el artículo 25 de la Convención de 1951: “Cuando para el ejercicio de sus derechos y obligaciones el refugiado debiera, en circunstancias normales, solicitar los servicios consulares de su país de nacionalidad o residencia habitual para la obtención de documentos, certificación o acreditación de su estado civil, títulos y demás actos administrativos,

las autoridades competentes tomarán las medidas oportunas para asistir al refugiado, respetando su derecho a no solicitar asistencia de las autoridades del gobierno de su país de nacionalidad o residencia habitual”.

Diversas normas, adoptadas a posteriori de la sanción de la ley regulan la cuestión de la ayuda administrativa en diversos planos: en lo que respecta a la tramitación de la residencia legal (Ley 25.871 y Decreto N° 616/2010), la obtención de un documento de viaje (el Decreto N° 261/2011 que aprueba el Reglamento para la emisión de pasaportes, contempla en su art. 11 la expedición de este documento a los extranjeros residentes en la República respecto de los cuales resulte aplicable la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados y disposiciones concordantes), la obtención del DNI (a través de la Resolución N° 666/2010 del Registro Nacional de las Personas que aprueba un procedimiento especial para la tramitación del DNI de quienes acrediten su condición de refugiado en Argentina en el que se contemplan la exención de la tasa contributiva y la eximición de la documentación que se solicita a cualquier migrante) y el acceso a instituciones educativas (Resolución N° 1551/2008 del Ministerio de Educación que reemplaza la Res. 2575/1998 estableciendo para los estudiantes extranjeros que han obtenido o solicitado el Estatuto de Refugiado por parte de las autoridades nacionales, un tratamiento preferencial en los trámites administrativos de ingreso y egreso de los establecimientos educativos del país).

La Convención de 1951, en el mismo art. 25, se refiere a la cuestión de los derechos por los servicios mencionados (en materia de expedición de documentación y certificados) señalando que, a reserva del trato excepcional que se conceda a los refugiados indigentes, pueden asignarse derechos por los servicios mencionados pero tales derechos serán moderados y estarán en proporción con los asignados a los nacionales por servicios análogos.

No obstante ello, tanto las tramitaciones de la residencia legal³⁰ como la expedición de documentación identificatoria³¹ tienen carácter gratuito para los refugiados y, esta exención del pago de tasas retributivas de servicios, abarca incluso la tramitación de un permiso de ingreso a favor de un familiar.

³⁰ El Decreto N° 942/1995 dispuso la eximición del pago de la tasa retributiva de servicios a todos los trámites que los refugiados deban efectuar ante la Dirección Nacional de Migraciones. El Decreto N° 231/2009 relativo a los trámites sujetos al pago de tasas retributivas de servicios, dispuso en su Artículo 2° la eximición del pago para, entre otros, “IV. los extranjeros a los cuales se les hubiera reconocido la calidad de refugiado o asilado”.

³¹ Resolución N° 666 del Registro Nacional de las Personas del 19 de abril de 2010.

V.6. Debido proceso legal

Finalmente, en las disposiciones generales de la Ley 26.165 se da cuenta que la protección de refugiados se realizará también con arreglo al principio de debido proceso, explicitándose así este principio básico contemplado en numerosos instrumentos de derechos humanos, que se analizará en detalle en el apartado referido al procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

VI. La definición de refugiado

En cuanto a quiénes son considerados refugiados en Argentina, la Ley, por un lado, recepta la definición clásica de la Convención de 1951 estableciendo que un refugiado es toda persona que “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 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 residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él”.

Pero, asimismo, extiende la protección a toda persona que “ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad 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”, incluyendo así de forma literal la definición de refugiado contenida en la Conclusión tercera de la Declaración de Cartagena de 1984.

La aplicación de la definición ampliada no era nueva por parte del órgano de elegibilidad argentino. Ya el Acta Resolutiva N° 465 del Comité de Elegibilidad para Refugiados (C.E.P.A.R.E.) que data de febrero de 1998 recomendaba adoptar las medidas necesarias con el objeto de integrar a la definición de refugiado los términos de la definición ampliada en el análisis de los casos futuros. Pero cabe señalar que, precisamente dicho acto administrativo surge también como consecuencia de una práctica anterior: la aplicación de un criterio amplio en el análisis de los casos. A modo de ejemplo, es posible

mencionar que el C.E.Pa.R.E. ya había reconocido como refugiados bajo la definición ampliada a ciudadanos de Liberia, Sierra Leona, Senegal, Colombia, Irak y Haití. Incluso, hacia 2004 el C.E.Pa.R.E. había hecho el reconocimiento bajo la definición ampliada de nacionales iraquíes y haitianos *sur place*³². Una vez más, la ley, en este punto como en muchos otros, recoge la práctica y el estándar que Argentina venía aplicando con antelación.

La consideración de los más altos estándares de protección en la República Argentina se ha visto reflejada en la interpretación que ha realizado tanto el C.E.Pa.R.E. como la CONARE de la definición de refugiado. Ello así, se ha equiparado a persecución —en los términos de la Convención de 1951— la amenaza o existencia real de un procedimiento judicial que no cumple con las garantías mínimas del debido proceso (por la comisión o presunta comisión de un delito) o que resulta excesivo o arbitrario, de conformidad con lo establecido en el párrafo 85 del citado Manual de Procedimientos.

Asimismo, la existencia de razones fundadas para considerar que un solicitante de asilo estaría en peligro de ser sometido a tortura en su país de origen también ha sido equiparada a persecución a los efectos de reconocerlo como refugiado.

Por otra parte, tanto el C.E.Pa.R.E. como la CONARE han incorporado en el análisis de las solicitudes de asilo la perspectiva de género propiciada por los principales instrumentos internacionales en la materia. Teniendo en cuenta que los “motivos de género” no han sido incluidos expresamente en la definición de refugiado de la Convención de 1951, el tema ha sido considerado en el contexto de la “pertenencia a determinado grupo social” (sobre la base de las guías del ACNUR relativas a grupo social³³ y género³⁴), reconociéndose como refugiados a víctimas de violencia doméstica y esclavitud sexual, a personas que han sufrido discriminación severa por motivos de género u orientación sexual, y a aquellas que se habían visto obligadas a contraer matrimonio de manera forzada.

³² El ACNUR señala que un refugiado *sur place* es la persona que no era un refugiado al dejar su país pero que adquiere posteriormente tal calidad en virtud de circunstancias que hayan surgido en su país de origen durante su ausencia. ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, op. cit., párrs. 94 y 95.

³³ ACNUR, *Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967. Directrices sobre la Protección Internacional*, 2002.

³⁴ *Ibidem*.

También las autoridades argentinas han interpretado generosamente el concepto de “persecución” de la Convención de 1951 y han reconocido como refugiados a personas que habían sido víctimas de discriminación laboral, considerando la definición que sobre el tema brinda la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los estándares internacionales de derechos humanos.

En otro orden de ideas, con relación a aquellas personas que no serían merecedoras de protección internacional, la ley recoge las cláusulas de exclusión casi literalmente del art. 1.f de la Convención de 1951 estableciendo en su art. 9 que no le será reconocida la condición de refugiado a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio antes de ser admitida en él como refugiada; y, c) que ha cometido actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Paralelamente, recepta las cláusulas de cesación de la Convención que enuncian las condiciones en que un refugiado deja de tener tal calidad. Estas cláusulas se basan en la idea de que no se debe proporcionar protección internacional cuando ya no sea necesaria ni esté justificada. La ley en su art. 11 reconoce que la condición de refugiado cesará para toda persona que a) se ha acogido nuevamente de manera voluntaria a la protección del país de su nacionalidad; b) habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; c) ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; d) se ha establecido voluntariamente en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguido; e) no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada; f) si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde tenía su residencia habitual.

Asimismo, contempla la posibilidad de que quien se encuentra comprendido bajo los supuestos e) y f) del artículo 11 pueda invocar razones imperiosas derivadas de la grave persecución para mantener un fundado temor de perse-

cución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. A su vez, contempla la posibilidad de interponer un recurso contra una decisión de cesación del estatuto.

VII. Creación de la CONARE y su Secretaría Ejecutiva

La Ley 26.165 se refiere en su Título IV a los órganos competentes y funciones en materia de refugiados.

En su artículo 18 crea en jurisdicción del Ministerio del Interior la Comisión Nacional para los Refugiados, integrada por cinco comisionados representantes del Ministerio del Interior, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, del Ministerio de Desarrollo Social y del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

La ley prevé también la integración a la Comisión, con voz y sin voto, de un representante del ACNUR y de una organización no gubernamental sin fines de lucro. Sobre el particular, cabe recordar que el ACNUR ya integraba con voz y sin voto el C.E.Pa.R.E. y que, a sugerencia de este organismo, también participaba informalmente de las reuniones de dicho Comité (desde el año 2005) un representante de la organización no gubernamental que actúa como agencia implementadora del ACNUR en los programas de integración de los refugiados. En tal sentido, una vez más la ley cristaliza buenas prácticas que ya se venían desarrollando en materia de determinación de la condición de refugiado.

Con relación a su mandato, la ley le otorga a la CONARE funciones ampliadas respecto de su organismo predecesor, ya que no sólo es la encargada de resolver las solicitudes de estatuto de refugiado en el país y llevar adelante el trabajo de determinación de la condición de refugiado, sino también de diseñar, coordinar y monitorear las políticas públicas para la búsqueda de soluciones duraderas para los refugiados, atendiendo a sus necesidades asistenciales y de integración. Como señala el inciso a) del art. 25, es función de la CONARE proteger los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo que se hallen bajo la jurisdicción de la República Argentina en toda circunstancia, para lo cual está facultada para ejecutar todas las acciones que resulten necesarias.

A nuestro juicio ésta constituye la principal novedad que introduce la ley respecto a las competencias que le correspondían al entonces C.E.Pa.R.E. y, en

este sentido, es evidente que al incorporar al Ministerio de Desarrollo Social en la nueva Comisión se procuró facilitar el acceso de los solicitantes de estatuto de refugiado y refugiados a los programas sociales que se implementan en las diversas jurisdicciones del país.

Por su parte, teniendo en cuenta que las acciones del INADI están dirigidas a todas aquellas personas cuyos derechos se ven afectados al ser discriminadas por su origen étnico o su nacionalidad, por sus opiniones políticas o sus creencias religiosas, entre otras, y que las funciones del citado Instituto se orientan a garantizar para esas personas un trato igualitario, entendemos que su incorporación al organismo encargado de la protección de los refugiados en nuestro país también resulta alentadora respecto a la plena integración de esta población en la Argentina.

Asimismo, la ley establece un particular sistema de designación de los representantes que incluye la publicidad de los nombres de los candidatos a fin de recibir observaciones de particulares y organizaciones sobre las candidaturas propuestas, al tiempo que afirma la independencia funcional de los comisionados quienes, si bien representan a su organismo de origen, “no estarán sujetos a mandato imperativo alguno ni recibirán instrucciones de ninguna autoridad en lo atinente a sus criterios” (art. 21).

Por Resolución N° 800 del 21/07/2009 del Ministerio del Interior, se aprobó el Reglamento Interno de Funcionamiento de la CONARE que establece lo relativo a la integración de la CONARE, sus autoridades, la convocatoria y procedimiento para la selección de la organización no gubernamental, el funcionamiento de la Comisión en cuanto a sus reuniones y regímenes de mayorías. Incluye también mecanismos novedosos tales como la posibilidad de autorizar la presentación de personas físicas o jurídicas como “Amigos de la Comisión” cuando se trate de casos de trascendencia institucional o interés público; la posibilidad de solicitar “Opiniones Consultivas” al ACNUR; y la facultad de convocar reuniones públicas, sobre asuntos fuera del ámbito del principio de confidencialidad, para la elaboración o articulación de planes o políticas públicas de alcance general.

Por su parte, el Capítulo II de la Ley 26.165 se refiere a la Secretaría Ejecutiva. En su art. 28 dispone la creación de esta instancia “cuya función principal será asistir a la Comisión en lo relativo a la instrucción de los expedientes en que ésta deba conocer conforme lo dispone la presente ley y en el ejercicio de las demás funciones asignadas a la misma”. La Secretaría Ejecutiva de la co-

NARE ha dado continuidad al trabajo de la Secretaría Técnica del C.E.Pa.Re., pero con el nuevo impulso de su incorporación como órgano en la Ley N° 26.165. En la práctica, implicó un mayor empoderamiento del órgano técnico al punto de asignarle la función de elaborar un informe técnico no vinculante respecto de cada solicitud que consiste en el análisis de los hechos, búsqueda de información de la situación del país de origen y la adecuación jurídica del caso en los términos de las definiciones de refugiado. Justamente es en el rol de la Secretaría donde se evidencia con mayor énfasis cómo la ley recoge las respuestas que desde años antes se venían articulando frente a las necesidades que el trabajo planteaba.

La Secretaría del C.E.Pa.Re. comenzó en 1985 siendo unipersonal y hacia 1999 contaba con tan sólo tres funcionarios a pesar de que, paralelamente, llegaba en ese último año a su pico en el número de solicitudes recibidas con más de 1400³⁵. Esta instancia era entonces eminentemente administrativa más que un órgano técnico que se ocupara de analizar los pedidos, y la incorporación de un informe técnico no vinculante se produciría recién hacia 2002 en el marco del mencionado proyecto de cooperación entre el Ministerio del Interior y el ACNUR para dar respuesta al cúmulo de casos pendientes de resolución —que para entonces se estimaba en más de 2000—.

La ley claramente recoge el enfoque de órgano técnico de la Secretaría y le asigna competencias fundamentales en el procedimiento de determinación y en la protección en general. Asimismo, establece la designación de su titular por parte del Ministro de Interior.

El artículo 31 regula las funciones de la Secretaría y, más allá de las referidas a la determinación del estatuto (como brindar información a los solicitantes, instruir los expedientes, realizar entrevistas personales, emitir la documentación provisoria, elaborar los informes técnicos, registrar las actas, etc.), impone el deber de “f) procurar, cuando se trate de mujeres o menores que hubieran sido víctimas de violencia y de otras circunstancias que los hubiera afectado, la atención psicológica especializada de estas personas durante el procedimiento”.

Paralelamente, en su artículo 42 retoma la cuestión asistencial y de goce efectivo de derechos, poniendo en cabeza de la Secretaría la obligación de “notificar a los organismos correspondientes a fin de que se provea al solicitante y su familia la asistencia humanitaria básica que requieran en virtud de

³⁵ Datos de la Secretaría Ejecutiva de la CONARE.

su situación económica, en particular en lo que se refiere al alojamiento y el acceso a ayuda alimenticia, salud y educación”.

VIII. Procedimiento de determinación de la condición de refugiado

La Convención de 1951 nada dice con relación a los procedimientos para determinar la condición de refugiado, motivo por el cual incumbe a cada Estado parte definir los procedimientos y mecanismos para realizar esta tarea.

No obstante ello, el establecimiento de procedimientos de asilo justos y eficientes³⁶ presupone una serie de garantías mínimas que se deben considerar sobre la base del objetivo humanitario que estos procedimientos persiguen. Este concepto está incorporado en la Ley 26.165 cuando se refiere en su artículo 49 a que la decisión sobre la condición de refugiado es un acto declarativo humanitario e imparcial.

Las reglas mínimas del debido proceso derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos incluyen el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un órgano competente; a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete; a la comunicación previa y detallada de sus derechos y obligaciones y a la concesión al solicitante del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa o presentación de su caso. También comprenden el derecho del solicitante de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección; de presentar testigos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; y el derecho de recurrir la decisión ante juez o tribunal superior. Asimismo, las garantías del debido proceso incluyen la necesidad de que las decisiones que se adopten estén debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían arbitrarias, y que exista un recurso sencillo y efectivo que posibilite al peticionante solicitar la revisión de una decisión denegatoria.

Existen otras garantías mínimas del procedimiento que se derivan del derecho internacional de los refugiados³⁷: que el funcionario competente al que

³⁶ ACNUR, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes)*, 2001

³⁷ En particular cabe mencionar las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR (EXCOM). En especial la Conclusión No. 8 (XXVIII) de 1977, sobre la determinación de la condición de refugiado (A/AC.96/549, para. 53.6) y la Conclusión No. 30 (XXXIV) de 1983 (A/AC.96/631, para. 97.2), sobre el problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas.

se dirija el solicitante en la frontera actúe de conformidad con el principio de no devolución y remita tales casos a una autoridad superior; que exista una autoridad claramente identificada –de ser posible una sola autoridad central– encargada de examinar las solicitudes de determinación de la condición de refugiado y de adoptar una decisión en primera instancia; que se brinde al solicitante la oportunidad, acerca de la cual se le debe informar, de ponerse en contacto con un representante del ACNUR; que se le informe a la persona si se le ha reconocido la condición de refugiado y, se le expida el documento que certifique tal condición; y, que, en caso de que no se le reconozca al solicitante la condición de refugiado, se le permita permanecer en el país hasta que una autoridad administrativa o judicial superior adopte una decisión definitiva.

La ley en su artículo 32 explicita claramente que “el procedimiento para determinar la condición de refugiado 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. La Comisión deberá coordinar las acciones necesarias para la accesibilidad de servicios jurídicos gratuitos e idóneos para los solicitantes de asilo”.

El procedimiento en Argentina se inicia mayoritariamente ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE (ubicada en la Ciudad de Buenos Aires), no obstante lo cual dicha solicitud puede interponerse ante cualquier autoridad, ya sea central, regional o municipal, de policía, fronteras, migración judicial o cualquier otro funcionario habilitado que tuviera conocimiento de la aspiración de un extranjero de acceder al procedimiento. En efecto, conforme lo dispone el artículo 39 cualquiera de estas autoridades es responsable de garantizar el respeto al principio de no devolución y notificar dicha solicitud inmediatamente a la Secretaría Ejecutiva.

Una vez que la Secretaría recibe una solicitud, ya sea a través del interesado, verbalmente o por escrito, por su representante o remitida por alguna de las autoridades que hubieran intervenido en su recepción, se procede a su registro y se ordenan las medidas de investigación que se estimen necesarias para acreditar los hechos invocados por el solicitante y todos aquellos otros que se estimen relevantes.

Dentro de un plazo no mayor a veinte días hábiles desde el registro de la solicitud, la autoridad receptora otorga al solicitante y al grupo familiar que lo acompaña un documento provisorio que lo habilita a permanecer legalmente en el territorio nacional, a desempeñar tareas remuneradas y acceder a los servicios y beneficios básicos sociales, de salud y educación. Este documento es renovado periódicamente hasta que recaiga resolución firme sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

En todos los casos, conforme lo estipula la ley, se mantienen una o varias entrevistas personales con el solicitante quien, en caso de encontrarse privado de su libertad ambulatoria, tiene derecho a efectuar las comunicaciones telefónicas tendientes a que le sea reconocida la condición de refugiado y, consecuentemente, los funcionarios de la Secretaría deben dirigirse a los centros de detención para efectuar las entrevistas pertinentes.

La solicitud debe contener los datos completos del interesado, los motivos por los que interpone el pedido de protección y las pruebas documentales o de otro tipo que pudiera aportar en apoyo de la misma.

El solicitante es informado, en su propio idioma o en un idioma que pueda entender, sobre la metodología y el desarrollo del procedimiento y sobre sus derechos y obligaciones. Al solicitante que así lo requiera o necesite se le facilitan los servicios de un intérprete idóneo para asistirlo en las entrevistas y en la presentación por escrito de los hechos en los que fundamenta su solicitud. Asimismo, se le informa de su derecho a recibir asesoría legal.

Durante el proceso de su solicitud el interesado tiene la obligación de decir la verdad y ayudar a esclarecer los hechos invocados y los motivos personales en que se basa; debe esforzarse por aportar pruebas y suministrar explicaciones satisfactorias sobre la eventual insuficiencia o falta de las mismas; y, debe proporcionar información sobre su persona y experiencia con los detalles necesarios para determinar los hechos pertinentes y contestar a todas las preguntas que se le formulen (art. 44).

Respecto al mérito y carga de la prueba, la ley dispone que para considerar probados los hechos bastará que existan indicios suficientes y que, en caso de no poder recolectarse prueba directa, la CONARE podrá basarse de manera supletoria en indicios y presunciones y en la credibilidad del solicitante, en cuyo caso corresponderá aplicar el beneficio de la duda a su favor, siempre que éste hubiera dado cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco del procedimiento señaladas precedentemente (art. 46).

Una vez completado el expediente del solicitante mediante la inclusión de la declaración del solicitante, la documentación que haya presentado, la transcripción de la entrevista realizada y la información sobre la situación en el país de origen, la Secretaría Ejecutiva elabora el informe técnico previsto en el artículo 31 de la ley.

Dicho informe es elevado a la CONARE que, luego de analizarlo, decide sobre cada una de las solicitudes presentadas en las reuniones periódicas que se convocan a tal efecto, mediante resoluciones que contienen los hechos y fundamentos legales conforme lo estipula el artículo 49.

Los solicitantes son luego notificados por la Secretaría Ejecutiva a través de las resoluciones suscriptas por los miembros de la CONARE.

En caso de ser reconocidos, los refugiados tienen derecho a la obtención de una residencia temporaria por un lapso de dos años (con opción posterior a la solicitud de una residencia permanente³⁸), así como a tramitar un documento de identidad que les permita ejercer plenamente sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales, como cualquier otro extranjero residente en nuestro país.

Por su parte, los solicitantes cuya petición fue denegada pueden apelar tal decisión mediante la interposición de un recurso jerárquico dentro de los diez días hábiles, el cual es resuelto por el Ministro del Interior, previo dictamen de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación –recogiendo así el procedimiento aplicado ya previamente que surgía de la Resolución conjunta N° 528 del Ministerio del Interior y del Ministerio de Justicia–. Este análisis técnico jurídico llevado adelante por un órgano de otra cartera de Estado resulta una garantía aún mayor en el procedimiento.

A su vez, la ley prevé la aplicación complementaria de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos al afirmar, en su artículo 34, que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado “se regirá por lo que dispone la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y sus modificaciones en lo que no sea objeto de expresa regulación específica en la presente ley”.

Como se evidencia del análisis del procedimiento de determinación de la condición de refugiado estipulado en la legislación argentina, las garantías que emanan de los instrumentos de derechos humanos y derecho internacional de refugiados están ampliamente contempladas. Esto es aún más significativo

³⁸ Artículo 23(k) de la Ley 25.871 y Decreto 616/2010.

si tenemos en cuenta que las prácticas de los Estados en materia de procedimientos no siempre evolucionaron favorablemente respecto de los derechos del solicitante y, en algunos casos, se han ido incorporando paulatinamente figuras derivadas de la legítima preocupación por limitar los abusos del sistema de protección que, sin embargo, pueden restringir el acceso al procedimiento, sobre todo en el contexto de movimientos migratorios mixtos, la trata y el tráfico de personas, y la búsqueda de beneficios migratorios³⁹.

Así, por ejemplo, existen legislaciones que estipulan plazos para la formalización de la solicitud o involucran conceptos de admisibilidad tales como tercer país seguro⁴⁰.

La legislación nacional no establece plazo alguno para la formalización de una solicitud. Hace mención a la no sanción por ingreso ilegal, determinando que no se impondrán sanciones 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.

Finalmente, la Ley 26.165 da cuenta no sólo de la determinación de la condición de refugiado de forma individual sino también de la determinación en casos de afluencia masiva: “en caso de producirse un incremento sustancial de solicitudes de la condición de refugiado a causa de un ingreso masivo, se adoptará el criterio de determinación por grupo, según el cual, una persona es refugiado por su pertenencia a un conjunto determinado de individuos afectados” (artículo 55).

IX. Situaciones o grupos con necesidades especiales de protección

IX.1. Formas complementarias de protección a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos

En el marco de la protección es necesario hacer mención a los mecanismos para hacer frente a situaciones que no están contempladas en los instrumentos internacionales en materia de refugiados pero que, a nivel global distintos

³⁹ ACNUR, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes)*, 2001.

⁴⁰ *Ibidem*. La aplicación automática y mecánica de plazos dentro de los cuales se deben presentar las solicitudes ha sido declarada como contraria a los estándares de protección internacional. Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *caso Jabari v. Turquía*, sentencia de 10 de julio de 2000, párr. 40; véase también Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión No. 15 (XXX) de 1979 *sobre refugiados sin un país de asilo*, 1979.

Estados han incorporado en sus normativas bajo la categoría de *formas de protección complementaria*⁴¹.

En primer lugar, cabe decir que muchas de las situaciones que otros Estados contemplan para el otorgamiento de una protección complementaria son, a la luz de la Declaración de Cartagena, entendidas por Argentina como supuestos que conllevan considerar a las personas como refugiadas bajo la definición ampliada. No obstante, en particular frente a desastres naturales, la CONARE ha considerado que, si bien estas personas no estarían incluidas en algunas de las previsiones del art. 4 de la ley, debería recomendarse a la autoridad migratoria el otorgamiento de algún tipo de residencia por razones humanitarias. La reglamentación de la Ley de Migraciones (Decreto N° 616/2010) al referirse al criterio de residencia temporaria por razones humanitarias, incluyó el caso de las personas que aún no siendo refugiadas tengan necesidades de protección y se encuentren amparadas por el principio de no devolución o que, de regresar a su país, se presuma verosímelmente que serían sometidas a violaciones graves de sus derechos humanos (art. 23.m de la Ley 25.871). A su vez, al reglamentar la categoría de residentes transitorios especiales (artículo 24.h de la Ley 25.871), tuvo 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”, pudiendo tomarse en cuenta las recomendaciones de no retorno del ACNUR. Este es un desarrollo novedoso que beneficia en la práctica a personas necesitadas de protección, aunque no como refugiadas.

Así, la respuesta de la Argentina, desde su legislación y su práctica, ha sido la de aplicar la complementariedad del derecho de refugiados con el sistema de protección de la persona del derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

IX.2. Niños no acompañados o separados de sus familiares

Con relación a las personas que presentan otras necesidades de protección, es menester poner énfasis en la situación de los niños no acompañados para quienes la Ley 26.165 contiene disposiciones especiales.

⁴¹ Véase ACNUR, *Formas complementarias de protección: su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional* y, ACNUR, *Protección internacional mediante formas complementarias de protección*, 2005.

En materia de niños no acompañados o separados de sus familias cabe señalar que la CONARE, juntamente con otros actores tales como UNICEF, OIM y otras instancias del gobierno nacional y local, trabajó bajo el liderazgo del ACNUR en la elaboración de un “Protocolo para la Protección, Asistencia y Búsqueda de Soluciones Duraderas para los Niños no Acompañados o Separados de sus Familias en Búsqueda de Asilo”.

El Protocolo tiene por objetivo el establecimiento de un mecanismo coordinado de intervención y ha sido un avance fundamental como ejemplo de involucramiento de todos los organismos nacionales e internacionales competentes en la búsqueda de soluciones duraderas, en particular para la promoción de soluciones de asistencia inmediata y de integración más adecuadas, sensibles a la edad y a la diversidad cultural.

IX.3. Situaciones de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes

Existe otro grupo de personas que plantean necesidades de protección que en algunos casos no necesariamente se encuadran en los términos de los instrumentos internacionales en materia de refugiados.

En el marco del procedimiento para determinar la condición de refugiado se han evidenciado casos donde hay elementos que permiten presumir situaciones de tráfico de migrantes o trata de personas, en los cuales la CONARE ha adoptado medidas tanto en materia de identificación, como de denuncia y protección.

La Secretaría Ejecutiva ha realizado una enorme tarea de diseño de estrategias y adopción de medidas adecuadas para la realización de entrevistas donde, más allá de focalizarse en la identificación de las necesidades de protección, se relevara información que condujera a la denuncia ante las autoridades jurisdiccionales competentes de presuntos delitos encuadrables en las Ley de Migraciones N° 25.871, la Ley sobre Trata de Personas N° 26.364 y concordantes, con ajuste asimismo a lo previsto por los llamados Protocolos de Palermo de los cuales la Argentina es Parte.

X. Reflexiones finales

La Ley N° 26.165 significó la incorporación formal, en un mismo cuerpo normativo sobre protección de los refugiados y de los solicitantes de tal condición, de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Hu-

manos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados; cristalizó buenas prácticas y estándares en los procesos de asilo que el C.E.Pa.R.E. venía desarrollando y, brindó un nuevo marco jurídico-institucional para la promoción y adopción de políticas públicas.

Argentina adopta, en la primera década del siglo XXI, una política para los extranjeros en general desde una óptica eminentemente humanitaria. En el caso de los refugiados el paradigma no es novedoso, ya que así fue el tratamiento dado a la cuestión desde la adhesión a los principales instrumentos internacionales y, en especial, desde el advenimiento de la democracia, pero es evidente que los avances normativos e institucionales de los últimos años implican un salto cualitativo de relevancia en el campo de la protección.

La adopción de esta política va a contramano de algunas tendencias globales actuales que se enfocan en la restricción y el control de los flujos migratorios, aunque, paralelamente, las dinámicas migratorias siguen su curso independientes de las medidas tendientes a contenerlas.

Las hambrunas, los cambios climáticos, la búsqueda de oportunidades laborales y mejoras en la calidad de vida, los conflictos armados internos e internacionales y las violaciones a los derechos humanos continúan llevando a enormes grupos poblacionales a desplazarse al interno de los países, las regiones, los continentes e incluso fuera de ellos.

En este contexto, la región que habitamos puede esperar el aumento de sus migrantes y refugiados intra y extracontinentales, pero además puede esperar una mayor complejización de los flujos migratorios compuestos por migrantes económicos, solicitantes del estatuto de refugiado, refugiados, víctimas de trata de personas y víctimas de tráfico ilícito de migrantes, entre otros.

El gran desafío de la región en lo que concierne a la protección de refugiados consiste, precisamente, en fortalecer las capacidades para identificar a los refugiados dentro de ese flujo migratorio mixto toda vez que el sistema internacional de protección de refugiados fue creado como una herramienta para proteger a la víctima de una persecución, de una amenaza a sus derechos humanos fundamentales y, en tal sentido, debe seguir siendo fortalecido.

Tanto la determinación de la condición de refugiado como la búsqueda de soluciones duraderas deben ser abordadas desde una óptica regional. El Programa de Reasentamiento Solidario es un ejemplo de una herramienta de protección eficaz encarada bajo una perspectiva regional, ajena a los modelos de reasentamiento de otras regiones del mundo, en particular de América del Norte y Europa.

En particular en Argentina existen desafíos internos para la efectiva implementación de la Ley 26.165. Por un lado es necesario desarrollar su reglamentación a fin de precisar cuestiones relativas al procedimiento, derechos y deberes. Por otro lado, resulta esencial fortalecer las capacidades de la CONARE para dar cumplimiento eficaz a las funciones emanadas del art. 25 de la ley que se refieren a la articulación de políticas tendientes a la asistencia e integración local de los refugiados.

Bibliografía

- Cancado Trindade, Antonio Augusto, “Derecho Internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias” en *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Memoria Coloquio Internacional*, ACNUR, IIDH, Costa Rica, 1995.
- Contarini, Eugenia, “El Derecho Internacional de los Refugiados y su aplicación en Argentina” en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994 – 2005)*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- Domenech, Eduardo, *Migraciones internacionales y Estado nacional en la Argentina reciente. De la retórica de la exclusión a la retórica de la inclusión*, ponencia presentada en el III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, ALAP, realizado en Córdoba, Argentina, del 24 al 26 de septiembre de 2008.
- 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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
- Mondelli, Juan Ignacio, *Procedimientos de asilo justos y eficientes: estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de refugiados*. Documento de Discusión. III Curso Regional sobre Derecho Internacional de Refugiados para América Latina, ACNUR, Buenos Aires, 2005.
- Mondelli, Juan Ignacio, *El asilo como derecho humano en el derecho argentino*, ACNUR, Buenos Aires, 2008.
- Novick, Susana, “Una nueva ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso” en Giustiniani, Rubén (ed.), *La migración: un derecho humano*, Prometeo, Buenos Aires, 2004.
- Oddone, Fabián, *Constitución Nacional, Nacionalidad y Función Pública*, Buenos Aires, 2008.

La protección de los refugiados en Bolivia.

Marco legal, avances y desafíos

Boris Calderón Arandía y Marcos Rasguido Serrudo

I. Introducción

El Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante “Bolivia”) es Parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante la “Convención de 1951”) y su Protocolo de 1967. Asimismo, Bolivia es un Estado que ha ratificado los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho humano a buscar y recibir asilo.

A lo largo de las últimas décadas el país ha desarrollado un marco nacional de protección de refugiados que incluye una legislación específica en la materia y el establecimiento de organismos y procedimientos especializados para el análisis y determinación de la condición de refugiado de las personas que arriban al país escapando de la persecución y la violencia. Dos Decretos del Poder Ejecutivo adoptados a inicios de la década de 1980 han sido remplazados en 2005 por un Decreto Supremo que establece un marco de protección de refugiados integral que recoge los principios fundamentales del Derecho Internacional de Refugiados. No obstante, a pesar de ser un instrumento sumamente valioso para la protección de los refugiados que refuerza a su vez el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, el Decreto Supremo contiene algunas inconsistencias respecto de los estándares internacionales de la protección que serán analizadas a lo largo de este trabajo.

Por su parte, el reconocimiento constitucional del derecho a buscar asilo y “refugio” y de los principios de no devolución y unidad de la familia en la Constitución Política del Estado adoptada en 2009, ha importado un reaseguro del marco nacional de protección legal de refugiados. Este reconocimiento se presenta como una valiosa oportunidad para la elaboración y adopción de una ley nacional que contemple la protección de refugiados en un sentido amplio y que asegure la plena compatibilidad del ordenamiento legal de refugiados con los estándares del derecho internacional.

El presente artículo repasa los principales antecedentes normativos de la legislación sobre refugiados en el país, da cuenta de las fortalezas y desafíos del marco normativo actualmente vigente y del procedimiento específico para la calificación del estatuto de refugiado.

Por último, el artículo se centra en abordar los desafíos que deberá abordar una eventual ley de refugiados a fin de asegurar la plena compatibilidad de la legislación nacional sobre refugiados con los estándares del Derecho Internacional de Refugiados y el derecho humano al asilo y “refugio” de la nueva Constitución Política del Estado.

II. Antecedentes

A pesar de haber adherido a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967 a comienzos de 1982, transcurrieron aproximadamente quince años hasta que Bolivia concluyó con el trámite interno de ratificación de las convenciones internacionales sobre refugiados. La Ley 2.043 de 14 de diciembre de 1999, promulgada en 21 de diciembre de ese mismo año, aprobó y ratificó como ley de la República la adhesión al Protocolo de 1967. Meses más tarde, la ley 2.071 del 10 de abril de 2000, promulgada el 14 de abril de 2000, dispuso aprobar como Ley de la República la Convención de 1951.

En paralelo, la demora en la conclusión del trámite interno de ratificación de los tratados sobre refugiados no impidió a Bolivia avanzar en la adopción de normas y el establecimiento de mecanismos para asegurar su protección y atención mediante el desarrollo de un marco legal nacional y un procedimiento específico a partir de la adopción de los Decretos Supremos N° 19.639 y 19.640 del 4 de julio de 1983.

II.1. Las primeras normas específicas sobre refugiados: Decretos Supremos N° 19.639 y 19.640

A comienzos de la década de 1980, momento en que se adoptan las primeras normas nacionales relativas a la protección de los refugiados, Bolivia renacía a la vida democrática luego de vivir años de dictadura marcados por la persecución que se ejerció en contra de quienes planteaban demandas democráticas.

Bolivia necesitaba retomar su tradición de protección a perseguidos políticos y a toda persona susceptible de persecución por sus actividades pacíficas a favor de la democracia, así como poner en práctica los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos en la primera parte de aquella década.

En líneas generales, los entonces nuevos decretos supremos determinaban los órganos competentes para la determinación de la condición de refugiado y establecían procedimientos para su determinación y calificación.

Una de las particularidades del marco normativo sobre refugiados establecido por estos decretos es que, aún antes de que se adoptara la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, la legislación boliviana se adelantaba a otros marcos normativos de la región, incorporando una definición ampliada de refugiado en el Decreto Supremo N° 19.640 cuyo artículo 2 disponía el reconocimiento como refugiados por “razones humanitarias” de:

Todas aquellas personas que se hayan visto forzadas a huir de su país a causa de conflictos armados internos; agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los derechos humanos; o en razón de acontecimientos de naturaleza política que alteren gravemente el orden público en el país de origen o procedencia.

La legislación también contemplaba la exclusión de la protección de refugiados de las personas que hubieran incurrido en actos que no las hacían merecedoras de dicha protección, para lo cual el Decreto Supremo N° 19.640 reproducía en su artículo 3 de manera casi textual las causales de exclusión previstas en el artículo 1.F de la Convención de 1951.

Otro aporte fundamental de los decretos supremos sobre refugiados de comienzos de los años ochenta fue la conformación de una Comisión Nacional del Refugiado de carácter interinstitucional encargada de asesorar a los entonces Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y Ministerio del Interior, Migración y Justicia en la determinación de la calidad de refugiado. De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 19.639, la Comisión se integraba con delegados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; del Ministerio del Interior, Migración y Justicia; del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral; de la Iglesia; de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos; de la Universidad Mayor de San Andrés (Facultad de Derecho); y, por último, de un delegado del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

La legislación asignaba a la Comisión Nacional del Refugiado un carácter transitorio y, si bien ésta no tenía competencia para decidir por sí misma las solicitudes de la condición de refugiado, su tarea de asesorar a los Ministerios abocados a esta tarea resultaba fundamental.

El modo en que se estructuró la composición de la Comisión denota la intención de los decretos supremos de incluir la participación de las organizaciones sociales en la toma de decisiones sobre la protección de las personas refugiadas, toda vez que se incluía un representante del ámbito universitario, de una organización no gubernamental dedicada a la defensa y promoción de los derechos humanos y de una organización vinculada a la Iglesia Católica (considerando su rol como agencia implementadora de los programas del ACNUR en Bolivia tanto en materia de integración local de los refugiados y solicitantes de asilo como en el registro y acompañamiento de las solicitudes individuales).

La implementación de los Decretos Supremos N° 19.639 y 19.640 permitió al país brindar protección efectiva a los refugiados que arribaron en las décadas de los ochenta y noventa. Precisamente, la década de los noventa es el momento durante el cual se registra el mayor número de solicitudes de personas solicitantes de asilo, en su gran mayoría provenientes de Perú como consecuencia de los problemas internos que atravesó dicho país en ese período¹.

Sin embargo, los decretos adolecían de una regulación clara e integral del procedimiento de determinación de la condición de refugiado y no desarrollaban acabadamente los principios fundamentales de protección de la Convención de 1951.

II.2 El camino hacia una norma general sobre refugiados: el Decreto Supremo N° 28.329

En noviembre de 1996 se adoptó en Bolivia el Decreto Supremo N° 24.423 que establece el Régimen Legal de Migración y se convierte en la principal norma legal destinada a regular el ingreso y salida de personas, así como las condiciones y requisitos para la permanencia de los extranjeros en el territorio nacional. Este decreto supremo desarrolla a lo largo de su articu-

¹ Aunque Bolivia recibió solicitudes de otras nacionalidades en menor escala, de acuerdo con los datos proporcionados por la Agencia Implementadora del ACNUR en Bolivia, 500 de los 700 refugiados reconocidos en Bolivia desde inicios de los años 80 corresponden a personas de nacionalidad peruana.

lado aspectos específicos sobre la residencia, documentación y expulsión de asilados y refugiados.

Sin embargo, los cambios operados en la realidad política y social de los países de la región y la práctica de más de 15 años de aplicación de los dos decretos supremos, revelaron a comienzos del año 2000 las limitaciones del marco legal de refugiados y la necesidad de poder contar con una norma que abordara la protección de refugiados y el procedimiento de un modo más integral.

En noviembre de 2000 se desarrolló un primer anteproyecto de Ley sobre el Estatuto del Refugiado que planteaba el ordenamiento del procedimiento, una nueva estructura y atribuciones de la Comisión Nacional del Refugiado y disposiciones para la documentación de las personas refugiadas.

El anteproyecto de ley no prosperaría pero se convertiría en un importante antecedente para que, en el año 2004, se comenzara el proceso de redacción de una norma nacional sobre refugiados que habría de concluir al año siguiente con la adopción y puesta en vigor del Decreto Supremo N° 28.329 del 12 de septiembre de 2005.

Se ha sostenido que “el Decreto Supremo 28.329/05 regula muchos aspectos no previstos en el derogado Decreto Supremo 19.640/83 por lo que, en términos generales, puede afirmarse que esta nueva regulación supone un avance que contribuye al fortalecimiento del marco legal de protección existente en el país”².

III. Revisión crítica del Decreto Supremo N° 28.329

La adopción del Decreto Supremo N° 28.329 sobre refugiados consolidó algunos de los aspectos introducidos por las normas adoptadas a comienzos de los años ochenta y también incorporó avances en otras áreas.

En primer término se describirán sus principales aspectos positivos para luego analizar características que podrían fortalecerse en caso de revisarse esta normativa.

Una de sus principales fortalezas es el establecimiento de un órgano de composición interinstitucional encargado de la determinación del estatuto de

² Mondelli, J. I., “Los Estándares Internacionales de Protección y el Nuevo Decreto Supremo sobre Refugiados: Avances y Retrocesos en el Nuevo Marco Normativo Interno” en *Derechos Humanos y Acción Defensorial*, Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia, Año 1, No. 1, La Paz, 2006.

refugiado y con carácter permanente, la Comisión Nacional del Refugiado (en adelante CONARE).

La CONARE es el órgano competente para la determinación de la condición de refugiado estructurado en tres niveles: ejecutivo, consultivo y operativo. Esta conformación asegura la participación de instancias de Gobierno involucradas en la temática, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y una organización de la sociedad civil. Representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Gobierno –Dirección General de Migración– y el Ministerio de Justicia se incorporan al denominado nivel ejecutivo, mientras que el nivel operativo asegura la participación con derecho a voto en las decisiones de la CONARE de un representante de la sociedad civil.

La participación del ACNUR en la CONARE con derecho a voz y sin derecho a voto en la toma de decisiones asegura el adecuado ejercicio de la responsabilidad de supervisión asignada a este organismo por los Estados en el artículo 35 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. A su vez, la participación en la Comisión de un representante de la agencia local que implementa en el país los programas del ACNUR favorece el control de la labor de la Comisión por parte de la sociedad civil. La agencia también aporta a la Comisión una mirada social de los casos a través de su experiencia de trabajo con solicitantes y refugiados en el complejo proceso que implica la integración local. También en cuanto a la integración de la CONARE, cabe destacar que el decreto deja abierta la posibilidad de que, a solicitud de sus miembros, puedan integrarse oportunamente otras instituciones vinculadas al trabajo con refugiados y/o derechos humanos.

Un segundo elemento es el reconocimiento de competencias a la CONARE para elaborar y coordinar políticas públicas para la protección, integración local y búsqueda de soluciones duraderas para los refugiados.

En este sentido, la enumeración de competencias asignadas a la CONARE en el Decreto Supremo N° 28.329 no limita su actividad a temas vinculados con la determinación de la condición de refugiado sino que le asigna a su vez competencias para avanzar en la elaboración de políticas públicas en materia de refugiados, incluyendo medidas dirigidas a facilitar la búsqueda de soluciones duraderas.

En cuanto al alcance de la categoría de refugiado en Bolivia, el Decreto Supremo incluye en su articulado la definición de refugiado de la Conven-

ción de 1951 así como también mantiene la definición regional de refugiado de la Declaración de Cartagena que, como ya mencionamos al inicio de este artículo, había sido tempranamente incorporada a la legislación nacional de Bolivia por medio de los decretos sobre refugiados adoptados a comienzos de la década de 1980.

Respecto del procedimiento de determinación del estatuto de refugiado, el decreto supremo avanzó positivamente sobre distintos tópicos tales como la recepción y registro de las solicitudes de asilo, así como respecto de algunas etapas de procedimiento dirigidas a recabar la información necesaria para la determinación del estatuto. El decreto también dispuso el establecimiento de una Secretaría Técnica a la que se asignan responsabilidades en materia de procedimiento (artículo 8). Otras disposiciones que se destacan en cuanto al procedimiento refieren a la posibilidad de interponer solicitudes de asilo en los puntos de acceso al territorio y la protección contra la devolución (artículo 23), el registro de solicitudes y la conformación de expedientes individuales (artículo 8), la realización de entrevistas individuales de elegibilidad a todos los solicitantes (artículo 5), la elaboración de opiniones técnico legales sobre los méritos del caso de carácter no vinculante para su presentación ante la Comisión (artículo 5) y, la adopción de decisiones fundadas por parte de la CONARE y la notificación a los solicitantes (artículos 8, 27 y 28).

Respecto de derechos y beneficios, el decreto facilita la documentación y la naturalización de los refugiados.

El acceso a la documentación constituye una medida esencial para asegurar el acceso de los refugiados a un estándar apropiado de protección y el acceso a derechos fundamentales como salud, trabajo y educación y, por ello, el decreto establece algunos beneficios dirigidos a favorecer el acceso de los refugiados reconocidos a una residencia legal y consecuente documentación en el país. Una de las principales medidas en este sentido es la consagración del principio de gratuidad para los trámites que los refugiados deban realizar ante las oficinas públicas (artículo 37).

Cabe destacar que el decreto supremo incluye en su articulado una disposición dirigida a favorecer arreglos de coordinación frente a la eventualidad de una situación de afluencia masiva de refugiados que desbordara la capacidad de respuesta estatal, con el objeto de asegurar su protección y un trato mínimo humanitario (artículo 40).

Para finalizar esta enumeración de aspectos positivos, un aspecto transversal a toda la norma es su enfoque basado en la complementariedad de los sistemas de protección.

En este sentido, el marco legal de protección de refugiados se ve fortalecido por la complementariedad de las normas sobre refugiados con las normas sobre derechos humanos. Bolivia es un Estado parte de las principales convenciones internacionales de derechos humanos cuyo contenido debe favorecer a los refugiados así como robustecer las garantías de debido proceso en el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado. El decreto supremo específicamente señala que su aplicación habrá de realizarse de acuerdo a los principios y normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo de 1967, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, y todas aquellas disposiciones aplicables en materia de derechos humanos de las cuales Bolivia sea parte.

A pesar de los importantes avances normativos que la adopción del Decreto Supremo N° 28.329 significó para la protección de refugiados en Bolivia, a lo largo de su articulado se han incluido provisiones que no se adecuan a los estándares internacionales en áreas sensibles de la protección de refugiados.

En primer lugar recepta la confusión terminológica por el empleo del término refugio como sinónimo de asilo. El ACNUR ha señalado la inconveniencia de utilizar el término “refugio” para referirse a la protección internacional de refugiados y al marco jurídico internacional integrado por la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984. Según el ACNUR, la palabra “refugio” empleada a lo largo del decreto supremo, no refleja la terminología utilizada por los instrumentos internacionales de derechos humanos ni ha sido receptada como tal en las prácticas y estándares internacionales aplicables en la materia³.

En segundo lugar, un aspecto de suma relevancia es la imposición de límites temporales para la presentación de solicitudes de asilo que podrían llegar a contravenir el objeto y fin humanitario de la protección de refugiados.

El decreto supremo establece un plazo de 30 días desde el ingreso al territorio para la presentación de una solicitud de la condición de refugiado, luego

³ Véase en este mismo libro Martínez Monge, F., “El asilo como fundamento de la protección de los refugiados” [N. del Ed.].

del cual la persona será considerada un migrante sujeto a la legislación en esa materia (artículo 23). Sin embargo, diversos motivos pueden válidamente demorar la presentación de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, por lo cual la inclusión de este límite temporal podría llegar a impedir la presentación de una solicitud de una persona que efectivamente requiriera de protección internacional.

En tercer lugar puede mencionarse la inclusión de causales de exclusión de la condición de refugiado no previstas en la Convención de 1951, como ser la comisión de delitos en el país de asilo. El decreto supremo señala como causal de exclusión a los delitos que el refugiado pudiera haber cometido en el país de asilo antes de su reconocimiento como tal como base para denegar la protección del estatuto de refugiado (artículo 19.b). La inclusión de esta causal no contemplada en la Convención de 1951 va en discordancia con las recomendaciones internacionales sobre su carácter exhaustivo⁴. De acuerdo con el ACNUR, “los motivos para la exclusión se enumeran exhaustivamente en la Convención de 1951. Si bien estos motivos están abiertos a la interpretación, no pueden complementarse con criterios adicionales si se carece de una convención internacional”⁵.

En cuanto a la cesación y a la revocatoria sucede algo similar, ya que el decreto supremo ha incluido causales que no se encuentran contempladas en las normas y prácticas internacionales. El decreto contempla como una de las situaciones que conducen a la cesación la comisión de un delito en Bolivia (artículo 17.g), causal que no se encuentra prevista en la Convención de 1951. Por el contrario, el estándar internacional fija que la comisión de un delito por parte de un refugiado en el país de asilo abre la competencia judicial para que sea juzgado y condenado al igual que cualquier nacional que incurriera en una conducta similar, sin que esta situación tenga impacto en su estatuto.

En relación con las causales de revocatoria previstas en el decreto, se puede deducir que existió una confusión y sería más conveniente su regulación bajo la figura de la cancelación de la condición de refugiado que surge cuando existen motivos para considerar que una persona reconocida como refugiada bajo la Convención de 1951 no debería haber recibido ese estatuto al mo-

⁴ Véase ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2003.

⁵ ACNUR, *Documento del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2003.

mento de realizar la determinación positiva. La revocatoria debería reservarse exclusivamente para aquellas situaciones en que un refugiado con posterioridad a su reconocimiento se involucrara en alguna actividad que diera lugar a la aplicación de los incisos a) y c) de las cláusulas de exclusión, es decir, crímenes de guerra o lesa humanidad o actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.

En cuarto lugar, resulta inadecuada la formulación restrictiva que el decreto supremo emplea en relación con la improcedencia de la extradición y su efecto respecto de solicitantes de asilo. Si bien se reconoce como norma general la protección contra la devolución de los refugiados y solicitantes hasta tanto recaiga en sus casos una resolución definitiva (artículo 14), al regular la improcedencia de la extradición la norma se limita a señalar que el reconocimiento de la condición de refugiado tendrá por efecto la improcedencia del pedido de extradición en contra del refugiado (artículo 15) mientras que nada dice respecto de la situación de los solicitantes de asilo. Aunque éstos se encuentran protegidos por la formulación más amplia de la norma sobre no devolución incluida en el decreto, la falta de una regulación específica en el artículo expresamente dedicado a la extradición podría dar lugar a interpretaciones restrictivas que limiten la vigencia de este principio fundamental.

Por último, es necesario destacar que el decreto supremo reconoce a los solicitantes la posibilidad de impugnar las decisiones negativas de la CONARE a través de la interposición de un recurso de reconsideración que es resuelto por el mismo órgano que dictó la resolución impugnada (artículo 20), amén que deben aportarse nuevos elementos para su interposición. Por ende, la norma no cuenta con la posibilidad de interponer un recurso de apelación en los términos más amplios de los instrumentos internacionales de derechos humanos para asegurar que la decisión sea revisada por un órgano distinto e independiente del que dictó la resolución cuestionada.

IV. Vacíos en la protección de refugiados e iniciativas de fortalecimiento

El Decreto Supremo N° 28.329 constituye, sin dudas, el más importante y completo instrumento jurídico sobre refugiados adoptado hasta el momento en Bolivia.

No obstante, como se ha mencionado, su redacción contradice en ciertos aspectos estándares del Derecho Internacional de Refugiados que deberían ser abordados al momento de adoptar una ley sobre refugiados o reformar el decreto actualmente vigente.

Diversos Comités encargados de supervisar la aplicación de tratados sobre derechos humanos y la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) han llamado la atención sobre estos vacíos, como se señala a continuación.

IV.1. No devolución

En 2004 la CIDH declaró admisible un caso en contra de Bolivia interpuesto por un refugiado de nacionalidad peruana que alegaba haber sido privado de su libertad junto a los miembros de su familia y haber sido devuelto al país de origen a pesar de su condición de refugiado. La CIDH consideró el caso admisible y se declaró competente para examinar el reclamo presentado por los peticionarios sobre la presunta violación de los artículos 1.1, 5, 7, 8, 17.1, 19 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶.

La CIDH también tuvo oportunidad de referirse a la vigencia del principio de no devolución en su informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia del año 2007. En esa oportunidad la CIDH recordó a Bolivia “que la figura de la extradición constituye una forma de devolución y que en tal sentido, tratándose de personas reconocidas como refugiadas, el Estado tiene el deber de, en el marco del procedimiento legalmente establecido para ello, determinar la vigencia de las circunstancias que motivaron tal reconocimiento garantizando que la persona en cuestión pueda defenderse y presentar un recurso contra una decisión de revocatoria previa a un trámite de extradición”⁷. El tema también fue recientemente abordado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en tanto instó en sus observaciones finales al Estado “a velar porque ningún refugiado sea devuelto por la fuerza a un país en el

⁶ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Rumaldo Juan Pacheco Osco et al. c. Bolivia*, Informe No. 53/04, Petición 301-02, Admisibilidad, 13 de octubre de 2004.

⁷ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El Camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II., 28 de junio de 2007, párr. 409.

que haya razones fundadas para creer que puedan sufrir graves violaciones de los derechos humanos”⁸.

IV.2. Debido Proceso

El respeto de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa en el marco de los procedimientos sobre la determinación de la condición de refugiado es otro ámbito donde se identifican serios desafíos. La CIDH recomendó a Bolivia en su informe garantizar “el estricto cumplimiento de todos los extremos del debido proceso en el marco de los procedimientos administrativos de solicitud y/o revocatoria del estatus de refugiado” y “establecer los mecanismos mediante los cuales el solicitante pueda presentar toda la prueba que considere pertinente y presentar argumentos relacionados con la procedencia del reconocimiento”. Asimismo, señaló a Bolivia “que las resoluciones que nieguen o revoquen el estatus de refugiada de una persona, sean adoptadas en el marco del debido proceso, con motivación suficiente y en plena observancia de los mecanismos de notificación y publicidad que permitan al afectado presentar un recurso en los términos legalmente establecidos”⁹.

IV.3. Documentación

El acceso a la documentación de los refugiados reconocidos continúa siendo un tema sensible. En ocasión del Diagnóstico Participativo llevado adelante por la agencia implementadora del ACNUR con la participación de la CONARE, los refugiados han planteado trabas y demoras en el acceso a la documentación como una preocupación recurrente. Los inconvenientes en el acceso a la documentación también han sido recogidos por la CIDH, quien sostuvo en su informe haber recibido información sobre “la excesiva burocracia en el trámite de documentación de los refugiados en Bolivia, situación que los lleva a utilizar vías alternativas tales como la realización de actividades informales que no requieren identificación, la

⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Bolivia (Estado Plurinacional de)*, 10 de marzo de 2011.

⁹ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El Camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, op. cit., párr. 410.

utilización de documento de viaje para ello o la obtención de documentos falsificados”¹⁰.

IV.4. Discriminación y estigmatización

Las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se han hecho eco de la preocupación de los refugiados y otras instancias sobre prácticas discriminatorias y estigmatizantes en contra de la población refugiada. El Comité señaló su preocupación “por reportes de la discriminación y la hostilidad a la que son sujetos los migrantes en el Estado parte y la vulnerabilidad particular de los solicitantes de asilo, los niños extranjeros no acompañados, y de las mujeres víctimas de la trata” y solicitó a Bolivia que “intensifique sus esfuerzos para generar e implementar campañas educativas con objeto de cambiar la percepción social y la actitud pública para combatir la discriminación racial en todos los sectores de la sociedad”¹¹.

IV.5. Menores no acompañados

El Decreto Supremo N° 28.329 contempla la posibilidad de que niños no acompañados interpongan por sí mismos una solicitud de la condición de refugiado (artículo 23). Sin embargo, ni la normativa ni la práctica de la CONARE han dispuesto mecanismos o procedimientos que aseguren el adecuado análisis de los casos y la atención de sus particulares necesidades de protección y asistencia. El Comité de Derechos del Niño en sus Observaciones Finales a Bolivia del año 2009 ha recomendado al Estado que “tome medidas para que las solicitudes de asilo presentadas por niños se estudien con arreglo a un procedimiento de determinación del estatuto de refugiado que tenga en consideración las necesidades y derechos específicos de los niños solicitantes de asilo, de conformidad con el derecho internacional de los refugiados y los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que tenga en cuenta las Directrices de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para la determinación del interés superior del menor. En este sentido, el Comité hace referencia a su Observación general

¹⁰ *Ibidem*, párr. 407.

¹¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *op. cit.*, párr. 21.

Nº 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”¹².

IV.6. Iniciativas de fortalecimiento

Frente a los desafíos enumerados, en 2007 el Estado Plurinacional de Bolivia acordó con la Oficina Regional del ACNUR la suscripción de un Acuerdo Marco de Cooperación Recíproca dirigido, principalmente, a fortalecer el Trabajo de la Comisión Nacional del Refugiado (CONARE) y asegurar el acceso de los solicitantes a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado plenamente respetuoso de los principios y estándares del Derecho Internacional de Refugiados, dotando a dicho procedimiento de mayor celeridad y transparencia. El acuerdo también contemplaba la posibilidad de implementar acciones dirigidas a reafirmar el carácter apolítico, humanitario y social del asilo y combatir la desinformación y estigmatización en contra de la población refugiada a través de la realización conjunta de campañas de información pública¹³.

Entre las principales medidas e iniciativas implementadas bajo este acuerdo se destacan el fortalecimiento de la Secretaría Técnica de la CONARE; las mejoras en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado; el fortalecimiento del análisis de los casos; el avance en la documentación de refugiados reconocidos y; diversas actividades de capacitación y sensibilización orientadas a asegurar el carácter apolítico y humanitario del asilo.

V. El reconocimiento constitucional del derecho a pedir y recibir refugio o asilo en Bolivia

El profundo proceso de cambio en la estructura política y social que atraviesa Bolivia a partir del año 2000 ha tenido uno de sus puntos más fuertes en el proceso constitucional iniciado en el año 2006.

En el marco de un proceso constituyente amplio y pluralista, diversas iniciativas fueron presentadas por parte de organizaciones de la sociedad civil, del

¹² Comité de los Derechos del Niño Naciones Unidas, *Observaciones finales: Estado Plurinacional de Bolivia*, CRC/C/BOL/CO/4, 16 de octubre de 2009, párr. 72.

¹³ Como ya ha sido señalado, el Informe de la CIDH de ese mismo año señalaría estos temas como los principales desafíos en materia del respeto de los derechos humanos de los refugiados en Bolivia.

propio Estado y también del ACNUR, para asegurar que en la nueva Constitución Política del Estado se reconociera el derecho a buscar y recibir asilo como un derecho fundamental, las cuales fueron objeto de debate en el ámbito de la Comisión de Deberes Derechos y Garantías de la Asamblea Constituyente.

En el año 2009 se aprobó la nueva Constitución Política del Estado que después de ser modificada por el Congreso de la Nación, fue refrendada por la población en un referéndum efectuado el 25 de enero de 2009, y promulgada el 7 de febrero de 2009.

La nueva Constitución Política del Estado incluye a lo largo de su articulado el reconocimiento constitucional del derecho al asilo, el principio de no devolución y el derecho a la reunificación familiar de los refugiados de conformidad con las normas internacionales sobre refugiados y derechos humanos.

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política del Estado:

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.

II. Toda persona a quien se haya otorgado en Bolivia asilo o refugio no será expulsada o entregada a un país donde su vida, integridad, seguridad o libertad peligran. El Estado atenderá de manera positiva, humanitaria y expedita las solicitudes de reunificación familiar que se presenten por padres o hijos asilados o refugiados.

El reconocimiento constitucional del derecho al asilo y la protección de refugiados constituye un paso trascendental en el fortalecimiento del marco legal de protección de refugiados en Bolivia.

La Constitución Política del Estado prevé expresamente en su articulado el derecho de toda persona extranjera a “pedir y recibir asilo o refugio” de conformidad con las leyes y los tratados internacionales. Su interpretación remite principalmente a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y a su Protocolo de 1967.

El artículo 29 también eleva a rango constitucional dos principios fundamentales de la Protección Internacional de Refugiados: la no devolución y la unidad de la familia.

Otro aporte importante de la Constitución al reforzamiento del marco legal de protección está dado por las disposiciones de los artículos 256 al

260 que reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos como normas aplicables con preferencia y con el rango de ley. En este sentido, la redacción de la Constitución evidencia que la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 deberán ser aplicados con preferencia, frente a otras normas internas que las contradigan, para el resguardo de los derechos y garantías de las personas refugiadas.

El reconocimiento constitucional del derecho al asilo y la protección de refugiados planteó la necesidad de reformar el actual marco normativo contenido en el Decreto Supremo N° 28.329.

VI. Avances y desafíos en el proceso para la adopción de una ley de refugiados

Tras la aprobación de la Constitución Política del Estado, se ha abierto en Bolivia la oportunidad de elaborar una nueva norma jurídica que regule la protección y el procedimiento de determinación de la condición de refugiado acorde a las proyecciones y resguardos de la propia Constitución y del marco legal internacional¹⁴.

El reconocimiento constitucional del derecho al asilo y la protección de refugiados requiere ahora su regulación a través de una ley en sentido materia y formal, es decir adoptada por la Asamblea Legislativa Plurinacional de acuerdo al trámite legal que la propia Constitución determina para la aprobación de leyes.

En febrero de 2010 se estableció una mesa de trabajo con el objeto de elaborar un anteproyecto de ley de protección a los refugiados. La “Mesa Refugio” (como se la llamó) fue creada en el Marco del Mecanismo de Coordinación Interinstitucional para las Migraciones (MCIM) y se conformó con representantes de distintas áreas del Estado y organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la temática de los refugiados, así como también con el ACNUR a través de su Oficina Regional para el Sur de América Latina¹⁵.

¹⁴ Para una mejor comprensión de la interacción de las tres vertientes de la protección internacional que determinan el marco legal de protección de refugiados véase Canado Trindade, A. A., “Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: Aproximaciones y convergencias” en *Memoria del Coloquio Internacional: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, IIDH-ACNUR, 1995.

¹⁵ Las instituciones involucradas en la Mesa incluyeron a representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Gobierno; Ministerio de Justicia; Consejo Nacional de Derechos Humanos; Defensoría del Pue-

Durante más de un año la Mesa Refugio se abocó a la elaboración de un anteproyecto de ley de protección a las personas refugiadas a través de la identificación de actores; el relevamiento y sistematización de normas jurídicas relevantes; la discusión de la estructura normativa; la redacción de una propuesta de artículos; la socialización del texto del anteproyecto; la realización de reuniones con otras instituciones involucradas con el refugio; y la revisión del texto.

El anteproyecto de ley acordado en agosto de 2011 establece un régimen de protección a las personas refugiadas de conformidad con la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, la Constitución Política del Estado (art. 29) y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

A diferencia del Decreto Supremo N° 28.329, el anteproyecto de ley guarda un orden lógico: establece las disposiciones generales, los derechos y deberes de los refugiados y solicitantes de refugio; los principios que rigen la protección; las cláusulas de inclusión, exclusión, cesación, cancelación y revocatoria; el órgano competente; el procedimiento de determinación de la condición de refugiado; la documentación de los refugiados; las soluciones duraderas; y las disposiciones transitorias, abrogatorias y derogatorias.

Entre las principales innovaciones que se plantean se destacan: la regulación precisa del objeto, ámbito de aplicación y alcance de la Ley; la adecuación de las cláusulas de inclusión, exclusión y cesación a las disposiciones del artículo 1 de la Convención de 1951; la regulación de los supuestos de cancelación y revocatoria del estatuto de refugiado de acuerdo a la práctica internacional en la materia; la amplitud para mantener la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados; la inclusión de una perspectiva sensible a la edad, el género y la diversidad en la interpretación y aplicación de la ley; la ampliación de los plazos para solicitar la condición de refugiado y de validez del documento temporal que la CONARE le expide al solicitante; la adecuada regulación de los principios de no devolución, no expulsión, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia y ayuda administrativa; la inclusión de una prohibición expresa de extraditar a solicitantes de asilo mientras esté pendiente de resolución su petición; la participación en la CONARE del ACNUR a fin de asegurar el ejercicio de su responsabilidad de supervisión, y de una organización de la sociedad civil; la ampliación de las atribuciones de la Secretaría Técnica de la CONARE para fortalecer y dar más

blo; Oficina Regional del ACNUR; Pastoral de Movilidad Humana; Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo; Capacitación y Derechos Ciudadanos (CDC) y la Mesa Técnica de Migraciones.

celeridad al procedimiento de determinación de la condición de refugiado; la regulación del abandono y desistimiento del procedimiento de determinación de la condición de refugiado; el establecimiento de la doble instancia y de la posibilidad de impugnar las decisiones en caso de rechazo; la ampliación del plazo de vigencia del carnet de extranjero para refugiados; y, finalmente, la ampliación de las atribuciones de la CONARE para la integración local de los refugiados.

El anteproyecto fue elaborado con la convicción de que la futura Ley de Refugiados será el instrumento que consolide la CONARE y permita un rol más efectivo del Estado en los distintos aspectos de la vida de los refugiados en la sociedad boliviana.

Bibliografía

- Cancado Trindade, Antonio Augusto, “Derecho Internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias” en *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Memoria Coloquio Internacional*, ACNUR, IIDH, Costa Rica, 1995.
- 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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
- Mondelli, Juan Ignacio, “Los Estándares Internacionales de Protección y el Nuevo Decreto Supremo sobre Refugiados: Avances y Retrocesos en el Nuevo Marco Normativo Interno” en *Derechos Humanos y Acción Defensorial*, Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia, Año 1, No. 1, La Paz, 2006.
- Tredinnick, Felipe, *Curso de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, Editorial Los amigos del libro, La Paz, 1987.

La protección internacional de los refugiados en Brasil

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

1. Introducción

La protección internacional de las personas refugiadas y solicitantes de tal condición en Brasil ha experimentado avances fundamentales desde la década de 1960, período en el cual el Estado adhirió a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante “la Convención”) y su Protocolo de 1967 (en adelante “el Protocolo”), ubicando al país como un referente a nivel latinoamericano.

Su vanguardista marco normativo interno, la institucionalidad basada en un esquema tripartito que reúne al Estado brasileiro con la sociedad civil y el ACNUR en la deliberación y adopción de decisiones, así como el compromiso con la implementación de iniciativas de integración local y de reasentamiento de refugiados, constituyen sólo algunas de las medidas a través de las cuales Brasil ha demostrado su compromiso humanitario en este campo.

En este artículo se presenta brevemente el contexto en el cual surge el régimen de protección internacional de refugiados en Brasil, para luego centrarse en el análisis de los principales contenidos de la Ley 9.474 y su normativa reglamentaria de manera de brindar un panorama general de la situación actual en el país.

II. Historia de la protección de refugiados en Brasil

Brasil adhirió en 1960 a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados pese a que el ACNUR recién comenzaría a establecerse en América Latina en las décadas siguientes a propósito de las dictaduras en el Cono Sur de los años '70 y de los conflictos en América Central de la década de 1980. Justamente en la década de 1970 Brasil y gran parte de América del Sur vivían bajo regímenes de excepción con dictaduras que forzaban la salida de miles de personas al exterior.

En aquellos años el papel del ACNUR se centraba en acompañar esos movimientos entre los países del Cono Sur, mientras que la Iglesia Católica asumía un papel principal en la tarea de proteger a los brasileros apoyando su salida y búsqueda de asilo en el exterior.

Lógicamente Brasil no desarrolló su política de protección internacional de refugiados en ese período donde había, como se mencionaba, un movimiento contrario que provocaba la salida de miles de brasileros y brasileras en razón de la dictadura.

Entretanto, había muchos casos de personas perseguidas en países vecinos que atravesaban la frontera para resguardar sus vidas en Brasil debido a que no contaban siquiera con adecuada documentación o a las restricciones económicas para emprender un viaje de mayor duración a un continente más distante. Las Cáritas Arquidiocesana de Río de Janeiro y de San Pablo desde 1975 ayudaron a chilenos, argentinos y uruguayos que buscaban ser acogidos en Brasil, aún pese al riesgo de ser descubiertos por las autoridades y entregados al gobierno del país de origen.

Con el inicio del proceso de redemocratización en el país, un flujo mayor de refugiados se dirigió a Brasil a principios de los años '80, entre los cuales llegaron arribaron miles de angoleños en razón de la guerra civil que asolaba su país.

En ese marco en 1982 la presencia de ACNUR fue oficialmente aceptada y a partir de entonces comenzaron diálogos con el gobierno brasiler con el fin de que se levantara la reserva geográfica por la que el Estado había optado al momento de su adhesión a la Convención de 1951, de manera de permitir que refugiados de cualquier parte del mundo pudieran ser recibidos bajo ese marco normativo.

En 1984 Brasil participó activamente de los debates que llevaron a la adopción de la Declaración de Cartagena sobre protección de refugiados en el continente.

Aunque en 1986 y 1987 se avanzó en medidas para aceptar personas provenientes de regiones distintas a Europa¹, finalmente en 1989 a través del

¹ En el primer intento de levantamiento de esa reserva en 1986, Brasil recibió 50 familias de refugiados iraníes que profesaban la fe Bahá'í y por esta razón sufrían limitación de sus derechos en aquel país. Éste constituyó el primer grupo de refugiados no europeos recibido de manera ilimitada en Brasil en una demostración de que la reserva geográfica no podía seguir en vigor.

En el año siguiente, en 1987, el Consejo Nacional de Inmigración emitió la Resolución N° 17 a través de la cual fueron recibidos como extranjeros temporales y no como refugiados, varios ciudadanos paraguayos, chilenos y argentinos que también eran víctimas de persecución en razón de la dictadura en sus países, constituyendo el segundo paso para el levantamiento de la reserva geográfica.

Decreto N° 98.602 se levantó la reserva geográfica permitiendo al país recibir un flujo mayor de refugiados independientemente de su origen.

En 1991, ya en una nueva fase de estabilidad política aunque aún con un número muy pequeño de refugiados en el Brasil, el Ministerio de Justicia edita la Resolución Interministerial N° 394 como un dispositivo jurídico de protección de refugiados estableciendo una dinámica procesal para la solicitud y concesión del estatuto de refugiado.

Las solicitudes se mantuvieron en niveles bajos hasta el final de 1992, año en que comienzan a ingresar a Brasil en mayores cantidades refugiados provenientes de Angola, República Democrática del Congo (ex Zaire), Liberia y la ex-Yugoslavia.

En ese momento, basados en la resolución interministerial que proporcionaba un marco jurídico interno mínimo, el ACNUR entrevistaba a esas personas y solicitaba al gobierno brasileño su reconocimiento formal como refugiados. El papel del gobierno brasileño se restringía a la emisión de la documentación adecuada y luego de eso los refugiados tenían que caminar con sus propias piernas el país que los acogía. Como muchos de ellos venían de regiones de guerra, con traumas psíquicos y problemas de salud, el apoyo ofrecido era insuficiente generándose la necesidad de procurar una mejor integración en el ámbito local.

En ese marco el gobierno hizo un llamado a las Cáritas Arquidiocesana de Río de Janeiro y de San Pablo por su experiencia en la materia para que, junto con los Ministerios de Relaciones Exteriores, Salud, Trabajo y Educación, adoptaran medidas para el tratamiento de las cuestiones de salud física y mental, integración laboral y el reconocimiento de títulos educativos.

Las reuniones pusieron en evidencia con mucha claridad la necesidad de avanzar en una regulación de la protección de refugiados en el Brasil más allá de la simple norma interministerial vigente.

Era preciso efectivamente internalizar los contenidos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 con una ley específica que definiese el concepto de refugiado para Brasil, crease un órgano nacional y, a partir de allí, estableciera cuáles eran los derechos de los refugiados y la forma que tomaría el procedimiento para su reconocimiento o cesación.

Este vacío fue cubierto con la aprobación de la Ley n° 9.474 de 1997, cuyos 8 títulos, 17 capítulos, 3 secciones y 49 artículos fueron elaborados en conjunto con el ACNUR y las organizaciones de la sociedad civil, siendo considerada una de las leyes más completas y generosas a nivel universal.

La norma fue finalmente promulgada por el entonces presidente Fernando Henrique Cardoso el 22 de julio de 1997 y publicada al día siguiente².

III. Contenidos, reglamentación y aplicación de la Ley 9.474

III.1. Las definiciones de refugiado

El Capítulo I del Título I de la ley establece los aspectos característicos de la definición del estatuto de refugiado: las llamadas cláusulas de inclusión y de exclusión y la extensión del estatuto en razón del vínculo familiar basado en el principio de la reunificación familiar.

En materia de inclusión, además de la incorporación en forma casi literal de la definición clásica que surge de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, el inciso 3º del artículo 1 incorpora elementos de la llamada definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena de 1984.

Este inciso que no se encontraba en el proyecto original del poder ejecutivo, fue promovido por la sociedad civil y acogido en el debate legislativo, y establece que también será reconocido como refugiado el individuo que se viera obligado a dejar su país de nacionalidad debido a graves y generalizadas violaciones de derechos humanos.

La ley aborda bajo el título de “Exclusión” tanto las cláusulas del artículo 1.F de la Convención de 1951 como las establecidas en el artículo 1.E de dicha Convención en referencia a las personas que no necesitan protección internacional como refugiados³.

En cuanto a las primeras, establece que no se beneficiarán de la condición de refugiado las personas que hayan cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o actos contrarios a los fines y principios de las Naciones Unidas, así como las que hayan cometido crímenes que por la legislación brasilera son denominados “hediondos”, actos terroristas o delitos relacionados con el tráfico de drogas.

En definitiva este dispositivo entiende que no tiene sentido alguno otorgar protección internacional como refugiado a las personas que están acusadas de

² Diario Oficial N° 139, del 23 de julio de 1997, Sección I, pp. 15822-15824.

³ ACNUR, *Nota del ACNUR sobre la interpretación del artículo 1E de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951*, 2009.

haber cometido genocidio o masacres de personas, o que provocaron situaciones graves de violencia, de guerra o aún situaciones de criminalidad que provocan el desplazamiento de personas a lo largo del mundo.

Finalmente este capítulo I prevé la extensión de la condición de refugiado por medio de la reunificación familiar: toda vez que una persona recibe el reconocimiento de la condición de refugiado puede solicitar la reunificación con sus parientes aún aunque estos sean de otra nacionalidad o no hayan sufrido persecución.

El artículo 2 establece que esta condición se extiende a los cónyuges, ascendientes y descendientes, así como a los demás miembros del grupo familiar que dependen económicamente del refugiado que se encuentra en el Brasil.

Es importante destacar que el Comité Nacional para los Refugiados (en adelante el “CONARE”) dictó en 1999 la Resolución Normativa N° 4 con el fin de reglamentar los alcances del vínculo de parentesco requerido por este artículo. La misma estableció que puede extenderse la condición de refugiado al cónyuge, a los hijos naturales o adoptivos menores de 21 años, a los ascendientes sin límites generacionales y a los hijos mayores de 21 años, hermanos, nietos, bisnietos o sobrinos menores de 21 años o de cualquier otra edad en caso de que dependan económicamente del refugiado.

En particular estableció que los niños huérfanos cuyos padres se encuentren privados de la libertad o desaparecidos podrían ser reunificados sobre la base de un vínculo de parentesco o de dependencia afectiva, de manera de dar respuesta a situaciones que suelen suceder en el contexto de violaciones graves y generalizadas de derechos humanos en los países de origen⁴.

Además, en la práctica, el CONARE consideró posible la reunificación con la persona unida por un vínculo de hecho debidamente probado con la refugiada o el refugiado.

III.2. Principios, derechos y obligaciones

El capítulo II del Título I y parte del Título II reconocen y también establecen atributos específicos derivados de la obtención de la condición jurídica de refugiado de acuerdo con las definiciones antes mencionadas.

⁴ Esta figura fue de gran utilidad en años anteriores en relación con la situación en Angola ya que con pruebas sencillas sobre el parentesco o dependencia se permitió reunir un gran número de familias.

El marco de los principios, derechos y obligaciones incluidos aquí está dado por los artículos 4 y 5 de la ley que además de reafirmar la sujeción en lo específico a sus contenidos, afirma que la Constitución Federal, las legislaciones infraconstitucionales y los instrumentos internacionales de los que Brasil sea parte constituyen la base sobre la cual la complementariedad se afirma para ampliar el espectro de la protección internacional de los refugiados. Esta complementariedad se refuerza cuando la ley en el artículo 48 de la parte final afirma específicamente que debe ser interpretada en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales en materia de refugiados, aplicando siempre la norma más favorable para la persona.

En el marco de este principio interpretativo para toda la ley, también es posible esclarecer cuestiones que podrían parecer obvias pero que han suscitado dudas, tales como si los refugiados poseen algún tipo de inmunidad debido a su condición.

En este sentido el artículo 5 reafirma que los refugiados, además de gozar de los derechos establecidos por las distintas normas, deben acatar las leyes y reglamentos destinados a mantener el orden público, dejando claro que sobre los refugiados incide todo el andamiaje jurídico interno en cuanto a sus obligaciones al igual que sobre los nacionales o sobre los extranjeros residentes en el país, sin poseer en este sentido privilegio alguno.

Como es sabido, la principal protección que requieren las personas refugiadas es contra la posibilidad de ser devueltas a un país donde su vida o libertad se encuentren amenazadas, motivo por el cual la ley establece el principio de no devolución de acuerdo con los estándares internacionales.

En la práctica las autoridades migratorias brasileras reciben capacitación específica en materia de refugiados resaltándose su rol en el respeto a este principio de no devolución, no sólo en las fronteras terrestres sino también en las fronteras internacionales portuarias o aeroportuarias.

Aunque el artículo 7.2 prevé una excepción a este principio basada en que el refugiado sea considerado peligroso para la seguridad de Brasil, es necesario destacar que su formulación puede resultar vaga y, por ende, no sería aconsejable que su aplicación sea decidida por la policía federal en la zona de frontera, sino que ésta debería poner inmediatamente en conocimiento al CONARE para que decida en el momento sobre la admisión de la persona al territorio nacional, así como notificar de los hechos al ACNUR.

Son casos complejos que envuelven cuestiones de cooperación jurídica internacional, incluida la extradición, por lo que, frente a las dudas correspondería brindar el acceso al territorio y al procedimiento y debatir la aplicación de las excepciones ya en el marco del procedimiento formal.

En relación con este principio, el artículo 36 de la Ley 9.474 insertó en el ordenamiento jurídico nacional la hipótesis de no expulsión de los extranjeros refugiados en el país excepto en los casos en que hubiera riesgos para la seguridad nacional o el orden público, conforme la terminología del artículo 32 de la Convención de 1951 (cabe decir que esta excepción no fue aplicada hasta la actualidad).

En el caso de que la excepción fuera aplicada, el artículo 37 establece que, de todas maneras, la expulsión solamente procederá hacia un país que haya admitido a la persona y donde no corra riesgo alguno de persecución.

El segundo principio fundamental para una efectiva protección internacional refiere a no considerar el ingreso migratorio irregular como una restricción para presentar una solicitud de la condición de refugiado. La ley aplica este principio al extranjero irregular o clandestino, haya llegado en un buque, sin visa, o sin ningún pasaporte o documento.

En estrecha relación con éste, el artículo 10 establece que la presentación de la solicitud de la condición de refugiado conforme las directrices de la ley suspende cualquier procedimiento administrativo o penal referido al ingreso irregular de un extranjero o de su familia y el inciso 2 de este artículo afirma que en caso de reconocerse la condición de refugiado los procedimientos directamente deberán ser archivados siempre que el ingreso irregular se justifique en los hechos que dieron razón al reconocimiento como refugiado.

En materia de documentación se establece que las personas refugiadas tendrán una cédula de identidad así como derecho a permiso de trabajo y a un pasaporte brasilero cumpliéndose de este modo con las obligaciones de la Convención de 1951.

La cédula de identidad prevista es la misma que reciben los extranjeros residentes en Brasil y debe contener una mención expresa de la palabra refugiado. Esta mención evidentemente no debe dar lugar a ningún tipo de actos de discriminación sino, por el contrario, apunta a evitar cualquier riesgo al refugiado respecto de posibles intentos de expulsión o extradición, es decir, evitar cualquier infracción al principio de no devolución por medidas inadecuadas de las autoridades de migración.

En cuanto al permiso de trabajo, el refugiado puede realizar cualquier tipo de actividad remunerada incluyendo las de carácter autónomo.

Igualmente puede acceder a programas sociales del Brasil y a cuestiones asociadas tales como la posibilidad de abrir una cuenta bancaria o inscribirse en los registros previsionales.

Al ser miembro del CONARE, el Ministerio de Educación facilita los trámites de revalidación de diplomas académicos así como de comprobación del nivel de estudios a efectos de la escolarización básica.

En cuanto a los solicitantes de la condición de refugiado se establece que, una vez recibida la solicitud, el Departamento de la Policía Federal emite un documento temporario al solicitante y a su familia que debe contener la información básica y que tendrá vigencia por un plazo de 90 días prorrogables hasta tanto se arribe a una decisión final (art. 21).

Este documento permite al solicitante obtener un carnet de trabajo provisorio en el Ministerio de Trabajo que tiene la misma duración que el documento y que lo habilita a realizar cualquier actividad remunerada.

III.3. Los órganos de protección de refugiados

La ley crea el CONARE en el ámbito del Ministerio de Justicia, estableciendo así una instancia nacional específica y especializada en atender las cuestiones vinculadas a la protección internacional de las víctimas de persecución.

El CONARE es un órgano de deliberación colectiva, con composición tripartita ya que lo integran distintas áreas del Estado, la sociedad civil y Naciones Unidas⁵, y debe desempeñar su tarea con la mayor independencia posible. Sus competencias son sumamente amplias incluso para aplicar subsidiariamente las normas del derecho internacional de refugiados en cuanto puedan ser más extensas que la propia ley.

El CONARE analiza y decide en primera instancia sobre el reconocimiento de la condición de refugiado, dejando en claro que este acto tiene, justamente,

⁵ El artículo 14 determina que el CONARE está integrada por un representante de cada una de las siguientes instancias: Ministerio de Justicia (que ejerce la presidencia), Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Trabajo, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación y Deportes; Departamento de Policía Federal; organización no gubernamental que se dedique a actividades de asistencia y protección de refugiados en el País, y el ACNUR aunque sin derecho a voto. Aunque la ley establece que estos miembros son designados por el Presidente de la República a partir de las propuestas de cada instancia, esta responsabilidad fue delegada en el Ministro de Justicia conforme el Decreto N° 3.768/2001.

naturaleza declarativa y no constitutiva (art. 12.1). Además decide sobre la cesación de la condición de refugiado tanto a partir del pedido del solicitante como de oficio en los casos en que sea pertinente, aunque esta declaración de oficio nunca debe ser automática sino analizada en profundidad en cada caso particular. Asimismo, resuelve también sobre la pérdida del estatuto conforme lo establece la propia ley, como analizaremos más adelante.

El CONARE posee también la competencia genérica de coordinar todas las acciones necesarias para lograr una eficaz protección, asistencia y apoyo jurídico de los refugiados, de manera tal que se refuerza su rol de órgano central en todo lo que a los refugiados compete en Brasil.

Por último, se le otorga la posibilidad de aprobar normas reglamentarias de la ley que permitan su mejor interpretación y aplicación, amén de que luego el artículo 13 específicamente encomiende al CONARE aprobar su reglamento interno de funcionamiento, incluyendo la determinación de la periodicidad de las reuniones⁶.

Al ser responsable de este importante número de competencias el CONARE necesita contar con una estructura técnica que le brinde soporte jurídico y administrativo. Esta tarea de soporte se desempeña bajo la figura de un Coordinador General responsable de la conducción administrativa del órgano que, en la práctica, toma la forma de una secretaría administrativa bajo la órbita de la Secretaría Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia y posee diversas funciones tales como la instrucción de las solicitudes (entrevistas, actas, preparación de reuniones, etc.), el diálogo con los demás actores y la capacitación de áreas del Estado, entre otras.

III.4. El procedimiento de reconocimiento

El procedimiento de reconocimiento del estatuto de refugiado está regulado en distintas secciones de la ley que en esta parte se describen de manera general.

La ley afirma que las personas extranjeras pueden expresar su voluntad de solicitar el estatuto de refugiado ante cualquier autoridad migratoria de frontera terrestre, marítima o aérea (arts. 7 y 17), lo que en la práctica remite a la Policía Federal ya que es ésta quien tiene dicha competencia de control migratorio.

⁶ La CONARE adoptó su reglamento interno mediante la Resolución del Ministerio de Justicia N° 756/1998, estableciendo en detalle sus características del funcionamiento.

Con ese fin la Policía Federal es capacitada regularmente en la temática a efectos de poder brindar al extranjero la información adecuada sobre el procedimiento, así como para cumplir con su rol de identificar a un posible solicitante de la condición de refugiado. El CONARE mediante su Resolución N° 1/1998 estableció una Declaración Jurada que los miembros de la Policía Federal deben completar o apoyar al solicitante para que lo complete por sí mismo, con la información mínima que se pueda recabar en ese primer contacto (los datos básicos de las personas y los motivos para escapar de su país) y que luego será remitida a la Coordinación General del CONARE para ser ampliada. (arts. 9, 18 y 19). A efectos de facilitar la tarea de reunir esta información el CONARE adoptó la Resolución N° 2/1998 con un cuestionario de preguntas que la Policía Federal puede seguir.

Es necesario mencionar que ya desde ese momento se debe contar con un intérprete idóneo que pueda permitir a la persona expresarse en su idioma de origen.

Asimismo, los funcionarios involucrados en esta tarea inicial (pero también todos los que intervienen en las otras etapas del procedimiento) deben preservar en todos los casos la confidencialidad de la información que conocen para preservar la seguridad del solicitante y de su familia (arts. 20 y 25).

La participación de la Policía Federal en esta etapa del procedimiento se cierra con la elaboración de un dictamen circunstanciado que debe ser remitido de inmediato a la Coordinación General del CONARE. Cuando ésta lo recibe inmediatamente designa un/una entrevistador/a especializado que luego de realizar al menos una entrevista en profundidad y recabar información sobre la situación en el país de origen, reúne toda la prueba disponible teniendo una mirada integral sobre la solicitud.

A partir de este momento la solicitud puede ser incluida en una próxima reunión del CONARE para llegar a una decisión final en primera instancia sobre su reconocimiento o rechazo.

En caso de que la decisión sea positiva, los refugiados tienen la obligación de registrarse en el Departamento de Policía Federal a efectos de obtener su visado de residencia temporaria o permanente que, en caso de poseerlo, será estampado en su pasaporte. A estos fines las personas refugiadas deben completar una Declaración Jurada comprometiéndose a respetar las leyes nacionales y, principalmente, a no promover actividades de naturaleza política en el país (art. 28 y Resolución N° 3/1998).

Si la decisión fuera negativa, debe ser notificada al solicitante con los fundamentos del rechazo, quien dispone de un plazo de 15 días desde la notificación⁷ para presentar un recurso que debe ser resuelto por el Ministro de Justicia. El recurso puede presentarse indistintamente ante la Policía Federal, el CONARE o ante el mismo Ministerio.

Si el solicitante no fuera localizado para su notificación, la Resolución N° 8/2002 establece que transcurridos 6 meses a partir de la fecha de la decisión del CONARE la notificación se realice mediante el Diario Oficial de manera tal de no dejar los procedimientos abiertos indefinidamente por la falta de acción del solicitante.

La decisión que adopta el Ministro de Justicia agota la instancia administrativa del procedimiento de refugiados en el Brasil (art. 31). Aunque en general se mantiene la postura adoptada en primera instancia por el CONARE, también suele ocurrir que se presenten nuevos elementos que llevan al Ministro/a a tomar decisiones que reconocen el estatuto de refugiado. En todos los casos se procura que mediante el trabajo del CONARE y del asesoramiento legal provisto a los solicitantes por las Organizaciones no gubernamentales se procure adoptar una decisión adecuada para cada solicitud.

Durante todo el tiempo que se prolongue la decisión definitiva sobre el recurso, el solicitante tiene derecho a permanecer en el territorio brasilero conservando y pudiendo renovar su documento provisorio (art. 30).

En caso de que la decisión negativa sea definitiva el extranjero queda sujeto a la legislación general sobre migración y, por ende, queda habilitada la posibilidad de su deportación.

No obstante ello, el artículo 32 establece importantes disposiciones que pueden evitar esta deportación al menos en dos supuestos: el primero es el caso de que el extranjero pueda beneficiarse de alguna de las categorías migratorias establecidas por la Ley N° 6.815 actualmente vigente en la materia; el segundo caso refiere a la prohibición de devolución que perdura cuando, aún aunque no sea refugiada, existan riesgos para la vida, integridad física y libertad de la persona si regresara a su país de origen.

Este último supuesto puede aplicarse, por ejemplo, cuando la persona no haya cumplido las cláusulas de inclusión de la definición de refugiado o haya sido pasible de la aplicación de una cláusula de exclusión pero, sin embargo,

⁷ Si bien la ley no lo aclara se ha entendido que el plazo se refiere a días corridos.

las circunstancias de convulsión política podrían poner en riesgo sus derechos en caso de regresar⁸.

Es importante destacar, por último, que el artículo 47 de la norma establece que los procedimientos deben ser gratuitos y tener carácter de urgente respondiendo así a la situación y las necesidades de una persona que llega a Brasil escapando de una situación de persecución en su propio país.

La Constitución Federal dispone que la ley no excluirá la intervención del Poder Judicial cuando exista una amenaza o lesión a un derecho y, en consecuencia, siempre será posible que los extranjeros recurran a la justicia para hacer valer los derechos que intentan esgrimir.

En general las decisiones del Poder Judicial que han existido hasta la actualidad no han modificado las decisiones del CONARE, sobre todo considerando la doble instancia administrativa previa que confiere mayor solidez a la decisión del Poder Ejecutivo. Un aspecto a destacar es que la mayoría de estas decisiones han reconocido que compete al Poder Ejecutivo el otorgamiento o rechazo de una solicitud, lo cual en nada obsta que la justicia pueda observar si han sido adoptadas en respeto de los aspectos de forma de los procedimientos, tales como los plazos o la fundamentación de las mismas.

III.5. El estatuto de refugiado frente a la extradición

Frente a las complejas relaciones internacionales del mundo actual, es fundamental resaltar los esfuerzos internacionales en el área de la cooperación para combatir el crimen transnacional. Acuerdos bilaterales y multilaterales en este campo y, en particular, en materia de extradición, intentan fijar reglas claras para responder rápidamente a pedidos de entrega de un individuo acusado de haber cometido un crimen.

No obstante ello, es imprescindible tener siempre presente la observancia de la protección y promoción de los derechos humanos de todas las personas y, en este sentido, no hay un solo tratado de extradición firmado por Brasil que no prevea la denegación de la cooperación internacional en caso de que se escondan pretensiones políticas detrás de una supuesta persecución criminal.

⁸ Esta disposición de alguna manera establece el respeto del principio de no devolución extendiendo la protección internacional que reconoce el Estado brasileiro de manera complementaria a la protección de una persona como refugiada.

Es evidente que la protección como refugiado es un instrumento jurídico mucho más importante que el instituto de la extradición y, por este motivo, la ley brasilera otorgó preferencia a la protección como refugiado frente a un pedido de extradición, poniendo por delante los bienes jurídicos de la vida, libertad e integridad física de la persona.

El reconocimiento de la condición de refugiado obstará cualquier procedimiento de extradición sobre la persona que esté basado en los mismos hechos que dieron motivo a su reconocimiento, tal es la firme disposición que establece el artículo 33 de la ley⁹.

Por otra parte, el artículo 34 suspende el proceso de extradición en sede administrativa o judicial cuando haya una solicitud de la condición de refugiado pendiente de resolución.

III.6. Cesación y pérdida del estatuto de refugiado

La ley regula las cuestiones referidas a la terminación del estatuto del refugiado en su Título VI bajo las figuras de la cesación y la pérdida.

En lo que refiera a la cesación, es decir, los motivos por los cuales una persona ya no requiere protección como refugiada, la ley no se aparta en términos generales de las situaciones y terminología del artículo 1.C de la Convención de 1951 que regula este aspecto.

Tanto los motivos basados en la voluntariedad del refugiado como aquellos relativos al cambio de las circunstancias en su país de origen son recogidos en el artículo 38 conforme, una vez más, los estándares internacionales más altos en la materia.

Bajo la figura denominada pérdida de la condición de refugiado del Capítulo II se regulan varios supuestos que no necesariamente se agrupan bajo ese nombre en el marco internacional o en los marcos nacionales comparados. La gravedad de las consecuencias de la aplicación de la figura de la pérdida amerita un examen previo cauteloso y preciso.

⁹ Esto debe ser interpretado en el sentido de que el proceso de extradición debe ser inmediatamente extinguido y archivado, lo cual ha sido corroborado por el Supremo Tribunal Federal (STF) en su acordada sobre el pedido de extradición N° 1008 de 2007. La constitucionalidad de esta disposición fue sostenida así por el STF remarcando que la competencia del Poder Ejecutivo para reconocer el estatuto de refugiado a una persona sujeto de un pedido de extradición no viola el principio constitucional de división de poderes. Véase Ferreira Barreto, L. P. T., (Org.), *Brasília Refúgio no Brasil: a protecao brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*, ACNUR, Ministerio da Justicia, Brasilia, 2010, p. 205.

En primer lugar se recoge la situación de la renuncia, respetando así la voluntad de la persona refugiada en cuanto a su condición jurídica.

Luego se refiere al supuesto de que se descubra que los hechos invocados por el solicitante para su reconocimiento eran falsos o que hechos conocidos posteriormente sobre su situación hubieran llevado a denegar el estatuto de refugiado (tal sería el caso de hechos que dieran lugar a la aplicación de una cláusula de exclusión conocidos posteriormente al reconocimiento).

El ejercicio de actividades contrarias a la seguridad nacional o al orden público motiva igualmente la pérdida según el inciso III del artículo 39. Aquí es importante mencionar que la ley no habla de “seguridad pública”, ya que el refugiado que comete crímenes en el Brasil debe responder por ellos frente al poder judicial nacional y, si es condenado, cumplir la pena correspondiente. El artículo es claro al mencionar situaciones de seguridad nacional y orden público, que podrían ser, por ejemplo, la práctica de actos terroristas, la organización de grupos para cometer atentados en el país de origen o, atentar contra el orden público, promover el nazismo o la xenofobia.

Por último, la ley prevé el supuesto de pérdida en caso de que el refugiado abandone el territorio nacional sin previa autorización del gobierno brasileño. Esta previsión de la ley apunta a que el Estado brasileño que otorgó un documento de identidad al refugiado pueda conocer de la salida de la persona fuera de su jurisdicción y, en cierto modo, garantizarle la protección diplomática que de ello deriva y fue reglamentada asimismo en la Resolución N° 12/2005 del CONARE. En la práctica el refugiado puede justificar ante el CONARE su salida del país sin autorización en caso de que lo motivaran cuestiones urgentes que le hubiesen impedido pedir la autorización en forma previa.

Resulta importante destacar que la aplicación de estas cláusulas de cesación o pérdida de la condición de refugiado deben realizarse en el marco de un procedimiento que reúne prácticamente las mismas características que para el reconocimiento de tal condición (arts. 40 y 41).

III.7. La búsqueda de soluciones duraderas

Las soluciones duraderas son objeto de regulación de la ley mediante disposiciones que apuntan a distintos aspectos de su implementación, principalmente respecto de la integración local y el reasentamiento.

En este sentido la ley regula la cuestión del principio de ayuda administrativa, reconociendo la situación atípica en que se encuentran los refugiados a efectos de obtener adecuadamente documentos tales como diplomas universitarios, certificaciones de estudio, etc. El rol del Ministerio de Educación como miembro del CONARE apunta a cumplir con este objetivo de la ley.

En cuanto al reasentamiento como solución duradera en el Brasil, en el año 1999 se firmó un Acuerdo Marco con el ACNUR que permitió que a partir de 2002 llegaran refugiados de distintas nacionalidades mediante programas implementados sobre la base del espíritu tripartito (art. 46) contribuyendo de esa manera a fomentar la solidaridad internacional.

El CONARE y su Coordinación General desempeñan un rol fundamental en la implementación de estos programas, para lo cual recientemente se ha avanzado en la regulación de sus aspectos específicos en resoluciones del mismo órgano.

IV. Conclusión

Brasil ha buscado establecer un marco de protección internacional de refugiados acorde con los estándares internacionales y, en muchos casos, elevando estos estándares para generar un espacio humanitario amplio.

Aunque en esta tarea los desafíos son constantes, el Estado ha demostrado su compromiso en las distintas áreas que comprende, por ejemplo mediante la adopción de la Ley 9.474 muy tempranamente en comparación con el resto de la región.

En este artículo se han reflejado de manera resumida los principales contenidos de esta importante ley, de manera de continuar la tarea de dar a conocer el marco normativo y la práctica brasilera sobre protección internacional de personas refugiadas basada en el compromiso humanitario, la protección de los derechos humanos de todas las personas y la firme convicción de la importancia de promover la cooperación y la solidaridad internacional.

Bibliografía

- Ferreira Barreto, Luiz Paulo T. (Org.), *Brasilia Refúgio no Brasil: a protecao brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*, ACNUR, Ministerio da Justicia, Brasilia, 2010.

Marco jurídico e institucional en materia de refugiados en Chile

Carmen Gloria Daneri Hermosilla

1. Introducción

El Estado chileno ha demostrado a través de los años y, en particular, desde la década de 1990, su compromiso con los derechos humanos y la protección internacional de los refugiados.

El desarrollo progresivo de este sistema de protección en el país ha recogido los principales estándares de los tratados internacionales ratificados por la República de Chile que garantizan el derecho de toda persona de buscar y recibir protección internacional.

En este sentido, el artículo xxvii de la Declaración Americana de Derechos Humanos señala que 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. Asimismo, el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “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”. Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 14 que “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

En el ámbito específico de la protección de los refugiados, el Estado chileno depositó el instrumento de adhesión a la Convención de 1951 el 28 de enero de 1972, entrando en vigor para el país el 25 de abril de ese mismo año¹. Asimismo, depositó el instrumento de adhesión al Protocolo de 1967 con fecha 27 de abril de 1972, entrando en vigor para el país ese mismo día.

¹ La Convención fue promulgada mediante Decreto 287-72, del 8 de junio de 1972, publicado en el Diario Oficial el día 19 de julio de 1972, mientras que el Protocolo fue promulgado mediante Decreto 293-72, del 9

A nivel local, transcurridos varios años de desarrollos normativos, en el año 2010 el Presidente Sebastián Piñera promulgó la Ley 20.430 que establece *disposiciones sobre protección de refugiados* y, posteriormente, con fecha 17 de febrero de 2011 entró en vigencia su Decreto Reglamentario N° 837 conformándose así un marco normativo integral y específico en la materia.

Este artículo describe los antecedentes del sistema nacional de protección actual, los principios que inspiran la ley de protección para refugiados, sus características centrales y los derechos y obligaciones reconocidos a los refugiados.

II. Antecedentes

La República de Chile se ha consolidado en los últimos años como un país de acogida de personas refugiadas y solicitantes de asilo, fortaleciendo en paralelo el marco institucional que les otorga protección.

A nivel nacional, el artículo 5°, segundo párrafo de la Constitución Política² establece como límite de la soberanía el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y el consecuente deber de los órganos del Estado de respetar y promover tanto los derechos que se encuentran garantizados por ella, como los consagrados en los tratados que se encuentran vigentes en el país.

En 1975 se dictó el Decreto-Ley 1.094, conocido como la “Ley de Extranjería”, y el Decreto Supremo N° 597 que estableció su reglamento. Estas normas abordaban la categoría de refugiado simplemente como una categoría migratoria y no reflejaban un tratamiento integral del tema. En este sentido, el artículo 22 del decreto ley establecía que: “[a] los demás residentes se les otorgarán visaciones con las siguientes denominaciones: “residente sujeto a contrato”, “residente estudiante”, “residente temporario” y “residente con asilo político” o “refugiado”³, haciendo una distinción entre estas dos categorías.

de junio de 1972, publicado en el Diario Oficial el día 20 de julio de 1972.

² Constitución Política de la República de Chile, art. 5°, 2° párrafo: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

³ Decreto Ley 1.094 que establece normas sobre extranjeros en Chile, Santiago, 14 de julio de 1975, Título I, párr. 4.- De los Residentes Oficiales y demás Residentes. art. 22, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6483&tipoVersion=0>.

Esta norma reconocía que se podía conceder visación de residente con asilo político a los extranjeros que, en resguardo de su seguridad personal y en razón de las circunstancias políticas predominantes en el país de su residencia, se vieran forzados a recurrir ante alguna misión diplomática chilena solicitando asilo⁴. En cuanto al procedimiento establecía que una vez concedido el asilo diplomático, con carácter provisorio, se calificarían los antecedentes y circunstancias del caso por el Ministerio de Relaciones Exteriores y por el Ministerio del Interior y se dispondría el otorgamiento o rechazo de la visación. Si se decidía el otorgamiento, el asilo diplomático concedido se confirmaba con el carácter de definitivo y se estampaba la visación en el pasaporte, salvoconducto u otro documento análogo que presentara el extranjero o que se le otorgara. Asimismo, se preveía que la visación se haría extensiva a los miembros de la familia del asilado político que hubieren obtenido junto con él, asilo diplomático⁵.

La normativa disponía también que se podría otorgar visación de residente con asilo político a los extranjeros que en resguardo de su seguridad personal y en razón de las circunstancias políticas predominantes en el país de su residencia ingresen al territorio nacional irregularmente. Se otorgaba un plazo de diez días para presentarse ante las autoridades e invocar que se les acuerde este beneficio, declarar su verdadera identidad en el caso de no contar con documentos para acreditarla, o manifestar si el documento de identidad o pasaporte que presentaban era auténtico. Posteriormente el Ministerio del Interior, previo informe de la Dirección General de Investigaciones, se pronunciaba sobre el otorgamiento o el rechazo de la petición. La norma preveía la posibilidad de privar de su libertad a las personas que se encontraran en esta situación por un período máximo de 15 días⁶.

En cuanto al plazo de vigencia de la visación de residente con asilo político, se establecía una duración máxima de dos años que a su vez podía prorrogarse por períodos iguales, en forma indefinida, o cambiarse su calidad por cualquiera otra contemplada en el decreto ley si procediere. Tras dos años de residencia en Chile el residente con asilo político podía solicitar la permanencia definitiva.

⁴ *Ibidem*, art. 34.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, art. 35.

A efectos del otorgamiento de la visación a los refugiados, la norma establecía que tendrían esta condición las personas que cumplieran con los requisitos previstos en las Convenciones Internacionales suscritas por el Gobierno de Chile. Por lo tanto, se deduce que en este momento se incorpora la definición de refugiado prevista por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados que había sido ratificada por Chile en 1972.

Por último, el decreto ley de 1975 recogía el concepto de refugiado *sur place* ya que en su artículo 36 señalaba que: “Podrán también solicitar esta visación los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional en calidad de turistas, residentes o residentes oficiales y que, por motivos políticos debidamente calificados que hayan surgido en su país de origen o en el de su residencia habitual, se vean impedidos de regresar a ellos”.

En el marco de la revisión de los antecedentes, cabe destacar que el 8 de noviembre de 1990, bajo la presidencia de Patricio Aylwin Azocar se suscribe un Convenio entre el Gobierno de Chile, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante el “ACNUR”) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) para la realización de programas de retorno y reinserción de exiliados chilenos que desearan regresar voluntariamente al país⁷.

Asimismo, el 21 de octubre de 1996 se publicaba la Ley N° 19.476 que introducía modificaciones al Decreto Ley N° 1.094 de 1975 en materia de refugiados. En primer lugar incorporaba el artículo 34 bis que señalaba que “se considerará como refugiado a quien se encuentre en alguna de las situaciones previstas en las Convenciones Internacionales vigentes en Chile. El refugiado tendrá derecho a que se le otorgue la correspondiente visación de residencia”.

A su vez la norma reemplazaba el artículo 38 que establecía la caducidad de la visación de residente con asilo político por el solo hecho de salir del territorio nacional, por un artículo que establecía el derecho del refugiado de acceder a un documento de identidad idóneo que lo habilite para salir del país e ingresar a territorio extranjero.

Disponía también que un refugiado o asilado político no podría ser expulsado hacia el país donde su vida o libertad peligrase por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinados grupos sociales u opiniones

⁷ Acuerdo suscrito el 8 de noviembre de 1990 entre el Gobierno de Chile, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Organización Internacional para las Migraciones, fue promulgado el 23 de julio de 1991 y publicado el 19 de febrero de 1992.

políticas, y que tampoco podrían ser expulsados los extranjeros que solicitaran la condición de refugiado mientras se encontrasen residiendo en territorio nacional, a menos que la solicitud fuera rechazada⁸.

La Ley 19.476 derogaba el artículo 40 del Decreto Ley 1.094, que establecía una restricción en la residencia y libre circulación que podía ser fijada por el Ministerio del Interior y, en cambio, agregaba un inciso al mismo artículo que establecía la no sanción por ingreso ilegal al territorio nacional para las personas que fueran reconocidas como refugiados.

Por último, la Ley creaba la Comisión de Reconocimiento con el objeto de asesorar al Ministerio del Interior “en el otorgamiento y revocación de la visación de residente con asilo político o refugiado”⁹. Esta Comisión de Reconocimiento estaba compuesta por: a) el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior; b) un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y; c) un representante del Ministerio del Interior.

Las normas descritas sustentaron el marco institucional en esta materia hasta la reciente sanción de la Ley 20.430.

En enero de 1999, bajo la presidencia de Eduardo Frei Ruiz-Tagle se suscribió por primera vez el Acuerdo Marco para Reasentamiento de Refugiados entre el gobierno de Chile y el ACNUR¹⁰ y en el marco de dicho programa llegaron al país refugiados reasentados desde la ex-Yugoslavia.

Con la introducción de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 19.476 de 1996 y la obligación de crear una Comisión de Reconocimiento asesora del Subsecretario del Interior para la determinación de la condición de refugiado¹¹, se comienza a gestar la necesidad de establecer una sección especial dentro del Departamento de Extranjería y Migración (en adelante el “DEM”) para que se ocupe de todos los asuntos vinculados con el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, ya que hasta entonces el DEM atendía las esporádicas solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado sin tener una estructura dedicada exclusivamente a este objeto y carecía de personal capacitado para el ejercicio de estas tareas.

⁸ Ley N°19.476, art. 39, publicado el 21 de octubre de 1996.

⁹ *Ibidem*, art. 40 bis.

¹⁰ El Acuerdo fue promulgado con fuerza de ley el 11 de enero de 1999 y publicado en el Diario Oficial el 30 de marzo del mismo año.

¹¹ Ley N°19.476, art. 40 bis.

Finalmente, en el año 2005 se creó la Sección Refugio y Reasentamiento (en adelante la “SRR”) dentro del DEM de la Subsecretaría del Interior, que poseía competencia en materia de recepción, registro, documentación, orientación y asesoramiento del solicitante, realización de entrevistas, preparación de informes técnicos, así como la preparación y realización de misiones de selección para el programa de reasentamiento de refugiados.

En el año 2009 se suscribió un nuevo acuerdo con el ACNUR con el objeto de fortalecer las capacidades técnicas y operativas de la SRR y promover la pronta resolución de casos individuales pendientes de tratamiento ante la Comisión Nacional de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, entre otros objetivos. En el marco de dicho convenio, entre otras iniciativas, se contrataron tres nuevos oficiales de elegibilidad que fueron especialmente capacitados por el ACNUR y se implementó un proyecto conjunto con el Instituto de Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en materia de búsqueda de información de país de origen para el análisis de los casos.

El 28 de abril de 2009 ingresó en la Cámara de Diputados un proyecto de ley de protección de refugiados¹². El mensaje de la Presidenta Michelle Bachelet que inicia el proyecto de ley expresa que:

Es necesario establecer una normativa especial para regular esta importante institución del Derecho Internacional de manera más autónoma e integral, de manera de precisar y ampliar conceptos, separar la condición de refugiado del permiso de residencia que se otorga a la persona, establecer garantías y obligaciones para el refugiado, regular procedimientos y recursos, y, establecer claras causales de denegación o cancelación de la condición de refugiado, entre otros asuntos relevantes. Esta necesidad, ha sido destacada en diversos instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, tales como la Agenda para la Protección del año 2001 y el Plan de Acción de México del año 2004.

El 30 de septiembre de 2009 el proyecto de ley pasó de la Cámara de Origen (Cámara de Diputados) al Senado luego de su aprobación en sala. En la Cámara de Origen el proyecto fue analizado por la Comisión de Gobierno Interior y Regionalización. En el Senado el proyecto fue analizado por la Co-

¹² Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley de protección de refugiados. Santiago, 26 de marzo de 2009. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>.

misión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, y aprobado posteriormente en la sala sin modificaciones el 10 de marzo de 2010. Finalmente, la Ley N° 20.430 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 8 de abril de 2010 y publicada en el Diario Oficial el 15 de abril del mismo año. Posteriormente, el 14 de octubre de 2010 el Poder Ejecutivo aprobó el decreto reglamentario N° 837, que entró en vigencia el día 17 de febrero de 2011 luego de su publicación en el Diario Oficial.

III. La Ley N° 20.430 sobre protección de refugiados. Análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los refugiados

En esta sección se analizan las principales características de la ley, el concepto de refugiado que recoge, los principios que en ella se consagran y los derechos y obligaciones que reconoce a los refugiados y solicitantes de tal condición.

III.1. Principios fundamentales de la protección consagrados en la ley

El capítulo III de la ley establece los principios fundamentales de la protección y los enuncia en su artículo 3°: no devolución, incluida la prohibición de rechazo en frontera; no sanción por ingreso ilegal; confidencialidad; no discriminación; trato más favorable posible; y de unidad de familia.

El principio de *non refoulement* o *no devolución* es la piedra angular del sistema de protección internacional de los refugiados y ha sido considerado como un principio del derecho internacional consuetudinario¹³. La Convención de 1951 consagra este principio en su artículo 33 estableciendo que 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”. Este principio cubre cualquier medida que pudiera ser adoptada por un Estado incluyendo la intercepción, el rechazo en la frontera, o devolución indirecta.

Recogiendo los principios del derecho internacional en la materia, la ley lo consagra en su artículo 4 prohibiendo la expulsión o cualquier medida que

¹³ ACNUR, Resumen de conclusiones: Mesa redonda de expertos en Cambridge, *El principio de no devolución*, 9-10 de julio de 2001, párr. 1.

tenga por efecto la devolución, incluyendo el rechazo en frontera. Asimismo, se señala que tampoco procederá la expulsión hacia un país (distinto de su país de origen) en donde estuviere en peligro la seguridad de la persona o existieran razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Este párrafo recoge lo establecido en el art. 3° de la Convención contra la tortura.

De acuerdo con el decreto reglamentario, el principio de no devolución se aplica desde el momento en que el extranjero manifieste de forma oral o escrita ante la autoridad contralora de frontera, el Departamento de Extranjería y Migración o las Gobernaciones Provinciales, su intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado¹⁴.

La ley establece en su artículo 5 la excepcionalidad de la expulsión, lo que significa que ésta sólo procederá en forma excepcional respecto de un refugiado o solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado cuando razones de seguridad nacional o de orden público así lo justifiquen. En dicho caso, se le deberá otorgar un plazo de 30 días para que gestione su admisión legal en otro país.

En su artículo 6° la ley establece el principio de no sanción por ingreso o residencia irregular lo que significa que no se podrán imponer sanciones penales o administrativas a los refugiados con motivo del ingreso o residencia irregular. Sin embargo los solicitantes deberán presentarse ante la autoridad dentro de los diez días siguientes a la infracción alegando una razón justificada. En el mismo artículo la ley señala, con respecto a los solicitantes que hayan ingresado en forma irregular, que no se aplicarán las restricciones de circulación establecidas por las normas generales sobre extranjeros cuando se hayan visto forzados a recurrir a redes de tráfico ilícito de migrantes como forma de asegurar su ingreso al territorio y obtener protección.

En cuanto a la confidencialidad, establece en su artículo 7° que tanto el solicitante como el refugiado tienen derecho a la protección de sus datos personales, lo cual debe ser respetado a lo largo de todo el procedimiento y en todas las etapas de la solicitud.

Su artículo 8 establece el principio de no discriminación y el artículo 9 el de reunificación familiar. Según este último, tendrán derecho a que se les reconozca el estatuto de refugiado por extensión el cónyuge del refugiado o la persona con la cual se encuentre ligado por razón de convivencia, sus

¹⁴ Decreto N°837, que aprueba Reglamento de la Ley N°20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, publicado en el Diario Oficial del 17/02/2011.

ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela. A su vez el reglamento de la ley establece que la reunificación familiar sólo podrá ser invocada por el refugiado y en ningún caso por el reunificado. Tampoco se concederá el estatuto de refugiado por extensión a una persona que resulte excluible.

El decreto reglamentario introduce la transversalización de la perspectiva de género, edad u otras condiciones especiales de vulnerabilidad para la interpretación de cada uno de los elementos del concepto de refugiado¹⁵ y, en particular, señala en su artículo 12 que el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño deberá ser considerado en toda actuación relativa al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes.

Por último, la ley establece el principio de gratuidad para el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado. Asimismo, los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, los refugiados y los miembros de su familia que les acompañen quedarán exentos del pago de derechos por permisos de residencia que se les otorguen.

Cabe mencionar también los principios interpretativos que establece la Ley N° 20.430, pues de hecho están concebidos para proteger los derechos de solicitantes y de los refugiados. En efecto, se afirma que los alcances y disposiciones de la ley y su reglamento se interpretarán conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 y que, además, se procurará dar a los solicitantes de la condición de refugiados y a los refugiados el trato más favorable posible y, en ningún caso, inferior al concedido generalmente a los extranjeros en las mismas circunstancias. Finalmente, el principio de no menoscabo, en cuanto reconoce que ninguna disposición de la Ley N° 20.430 podrá interpretarse en el sentido de menoscabar cualquier otro derecho, libertad o beneficio reconocido a los refugiados.

III.2. La definición de refugiado

La Ley N° 20.430 incorpora en su segundo artículo las definiciones de refugiado aplicables en el país que recogen la definición de la Convención de

¹⁵ *Ibidem*, art. 3.

Refugiados de 1951 (art. 2º.1) y la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena (art. 2º.2)¹⁶. Esta ampliación del concepto incluye aquellas personas que han debido salir de su país de origen en consideración a que su vida, seguridad o libertad se encuentran amenazadas por una situación de violencia generalizada, agresión externa, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras causas que hayan alterado gravemente el orden público. Dicha ampliación se justifica en la necesidad de protección internacional que es requerida también por aquellas personas cuyas comunidades sufren un ambiente de violencia generalizada, con escasas posibilidades de recurrir a la institucionalidad para defender sus derechos fundamentales¹⁷.

A su vez, añade explícitamente la definición de refugiado *sur place* en su art. 2.4, señalando que serán reconocidos como refugiados: “Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida”¹⁸.

III.3. Derechos y obligaciones de los refugiados

La Ley N° 20.430 establece que los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado y los refugiados “gozarán de los derechos y libertades reconocidos a toda persona en la Constitución Política de la República, sus leyes y reglamentos, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos y sobre refugiados de los que Chile es parte, en particular los derechos reconocidos en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967”¹⁹.

Asimismo, la ley señala expresamente que “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”²⁰.

¹⁶ Si bien Chile no suscribió la Declaración de Cartagena en 1984 sí suscribió el Plan de Acción de México del año 2004 que reafirmó y resaltó lo acordado 20 años antes.

¹⁷ Mensaje presidencial, *op. cit.*

¹⁸ Ley 20.430, art. 2.4.

¹⁹ Ley 20.430, art. 13.

²⁰ *Ibidem.*

El art. 32 establece que una vez formalizada la solicitud de reconocimiento se notificará a los organismos correspondientes con el fin de que se les provea la asistencia humanitaria básica que pudieran requerir en virtud de su situación de vulnerabilidad, especialmente en lo referido a alojamiento, acceso a ayuda alimenticia, salud y trabajo²¹.

Los refugiados tienen derecho además a recibir ayuda administrativa de parte de las autoridades competentes, otorgándoles información sobre sus derechos y obligaciones, en la obtención de sus documentos, certificados, acreditación de su estado civil, títulos y demás actos administrativos. También deberán brindar asistencia administrativa para el traslado de sus haberes hacia o desde el país de origen, conforme las normas generales²².

En relación con las obligaciones de los refugiados, la ley dispone que éstos tienen la obligación de acatar la Constitución Política de la República, sus leyes y reglamentos, así como todas aquellas medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público y la seguridad nacional.

III.4. Autoridades de aplicación de la ley

La nueva ley de refugiados ratifica el rol que el Ministerio del Interior tenía con anterioridad. De acuerdo a la norma, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través de Resolución del Subsecretario del Interior, es el organismo encargado del otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación de la condición de refugiado, teniendo en cuenta las recomendaciones y antecedentes emanados de la Comisión de Reconocimiento.

La ley crea la “Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, organismo encargado de asesorar al Ministerio del Interior y Seguridad Pública y de proveer la información necesaria para decidir respecto del otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o rechazo de la condición de refugiado”²³.

La Comisión está compuesta por el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, quien la preside; dos representantes del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; y dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores. Dispone además, que a las reuniones de la Comisión puede asistir un

²¹ *Ibíd.*, art. 32.

²² *Ibíd.*, art. 15.

²³ *Ibíd.*, art. 20.

representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

La Comisión tiene otras competencias además de lo atinente a la recomendación sobre las solicitudes de reconocimiento, ya que debe recomendar la aprobación o rechazo de solicitudes de reunificación familiar de refugiados reconocidos, coadyuvar en la búsqueda e implementación de soluciones duraderas para los refugiados, y planificar, promover y coordinar políticas en materia de protección de solicitantes de la condición de refugiado y refugiados. Consecuentemente, la nueva ley le otorga a la Comisión competencias en la búsqueda de soluciones duraderas e integración local de los refugiados.

La Ley N° 20.430 establece la creación de una Secretaría Técnica que asiste a la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado y cuyas funciones se determinan en el reglamento interno de la Comisión que actualmente se encuentra en proceso de elaboración.

III.5. Documentación

La ley establece que las personas a quienes se les reconozca la condición de refugiado y sus familias tendrán derecho a que se les otorgue un permiso de residencia permanente. A su vez, la norma señala expresamente que la caducidad o revocación de dicho permiso no comporta el cese del estatuto de refugiado ya que éste subsiste mientras se mantengan las condiciones que dieron origen a la solicitud.

También tienen derecho a tener un documento de identidad para extranjeros. Este beneficio se extiende a los solicitantes de la condición de refugiado que hubieran obtenido una residencia legal en el país.

Además, los refugiados y sus familias tienen derecho a acceder a un documento de viaje que les permita salir y regresar al territorio nacional.

En relación con los solicitantes de asilo, se les debe entregar una residencia temporaria por el plazo de ocho meses que puede ser prorrogada por igual período mientras la petición se encuentre en trámite y no haya una decisión firme sobre el caso.

III.6. Menores no acompañados o separados de sus familias

La Ley N° 20.430 establece un procedimiento especial para el reconocimiento de la condición de refugiado en el caso de menores no acompañados

o separados de sus familias. En estos casos, la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento debe dar aviso inmediato a la autoridad de menores de manera que se ejerzan las medidas de protección, cuidado y asistencia que sean necesarias. Asimismo, establece que se deben observar las recomendaciones formuladas por el ACNUR para los refugiados en la materia. En estos casos, la entrevista de elegibilidad debe realizarse siempre con la presencia de un profesional experto en derechos de la infancia y adolescencia.

Los niños/as que se encuentren con familiares o representantes legales pero que solicitan ser acogidos al trámite con independencia de las solicitudes de sus padres, pueden hacerlo y, en dicho caso, la Secretaría Técnica debe evaluar la conveniencia de informar a la autoridad de protección de derechos de niños, niñas o adolescentes.

III.7. Otros procedimientos especiales

La ley prevé en su artículo 41 que en el caso de solicitantes que aleguen haber sido víctimas de violencia sexual o por motivos de género, el Ministerio del Interior procurará que los organismos públicos competentes les presten asistencia psicológica y social.

Para el caso de producirse un incremento sustancial de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, como consecuencia de un ingreso masivo de personas, entendiéndose por tal aquel que impida un proceso normal de elegibilidad individual, se podrán implementar procedimientos especiales de determinación, *prima facie* o por grupos.

IV. Procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado

A la luz de lo dispuesto por la nueva ley y su decreto reglamentario, se estableció un nuevo procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado cuyos principales aspectos se detallan a continuación.

IV.1. Presentación de la solicitud

El artículo 26 de la Ley 20.430 establece que todas las personas que se encuentren dentro del territorio de la República de Chile, sea que su residencia fuere regular o irregular podrán solicitar el reconocimiento de la condición de

refugiado. Esta solicitud podrá presentarse en cualquier oficina de Extranjería o bien ante la autoridad migratoria que se encuentre en un paso habilitado de la frontera. Allí se le proporcionará al interesado la información necesaria sobre el procedimiento.

Si la solicitud se presentara en la frontera, se le tomará declaración al interesado, quien deberá indicar las razones que lo forzaron a dejar su país de origen. A su vez, se informará al interesado que debe presentarse ante la oficina de Extranjería de la Gobernación Provincial, o ante el DEM, y se informará a la autoridad competente sobre la intención del extranjero de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, remitiéndose los antecedentes que correspondan.

IV.2. Formalización de la solicitud

Para que una persona sea considerada como solicitante de la condición de refugiado en Chile es necesario que “formalice” su intención ya que el reglamento de la ley establece en su primer artículo que “se entenderá por solicitante de la condición de refugiado, todo extranjero que se encuentre en el territorio nacional y ‘formalice’ su intención de ser reconocido como refugiado, de acuerdo a lo establecido en los artículos 36 y 37 del reglamento”. La formalización es un trámite personal que debe ser realizado por el interesado quien, en ese acto, debe completar un formulario que incluye sus datos completos, los motivos por los que interpone el pedido y las pruebas documentales o de otro tipo que pueda aportar en apoyo de su solicitud. Una vez formalizada la solicitud se le debe informar al peticionario respecto del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, sus derechos y obligaciones, y sobre la posibilidad de contactarse con un representante del ACNUR.

IV.3. Entrevista

Tal como lo señala el reglamento, la entrevista es considerada un elemento esencial del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado. El artículo 40 del reglamento prevé que toda persona que haya formalizado una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado deberá ser entrevistada de manera individual, por personal idóneo que se desempeñe en el Ministerio del Interior y en un lugar que garantice la confidencialidad de la entrevista.

Asimismo establece la posibilidad de que aquellas personas que no fueran solicitantes principales del reconocimiento de la condición de refugiado, sino miembros del grupo familiar también podrán ser entrevistadas individualmente, y que los solicitantes podrán elegir entrevistadores e intérpretes de su mismo sexo.

IV.4. Análisis del caso y resolución

Luego de la entrevista, los oficiales de elegibilidad a cargo del caso realizarán un informe sobre solicitud que, conforme al artículo 31 de la ley, deberá incluir una recopilación de información del país de origen del solicitante en particular en lo referido a la situación del afectado ante la ley, sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; las costumbres sociales y culturales de dicho país, así como las consecuencias de su trasgresión; la prevalencia de prácticas tradicionales perjudiciales; la incidencia y formas de violencia contra algún grupo de personas; la protección de que disponen; las sanciones previstas para quienes ejercen violencia contra algún grupo de personas y los peligros que el afectado puede enfrentar si regresa a su país de nacionalidad o residencia habitual, después de haber presentado una solicitud de la condición de refugiado.

El informe técnico realizado por el oficial de elegibilidad es posteriormente elevado con una recomendación a la Comisión de Reconocimiento, que es la encargada de analizar los casos y de votar por una recomendación positiva o negativa. La recomendación de la Comisión es posteriormente evaluada por el Subsecretario del Interior quien toma la decisión final en el caso.

IV.5. Recurso de reposición y jerárquico

La Ley 20.430 prevé que los actos administrativos que denieguen, revoquen, cancelen o hagan cesar el estatuto de refugiado podrán recurrirse por la vía administrativa de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 19.880 que regula las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. El artículo 59 de esta última norma establece que frente a un acto administrativo se podrán interponer el recurso de reposición y el recurso jerárquico.

El recurso de reposición se deberá interponer ante la misma autoridad de la que emanó el acto que pretende ser revisado (en este caso, el Subsecretario

del Interior), dentro del plazo de cinco días a contar desde la notificación del interesado. Asimismo, se podrá interponer subsidiariamente junto con el recurso de reposición, el recurso jerárquico, que será resuelto por el superior de quien hubiere dictado el acto impugnado.

La autoridad que corresponda resolver los recursos señalados deberá hacerlo en un plazo no mayor a 30 días. Estos recursos agotan la vía administrativa dejando al interesado la posibilidad de recurrir a la vía judicial si así lo desea.

De acuerdo con la ley la interposición de los recursos administrativos suspende la ejecución de las medidas objeto de ellos.

V. Consideraciones finales sobre la Ley N° 20.430

Los contenidos de esta norma son relevantes por representar un avance importante en la protección de refugiados y solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiados en Chile.

El sello “garantista” de la nueva normativa en cuanto, como se ha hecho notar, reconoce los derechos más amplios de los refugiados así como recoge los principios interpretativos más favorables a la persona, en definitiva permite procurar la más amplia protección a los solicitantes de la condición de refugiado y refugiados en Chile.

La protección de los refugiados en Paraguay

Rodolfo Manuel Aseretto

I. Introducción

Paraguay es un Estado parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante la “Convención de 1951”) y de su Protocolo de 1967 así como también ha ratificado los instrumentos universales más relevantes sobre derechos humanos.

El marco legal interno que trata sobre refugiados se encuentra establecido por la Ley de Refugiados N° 1.938, adoptada en 2002 que a su vez puso en marcha la Comisión Nacional de Refugiados (CONARE) integrada por representantes de distintas áreas estatales, de la sociedad civil y de Naciones Unidas.

II. Principales contenidos de la Ley 1.938 sobre Refugiados

II.1. Las definiciones de refugiado

El artículo 1.a de la Ley 1.938 reproduce casi a la letra la llamada definición clásica de refugiado contenida en el artículo 1.A.2 de la Convención de 1951. Es importante destacar que identifica el sexo de la persona solicitante como motivo de persecución sumándolo de esta manera a los motivos que surgen de la mencionada Convención.

El artículo 1.b, por su parte, incluye la definición ampliada sugerida por la Declaración de Cartagena de 1984.

En la ley paraguaya el fundamento de la calificación de refugiada atribuible a una persona radica en los temores fundados de ser perseguida en su país de origen.

Además, en la cúspide de la pirámide de nuestro sistema legal se halla la Constitución Nacional, que prescribe que el Paraguay reconoce el derecho de asilo territorial y diplomático a toda persona perseguida por motivos o delitos políticos o por delitos comunes conexos, así como por sus opiniones o por sus creencias, de modo que podría interpretarse que la Ley 1.938 reglamenta en

parte este derecho constitucional al asilo mediante, entre otras regulaciones, las definiciones que adopta en este primer artículo en el que define los sujetos a los que aplica la ley¹.

En virtud del artículo 2 de la ley, si el solicitante principal califica como refugiado debe concederse el estatuto a los familiares referidos por la norma, esto es, a su cónyuge o a la persona con la cual estuviera unido de hecho, descendientes y ascendientes en primer grado. Si bien la disposición se limita a estas personas, teniendo en cuenta que no existe una definición jurídica unívoca del concepto familia, la extensión del vínculo podría considerarse como una cuestión esencialmente de hecho que debe determinarse caso a caso, para lo cual es indispensable adoptar un enfoque flexible que tome en cuenta las variables culturales, sociales, religiosas, así como los factores de dependencia económica y emocional.

Ahora bien, aunque los artículos 8 y 9 de la ley referidos a las cláusulas de exclusión se encuentran bajo otro título, es preciso señalar que, en un sentido estricto, tanto estas disposiciones como las del Título III en materia de cesación y revocación deben considerarse referidas al ámbito de aplicación de la ley antes que a razones o criterios, en virtud de los cuales una persona no es merecedora de la protección del Estado.

Es por ello que el empleo del verbo “aplicación” en los artículos 8, 9 y 10 no debe conducir a equívocos en este punto pues esta expresión podría significar la no aplicación de la Ley 1.938 pero no de las disposiciones de la Convención de 1951 o su Protocolo.

Dicho esto, cabe decir que la Ley no se aparta en general en estas materias de las disposiciones del Derecho Internacional de Refugiados, excepto quizás en el artículo 12 que denomina como cláusulas de revocación a las que usualmente son llamadas cláusulas de cancelación, no obstante esta terminología no surge expresamente de la letra de la Convención de 1951.

¹ Cabe hacer mención aquí a la profunda y reconocida tradición de respeto del Paraguay a la institución del asilo, demostrada a través de numerosos casos de personas que se han acogido al derecho de asilo y han obtenido la condición de refugiado en el país en el curso de su historia. Esta tradición, como es bien sabido, se inicia en 1820 con el asilo del prócer uruguayo José Gervasio Artigas. Otro caso muy conocido fue el asilo del General argentino Juan Domingo Perón, a quien en 1955 se concedió asilo en una cañonera paraguaya, surta por entonces en aguas del Río de la Plata así como el de Anastasio Somoza Debayle, dictador nicaragüense posteriormente asesinado en Asunción. Hay otros muchos casos que han enriquecido la tradición de asilo del Paraguay, como el de los hermanos argentinos Cardozo, el del boliviano Juan Lechín Oquendo, etc. Esta historia de respeto del Paraguay a una de las instituciones emblemáticas del derecho internacional americano debe ser cuidadosamente mantenida como una demostración del apego y compromiso institucional que ha tenido el país en esta materia.

II.2. Principios, derechos y obligaciones

El artículo 5 de la Ley 1.938 establece que “No procederá la expulsión, devolución o extradición de un refugiado a otro país, sea de origen o de residencia habitual, cuando haya razones fundadas para considerar que se halle en peligro de ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o donde sus derechos esenciales estuvieran en riesgo”.

Es importante notar que la expresión “en modo alguno” incluye la devolución directa o indirecta, el rechazo en frontera, la extradición, la interceptación, la expulsión directa o indirecta, así como cualquier otra medida que tenga por efecto poner al solicitante de asilo o refugiado en un país donde existan razones fundadas para considerar que corre el riesgo de ser sometido a torturas o penas crueles, inhumanos o degradantes, o donde sus derechos fundamentales estuvieran en riesgo.

La norma establece sólo dos casos de excepción a este principio (art. 6): la existencia de razones fundadas de seguridad nacional o de mantenimiento del orden público. La expresión “razones fundadas” supone que no basta la mera invocación de estas razones sino que su existencia debe estar acreditada. Asimismo, la necesidad de que la decisión respectiva se base en disposiciones de la Constitución Nacional, los tratados internacionales o las leyes, respetando los procedimientos legales vigentes, supone que debe garantizarse el debido proceso legal y otorgarse al refugiado el derecho de presentar pruebas de descargo y un recurso sencillo y efectivo contra la expulsión.

Por su parte los artículos 25 a 29 y el artículo 32 de la ley establecen derechos de los refugiados tales como el de obtener un documento de identidad y de viaje, el derecho a trabajar y obtener prestaciones de la seguridad social y el derecho a la educación en calidad análoga a la de los nacionales y conforme los derechos consagrados en la Constitución paraguaya a los extranjeros.

En este marco el artículo 29 establece en particular que los refugiados que para ejercer su profesión debieran revalidar sus diplomas de estudio u obtener la autenticación o certificación de firma por parte de las autoridades de sus países de origen, podrán reemplazar los instrumentos oficiales en cuestión por documentos o certificados expedidos por las autoridades nacionales o internacionales.

Por último, el artículo 32 es de fundamental importancia ya que específicamente busca proteger a las mujeres y niñas, niños y adolescentes no acom-

pañados solicitantes de la condición de refugiado en el Paraguay, en particular facultando a la CONARE a coordinar con los organismos con competencia para facilitar su acceso a la salud, empleo y educación.

En cuanto a las obligaciones, al igual que los nacionales los solicitantes de asilo y refugiados se encuentran obligados a respetar las normas jurídicas, instituciones y mandamientos legítimos de las autoridades del Paraguay, especialmente cuando estén orientados a una correcta forma de convivencia y al mantenimiento del orden público. La obligación de respetar las disposiciones orientadas al mantenimiento del orden público que reafirma el artículo 4 tiene una significación especial para los refugiados pues, con arreglo al art. 6 de la ley, excepcionalmente procederá su expulsión cuando existan razones fundadas en la seguridad nacional o en el mantenimiento del orden público que la justifiquen como hemos mencionado.

A su vez, en materia de extradición la ley contempla la situación de los solicitantes de asilo de acuerdo con su artículo 24 estableciendo que “la interposición de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado suspende la tramitación de cualquier solicitud de extradición hasta tanto sea resuelto el pedido de refugio por la Comisión Nacional de Refugiado”.

En caso de reconocerse la condición de refugiado de la persona se aplica el artículo 7 que establece la devolución de la requisitoria sin más trámite. En caso contrario el rechazo de la solicitud por parte de la CONARE no conlleva automáticamente el levantamiento de la suspensión prevista en la norma. Ello así pues, a tenor de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la ley, la resolución de la CONARE es susceptible de ser impugnada mediante la interposición de los recursos administrativos y judiciales pertinentes por lo que corresponde considerar que la interposición de dichos recursos también tiene efecto suspensivo sobre el trámite de extradición.

III. Órganos competentes y procedimiento de determinación del estatuto de refugiado

La Comisión Nacional de Refugiados (CONARE) es el órgano principal de aplicación de la normativa nacional e internacional en materia de refugiados en el Paraguay.

Está conformada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Trabajo y Seguridad Social, la Comisión de

Derechos Humanos de ambas cámaras del Congreso y representantes de una ONG y del ACNUR que participan con voz pero sin derecho a voto.

Esta representación colegiada, además de una garantía para el refugiado, favorece la discusión y tratamiento de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado así como la adopción de políticas públicas para su protección y asistencia, y permite al ACNUR ejercer el rol de supervisión que le confiere el artículo 35 de la Convención de 1951 que establece que “los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o con cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; y en especial le ayudaran en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención”.

El artículo 14 de la ley delimita la esfera de competencia de la Comisión Nacional de Refugiados, definiendo éstas en el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado y de la búsqueda de soluciones duraderas (como la repatriación voluntaria, la integración local o el reasentamiento).

De acuerdo con ese artículo la CONARE puede proponer políticas públicas destinadas a asegurar la protección y la búsqueda de soluciones duraderas para solicitantes de asilo y refugiados.

Para cumplir con dichos cometidos los artículos 15 a 17 establecen normas de funcionamiento tales como los requisitos para sesionar con *quórum*, los votos necesarios para adoptar decisiones y la obligación de reunirse de manera ordinaria como mínimo dos veces al mes, además de la posibilidad de que cualquiera de sus miembros solicite reuniones extraordinarias.

La CONARE cuenta con una Secretaría Ejecutiva (art. 18) que constituye una instancia de asistencia administrativa tanto de la Comisión como del solicitante de asilo y refugiado y a la que, en términos generales, le corresponde llevar a cabo toda tarea relacionada con la conformación de expedientes y el impulso del procedimiento, así como disponer las medidas que fuesen necesarias para el normal desarrollo del procedimiento administrativo de determinación de la condición de refugiado en primera instancia desde su inicio hasta su finalización.

Otras medidas de asistencia administrativa de la Comisión se refieren al auxilio respecto de la documentación, a la compilación de información de países de origen y a la notificación fehaciente de las decisiones de la Comisión dentro del plazo de cinco días hábiles de adoptadas.

La Ley 1.938 regula el procedimiento de determinación del estatuto de refugiado en Paraguay en unos pocos artículos, sin ser exhaustiva en algunos aspectos centrales que, por ende, una futura reglamentación de la ley o el Reglamento Interno de la CONARE deberían abordar.

En primer término, del contenido de los artículos 21 y 22 de la ley se desprende que toda persona que desee solicitar asilo debe manifestar su intención, verbalmente o por escrito, ante cualquier autoridad de un puesto fronterizo, puerto o aeropuerto, a la Secretaría Ejecutiva de la CONARE o a la Dirección Nacional de Migraciones. Si la solicitud fuera verbal, el funcionario público que la recibiese deberá asentar por escrito el contenido esencial de lo expresado por el solicitante. Esto es, los datos que permitan identificarlo, su intención de solicitar asilo, las razones por las cuales abandonó su país de origen y los motivos alegados de persecución.

La autoridad que hubiese recibido la solicitud de asilo debe extender al solicitante un documento que posibilite su identificación como tal y que le permita permanecer legalmente en el país, desempeñar tareas remuneradas y acceder a los servicios básicos de salud y educación, dentro de los medios y disponibilidades de la Administración Pública Nacional. Este documento será válido hasta que recaiga resolución firme sobre el pedido de asilo.

La ley luego aborda el régimen recursivo en cuanto a temas de procedimiento, estableciendo la posibilidad de solicitar la reconsideración o de interponer un recurso de apelación contra cualquier decisión de la CONARE, tanto relativa a la determinación del estatuto como a cualquier otra decisión susceptible de ocasionar un perjuicio a la persona concernida.

El plazo de interposición de ambos recursos es de diez días contados a partir de la fecha de notificación fehaciente de la decisión, y deben ser presentados ante la Secretaría Ejecutiva. Aunque en el caso del artículo 30.a no se establece un plazo específico, puede entenderse que rige el plazo de treinta días hábiles para que estos recursos sean resueltos como lo estipula el inciso b) del mismo artículo.

Agotada la vía administrativa queda expedita la vía judicial ordinaria. Si bien el artículo 31 no define el tipo de acción judicial procedente, teniendo en cuenta la naturaleza constitucional del derecho de asilo y que, de acuerdo con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo que le ampare contra actos que violen sus derechos fun-

damentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, creemos que el recurso de amparo previsto en el artículo 134 de la Constitución de Paraguay podría ser una vía adecuada para la mayoría de los casos.

Bibliografía

- Aseretto, Rodolfo, Almiron Prujel, Elodia y Mondelli, Juan Ignacio (comp.), *Refugiados y Migrantes*, CIPAE y DIAKONIA, 2004.

La Protección Internacional de Refugiados en Perú: Ley 27.891 y su reglamento

Patricio Rubio Correa

Introducción

En el Perú la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante la “Convención de 1951”) entró en vigor el 21 de diciembre de 1964. A partir de entonces tuvieron que transcurrir casi 18 años para la entrada en vigencia del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados en 1983 y más de dos décadas para poder contar con una regulación interna detallada que permitiera la implementación efectiva de dichos tratados.

En efecto, el 5 de julio de 1985 se promulgó el Decreto Supremo 001-85-RE, concebido como todo un logro en años en los que aún se vivían los ecos del ingreso masivo de ciudadanos cubanos en la Embajada peruana en La Habana en el año 1980 y que culminó con el posterior arribo de muchos de ellos al país.

El paso del tiempo evidenció que el decreto supremo contenía regulaciones que no se ajustaban a los estándares internacionales, haciéndose necesaria una nueva regulación en la que no primara un criterio restrictivo en el manejo de la figura sino que, por el contrario, se incorporaran elementos y criterios del derecho internacional de los refugiados más recientes.

Asimismo, la experiencia de años anteriores en el Perú originó que se buscara elevar el nivel de la nueva norma y asegurar así su adecuado respeto por parte de las autoridades de los diversos sectores del Estado.

En diciembre del año 2002 se publicó la Ley N° 27.891, conocida como Ley del Refugiado. Esta norma fue concebida en un momento en el cual algunos países del continente como Panamá y Venezuela habían producido regulaciones nacionales sobre la materia que reflejaban conceptos no regulados anteriormente en esta parte del mundo.

La Ley del Refugiado consta de 36 artículos y está dedicada exclusivamente a regular el tema de los refugiados, a diferencia del Decreto Supremo N° 001-85-RE que poseía 84 artículos y regulaba tanto el otorgamiento de la condición de refugiado como el asilo. Esta ley ha sido reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 119-2003-RE, publicado el 14 de octubre de 2003 (en adelante el “Reglamento”).

Seguidamente desarrollaremos los diversos temas abordados por la ley y su reglamento.

I. Adecuación a los tratados

El artículo 1 de la Ley del Refugiado señala que su finalidad es la de regular el estatuto de refugiado de conformidad con los instrumentos internacionales y las demás leyes internas sobre la materia. Una lectura de esta primera cláusula podría llevar a la conclusión inexacta de que los instrumentos internacionales sobre refugiados y las normas nacionales que regulan la figura tienen un rango similar y que existen otras normas internas que regulan la condición de refugiado.

El artículo 2 permite aclarar en parte estas posibles dudas al señalar que el Estado reconoce los derechos y obligaciones propios del estatuto de los refugiados de conformidad con los instrumentos internacionales que ha ratificado. Es decir que la regulación interna del estatuto de refugiado tiene que adecuarse a estos instrumentos, lo que se condice con el rango constitucional que se les reconoce a estos últimos en el Perú vía la reiterada interpretación del Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

En cuanto a las leyes internas en materia de refugiados, debe tenerse presente que la Ley N° 27.891 es la única ley interna específica sobre la materia, por lo que el artículo se refiere a otras leyes que puedan contener alguna regulación relacionada a los refugiados, como por ejemplo la Ley de Extranjería.

Cabe preguntarse qué sucede si, por ejemplo, la Ley de Extranjería (Decreto Legislativo N° 703 del año 1991) contiene disposiciones contrarias a lo establecido en el Ley del Refugiado, lo que de hecho se presenta en la práctica cuando aquella afirma que, con la salida temporal del país la condición de refugiado concedida quedará en suspenso mientras dure la ausencia (artículo 50), o bien cuando estipula que la salida no autorizada del país o su

no reingreso dentro del plazo autorizado serán causales de pérdida del estatus (artículo 51), mientras que del texto de la Ley N° 27.891 puede entenderse que los criterios a aplicar en el caso de viaje de un refugiado fuera del territorio nacional son claramente distintos.

Este tipo de diferencias normativas se han venido resolviendo a luz de lo dispuesto por la Convención de 1951 y la norma especial, es decir, la Ley del Refugiado.

II. Diferenciación en la respuesta del Estado

El artículo 2 de la ley contiene dos respuestas distintas del Estado frente al reconocimiento del estatuto de refugiado ya sea que provenga del propio Estado o del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En el primer supuesto la norma señala que el Estado reconoce los derechos y obligaciones propios del estatuto a las personas a las que les otorgue tal calidad. Si se tiene en cuenta que el reconocimiento de la condición de refugiado es declarativo y no constitutivo de acuerdo a la doctrina, debería haberse empleado el término “reconozca” en lugar de “otorgue”, sin embargo, se trata de una disquisición que no afecta lo sustancial que consiste en la mención expresa del reconocimiento pleno que hace el Estado a los derechos y obligaciones de los refugiados por él reconocidos de conformidad con los instrumentos internacionales. Se incluye de manera expresa una mención al caso de los menores no acompañados buscando de este modo dar una mayor garantía de protección a éstos últimos.

El segundo supuesto al que hace referencia la norma es el de las personas que gozan de la protección del ACNUR pero que no cuentan con el reconocimiento de la condición de refugiado por parte del Estado. En el pasado se han presentado algunas situaciones en las que, habiendo el Estado denegado el estatuto de refugiado, el ACNUR ha iniciado un proceso de reubicación de la persona en otro país por considerar que existía una necesidad real de protección. En casos como el señalado, si bien el Estado no tiene que reconocer los derechos y obligaciones propios de la condición de refugiado, deberá mantener una actitud humanitaria que permita a la persona una permanencia digna hasta su salida de territorio peruano y la protección contra cualquier forma de devolución. En otras palabras, el Estado debe asumir una posición humanitaria en colaboración con la labor del ACNUR.

III. Principios contenidos en la ley y el reglamento

La Ley del Refugiado se ha preocupado por incluir los principios que rigen el derecho de los refugiados, en el entendido que constituyen los pilares para un adecuado tratamiento de la figura dentro de la normativa nacional.

III.1. Principio de no devolución

El principio de no devolución se encuentra recogido en el artículo 5.1 de la ley así como en el artículo 3.b de su reglamento. Según este principio, toda persona que invoque la condición de refugiado, puede ingresar a territorio nacional, no debiendo ser rechazada, devuelta, expulsada, extraditada o sujeta a medida alguna que pueda significar el retorno al país donde su vida, integridad o libertad estén amenazadas por alguno de los supuestos contenidos en el artículo 3 de la ley.

III.2. Principio de no sanción

Este principio, se encuentra regulado en el artículo 31 de la Ley del Refugiado que contempla varias situaciones, lo que amerita su transcripción para un mejor análisis:

31.1 No se impondrá sanción de ninguna naturaleza al solicitante de refugio que ingrese o que se encuentre ilegalmente en el país, siempre que provenga directamente del territorio donde su vida o libertad están amenazadas por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 3°, que de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 13° de la presente Ley, se presente a las autoridades nacionales justificando su ingreso o presencia ilegales.

31.2 El mismo criterio será aplicado al solicitante de refugio que, por las mismas razones contenidas en el artículo 3°, haya transitado por otros Estados que no le otorgaron una calidad migratoria estable y definitiva.

Primeramente se debe señalar que el principio de no sanción debe ser evaluado en los casos en que la persona ha realizado un ingreso ilegal, es decir, sin seguir lo prescrito por la ley migratoria, o cuando la permanencia de la per-

sona ha devenido en una situación de irregularidad en razón de haber sobrepasado el límite de tiempo autorizado para permanecer en territorio peruano.

Hecha la precisión anterior, se debe tener presente que el artículo 31.1 establece la no sanción asociándola con dos condiciones: según la primera, aquel que solicita el refugio debe provenir directamente del territorio del cual huye, con el objetivo de limitar la aceptación de ingresos irregulares o ilegales a casos de urgencia que realmente lo ameriten.

No obstante, ésta puede ser una visión limitada de las situaciones que tiene que enfrentar un refugiado. A manera de ejemplo, se puede mencionar el caso de un grupo de ciudadanos iraquíes cristianos que con la finalidad de huir de su país fueron conducidos por varios Estados antes de llegar al Perú. Si bien estos ingresaron a territorio peruano de manera ilegal conducidos por traficantes, en el proceso de calificación posterior quedó acreditado que tenían un fundado temor de persecución en su lugares de origen por razones religiosas adicionalmente al hecho de encontrarse su país en medio de un conflicto armado.

Frente a situaciones como la descrita la exigencia de provenir directamente del territorio del que se escapa termina perdiendo sentido. El propio artículo 31 demuestra la poca utilidad de esta exigencia cuando en su segundo párrafo extiende la aplicación del principio de no sanción a todo caso en el que el solicitante de refugio haya pasado por un tercer Estado.

Al mismo tiempo, el párrafo 2 del artículo 31 determina que el principio de no sanción no será aplicable en aquellos casos en que la persona goza de una situación migratoria regular en un país distinto al de persecución es decir, cuenta con su documentación en orden y, claro está, siempre que no se verifique una situación de riesgo inminente.

En similar sentido, el artículo 6 del reglamento señala que el solicitante de refugio que haya permanecido en un país que le pudo otorgar la calidad de refugiado de haberlo solicitado y al que puede regresar sin temor, deberá fundamentar debidamente la razón por la que no lo hizo. Como resulta obvio, lo que se busca con estas disposiciones es evitar la desnaturalización de la figura del refugiado y de sus principios pero siempre dando a la persona la oportunidad de ser escuchada.

La segunda condición para aplicar el principio de la no sanción consiste en que la solicitud de refugio sea presentada en el plazo no mayor de 30 días desde la fecha en que la persona entró a territorio peruano, de conformidad

con lo establecido en el inciso b) del artículo 13 de la ley. La norma también otorga a la Comisión Especial para los Refugiados, encargada de calificar los pedidos de refugio, la posibilidad de evaluar la existencia de causas justificatorias para no cumplir con dicho plazo.

La práctica demuestra que la condición de los 30 días no resulta conveniente toda vez que existen varios factores que puede explicar su incumplimiento, entre ellos el simple desconocimiento de la posibilidad de solicitar la condición de refugiado. El riesgo con disposiciones de este tipo es que pueden llevar a priorizar aspectos formales en perjuicio de los sustanciales.

Respecto al tema el ACNUR ha sostenido que “la utilización de los plazos para poner trabas a las personas que buscan asilo es contraria a los principios aceptados de protección de los solicitantes de asilo y los refugiados [...] si bien es razonable establecer plazos para determinados fines administrativos, el hecho de no presentar una solicitud de asilo dentro de un cierto plazo no debería excluir la consideración de dicha solicitud”².

La formulación del principio de no sanción en los artículos 3.a y 20 del reglamento señalan de manera expresa que, tanto las autoridades de migraciones como las policiales o incluso las militares se encuentran en la obligación de respetarlo.

III.3. Principio de la unidad familiar

De acuerdo con el principio de la unidad familiar regulado en el artículo 25 de la ley, el reconocimiento de la condición de refugiado podrá hacerse extensivo al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que mantiene una unión de hecho estable, a sus hijos o a otras personas dependientes económicamente del mismo, cuando ello haya sido requerido y debidamente acreditado.

La redacción de esta parte de la ley obedece a la necesidad de superar las deficiencias contenidas en su predecesor, el Decreto Supremo N° 001-85-RE. Esta nueva definición tiene como particularidad trascender los límites del vínculo familiar cercano para llegar incluso a posibles casos de reunificación familiar con personas que no guarden una relación de parentesco, donde el elemento fundamental será la existencia de una dependencia económica.

² ACNUR, *Nota sobre Protección Internacional*, A/AC.96/914, 7 de julio de 1999, párr. 18.

III.4. Principio de confidencialidad

La Ley del Refugiado prescribe en su artículo 11 que el registro de los refugiados reconocidos por el Estado y de los solicitantes de refugio es confidencial.

Por su parte, el Reglamento prevé en el inciso d) de su artículo 3, dedicado a los principios que rigen el tratamiento de los refugiados, que la información proporcionada por éstos tiene carácter reservado, sin establecer distingo alguno.

En tal sentido, el principio de la confidencialidad sobre la información de los casos de refugiados se encuentra expresamente regulado por las dos normas nacionales sobre la materia e impide a los funcionarios responsables brindar información sobre los mismos.

III.5. Principio del beneficio de la duda

El beneficio de la duda tiene una doble dimensión en la normatividad nacional en materia de refugiados: la duda respecto a la veracidad de los hechos narrados en un caso en particular y la duda respecto a la aplicación e interpretación de las normas.

El artículo 16 de la Ley del Refugiado señala que “la Comisión Especial para los Refugiados podrá resolver a favor del solicitante de refugio en caso de existir dudas respecto a la evaluación de los elementos probatorios”. Al dejar la definición final al criterio de la Comisión Especial, la cláusula no pareciera consagrar el beneficio de la duda propiamente como un principio.

A diferencia de la ley, en el Reglamento sí puede afirmarse que existe un principio del beneficio de la duda toda vez que, de acuerdo con el artículo 2, en caso de existir duda en la interpretación o aplicación de alguna norma primará la posición más favorable al solicitante o refugiado.

IV. La definición de refugiado

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 recogió una definición inspirada fundamentalmente en la experiencia vivida en Europa hasta la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el paso del tiempo evidenció la existencia de nuevas situaciones generadoras de refugiados no recogidas en

dicho tratado que han sido consideradas fundamentalmente en ámbitos regionales como el africano y el americano. La Ley, consciente de la necesidad de incluir las diversas definiciones reconocidas internacionalmente en la actualidad, ha establecido en su artículo 3 la definición de la Convención de 1951, la definición de la Declaración de Cartagena y la figura del refugiado *sur place*.

IV.1. Definición según la Convención de 1951

El inciso a) del artículo 3 establece que se considera como refugiado:

a) A la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un 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 habitual³, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Esta es la misma definición contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y ampliada por el Protocolo de 1967. En ella se mantienen las cinco causales de persecución, sin haberse podido concretar la inclusión del género como una causal adicional de persecución tal como preveía el proyecto original, no obstante lo cual pueden ser actualmente atendidas bajo el supuesto de la pertenencia a un determinado grupo social.

IV.2. Situaciones de grave alteración del orden público

El inciso b) del artículo 3 incorpora, aunque con algunas variaciones, la definición de la Declaración de Cartagena dada en 1984 como una herramienta para atender la grave crisis de desplazamientos humanos de la década de 1980 en Centroamérica, considerando también como refugiado:

b) A la persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos

³ Deberá tenerse presente que la mención al “país de residencia” tiene por objeto hacer referencia al caso de los apátridas, es decir, de personas que por alguna razón carecen de nacionalidad y por tanto de un país al cual solicitar protección.

humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público.

El proyecto de ley original incluía la figura de la “violencia generalizada” contenida en la Declaración de Cartagena, la que fue eliminada por el pleno del Congreso. Una posible explicación está dada en la experiencia vivida en el país como consecuencia del accionar terrorista y el interés de evitar que este tipo de criminales pueda huir de la justicia bajo la figura de refugiado.

Asimismo, se incorporan los conceptos de ocupación o dominación extranjera, provenientes de la definición contenida en la Convención adoptada por la Organización de la Unidad Africana, hoy Unión Africana.

La ausencia de la mención a la amenaza de la vida, seguridad o libertad de la persona, (contenida en la Declaración de Cartagena) podría ser considerada como una omisión que da lugar a una fórmula abierta dentro de la cual cabría el reconocimiento del estatuto de refugiado por el solo hecho de huir de un contexto de violencia y sin un perjuicio directo a la vida, seguridad o libertad⁴.

Sin embargo, se debe recordar que el temor resulta consustancial a la figura del refugiado por lo que éste no puede ser reconocido si no se acredita una verdadera necesidad de protección.

En ese sentido no se puede aplicar el párrafo b) si no se tiene en cuenta que está dirigido a atender personas sometidas a situaciones realmente graves o incluso extremas y dentro de las cuales el término huir no puede ser entendido de manera distinta a la de buscar alejarse rápidamente por miedo de algo malo y perjudicial por lo que entendemos que la norma presupone la posibilidad de amenaza al derecho a la vida, la seguridad o libertad de la persona, así como a otros más⁵.

⁴ Valdez, F. de M., *Ampliación del Concepto de Refugiado en el Derecho Internacional Contemporáneo*, IDEI y ACNUR, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004, p. 210.

⁵ Los supuestos contenidos en el inciso b) son muy variados, admitiendo situaciones poco frecuentes que al amparo de su texto pueden ser analizadas sin limitaciones expresas. Pensemos en una hipotética situación de ocupación en la que no se permite a los niños recibir ningún tipo de educación, lo que genera la huida de una familia que decide pedir refugio. Si bien la ocupación de un territorio por una fuerza extranjera implica claramente un impedimento general de ejercer la libertad entre otros derechos, podía no existir necesariamente una situación de amenaza directa a la vida, seguridad y la libertad del grupo familiar que solicita protección, lo que no debería inhibir un análisis individualizado del caso y un eventual reconocimiento del estatuto de refugiado.

IV.3. Los refugiados *sur place*

La tercera definición contenida en la Ley del Refugiado en el inciso c) del artículo 3 es la de refugiado *sur place*, tomada del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR, la cual establece que se considera como refugiado:

c) A la persona que encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevinientes surgidas en su país de nacionalidad o de residencia, no puede o no quiere volver a dicho país debido al temor de sufrir persecución de acuerdo al inciso a) del presente artículo⁶.

En esta modalidad, si bien el fundado temor a sufrir persecución no está presente al momento de dejar el territorio del país de nacionalidad o residencia, sí surge una vez que la persona se encuentra físicamente en el país en el que solicita la protección. En otras palabras, lo que importa es que exista el temor fundado y no si éste se encuentra presente al momento de abandonar el país o surge con posterioridad.

El inciso c) señala que el temor de persecución debe adecuarse a lo establecido en el inciso a) del mismo artículo 3, con lo cual la presencia del temor fundado a sufrir persecución en el caso de los refugiados *sur place* debe tener su origen en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por opinión política.

Podría concluirse que la voluntad del legislador ha sido restringir la aplicación del inciso c) de modo de poder excluir las situaciones reguladas en el inciso b) del mismo artículo. Esto no permitiría reconocer como refugiado a quien encontrándose en el territorio nacional no puede o no quiere volver a su país de nacionalidad o residencia, a causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera u otros acontecimientos que perturben gravemente el orden público por el hecho de no haber padecido dichas situaciones al momento de ingresar al Perú.

En este contexto, la presencia del temor al momento de dejar el país de nacionalidad o residencia parece convertirse en la condición clave para poder reconocer el refugio en los supuestos de grave alteración del orden público

⁶ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, 1992, párrs. 94 a 96.

contenidos en el inciso b) del artículo 3. Esta es una opción legislativa válida y apuntaría a reforzar la idea de que la persona tiene que haber estado sometida a una situación lo suficientemente grave como para decidirse a dejar su país.

Sin embargo, una mayor reflexión sobre este punto nos lleva a pensar, a diferencia de lo expresado en el pasado, que esta exclusión podría no tener tanto sentido.

El Manual de procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR establece en su párrafo 94 que:

El requisito de encontrarse fuera de su país para ser refugiado no significa que deba necesariamente haber salido de ese país ilegalmente ni que haya debido abandonarlo por razón de fundados temores. Puede haber decidido solicitar el reconocimiento de su condición de refugiado encontrándose ya en el extranjero desde algún tiempo atrás⁷.

Este párrafo nos recuerda que la virtud de la noción de refugiado *sur place* es eliminar la idea de que el temor tiene que estar necesariamente presente al momento de abandonar el país de nacionalidad o residencia.

La lógica a aplicar es que, estando la persona fuera de su país y teniendo un temor fundado debe hacerse efectiva la atención de su pedido de reconocimiento de la condición de refugiado sin condicionarla al circunstancial momento en que abandonó el país o en el que surgió el temor. Por tanto, no habría razón para que la noción de refugiado *sur place* se aplique a algunos motivos generadores de desplazamiento como los contenidos en el inciso a) del artículo 3 y no a otros como los señalados en el párrafo b).

V. La exclusión y la cesación de la condición de refugiado

V.1. La exclusión

La exclusión del estatuto de refugiado es regulada en el artículo 4 de la ley, que recoge fundamentalmente las cláusulas establecidas al efecto en los párrafos E y F del artículo 1 de la Convención de 1951. Para aplicar la exclusión deben existir motivos para considerar que el solicitante ha cometido cualquiera de los siguientes actos:

⁷ *Ibidem*.

- a) Un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, definidos en instrumentos internacionales.
- b) Un grave delito común, dentro o fuera del territorio nacional.
- c) Un acto contrario a las finalidades y los principios de la Carta de las Naciones Unidas.
- d) Que las autoridades del país donde haya fijado su residencia habitual le reconocen los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.

La exclusión implica que los actos hayan sido cometidos por la persona antes de formular su pedido de la condición de refugiado, por lo que estas cláusulas están pensadas para ser aplicadas al momento de calificar la solicitud de manera que permitan denegar la condición de refugiado oportunamente.

La legislación nacional sobre refugiados se ha apartado del estándar internacional en el inciso b) de este artículo al contemplar la posibilidad de la exclusión por la comisión de delitos dentro del territorio nacional. Esta causal de exclusión no está prevista en la Convención de 1951 que claramente establece que la exclusión de la condición de refugiado por la comisión de graves delitos comunes se aplica exclusivamente a los hechos cometidos por la persona “fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada”. El ACNUR ha señalado en reiteradas oportunidades que la enumeración de las cláusulas de exclusión del Artículo 1.F de la Convención de 1951 debe considerarse exhaustiva en el sentido de que el Derecho Internacional de Refugiados no admite más supuestos de exclusión que los allí taxativamente enumerados⁸.

La Ley del Refugiado establece en el inciso f) del artículo 33 que se dará paso a la cesación del estatuto de refugiado en el caso de comprobarse que la persona reconocida como refugiada se encontraba incurso en alguna de las causales de exclusión.

La exclusión implica que la persona, a pesar de tener un temor fundado de persecución, no merece recibir protección por la gravedad de los actos cometidos. En tal sentido, la protección concedida en estos casos no resultaría válida y por tanto debería considerarse nula, es decir que nunca existió. Por el contrario, la norma al considerar estas situaciones como equivalentes a un

⁸ Véase ACNUR, *La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2003.

motivo de cese, lo que hace es convalidar la protección dada hasta el momento de decretarse el término de la condición de refugiado.

La figura pertinente que se utiliza en la práctica internacional de distintos Estados y del ACNUR para estas situaciones no es la cesación, sino la figura de cancelación del estatuto de refugiado, que procede cuando llega a conocimiento de las autoridades el hecho de que una persona intencionalmente falseó u ocultó elementos con el objeto de obtener el reconocimiento de la condición de refugiado, o cuando surja evidencia que revele que la persona no debiera haber sido reconocida como refugiado por estar incurso al momento de la determinación del estatuto en alguna de las cláusulas de exclusión previstas en el artículo 1.F de la Convención de 1951.

Por último, hay que destacar que en materia de exclusión la ley no se ha limitado a los supuestos contenidos en la Convención de 1951, sino que ha agregado el supuesto de que la persona cuente con residencia habitual en un país donde se le reconozcan los derechos y obligaciones propias de la nacionalidad. Éste ha sido un claro error puesto que consiste en un supuesto que posee una naturaleza claramente distinta a los que determinan la exclusión de la condición de refugiado en consonancia con el artículo 1.F de la Convención de 1951, que están caracterizados por la comisión de graves acciones que hacen a la persona responsable no merecedora de la protección internacional. El inciso d) se asemeja más a las disposiciones del artículo 1.E de la Convención cuyo objeto es no aplicar la condición de refugiados a aquellas personas que no requieren protección como tales debido a que gozan de un estatus que, probablemente con limitadas excepciones, corresponde a aquel de los nacionales⁹.

V.2. La cesación de la condición de refugiado

La Ley del Refugiado establece en su artículo 33 las causales de cesación de la condición de Refugiado, las que en su mayoría repiten lo establecido en el artículo 1.C de la Convención de 1951:

- a) Si han desaparecido las circunstancias señaladas en el artículo 3° de la presente Ley por las que la persona fue reconocida como refugiada;

⁹ Véase ACNUR, *Nota del ACNUR sobre la interpretación del artículo 1E de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951*, 2009.

- b) Si la persona se ha acogido de nuevo voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad;
- c) Si habiendo perdido su nacionalidad, esta ha sido recobrada voluntariamente por la persona reconocida como refugiada;
- d) Si la persona ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad;
- e) Si la persona voluntariamente se ha establecido en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por el temor de persecución; A las anteriores, la Ley agrega las siguientes causales de cese:
- f) Si se comprobara con posterioridad al reconocimiento de refugio que el así reconocido se encuentra incurso en cualquiera de las causales establecidas en el artículo 4º de la presente Ley;
- g) Por renuncia expresa a tal condición, o si el refugiado injustificadamente regresa al país de persecución;
- h) Por haber adquirido otra calidad migratoria de acuerdo a la normatividad sobre extranjería.

Estos tres últimos supuestos presentan diferentes problemáticas. El inciso f) ya ha sido materia de comentario anteriormente y hace referencia a la existencia de supuestos que darían lugar a la cancelación del estatuto de refugiado.

Por otro lado, el inciso g), referido al regreso injustificado al país de persecución, tiene su origen en una antigua regulación existente en el Decreto Supremo 001-85-RE por la que dicho viaje no autorizado del refugiado ocasionaba la pérdida de la condición de refugiado. Si bien en la actualidad la Ley establece que el refugiado debe contar con un permiso para poder viajar fuera del país, ya no contempla la pérdida de la condición de refugiado como sanción en caso de viaje no autorizado. Por tanto, este supuesto no se ajusta a los estándares internacionales y al cambio que la Ley ha buscado implementar en este aspecto en concreto.

El inciso h) establece el cese del refugio por la adquisición de otra calidad migratoria, lo que supone concebir de manera inexacta que la calidad de refugiado equivale a cualquier calidad migratoria.

El estatuto de refugiado es una institución jurídica de protección internacional por lo que no debe ser considerado propiamente como una calidad migratoria. Si bien ello depende en último término de la legislación de cada Estado, no se debe olvidar que la protección del refugio puede ser necesaria incluso en el caso que la persona adopte cualquiera de las calidades migra-

torias contempladas en la ley de extranjería. Esto se hace evidente ante un pedido de extradición que debe ser denegado por el Poder Judicial mientras la persona cuente con el reconocimiento del refugio, más allá de su estatus migratorio.

El cese de la condición de refugiado conlleva la pérdida de todos los derechos y beneficios que el Estado reconoce a la persona. Sin embargo, dicha pérdida no se hace extensiva a los familiares o dependientes lo cual implica que, si por alguna de las causales antes señaladas el refugiado pierde tal condición, no sucederá lo mismo a los demás miembros de la familia, los que no quedarán desprotegidos. Las causales de cese como de exclusión son personalísimas y por tanto no tienen que afectar necesariamente a otras personas.

En el supuesto de cesación de la condición de refugiado recogido en el inciso a) del artículo 33, es decir, cuando las causales que motivaron la concesión del estatuto han desaparecido, la ley permite la posibilidad de cambiar la calidad migratoria al refugiado cumpliendo las normas respectivas. Al respecto, el artículo 31 del reglamento indica que, en caso de existir interés por permanecer en el país, la Comisión Especial coordinará con la Dirección General de Migraciones y Naturalización previamente a establecer la cesación de la condición de refugiado. De esta manera se busca facilitar el cambio de la calidad migratoria cubriendo cualquier vacío de la ley que pudiera perjudicar a la persona.

VI. Entidades especializadas en materia de refugiados

La Ley del Refugiado considera en su Capítulo III una estructura compuesta por dos entidades: una que constituye una primera instancia en el proceso de determinación de la condición de refugiado, denominada Comisión Especial para los Refugiados y la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados destinada a actuar como segunda instancia.

VI.1 La Comisión Especial para los Refugiados

La nueva normativa transformó la antigua Comisión Permanente *Ad Hoc* para los Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores en la Comisión Especial para los Refugiados (en adelante la “Comisión Especial”) ampliando sus facultades y variando su composición.

La Comisión Especial para los Refugiados es la encargada de estudiar y resolver las solicitudes de la condición de refugiado, de revisar si las condiciones por las que se otorgó el estatuto de refugiado han cambiado para determinar la correspondiente cesación y decidir sobre el tratamiento de las personas que poseen dicho estatuto. Asimismo, es la encargada de hacer que todas las entidades intervinientes en el tema cumplan con los acuerdos contenidos en la Convención de 1951, así como con la ley y su reglamento.

La nueva composición de la Comisión Especial para los Refugiados comprende como miembros con voz y voto a dos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores y uno del Ministerio del Interior. La Comisión Especial también está integrada por el Secretario Ejecutivo, que es designado por el Presidente, y por un representante del ACNUR, ambos con derecho a voz pero sin derecho a voto.

En cuanto a las funciones atribuidas a la Comisión Especial, adicionalmente a las ya mencionadas, destaca dentro del artículo 11 del reglamento la de proponer las políticas sobre refugiados, así como evaluar, proponer y coordinar proyectos de cooperación relativos a refugiados y desarrollar la capacitación de funcionarios.

La Comisión Especial también ha recibido el encargo de estudiar en forma preferente los problemas de desocupación, salud, vivienda y educación que puedan afectar a los refugiados reconocidos, para lo cual se coordina con las entidades nacionales e internacionales.

VI.2 La Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados

La Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados es el órgano destinado a resolver en última y definitiva instancia las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por la Comisión Especial para los Refugiados.

A diferencia de la Comisión Especial que mantiene un perfil técnico, la comisión Revisora está integrada por los Viceministros de Relaciones Exteriores, Interior y Justicia, como autoridades de la Alta Dirección de cada uno de los sectores del Poder Ejecutivo involucrados en los temas de refugiados y derechos humanos. Asimismo, participa un representante del ACNUR sin derecho a voto.

Cabe señalar que, en la práctica, los Viceministros delegan su representación en asesores que también dan una orientación técnica a la labor de esta instancia final.

VII. Procedimiento de calificación

Seguidamente se desarrolla el procedimiento de calificación de la condición de refugiado siguiendo el orden en que se presentan sus diversas etapas.

VII.1. El ingreso al territorio nacional

Puede presentar una solicitud de la condición de refugiado aquel que ha ingresado a territorio nacional regularmente bajo una permanencia temporal o aún si careciera de autorización de ingreso o permanencia regular.

Se entiende que una persona carece de permanencia legal cuando habiendo ingresado con la debida autorización permanece en territorio nacional más tiempo del autorizado. Normalmente a una persona que ingresa al Perú por turismo se le otorga un plazo de 30 días de permanencia, lo que puede explicar por qué el artículo 13 de la ley exige la presentación de la solicitud de la condición de refugiado dentro de los 30 días desde su ingreso a territorio nacional. Sin embargo, como ya se ha expuesto anteriormente en este trabajo, la existencia de un plazo para la presentación de la solicitud no resulta conveniente y corre el riesgo de desnaturalizar la figura del refugiado que radica en brindar protección internacional a quien efectivamente al requiere.

VII.2. Característica de la solicitud

El artículo 19 del reglamento establece la obligación de presentar la solicitud por escrito, ya que de esta manera queda una constancia de la misma, así como de su fecha de presentación y de lo alegado en un primer momento. La importancia de la presentación por escrito se hace mayor cuando la solicitud se realiza en alguna zona alejada de la capital peruana, toda vez que existe un plazo para hacer llegar dicho pedido a la Comisión Especial y a su Secretaría Ejecutiva, las cuales funcionan en la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La norma prevé que, en caso de que no se pueda cumplir con la presentación de la solicitud por escrito, como por ejemplo cuando la persona no puede comunicarse por algún defecto físico, deberá dejarse constancia de ello. Si bien no existe ninguna formalidad exigible para la presentación por escrito de la solicitud de la condición de refugiado, se ha implementado un formato

que a manera de modelo opcional orienta al solicitante para presentar su caso de una manera ordenada.

VII.3. Presentación de la solicitud

El procedimiento de calificación de la condición de refugiado comienza con la presentación de la solicitud en puestos de control migratorio ubicados en las fronteras, reparticiones policiales y militares. Para estos casos el artículo 21 del reglamento establece la obligación, tanto del Ministerio del Interior como de Defensa, de nombrar a un funcionario responsable de remitir las solicitudes a la Comisión Especial dentro de los 15 días calendario desde la fecha de presentación. La designación de este funcionario también es importante porque a través de él se puede coordinar cualquier otro asunto afín en el tema de los refugiados. La solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado incluso puede ser presentada directamente a la Comisión Especial ya sea personalmente, mediante representante legal o el ACNUR.

El artículo 20 del Reglamento contempla la posibilidad de que el solicitante de la condición de refugiado quede a disposición de la autoridad policial competente en caso que resulte necesario realizar el esclarecimiento de alguna situación. En principio, esta disposición no puede ser entendida como una carta blanca para la detención arbitraria de solicitantes, sea que se encuentren regular o irregularmente en el país. La policía lo entiende así toda vez que comunican inmediatamente a la Comisión Especial la realización de las investigaciones en cuanto la persona informa que desea solicitar la condición de refugiado o se encuentra ya como solicitante.

Se ha presentado en la práctica algún caso en el que al momento de hacer su ingreso al país el solicitante ha hecho saber a las autoridades que tenía información de importancia para la policía o para los servicios de inteligencia, lo que originó su puesta a disposición de la policía para las investigaciones de rigor.

VII.4. Entrevista al solicitante y estudio del caso

Una parte central del proceso de calificación consiste en la entrevista del solicitante de la condición de refugiado que está a cargo de la Secretaría Ejecutiva y a la que puede asistir cualquier miembro de la Comisión Especial.

La entrevista, a diferencia de lo prescrito en el D.S. 001-85-RE, es obligatoria y sirve para recabar información directa del solicitante lo que permite una máxima aproximación a lo que realmente ha ocurrido. Es frecuente obtener información importante y no consignada en el pedido por escrito, por lo que puede ser determinante para tomar una decisión final.

La Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial informa al ACNUR sobre los casos que se verán en la próxima sesión y le remite las entrevistas realizadas, así como información adicional de ser necesario.

El artículo 24 del reglamento contempla la cooperación del ACNUR en el análisis de los casos y el esclarecimiento de los mismos. A su vez, la Comisión Católica Peruana de Migración, que funciona como agencia implementadora del ACNUR en el Perú, remite los casos con los que ha tomado contacto a la Comisión Especial, así como la entrevista realizada al solicitante. Como se puede deducir de lo señalado, la opinión del ACNUR es muy importante para el trabajo de la Comisión Especial aún a pesar de no poseer carácter vinculante.

VII.5. Adopción de la decisión

La Comisión Especial debe reunirse una vez al mes para examinar los casos que ya han sido debidamente estudiados y preparados para discusión por la Secretaría Ejecutiva. Extraordinariamente, el artículo 9 permite más de una reunión al mes.

Para que una reunión sea válida es necesaria la presencia de tres de los miembros. En general se busca adoptar las decisiones por consenso o, en su defecto, por mayoría conforme al artículo 10 del reglamento (esto significa que por lo menos son necesarios dos de los tres miembros con derecho a voto para la adopción de una decisión).

El artículo 25 del reglamento establece que la decisión final de la Comisión Especial debe constar en una resolución debidamente fundamentada según el artículo 15 y que tendrá carácter vinculante para los demás sectores Estatales. Esto representa otro cambio importante respecto al D.S. 001-85-RE, que omitió este tipo de regulaciones toda vez que, en la práctica anterior a la ley, la decisión sobre el reconocimiento o no de la condición de refugiado era transmitida al interesado sin ninguna formalidad e incluso se hacía verbalmente.

La Comisión Especial tiene un plazo de 60 días hábiles para resolver el pedido de reconocimiento de la condición de refugiado pero, sin embargo, puede prorrogar dicho plazo las veces que sea necesario para una debida recopilación de información y estudio. Muchas veces, la preparación de un caso para ser sometido a la Comisión Especial se convierte en un trabajo largo y difícil, por lo que la norma contempla esta flexibilidad. Pero también es cierto que una prolongación excesiva de este plazo deriva, la mayor parte de las veces en una situación insostenible para los solicitantes, por lo que se debe proceder con la mayor celeridad posible.

VII.6. Recursos impugnativos

La ley establece la posibilidad de recurrir en vía de reconsideración o apelación contra toda decisión que la Comisión Especial adopte.

Por otra parte, la ley y su reglamento estipulan un recurso de apelación ante la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados, al que se podrá recurrir para casos de denegatoria de la condición de refugiado, cesación, expulsión, denegatoria de una unificación familiar, entre otros.

La Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados puede utilizar otras consideraciones adicionales para el estudio del caso materia de apelación, previéndose, inclusive, la posibilidad de entrevistar al peticionario según señala el artículo 18.2 de la ley. Una particularidad del trabajo de la Comisión Revisora es que, desde su creación, entrevista a los solicitantes en presencia de todos sus miembros.

En cuanto al ejercicio de los recursos impugnativos, el reglamento establece que tanto la reconsideración como la apelación pueden ser realizadas por el solicitante de la condición de refugiado, su representante legal o por el ACNUR, brindándose de esta manera las mayores facilidades para acudir a la segunda instancia.

El artículo 17 de la ley recoge el derecho de interponer un recurso de reconsideración en caso de denegatoria de la condición de refugiado por la Comisión Especial, contando para ello con un plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la resolución. Para la resolución del recurso de impugnación se cuenta con un plazo máximo de 30 días hábiles improrrogables.

En caso de resolverse desfavorablemente el recurso de reconsideración, puede presentarse el recurso de apelación, para lo cual se cuenta también con 15

días hábiles desde la notificación de la resolución a impugnar. El artículo 27 del reglamento otorga a la Comisión Revisora un término de 30 días hábiles para resolver, que puede prorrogarse por igual plazo por única vez.

VII.7. Consecuencias de la decisión definitiva

Producido el reconocimiento del estatuto de refugiado, la persona es admitida en calidad de extranjero residente en el Perú y debe renovar anualmente su visa mediante una comunicación que la Secretaría Ejecutiva de la Comisión remite a la Dirección General de Migraciones.

En caso de denegarse el pedido de reconocimiento de la condición de refugiado, se aplican las normas de inmigración y extranjería. La obligación de abandonar el país surge cuando: a) la Comisión Especial ha emitido una resolución por la que se deniega el reconocimiento o determina la cesación del estatuto de refugiado, y transcurre el plazo otorgado para su impugnación sin que ésta se haya formalizado; o, b) la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados confirma la resolución de denegatoria de la solicitud, o de cesación del estatuto de refugiado.

La aplicación de las normas de inmigración y extranjería pueden implicar, por ejemplo, la posibilidad de cambiar la calidad migratoria. Como ya se ha indicado al tratar el tema de la cesación de la condición de refugiado, el artículo 31 del reglamento señala que “desaparecidas las circunstancias por las que el refugiado fue reconocido como tal y mediando el interés de éste por permanecer en el país, la Comisión Especial, previamente a establecer el cese de la condición de refugiado, coordinará con la Dirección General de Migraciones y Naturalización con la finalidad de facilitar dentro del ámbito de la ley, el cambio de la calidad migratoria respectiva”. Como ya se indicó líneas arriba, de esta manera se busca evitar la creación de un vacío en la norma que ocasione la irregularidad migratoria de la persona y su posterior salida del país.

Pero, por lo general, en caso de denegatoria de la solicitud de la condición de refugiado, la aplicación de las normas de inmigración y extranjería implica la salida de la persona del país. Al respecto, el artículo 19.2 de la ley establece que, de ser el caso, el extranjero debe abandonar el país dentro de un plazo razonable que le permita ser admitido legalmente en otro Estado, plazo que ha sido fijado por el artículo 30 del reglamento en 3 meses prorrogables por la Comisión Especial, los que deben ser contados desde la

fecha en que se comuniquen la decisión definitiva por la que se deniega la condición de refugiado.

La expresión “de ser el caso” del artículo 19.2 requiere ser aclarada en cuanto a sus alcances. En primer lugar, implica la existencia de situaciones en las que el extranjero no tiene que abandonar el país, como por ejemplo, cuando ha contraído matrimonio con una persona de nacionalidad peruana. Pero puede darse también el caso de un extranjero que no merezca la concesión de un plazo razonable para abandonar el país como por ejemplo sucede cuando el individuo constituye un peligro para la seguridad nacional.

Debe recordarse que la permanencia temporal en territorio peruano de aquel al que se ha denegado la condición de refugiado y el plazo de 3 meses prorrogables, fueron pensados para atender aquellos casos en los que el ACNUR consideraba que la persona debía obtener protección no obstante haberse denegado el reconocimiento de la condición de refugiado por parte del Estado. En estos supuestos, ACNUR inicia un proceso de consultas, que puede demorar varios meses, con la finalidad de ubicar un país dispuesto a aceptar a la persona.

VII.8. Decisión definitiva dentro del marco jurídico nacional

Conforme los artículos 8.1 y 18 de la Ley del Refugiado, así como los arts. 15, 27 y 30 de su reglamento, la decisión de la Comisión Revisora será definitiva, regulándose incluso la posibilidad de que la persona tenga que abandonar el país luego de dicha decisión. Esto significa que luego de ésta instancia ya no existe autoridad nacional a la cual recurrir. De esta manera, se ha buscado seguir la posición establecida en el Decreto Supremo N° 001-85-RE, que a su vez ha sido marcada por una extendida tendencia en el pasado. Sin embargo, resulta inevitable preguntarse si realmente no hay otra instancia a la cual recurrir.

Para responder a la pregunta anterior es necesario determinar la naturaleza administrativa tanto del proceso de calificación, como de la decisión final por la que se reconoce o deniega la condición de refugiado.

Sobre el particular, el artículo 1.1 de la Ley N° 27.444, Ley de Procedimiento Administrativo General, identifica como “actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones y derechos de los administrados dentro de una situación concreta”. Asimismo,

el artículo 29 de esta ley determina que el procedimiento administrativo es entendido como el conjunto de actos y diligencias realizados en las entidades para la emisión del acto administrativo¹⁰.

La mención de estas normas no hacen sino reafirmar el carácter administrativo del proceso de calificación, cuyas instancias compuestas por funcionarios públicos pertenecientes al Poder Ejecutivo votan y deciden sobre la situación y permanencia en el país de individuos que, estando en territorio peruano sometidos a la jurisdicción nacional, se encuentran comprendidos dentro del concepto de “administrados” que maneja la Ley de Procedimientos Administrativos¹¹. La propia Ley del Refugiado, al regular la Comisión Especial y la Comisión Revisora en su artículo 12, las identifica con la denominación de instancias administrativas.

Una vez aclarado el carácter administrativo tanto del procedimiento como de la resolución emitida al final del mismo, queda aplicar el artículo 148 de la Constitución Política, según el cual, las resoluciones administrativas que causan estado pueden ser impugnadas mediante la acción contencioso administrativa. De esta manera, si un solicitante de la condición de refugiado en el Perú mantiene su disconformidad con la decisión final de la Comisión Revisora, tendría siempre abierta la posibilidad de acudir al Poder Judicial.

VIII. Derechos y obligaciones del solicitante y del refugiado

VIII.1. Los derechos

El procedimiento de calificación de la condición de refugiado determina que las personas se encuentren fundamentalmente en dos situaciones distintas, dependiendo del momento en que se emita una decisión definitiva: la del solicitante de la condición de refugiado y la del refugiado.

¹⁰ No está demás precisar que de acuerdo al artículo I del Título Preliminar, el ámbito de aplicación de la Ley N° 27.444 incluye a todas las entidades de la Administración Pública, estando comprendidos dentro de esta definición los Ministerios del Poder Ejecutivo.

¹¹ El artículo 50 de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que para los efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho Administrativo se entenderá por administrado a “la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo”. Sobre la naturaleza administrativa de los procedimientos véase en este mismo libro Lettieri, M., “Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba” [N. del Ed.].

VIII.1.1. Del solicitante de la condición de refugiado.

La calidad de solicitante de la condición de refugiado no tiene un reconocimiento dentro de la normatividad migratoria nacional, por tanto, la persona que se encuentra en esta condición se halla en una situación de irregularidad dentro del país. Paradójicamente se trata de una irregularidad tolerada y hasta amparada provisionalmente por la ley atendiendo a razones humanitarias y hasta que el caso se decida de manera definitiva. En consecuencia, le son aplicables los derechos fundamentales consagrados en la Constitución para toda persona, como por ejemplo el respeto a su vida, al acceso a la justicia, a la libertad de religión, a mantener su identidad cultural, entre otros, excepto aquellos que no pueden ser ejercidos por su condición particular de solicitante como por ejemplo el derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento, por lo menos no en forma plena, tal como veremos más adelante.

La Ley del Refugiado –teniendo en cuenta que la situación de irregularidad migratoria genera al solicitante de la condición de refugiado una seria limitación para el desarrollo de actividades esenciales, como por ejemplo obtener un trabajo– ha establecido dos derechos que buscan facilitar al solicitante su propio sostenimiento en tanto se decide su pedido de protección.

El primero de estos derechos consiste en la obtención de un documento provisional que acredita la existencia de un pedido de reconocimiento de la condición de refugiado pendiente de resolución. Este documento tiene una duración de 60 días hábiles renovables hasta el pronunciamiento definitivo de las autoridades. Tal como se establece en los artículos 14 de la ley y 41 del reglamento, la finalidad de este documento es doble: por un lado garantizar la permanencia temporal de la persona en el territorio nacional y por otro autorizarlo provisionalmente a trabajar.

Un solicitante puede desempeñarse en el Perú como un trabajador dependiente, inscrito en las planillas de las empresas, o como un trabajador independiente que presta servicios y emite recibos por honorarios.

En el campo laboral es donde se han presentado numerosas dificultades, como la idea frecuente entre los empleadores de que los solicitantes de la condición de refugiado no pueden ser contratados al no presentar una situación migratoria regular.

En la actualidad el Ministerio de Trabajo ha elaborado una directiva interna destinada a regular el procedimiento a seguir para la aprobación de los

contratos de trabajo de los solicitantes de la condición de refugiado. En todo este proceso, el carné expedido por la Comisión Especial para los Refugiados se convierte en un requisito indispensable.

El carné de solicitante también ha permitido establecer un procedimiento especial ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria para la entrega de un Registro Único del Contribuyente que habilite a expedir recibos por honorarios profesionales.

Sin embargo, ni la ley ni el reglamento han previsto el régimen aplicable para aquellos casos particulares a los que se ha denegado la condición de refugiado, pero a los que, excepcionalmente, el ACNUR ha reconocido como refugiados bajo mandato y que tienen que permanecer en el país hasta que se logre su reubicación en otro Estado, lo que puede prolongarse por varios meses. Se configura una situación de desprotección por lo que se hace necesaria una respuesta humanitaria por parte del Estado, para las que resulta aplicable el inciso b) del artículo 11 de reglamento, según el cual corresponde a la Comisión Especial establecer los procedimientos y las regulaciones complementarias.

Otro beneficio que se ha logrado para unos pocos casos es la entrega por parte de la Dirección General de Migraciones de un salvoconducto para poder viajar al extranjero, posibilidad que se encuentra regulada en la Ley de Extranjería. Cabe precisar que la obtención de estos salvoconductos para los solicitantes de la condición de refugiado tiene un carácter excepcional y por razones humanitarias, por lo que no constituyen un derecho del solicitante.

Para concluir este punto, se debe también destacar que la obligación de no devolución por parte del Estado es asimismo un derecho del solicitante de la condición de refugiado hasta tanto recaiga una decisión firme respecto de su solicitud, al igual que la no sanción por el ingreso irregular o ilegal y la prohibición de la expulsión.

VIII.1.2. Del refugiado

Una vez que la persona es reconocida como refugiada por el Estado, adquiere los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes conceden al extranjero residente, sin perjuicio de lo establecido en la Convención sobre el Estatuto del Refugiado y demás cláusulas de la Ley del Refugiado ya que las normas especiales en materia de la condición de refugiado pueden

contener algunas regulaciones más favorables para los refugiados respecto al resto de extranjeros en el país. Tan solo para poner un ejemplo, la Convención de 1951 establece que en el caso de la adquisición de bienes muebles e inmuebles, arriendos y otros contratos similares, los Estados contratantes concederán al refugiado un trato más favorable y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros en iguales circunstancias.

Entre los derechos que se desprenden del estatuto de refugiado tenemos:

a) Calidad migratoria de extranjero residente y documento de identidad

El refugiado tiene derecho a la calidad migratoria de extranjero residente, la que debe prorrogarse anualmente según el artículo 22 de la ley, mientras se mantenga vigente dicho estatuto. Al efecto, la Dirección General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior debe otorgar al refugiado un carné de extranjería común a todo extranjero residente. El artículo 23 precisa que dicho documento de identidad debe evitar cualquier tipo de anotación adicional, es decir, cualquier alusión a la condición de refugiado, con la finalidad de eliminar posibles diferencias en el trato, discriminaciones o abusos.

b) Documento de viaje

Según el artículo 24 de la ley, el refugiado que tiene necesidad de viajar debe justificarla ante la Comisión Especial, la que extenderá una autorización expresa según lo manda el artículo 43 del reglamento. Otorgada la autorización, se expide un documento de viaje que es proporcionado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Hasta abril del año 2010 se expedían en el Perú los documentos de viaje que eran proporcionados por el ACNUR y entregados por las autoridades de la Dirección General de Migraciones y Naturalización. Sin embargo, la necesidad de adoptar las medidas de seguridad impuestas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) llevó a la elaboración de documentos de viaje nacionales con características similares al pasaporte que se expide a todo ciudadano peruano.

En la práctica de la Comisión Especial, al expedirse una autorización de viaje se procura que el refugiado utilice el propio pasaporte, tal como se deduce del contenido del artículo 43 del reglamento. En caso de no contar con pasaporte, de haber caducado éste o de presentarse algún riesgo para la persona con su uso, se extiende el documento de viaje para refugiados.

c) Régimen laboral

En cuanto al régimen laboral, el artículo 26 de la ley establece que no se aplican las medidas de restricción de contratación laboral para extranjeros a los refugiados reconocidos por el Estado que cumplan con al menos una de las condiciones siguientes:

- Tener cónyuge de nacionalidad peruana (no podrá invocar este beneficio quien abandonó a su cónyuge);
- Tener ascendiente, descendientes o hermanos peruanos; y,
- Haber cumplido dos años de residencia en el país

Esta es una disposición que tiene su origen en normas laborales aplicables para cualquier extranjero en el país¹² ya que, desde el punto de vista laboral, la Ley del Refugiado no establece un régimen particularmente favorable a la realidad del refugiado, a pesar de que se encuentra en muchas ocasiones en una situación de desventaja en la búsqueda de trabajo. En este sentido resultaría conveniente buscar alternativas que permitan establecer menores condiciones para el acceso de los refugiados ya reconocidos al trabajo.

d) Exoneración de tasas

La ley contempla en su artículo 28 el derecho a la exoneración de tasas y gravámenes por conceptos migratorios y de extranjería a favor de los refugiados y de los familiares que dependan de él económicamente, precisando que sus particularidades se establecerán por decreto supremo.

e) Reunificación familiar

Dentro del Capítulo V de la ley relativo a los derechos del refugiado, el artículo 25 regula la figura de la reunificación familiar, la que como hemos visto, constituye un principio del derecho internacional de los refugiados. Si bien los refugiados tienen el derecho de solicitarla, el resultado mismo de la reunificación familiar no puede ser exigible al Estado desde un primer momento. La Comisión Especial analizará si se presenta la dependencia económica exigida por la ley, excepto claro está, en caso de tratarse de hijos menores, cónyuge o conviviente, casos en los que se concede comprobando únicamente la vinculación familiar.

¹² En la actualidad, es la Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros (Dto. Leg. N° 689) la que regula en su artículo 3 lo relativo a las excepciones a las limitaciones sobre contratación de trabajadores extranjeros.

En el caso de la convivencia, es necesario remarcar que debe tratarse de una unión estable, es decir que al momento de calificar el pedido, se deberá concluir si se trata de una relación que da muestras de duración en el tiempo.

Para el perfeccionamiento de la reunificación familiar es necesario que el refugiado se encuentre en capacidad de sostener económicamente a la persona con quien pretende unificarse.

El pedido es formulado a la Comisión Especial para los Refugiados, quien evalúa su procedencia y, en caso de concederse se estará en función de la ubicación de la persona a reunificar ya sea que se encuentre en el territorio peruano o fuera de él. En el primer caso simplemente se extiende la condición de refugiado mediante una resolución. En el caso de encontrarse en el extranjero, se gestiona la expedición de una visa que debe ser recogida en el consulado peruano más cercano, luego de lo cual y una vez en el Perú, se le extiende la respectiva resolución.

f) La naturalización

De acuerdo con el artículo 29 de la ley se reconoce al refugiado la posibilidad de naturalizarse peruano, derecho al que puede acceder en igualdad a cualquier otro extranjero residente en el Perú en cuanto cumpla con determinados requisitos.

Estos procesos se presentan muy complicados en el caso de refugiados apátridas o de aquellos cuya nacionalidad no puede ser probada por la destrucción de los registros civiles durante el desarrollo de un conflicto armado, como ha sucedido en varios casos originados en la Segunda Guerra Mundial. Para una adecuada atención de estos casos, se ha iniciado en el Perú el proceso de adhesión a las Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para Reducir los casos de Apatridia de 1961.

g) Programas de asistencia

La Ley del Refugiado también incluye dentro del capítulo de derechos el tema de los programas de asistencia, por lo que podría entenderse la existencia de una obligación por parte del Estado de estructurar e implementar dichos programas, apreciación que consideramos inexacta. Al respecto, la ley establece en su artículo 27 lo siguiente:

La Comisión Especial para los Refugiados con el apoyo de las demás reparticiones públicas competentes, el ACNUR y otras entidades de coopera-

ción internacional, procurará programas para la asistencia a los refugiados, su reasentamiento, integración y repatriación.

El primer aspecto destacable del artículo 27 es que la Comisión Especial debe desarrollar una labor de coordinación tanto con entidades públicas, como con instituciones y organizaciones internacionales de asistencia y cooperación con la finalidad de conseguir la elaboración e implementación de programas de apoyo en beneficio de los refugiados.

El segundo punto que merece una mención dentro del artículo 27 se refiere al empleo de la palabra “procurará” en lugar de “realizará” o “establecerá”, la cual implica que la Comisión Especial realizará los esfuerzos destinados a conseguir los programas de asistencia necesarios con la ayuda nacional e internacional, lo que es diferente a establecer la obligación del Estado de proporcionar la asistencia requerida.

Por último, se debe tener presente que una vez concedida la condición de refugiado, el Estado debe regularizar la situación migratoria del refugiado y dar una serie de facilidades para permitir el acceso al trabajo pero corresponderá al propio refugiado preocuparse por encontrar los medios para sostenerse a sí mismo y de ser el caso a su familia. Esto es también parte del espíritu de la propia Convención de 1951.

Dentro de las premisas dadas por la ley, el artículo 12 del Reglamento establece que la Comisión estudiará con ayuda de entidades nacionales e internacionales, los diversos problemas que puedan afectar a los refugiados priorizando los relativos a salud, vivienda y educación con miras a lograr una solución efectiva y permanente.

Por tanto, el artículo 27, al igual que el artículo 12 del reglamento, implica una labor de la Comisión Especial de gestión, búsqueda y articulación de la ayuda disponible para la atención de las necesidades prioritarias de los refugiados.

VIII.2. Obligaciones del solicitante y del refugiado

Las obligaciones alcanzan tanto a los solicitantes de la condición de refugiado como a los refugiados ya reconocidos. La primera obligación a tener en cuenta consiste en respetar y cumplir las leyes y demás normas internas, según el artículo 30.1 de la ley.

Por su lado, el artículo 21 de la misma norma establece la prohibición para los refugiados residentes de intervenir en asuntos políticos o de otra índole que comprometan la seguridad nacional, el orden interno o las relaciones internacionales del Perú. Esta prohibición está referida a actividades desarrolladas dentro como fuera del país y tiene su razón de ser en la necesidad de evitar que el refugiado despliegue actividad política contraria al régimen del cual ha huido. De permitirse esto último, por un lado se estaría afectando seriamente el carácter apolítico y humanitario de la protección de refugiados para contaminarla con motivaciones políticas y, por otro, se podría afectar principalmente las relaciones internacionales del Estado peruano.

Si bien el artículo 21 no establece esta prohibición para los solicitantes de la condición de refugiado, se da por entendido que también les resulta aplicable y así se hace en la práctica. La presentación pública de algún solicitante imputando graves hechos al régimen de procedencia ha ocasionado más de una situación internacionalmente delicada para el Estado y, por tanto, más de una llamada de atención a los refugiados por parte de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial o de su Presidente.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la participación política en el ámbito municipal está permitida tal como lo establece la Ley de Elecciones Municipales¹³, que exige una residencia continua de más de dos años previo a las elecciones.

Una obligación que merece una mención especial y que atañe únicamente a los refugiados reconocidos consiste en la necesidad de contar con una autorización de viaje para poder salir del territorio peruano. Esta es una exigencia que ha sido recogida de la antigua regulación y su razón de ser original era la de tener un control sobre el movimiento de refugiados a la vez que velar por su seguridad evitando autorizar viajes a zonas que podían representar un riesgo. Esta visión paternalista y equivocada ha ido cambiando con el transcurso del tiempo y en la actualidad las autorizaciones de viaje son concedidas en términos generales sin restricción en cuanto al lugar de destino, pudiendo incluso ser el país de nacionalidad o residencia del cual huyó el refugiado. En estos casos la autorización dada por escrito especifica que la persona viaja bajo su propio riesgo.

¹³ La Ley N° 26.864, Ley de Elecciones Municipales, establece en su artículo 7 lo siguiente: "Los extranjeros mayores de 18 años, residentes por más de dos años continuos previos a la elección, están facultados para elegir y ser elegidos, excepto en las municipalidades de frontera, siempre y cuando estén debidamente inscritos en el registro correspondiente. Para ejercer este derecho, el extranjero se identifica con su respectivo carné de extranjería".

Una situación que puede requerir de un mayor análisis es aquella en la que el refugiado solicita continuas autorizaciones de viaje y permanece largos períodos de tiempo en otro país, incluso más tiempo que en el territorio del país que concedió la condición de refugiado. Otro caso que puede llamar a reflexión es aquel en que se toma conocimiento que el refugiado hostiliza a una persona o a un grupo de personas cada vez que viaja a determinado país, caso que si bien parece poco probable, se ha presentado en la realidad.

En último término, haremos mención a un segundo nivel de obligaciones de menor trascendencia, pero no por ello ausentes de importancia. Nos referimos a la información que los refugiados deben proporcionar de manera permanente a la Comisión Especial y que consiste en todo cambio en el estado civil, domicilio, trabajo y nacimientos, lo que de acuerdo al artículo 44 del Reglamento deberá ser notificado por escrito desde el momento en que se presente la solicitud hasta el cese de la condición de refugiado. Si bien se establece un plazo no mayor de 45 días posteriores a la ocurrencia de estos cambios, no se ha establecido propiamente una sanción en caso de incumplimiento ya que lo que se busca es el cumplimiento de buena fe de esta obligación que permite al órgano competente mantener información actualizada de los refugiados.

IX. Las sanciones

Tanto los solicitantes como los refugiados están sometidos al ordenamiento jurídico nacional y tienen la obligación de respetar la constitución, las leyes y demás normas. Su infracción implica la imposición de las sanciones penales y administrativas correspondientes, de acuerdo con lo sostenido en el artículo 30.1 de la ley y art. 32 del reglamento.

Por otra parte, los refugiados tienen otras obligaciones propias de su condición y cuya contravención merece sanciones por parte de la Comisión Especial, de acuerdo con el artículo 30.2 de la ley. Al efecto, el artículo 33 del reglamento ha establecido una escala de sanciones de acuerdo a la gravedad de la falta cometida: amonestación oral, amonestación escrita, citación ante la Comisión Especial o de expulsión.

La ley a través del artículo 30.3 ha tenido el cuidado de establecer que se deberá tener como lineamiento fundamental el criterio de la proporcionalidad, buscando la primacía del carácter humanitario ya que, si no se tienen en

cuenta aspectos como los indicados, aumenta el riesgo de establecer sanciones mayores a las debidas. Por ejemplo, anteriormente la no realización inmediata de los trámites para sacar el carné de extranjería podía llegar a significar la pérdida de la condición de refugiado lo cual, de acuerdo a un criterio de proporcionalidad, sería inadmisibile.

La necesidad de establecer pautas para la imposición de sanciones se aprecia a plenitud en la última parte del artículo 33 del reglamento, cuando aborda la prohibición de imponer sanción alguna que derive en una situación de irregularidad documentaria o migratoria o que implique poner en riesgo la seguridad del refugiado. Esta norma también está inspirada en prácticas antiguas en las que se sancionaba a los refugiados con la retención de su documentación, originando en dichas personas una situación de vulnerabilidad injustificada.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, resultaría recomendable desarrollar un cuadro específico con las conductas y las sanciones correspondientes para tener una mayor precisión respecto a las mismas.

X. La expulsión

En el Perú la única entidad competente para determinar la expulsión de un refugiado es la Comisión Especial para los Refugiados, tal como lo señala el artículo 32 de la Ley, decisión que por cierto podría ser variada únicamente en vía de apelación por la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados.

Esta disposición ha sido pensada con la finalidad de evitar la aplicación a casos de refugiados del artículo 30.2 del Código Penal. Este artículo establece la expulsión del extranjero una vez cumplida la pena privativa de la libertad en el país. Esta norma, que en sí misma resulta cuestionable ya que conlleva una doble sanción, podría determinar que se ordene la expulsión de un refugiado en violación del principio de no devolución.

La Ley del Refugiado, por ende, determina que la expulsión se realizará conforme lo establecido en la Convención de 1951 y el reglamento, razón por la que éste último hace referencia expresa a los artículos 32 y 33 de dicho Tratado. Esto implica tener presente las siguientes premisas:

- a. No se expulsará a ningún refugiado que se halle legalmente en territorio peruano, excepto por razones de seguridad nacional o de orden público;
- b. La decisión de la expulsión debe adoptarse conforme el proceso previamente establecido;

- c. Se deberá permitir al refugiado: la presentación de pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante las autoridades, siempre que todo ello no se oponga a razones imperiosas de seguridad nacional;
- d. Se concederá un plazo razonable para que el refugiado pueda gestionar su admisión legal en otro país. Durante este plazo, el Estado podrá aplicar las medidas de orden interno que sean necesarias;
- e. La expulsión no puede implicar atentar contra el principio de no devolución, es decir, que mediante estas medidas no se puede poner en riesgo la vida o libertad de la persona, salvo cuando el refugiado sea considerado un peligro para la seguridad del país o que, contando con una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad.

Adicionalmente a estas reglas, según el artículo 34 del reglamento, se procederá a la expulsión de la persona sobre la que existan motivos fundados para ser considerada involucrada en un grave delito común que debe ser perseguido internacionalmente, en especial, los de terrorismo y tráfico ilícito de drogas. De esta manera, se ha buscado enfatizar que el terrorismo y el narcotráfico son delitos graves para el Estado peruano, por lo cual, las personas que han cometido dichas actividades deben ser materia de exclusión del refugio y de expulsión.

La gravedad de estos delitos para el Perú puede hacer pensar incluso en la exclusión del principio de no devolución, supuesto que como ya se ha visto está contemplado en la Convención de 1951. Sobre este punto, resulta indispensable acudir al inciso 8 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según el cual “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. Este artículo no consagra excepción alguna al principio de no devolución.

Asimismo, de acuerdo con el Reglamento, la expulsión será facultativa si de conformidad con la ley penal vigente y el Derecho Internacional, el Estado Peruano tiene jurisdicción para someter a sus tribunales a dichas personas.

Por último, independientemente de la expulsión, también puede producirse la cancelación de la permanencia o residencia y la salida obligatoria o definitiva del refugiado, las que de acuerdo al artículo 42 de la Ley de Extranjería (Decreto legislativo N° 703) deben ser autorizadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

XI. La afluencia masiva de personas

XI.1. Caracterización de la figura y calificación

El ingreso masivo de personas extranjeras a territorio peruano buscando protección ha sido contemplado en el último capítulo la Ley del Refugiado bajo la denominación de afluencia masiva de personas.

Lo que caracteriza a este fenómeno, según el artículo 35 de la ley, es la entrada irregular o ilegal a territorio nacional de un número tan grande de personas que se hace imposible a las autoridades efectuar un análisis de cada caso según las normas para la calificación de la condición de refugiado.

La norma prevé estos desplazamientos por las zonas de frontera y en situaciones de extrema gravedad, por lo que la recepción y protección de estos grupos humanos se convierte en una urgente necesidad. Para facilitar una acción rápida, se establece un proceso de calificación *prima facie*, es decir, una calificación con carácter general dada en un primer momento con la finalidad de acoger al grupo en su conjunto. En este proceso la parte más importante recae en el análisis de la situación existente en el lugar de procedencia, ya que con ello se puede determinar si la huida del grupo humano se sustenta en la realidad o no, con independencia de las circunstancias individuales de quienes lo componen.

El artículo 35 de la ley precisa que este proceso de calificación será realizado por la Comisión Especial en coordinación con la Alta Dirección del Ministerio de Relaciones Exteriores, lo que se explica, en primer lugar, por tratarse de una situación cuyas proporciones requieren el pleno conocimiento y coordinación con las altas autoridades del Gobierno, así como con instancias internacionales y, en segundo lugar, porque de acuerdo con el artículo 6 de la ley corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores velar por el debido cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por el Estado en relación con el Derecho Internacional de los Refugiados.

XI.2. Estatuto de protección temporal

Una vez comprobada la existencia de una situación grave que justifica la huida del grupo humano, se concederá una “protección temporal” según lo establecido en el artículo 35 de la Ley.

Bajo esta figura, la ley prescribe en su artículo 36 que las personas reciban atención de sus necesidades vitales, las que de acuerdo con el artículo 37.a del reglamento incluyen la provisión de alimentos, techo y servicios básicos de higiene y salud, bajo condiciones de seguridad. Cabe destacar que de ambos artículos se desprende que la “protección temporal” es un estatuto distinto a la condición de refugiado.

El reglamento busca destacar aquellos aspectos que en principio merecen una consideración prioritaria, sin embargo deja abierta la posibilidad de incluir otras necesidades que pueden presentarse por factores diversos como por ejemplo la necesidad de impartir educación a los niños si el tiempo de permanencia en territorio peruano se prolonga excesivamente.

La protección temporal se explica por la necesidad de brindar protección a un gran número de personas y a la vez mantener ciertas medidas de seguridad para el Estado, toda vez que la presencia masiva de personas no permite identificar quienes de ellas deberían ser excluidas por representar un riesgo para el Estado receptor. Siguiendo esa línea, la persona que recibe la protección temporal podrá presentar una solicitud de la condición de refugiado cuando lo considere conveniente, en cuyo caso se dará inicio al procedimiento de calificación respectivo.

La ayuda en estos casos se coordinará con el ACNUR y demás organismos internacionales, debiendo darse una amplia interpretación al Reglamento cuando menciona a los organismos internacionales competentes, lo que involucra a toda organización extranjera capaz de apoyar en la atención de los protegidos temporalmente. Al mismo tiempo, se deberán realizar las gestiones necesarias ante entidades nacionales, públicas y privadas, aunque no se puede negar que la intención de la norma es enfatizar que la atención de estos casos debe provenir fundamentalmente de la cooperación internacional.

XI.3. Beneficios y limitaciones

Las personas que reciban la protección temporal gozarán del mantenimiento de su núcleo familiar básico, figura que se aproxima al concepto de reunificación familiar aplicable a los refugiados reconocidos por el Estado, aunque no pueden ser considerados como equivalentes entre sí. El núcleo familiar básico implica fundamentalmente a padres e hijos, lo que no significa

que, de presentarse circunstancias propicias, se incluya a otros miembros de la familia dentro de este concepto.

El mantenimiento del núcleo familiar básico regulado en el artículo 37 del reglamento permite mantener la unidad de padres e hijos dentro del grupo de personas que ya ingresaron en territorio peruano. Pero bajo esta figura también sería posible permitir el ingreso de miembros de ese núcleo que permanezcan en su país de origen. Esto último se refuerza con el principio de no rechazo en frontera que resulta aplicable por lo establecido en el artículo 36, al igual que los principios de no devolución y el de no sanción por ingreso ilegal o irregular, propios de la condición de refugiado.

Por otra parte, el artículo 38 del reglamento atribuye a la Comisión Especial la función de coordinar con las instancias correspondientes, es decir, el Ministerio del Interior y las autoridades municipales, entre otros, la determinación de los lugares y los procedimientos de recepción de personas, la distribución de responsabilidades y las limitaciones de movilización de los protegidos temporales, en razón de sus necesidades de seguridad y bienestar, así como de la capacidad y posibilidades del Estado.

Las regulaciones del Reglamento relativas a la atención de personas en caso de una afluencia masiva tienen su origen en la Conclusión 22 aprobada por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR¹⁴, motivo por el cual, en la medida de las posibilidades, se deberían tener en cuenta sus recomendaciones.

XI.4. Duración

El estatuto de protección temporal se concede inicialmente por 3 meses renovables hasta el cumplimiento de un año, tiempo en el que el reglamento encarga a la Alta Dirección del Ministerio de Relaciones Exteriores efectuar una evaluación de la situación con la finalidad de lograr una solución permanente con el apoyo de la Comunidad Internacional. Este plazo de un año ha sido establecido en atención a las experiencias vividas por miles de personas que han tenido que verse sometidas a situaciones de graves restricciones a los derechos de manera indefinida, como usualmente sucede en los casos de

¹⁴ El Comité Ejecutivo del ACNUR, tiene entre sus funciones principales asesorar al Alto Comisionado de ACNUR en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con el Estatuto de la Oficina. Por esta razón, es que anualmente adopta "Conclusiones", fundamentalmente en temas de protección presentados por el Alto Comisionado. ACNUR, Comité Ejecutivo, Conclusión N° 22 (XXXII), *Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala*, 1981.

afluencias de personas a gran escala. En todo caso, la norma ha querido dar a entender desde un primer momento que, frente a la afluencia masiva de personas, no se puede desprender el compromiso del Estado de proporcionarles asentamiento permanente en su territorio, tal como se indica en el artículo 36 del Reglamento.

XI.5. Exclusiones

Para finalizar, el artículo 40 del Reglamento establece para el caso de la protección temporal, supuestos de exclusión similares a los establecidos respecto de la condición de refugiado, es decir, en casos de existir motivos fundados para considerar que se han cometido graves delitos comunes en el país de origen, especialmente los de narcotráfico y terrorismo, o crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, precisándose que deberán tenerse en cuenta las definiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

XII. Conclusión

Luego de la revisión de la Ley del Refugiado N° 27.891 y su Decreto Supremo N° 119-2003-RE, resulta evidente que el balance final es bastante positivo. No cabe duda que luego de aproximadamente 9 años de su publicación, la práctica ha mostrado que algunas cosas debieron ser normadas de una mejor manera o incluso de una forma distinta. Sin embargo, el espíritu generoso de la ley y su reglamento se hacen manifiestos, representando un notable avance en la regulación de la protección de refugiados. Se trata de normas cuya flexibilidad permite adaptarse a las nuevas exigencias de la realidad preservando el espíritu humanitario, lo que resulta indispensable cuando se busca atender las exigencias de una figura viva y cambiante como la del refugiado.

Bibliografía

- Valdez, Florencia de M., *Ampliación del Concepto de Refugiado en el Derecho Internacional Contemporáneo*, IDEI y ACNUR, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004.

La protección de los refugiados en el Uruguay

Olga Díaz Pedemonte

1. Introducción

Este artículo pretende describir los principales aspectos del marco normativo e institucional para la protección de los refugiados en el Uruguay.

De esta manera, se busca poner de relieve el compromiso que el país ha demostrado en este campo, estableciendo, por un lado, estándares de gran relevancia que resaltan el espíritu humanitario y el respeto del Derecho Internacional que caracteriza a Uruguay y, por el otro, reiterando su convicción de continuar receptando y aplicando las normas internacionales que buscan proteger a la persona humana.

II. Antecedentes

Aunque Uruguay era parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante la “Convención de 1951”) y de su Protocolo de 1967 desde el año 1970¹, no fue sino hasta el año 2003 cuando se comenzó a legislar específicamente en la materia mediante la adopción del Decreto 414/2003, el cual creó la primera Comisión Interministerial para atender las solicitudes de la condición de refugiado.

Esta Comisión Interministerial estaba conformada directamente por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Interior, y contaba con la asistencia de una Secretaría Técnica, que funcionaba en la órbita del Ministerio de Relaciones Exteriores, integrada por las Direcciones de ambos ministerios y por la organización de la sociedad civil encargada de implementar los programas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en Uruguay.

¹ Ley 13.777, del 3-XI-1969, disponible en <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=13777&Anchor=>

Además de establecer competencias limitadas a las cuestiones específicas de la determinación y cesación del estatuto de refugiado, el Decreto 414/2003 no hacía referencia alguna sobre el procedimiento que la Comisión debía llevar a cabo, con lo cual continuaron existiendo una serie de vacíos para la adecuada implementación del marco normativo internacional que era necesario abordar.

Es por ello que casi a la par de la aprobación del Decreto 414/2003 comenzó un proceso orientado a promover y adoptar una ley del Congreso que regulara todos los aspectos de manera integral y de conformidad con los estándares internacionales.

En ese marco, se desarrolló un amplio debate entre instancias públicas del Poder Ejecutivo y Legislativo, de la sociedad civil uruguaya –principalmente en la figura del Servicio Ecuménico para la Dignidad Humana (SEDHU), organización socia del ACNUR en Uruguay–, especialistas de derecho internacional y derechos humanos, universidades y el propio ACNUR; con el objetivo de promover un texto legislativo de avanzada que recogiera los estándares internacionales y la legislación comparada más protectorios de la persona humana².

Esta voluntad de avanzar en un marco normativo se desarrolló en un contexto en el cual Uruguay promovía distintas medidas normativas con el fin de asegurar una protección integral de la persona humana basada en sus derechos humanos³.

Luego de atravesar el trámite legislativo el proyecto elaborado fue aprobado por la Cámara de Senadores en la sesión del 14 de noviembre de 2006 y convertido en Ley 18.076 sobre el Estatuto del Refugiado el 5 de enero de 2007.

Como se manifestara en la exposición de motivos del proyecto ante la Cámara de Representantes:

Con la aprobación del adjunto proyecto de ley la República Oriental del Uruguay, reafirma su condición de país abierto y solidario al extranjero

² Véase el trámite parlamentario en <http://www.parlamento.gub.uy>.

³ Exposición de Motivos: Diputada Paysé: p. 11 “Este proyecto se enmarca dentro de la evolución orientada hacia la protección integral de la persona humana, una de cuyas manifestaciones recientes fue la adhesión por nuestro país a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, aprobada por la Ley N° 17.722, de diciembre de 2003. En definitiva el presente es un verdadero avance en el reconocimiento y desarrollo de los derechos humanos, en este caso, a través de la efectiva protección de quienes en situaciones de desprotección, sufrimiento y vulnerabilidad llegan a nuestro país solicitando refugio”, disponible en <http://www.parlamento.gub.uy>.

perseguido por las razones expuestas y cumple con sus compromisos internacionales de derechos humanos⁴.

III. El marco jurídico nacional

En los últimos años Uruguay ha adoptado una serie de normas que conforman el marco jurídico nacional de protección de las personas refugiadas y que se concentra principalmente en las siguientes leyes: Ley N° 18.076 del 5 de enero de 2007 sobre el Estatuto del Refugiado; Ley N°18.250 del 6 de enero de 2008 sobre Migración, que regula distintos aspectos relativos a las personas refugiadas y garantiza la igualdad de trato con los nacionales; y, Ley N° 18.382 del 17 de octubre de 2008, a través de la cual se aprueba el Acuerdo Marco para el Reasentamiento de Refugiados entre la República Oriental del Uruguay y el ACNUR que había sido previamente suscripto en Montevideo el 15 de junio de 2007.

III.1. Análisis de los aspectos más relevantes de la Ley N° 18.076 sobre el Estatuto del Refugiado

Una de las particularidades de la ley uruguaya en materia de refugiados es el establecimiento expreso del “derecho al refugio” en su artículo 1:

Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir refugio en el territorio nacional, en salvaguarda de su vida, integridad física, moral e intelectual, libertad y seguridad.

Aunque, como sabemos, el derecho al refugio como tal no es mencionado expresamente en los instrumentos internacionales sobre refugiados o protección de derechos humanos sino que la aplicación de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 suelen entenderse en el marco del ejercicio del derecho humano al asilo en el ámbito americano, la legislación uruguaya buscó establecer expresamente a nivel nacional este derecho para quienes se encuentren comprendidos en los ámbitos de competencia de la misma ley 18.076.

No obstante ello podría interpretarse que tanto el derecho al refugio y, en general, la ley 18.076, como las legislaciones uruguayas sobre asilo político,

⁴ *Ibidem*.

diplomático y territorial conforman el corpus jurídico a través del cual el Estado uruguayo reglamenta y/o regula el ejercicio del derecho humano al asilo que se comprometió a respetar y garantizar en los términos del artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el artículo 2 la ley nos dice quienes pueden ser reconocidos como refugiados conforme las cláusulas de inclusión al afirmar que será reconocido como refugiado toda persona que:

a) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de pertenencia a determinado grupo étnico o social, género, raza, religión, nacionalidad, 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.

b) Ha huido del país de su nacionalidad o careciendo de nacionalidad, ha huido del país de residencia porque su vida, seguridad o libertad resultan amenazadas por la violencia generalizada, la agresión u ocupación extranjera, el terrorismo, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos o cualquier otra circunstancia que haya perturbado gravemente el orden público.

Esta cuestión central respecto de a quienes se les debe reconocer el estatuto de refugiado ha sido regulada recogiendo la definición clásica, contenida en la Convención de 1951 y en el Protocolo del 1967, así como la definición ampliada recomendada por la Declaración de Cartagena basada en una definición similar proveniente del contexto africano (Ley 18.076 artículo 2 incisos a y b).

Lo realmente innovador en estas disposiciones es la comprobación de la voluntad del Estado uruguayo de ampliar la protección internacional incluyendo hipótesis no previstas en la Convención de 1951 y su Protocolo, como las personas perseguidas por pertenencia a determinado grupo étnico y a la persecución por motivos de género, este último supuesto uno de los flagelos más graves y sistemáticos en cuanto a violaciones de derechos humanos que existen en la actualidad.

En igual sentido, en el inciso b) se incluye al terrorismo como una causal independiente que no fuera prevista en la definición ampliada propues-

ta por la Declaración de Cartagena de 1984. Debe advertirse al respecto que, al no existir una definición internacionalmente aceptada y con el fin de evitar interpretaciones ajenas a los estándares internacionales aplicables sobre el contenido y alcance del término “terrorismo”, esta figura debe interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en la definición que da la Convención Internacional sobre el Terrorismo ratificada por Uruguay en el año 1999⁵.

La seguridad es ciertamente un interés legítimo de los Estados. El Estado tiene derecho a protegerse y adoptar políticas y medidas para la protección de su población, incluyendo a todos los habitantes bajo su jurisdicción, ya se trate de nacionales o no nacionales. Igualmente los Estados han asumido de buena fe obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo la protección internacional de refugiados.

Como ha señalado el Alto Comisionado, António Guterres:

Preservar el asilo significa cambiar la noción de que los refugiados y los solicitantes de asilo son los causantes de la inseguridad o del terrorismo, en lugar de ser sus víctimas. Desgraciadamente, en la actualidad se dan numerosas situaciones en las que el concepto de asilo es mal interpretado, e incluso equiparado al terrorismo. Es cierto que el terrorismo debe ser combatido con determinación, pero el asilo es, y debe seguir siendo, un principio central de la democracia⁶.

La inclusión de la causal de terrorismo en la ley uruguaya se enmarca en la concepción de que las personas refugiadas son víctimas y no responsables de este flagelo.

En cuanto a las cláusulas de exclusión, el artículo 4 de la Ley 18.076 refiere a delitos contra la paz, de guerra o delitos contra la humanidad, siguiendo la letra del artículo 1.º de la Convención de 1951, para excluir a personas que no se considera sean merecedoras de la protección internacional. La interpretación sobre el alcance y contenido de cada uno de estos supuestos debe buscarse en la Convención de 1948 sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adiciona-

⁵ Por su parte, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en Barbados en junio de 2002, establece salvaguardias específicas en materia de derechos humanos y derecho internacional de refugiados.

⁶ ACNUR, *Discurso inaugural ante el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR*, 03 de octubre de 2005.

les, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la exYugoslavia y Ruanda y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El artículo 4 de la ley también refiere a la comisión de actos contrarios a los propósitos y principios de Naciones Unidas. Dados los términos amplios y generales de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, el ámbito de esta categoría resulta en cierta medida falto de claridad y debería por ende leerse con cautela. De hecho, se ha aplicado raras veces a nivel global y nunca se ha aplicado en el caso de Uruguay (a diferencia, por ejemplo, del artículo 1.F.b de la Convención de 1951 cuya aplicación es más regular).

El artículo 1.F.c sólo se aplica en circunstancias extremas ante actividades que ataquen los cimientos mismos de la coexistencia de la comunidad internacional. Tales actividades deben tener una dimensión internacional. Los delitos capaces de afectar la paz, la seguridad y las relaciones pacíficas entre los Estados, así como violaciones graves y sistemáticas contra los derechos humanos, encajarían dentro de esta categoría. En vista de que los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas esencialmente fijan los principios fundamentales que deben enarbolar los Estados en sus relaciones mutuas, parecería en principio que solamente personas en posiciones de poder en un Estado o una entidad similar estarían en capacidad de cometer tales actos. En los casos que involucran un acto terrorista, la aplicación correcta del artículo 1.F.c implicaría una valoración sobre el grado en que el acto repercute en el plano internacional, en términos de su gravedad, impacto internacional, e implicaciones para la paz y seguridad internacionales.

En lo que refiere a la comisión de un grave delito común, no existe una definición desde el derecho internacional general que establezca el alcance de estos conceptos, reservándose por ende la interpretación al derecho interno del país de acogida. No obstante ello, es posible recurrir a las normas internacionales en casos específicos así como a la experiencia de la legislación comparada a efectos de calificar a un delito como grave.

Como regla general, se debe tener presente que las cláusulas de exclusión deben interpretarse siempre de una manera restrictiva y taxativa sin perder de vista las consecuencias graves e irreversibles que su aplicación pueden producir.

La exclusión no debe basarse en pruebas confidenciales irrefutables por el solicitante de la condición de refugiado. Excepcionalmente podrá recurrirse a testimonios anónimos (cuando se oculta la identidad de la fuente) pero ello ocurrirá tan sólo cuando resulte imprescindible para proteger la seguridad de

los testigos y siempre y cuando se garantice al solicitante de asilo su capacidad efectiva de refutar esas pruebas. Igualmente, para excluir a alguien no se ha de recurrir a pruebas secretas ni valoradas a puerta cerrada (en cuyo caso también se estaría ocultando la sustancia de los hechos), ni siquiera cuando estén en juego intereses de seguridad nacional, ya que estos podrían protegerse introduciendo salvaguardas procedimentales y garantizando, al solicitante de asilo, su capacidad efectiva de refutar las pruebas.

Por su parte el artículo 5 de la Ley 18.076 prevé las hipótesis de nulidad y revocación del estatuto de refugiado. Existirá nulidad cuando, luego del reconocimiento de la condición de refugiado, se constate la falsedad de los fundamentos invocados, o si la persona está comprendida en algunas de las situaciones del artículo 4 y que esta información se hubiera conocido con posterioridad a su reconocimiento. Por su parte, la revocación tendrá lugar cuando luego de haberse reconocido la condición de refugiado éste participe en delitos contra la paz, de guerra, contra la humanidad, o realice actos contrarios a los propósitos de Naciones Unidas.

En el artículo 6 de la Ley N° 18.076 se detallan las cláusulas de cesación de la condición de refugiado siguiendo, en términos generales, lo previsto en la Convención de 1951, y estableciendo expresamente la causal de cesación referida a que la persona refugiada obtenga la ciudadanía uruguaya.

En este punto cabe reflexionar sobre la existencia de situaciones en las cuales, a pesar de haberse cesado, cancelado, revocado el estatuto de refugiado o aún siendo pasible la persona de la aplicación de una cláusula de exclusión, el Estado podría estar obligado a no devolver a la persona en el marco de la aplicación de otros instrumentos internacionales.

En primer lugar, el artículo 3.1 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes estipula: “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 peligro de ser sometida a tortura” y, en el mismo sentido ha sido interpretado el artículo 7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, que establece que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Por su parte, el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, estipula: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o

a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

Asimismo, el artículo 37.a de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño sostiene que los Estados Partes velarán para que “Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁷.

El regreso de una persona para enfrentar la pena de muerte puede estar prohibido por el derecho internacional relativo a los derechos humanos, ya sea como una forma de trato inhumano y degradante, o porque el Estado de acogida ha abolido el uso de la pena de muerte. En el plano regional, por ejemplo, el Protocolo de 2003 para la modificación del Convenio Europeo de 1977 para la represión del terrorismo agrega al artículo 5 de la Convención la advertencia de que “ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada” en el sentido de imponer al Estado requerido la obligación de extraditar a la persona en cuestión si ésta corre peligro de ser sometida a la pena de muerte, o a condena perpetua sin posibilidad de obtener la libertad bajo palabra.

Varios instrumentos internacionales incorporan el principio de que ningún extranjero legalmente presente en el territorio de un Estado (o, según el caso, ningún extranjero que encaje en la categoría específica tratada por el instrumento) podrá ser expulsado excepto en seguimiento de un fallo alcanzado de conformidad con la ley. Algunos de estos instrumentos disponen que tal extranjero no podrá ser expulsado excepto por razones de seguridad nacional u orden público.

Por último, diversos instrumentos internacionales consagran el principio de prohibir la expulsión colectiva de extranjeros. Además, ya para comienzos del siglo xx se había establecido el principio de que toda expulsión debería llevarse a cabo de la manera que resultara menos perjudicial para la persona en cuestión.

En el capítulo V de la Ley 18.076 se recogen los principios de la protección de refugiados. La inclusión del principio de no discriminación recogido por la ley uruguaya está en consonancia con lo dispuesto en el derecho internacional de los derechos humanos, como por ejemplo en el caso del artículo 1.1 de

⁷ En el caso de Europa, el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, afirma que: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o trabajos inhumanos o degradantes”. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado que expulsar o extraditar a una persona a un país donde corre el riesgo de ser sometida a tales tratos viola dicho artículo 3.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): “los Estados parte de la 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” y del Derecho Internacional de los Refugiados artículo 3 de la Convención de 1951: “los estados contratantes aplicarán las disposiciones de la Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen”.

El principio de no devolución, recogido en el artículo 10.C constituye la piedra angular del régimen internacional de protección de los refugiados, el cual prohíbe el retorno forzado de los refugiados que pueda exponerlos a un riesgo de persecución. Este principio, que está consagrado en el artículo 33 de la Convención de 1951, es fundamental y se prohíbe su derogación. El principio de no devolución, tal y como lo dispone el artículo 33 de la Convención de 1951, también forma parte del derecho consuetudinario internacional. Como tal, este principio es vinculante para todos los Estados, incluidos aquellos que aún no son parte de la Convención de 1951 y/o de su Protocolo de 1967. El artículo 33.1. de la Convención de 1951 estipula que:

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.

El principio de no devolución se aplica no sólo en lo que respecta al país de origen de un refugiado, sino también en cualquier otro país donde el refugiado tiene un temor fundado de persecución relacionado con uno o más de los motivos estipulados en el artículo 1.A.2 de la Convención de 1951, o cuando existe la probabilidad de que la persona pueda ser enviada a un país donde corra un riesgo de persecución vinculado con alguno de los motivos de la Convención.

El Derecho Internacional de los refugiados permite excepciones al principio de no devolución únicamente en las circunstancias estipuladas en el artículo 33.2, el cual establece lo siguiente:

Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición [artículo 33.1] el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

El artículo 14 de la norma se refiere al principio de no expulsión de un refugiado o solicitante de la condición de refugiado. Dicho artículo establece las garantías de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 32 de la Convención de 1951 en cuanto a que las circunstancias en las que procedería la expulsión por razones de seguridad nacional u orden público, deberían ser calificadas sólo en situaciones excepcionales y que, aún en esos supuestos de excepción, debería garantizarse la disponibilidad de un procedimiento que asegure la vigencia efectiva de los derechos de los refugiados.

El Capítulo VI de la ley aborda los deberes y derechos del refugiado, comenzando por reafirmar la obligatoriedad de que las personas refugiadas y solicitantes de tal condición respeten el orden jurídico nacional.

Al mismo tiempo se reafirma la complementariedad de las normas internacionales de protección de la persona humana al afirmarse que el Estado uruguayo debe garantizarlas a todas las personas refugiadas.

El artículo 21 por su parte establece el derecho a la reunificación familiar:

La reunificación familiar es un derecho del refugiado. La condición de refugiado, a solicitud de éste, le será reconocida al cónyuge, concubino e hijos, así como a cualquier otro pariente por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo grado, salvo que a su respecto le sea aplicable una cláusula de exclusión o de cesación.

Este derecho deriva, entre otros, de lo dispuesto en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del artículo 17 de la Convención Americana y de los artículos 9, 10 y 22 de la Convención de los Derechos del Niño. Al respecto la práctica ilustra que en algunos casos el solicitante principal de la condición de refugiado puede ser una persona menor de edad y que sea él quien solicite que se les reconozca la condición de refugiado a sus padres.

En cuanto al concepto de familia, y teniendo en cuenta que el concepto no es unívoco, ACNUR sugiere la adopción de un concepto flexible que tenga en cuenta las variantes culturales, sociales, religiosas y los factores de dependencia económica y emocional, lo cual ha sido receptado por la práctica uruguaya en este tema.

En cuanto al esquema institucional para la aplicación de la ley, se crean dos órganos con cometidos específicos: La Comisión de Refugiados (CORE) y la Secretaría Permanente.

La Comisión de Refugiados (CORE) está integrada por un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, un representante de la Dirección Nacional de Migración, un representante de la Universidad de la República, el Presidente de la Comisión de la Cámara de Representantes, la Agencia Implementadora que represente en Uruguay los intereses de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (este rol lo desempeña desde 2001 el Servicio Ecuménico para la Dignidad Humana⁸), un representante de la Asociación Nacional de Organizaciones No Gubernamentales y un representante de ACNUR éste último miembro de la Comisión con voz pero sin voto.

Las competencias de la CORE son:

- Reconocer o no la calidad de refugiado, aplicar las cláusulas de exclusión o cesación, anular o revocar el reconocimiento de la condición jurídica de refugiado, resolver sobre las solicitudes de reunificación familiar, resolver sobre las solicitudes de reasentamiento y, en general, resolver todos aquellos aspectos referidos a la condición de las personas refugiadas.
- En cuanto a los cometidos de la CORE se establecen los de planificar, promover y coordinar políticas en materia de refugiados, relacionándose directamente, a tales efectos, con cualquier institución pública o privada, nacional, internacional o extranjera, que fuese pertinente.

⁸ El “Servicio Ecuménico para la Dignidad Humana” (SEDHU), es una Fundación sin fines de lucro, integrada por representantes de: la “Iglesia Evangélica del Río de la Plata”, el “Arzobispado de Montevideo de la Iglesia Católica Romana”, la “Iglesia Evangélica Valdense”, la “Iglesia Anglicana del Uruguay”, la “Asociación Cristiana de Jóvenes” (A.C.J.) y el “Centro de Investigación y Promoción Franciscano y Ecológico” (CIPFE) y la “Iglesia Metodista del Uruguay” (como miembro fraternal). En 1984 el Servicio Ecuménico de Reintegración (SER), fue generado por diferentes Iglesias y Organizaciones cristianas, con diferentes programas de reinserción social y atención a presos políticos liberados o uruguayos retornados del exilio. El SER se transforma en 1990 en el “Servicio Ecuménico para la Dignidad Humana” (SEDHU), valorando el sentido de demostrar que los cristianos de las diferentes iglesias son capaces de prestar un testimonio en común. A partir del año 2001 SEDHU es la Agencia que implementa programas del ACNUR en Uruguay orientados a la protección e integración local de las personas refugiadas en el país.

- También debe coadyuvar en la búsqueda e implementación de soluciones duraderas para las personas refugiadas y colaborar en la promoción de políticas educativas tendientes a difundir los derechos y deberes de las personas refugiadas.

La CORE se completa con una Secretaría Permanente (art. 30) compuesta por representantes de la Dirección Nacional de Migración del Ministerio del Interior, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Agencia Implementadora (SEDHU) que representa en Uruguay los intereses de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el ACNUR.

Los integrantes de los dos órganos creados por esta ley (la Comisión de Refugiados y la Secretaría Permanente) son de carácter honorario y su actuación esta signada por la confidencialidad (art. 17), por lo cual la información que se conozca en el marco de sus tareas sólo podrá ser revelada por autorización expresa y escrita de la persona interesada o por resolución fundada de la Justicia competente. La ley contempla que la violación de la confidencialidad será castigada con una pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.

Cabe resaltar la destacada presencia de la sociedad civil en la integración de la CORE a diferencia de otras Comisiones de Refugiados de la región en que suelen estar integradas exclusivamente por representantes del Estado (representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Dirección de Migración), o por solo un representante no estatal que, en general, no tiene derecho a voto.

En cuanto al procedimiento para ser reconocido como refugiado en Uruguay, las solicitudes se pueden presentar en forma verbal o escrita ante cualquier autoridad nacional o departamental, y aún ante el ACNUR o su agencia socia en el Uruguay que, como mencionamos, es el SEDHU.

En caso de solicitud en puertos y aeropuerto, concurren a entrevistar al posible solicitante integrantes de la Secretaría Permanente y de la CORE, con un intérprete, en caso de ser necesario.

En caso de ser frontera terrestre, se autoriza el ingreso condicional y se deriva a la/s persona/s a Montevideo para continuar con el procedimiento.

Con el objetivo de asegurar que el procedimiento sea justo en todo su desarrollo, las personas solicitantes reciben la información sobre el procedimiento en un idioma que puedan comprender, así como reciben información

sobre los servicios de asesoramiento jurídico que brinda la Defensoría de Oficio (pública y gratuita).

La Ley se encarga específicamente de la situación de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados que soliciten el estatuto de refugiado, estableciendo la obligatoriedad de designarles asistencia letrada y comunicar la situación al juzgado de familia pertinente, y declarando que toda actuación que se realice en ausencia del defensor puede ser considerada nula. Asimismo se recepta específicamente la necesidad de tener siempre presente el interés del niño, niña o adolescente en todas las decisiones que se adopten.

Luego de completar un formulario inicial, las personas son entrevistadas al menos en dos oportunidades para presentar los motivos de su solicitud, garantizando la confidencialidad de la información brindada (arts. 17 y 18 de la Ley 18.076).

Las personas solicitantes de la condición de refugiado reciben, en un plazo aproximado de 20 días, una cédula de identidad provisoria (válida por un año), mientras se sustancia el procedimiento de determinación que habilita a la persona a ejercer derechos y acceder a los servicios públicos. Este documento es expedido por la Dirección Nacional de Identificación Civil (DNIC) y en él no consta la condición de solicitante de la condición de refugiado con el fin de evitar situaciones de discriminación o estigmatización.

El tiempo promedio de resolución de la CORE es de 180 días y, al ser notificados personalmente de la decisión tomada sobre su solicitud con la debida fundamentación, los solicitantes reciben también información sobre los recursos de revocación ante la CORE y de jerárquico en subsidio ante el Ministro de Relaciones Exteriores (art.40).

En caso de ser reconocidas como refugiadas las personas reciben el documento de identidad en igualdad de condiciones que los extranjeros residentes y, de acuerdo con el artículo 43 de la ley, quienes lo soliciten reciben también un documento de viaje que es expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y tiene una validez de dos años, renovable por igual período.

A modo de cierre de esta sucinta descripción de los contenidos principales de la Ley 18.076, cabe mencionar especialmente el artículo 47 que resulta fundamental no sólo para la protección de las personas refugiadas sino, en general, por su impacto en el resto del ordenamiento jurídico uruguayo.

El artículo se denomina “aplicación directa del derecho internacional” y establece que:

En la materia regulada por la presente ley se aplicará directamente el derecho internacional, especialmente el relativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, contenido en Normas, Tratados y Convenciones ratificados por el Uruguay (artículo 168 numeral 20 y artículo 85 numeral 7° de la Constitución de la República) o Declaraciones de organismos internacionales de los cuales el país forma parte y a las cuales ha adherido.

Esta es una de las disposiciones más importantes de la presente ley y su trascendencia radica en que, por primera vez en el Uruguay hasta la fecha de sanción de esta ley, una norma legislativa reconocía la aplicación directa del Derecho Internacional, develando dudas, silenciando discusiones teóricas válidas en su momento histórico pero ya perimidas a la luz de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y dando la razón a tímidas elaboraciones doctrinarias primero y jurisprudenciales después que abonaban esta posición. En este sentido podemos afirmar que, cuando el tema en juego es la vigencia de los derechos humanos, la ingerencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se traduce en mayores estándares de protección.

III.2. Ley N° 18.382: Acuerdo Marco para Reasentamiento de Refugiados entre Uruguay y ACNUR

Finalmente, cabe mencionar que Uruguay ha sancionado también en esta materia la Ley 18.382 que recepta el Acuerdo Marco para Reasentamiento de Refugiados entre Uruguay y ACNUR.

Su principal objetivo es atender las necesidades especiales de las personas refugiadas cuya vida, seguridad, libertad u otros derechos humanos fundamentales se ven amenazados en el país donde obtuvieron la condición de refugiado, a través de un programa de reasentamiento establecido para facilitar su pronta integración en la sociedad uruguaya sobre la base de la autosuficiencia y su contribución positiva a la sociedad local, tal como lo afirma esta Ley.

De esta manera la Republica Oriental del Uruguay reconoce en forma expresa que el reasentamiento es un instrumento primordial y una solución duradera para los problemas de los refugiados y bajo ese espíritu ha comenzado su implementación durante los últimos años.

Bibliografía

- 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*, UNLa, ACNUR, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
- Pérez Pérez, Alberto, *Impunidad y Derechos Humanos, Informe 29/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Universidad, Montevideo, 1992.

Sobre las autoras y los autores

Víctor E. Abramovich: abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Desde mayo de 2010 es Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH). Fue Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relator de la CIDH para Colombia, Cuba, y Guatemala y Relator sobre derechos de las mujeres, y derechos de los pueblos indígenas. Fue Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Es profesor de la Fac. de Derecho de la UBA y Director de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA). Ha escrito diferentes artículos sobre derechos humanos.

Emelina Alonso: abogada por la Universidad de Buenos Aires. Ha obtenido el diploma de postítulo en Derechos Humanos y Mujeres por la Universidad de Chile. Trabajó en la Subsecretaría de Derechos Humanos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en la Legislatura de dicha Ciudad y en la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Actualmente es investigadora del Centro de Derechos Humanos de la UNLA.

Rodolfo Manuel Aseretto: abogado del Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencias (CIPAE). Consultor Legal del ACNUR en Paraguay. Ex-Convenacional Constituyente. Profesor de Derechos Humanos de la Universidad Católica. Realizó varias publicaciones y participó de cursos, seminarios y conferencias a nivel nacional e internacional sobre protección de refugiados y derechos humanos.

Boris Calderón Arandia: abogado por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” y egresado de la Academia Diplomática Boliviana “Rafael Bustillo”. A partir del año 2006 inició su trabajo en la protección de refugiados, desde la Secretaría de la Comisión Nacional del Refugiado de Bolivia. Desde el año 2009 a la fecha desempeña el cargo de Responsable de la Secretaría de la CONARE en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Pablo Ceriani Cernadas: Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctorando en Derechos Humanos y Migración (Univ. de Valencia). Coordinador del Programa Migración, del Centro de Derechos Humanos de la UNLa. Profesor de Derechos Humanos de los Migrantes (Maestría en DDHH, UNLa; Maestría en Políticas Migratorias Internacionales, UBA; Facultad de Derecho, UBA). Consultor de UNICEF y UNFPA en temas de derechos humanos y migraciones.

Carmen Gloria Daneri Hermosilla: abogada por la Universidad Católica de Valparaíso. Se desempeña en el Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile desde 1996. En 1997 asume como Jefe de la Sección Jurídica del Departamento de Extranjería y Migración, función que desempeña hasta el año 2004. Ese mismo año es nombrada Jefe del Departamento de Extranjería y Migración.

Olga Díaz Pedemonte: abogada por la Universidad de la República (UDE-LAR). Profesora Adjunta de Derechos Humanos de la Facultad de la UDELAR. Integra la Comisión Nacional de Derecho Humanitario desde el año 2008 y la Comisión de Refugiados (CORE) desde su creación en el año 2007 en representación de la Universidad de la República del Uruguay.

Karina Dubinsky: abogada *magna cum laude* por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Se desempeña en la Comisión para la Asistencia y Protección Integral del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación. Semi-finalista y mejor oradora en el xv Concurso Interamericano de Derechos Humanos, 2010. Docente en la materia Derechos Humanos y Garantías (UBA) y estudiante Maestría en DIDH (UBA). Es tutora académica en los concursos de derechos humanos de los que participa la UBA.

Andreas Feldmann: profesor Asociado del Instituto de Ciencia Política de la Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencia Política, Universidad de Notre Dame con un post Doctorado en el Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Chicago. Ha sido consultor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y el Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo.

Nicolás B. Figari Costa: abogado por la Universidad de Buenos Aires, asesor jurídico de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. Se desempeñó como asesor legal de la Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones (FCCAM). Fue asistente de la clínica jurídica CAREF-CELS-UBA. Integra el Grupo de Estudio y Trabajo en Salud Mental y Antropología.

María Soledad Figueroa: abogada por la Universidad de Buenos Aires. Asesora Jurídica de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina. Representante titular ante la Comisión Nacional de Refugiados. Consultora en el Proyecto de Cooperación de Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) con el Ministerio del Interior en 2002-2003.

Marcos Ezequiel Filardi: abogado especializado en derechos humanos (UBA y Columbia). Desde 2008 es Cotitular de la Comisión para la Asistencia y Protección Integral del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación y Tutor de los niños solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado en Buenos Aires. Es docente de derechos humanos de la Facultad de Derecho (UBA) y está a cargo del Seminario sobre el Hambre y el Derecho a la Alimentación. Es tutor académico en los concursos de derechos humanos de los que participa la UBA.

Alexandra Galvis: periodista y licenciada en Información Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomada en Producción Ejecutiva por la misma institución. Ha trabajado para medios como Canal 13, 13C, BBC News y BBC World; y ha gestionado proyectos con instituciones como el Banco Interamericano de Desarrollo, CORFO y Prochile.

Gabriel Gualano de Godoy: abogado graduado en la Universidad Federal de Paraná; Maestro en Derecho, Antropología y Sociedad por la London School of Economics and Political Science (LSE). Se ha desempeñado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la OEA. Ha participado de investigaciones y realizado diversas publicaciones en el campo de derechos humanos. Actualmente es Oficial de Protección de la Oficina del ACNUR en Brasilia.

Paula Lekanda: cientista política y licenciada en historia por la Universidad Católica de Chile (UC). Trabajó como coordinadora del proyecto País de Información de Origen, iniciativa conjunta entre el Instituto de Ciencia Política de la UC y ACNUR. Se ha desempeñado en el Centro de Estudios Internacionales de la UC y en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

Martín Lettieri: abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Estudiante de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Ha realizado diversos cursos de especialización sobre protección de refugiados y migraciones internacionales. Auxiliar docente de la materia Derecho Internacional de los Refugiados UBA. Profesor regular de Derecho Internacional Público Universidad de Palermo. Consultor de la Oficina Regional para el Sur de América Latina del ACNUR.

María José Marcogliese: licenciada en Sociología por la Universidad de Buenos Aires y Magíster en Políticas de Migraciones Internacionales. Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional para los Refugiados de Argentina. Consultora en el Proyecto de Cooperación entre el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Ministerio del Interior en 2002-2003.

Federico Martínez Monge: abogado por la Universidad de Costa Rica y Magíster en Derecho Internacional y Derechos Humanos por la Universidad de la Paz. Oficial de Protección de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) en la República Dominicana desde marzo de 2011. Oficial Legal Asociado de la Unidad Legal Regional del ACNUR en Costa Rica desde enero de 2004 hasta marzo de 2011.

Lucas Ramon Mendos: abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Se desempeña en la Comisión para la Asistencia y Protección Integral del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación. Semi-finalista y mejor memorial en el XIV Concurso Interamericano de Derechos Humanos, 2010. Docente en la materia Derechos Humanos en la Constitución Nacional (UBA). Es tutor académico en los concursos de derechos humanos de los que participa la UBA.

Juan Ignacio Mondelli abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA) con las orientaciones en derecho internacional y derecho administrativo. Desde el año 2003 es asesor legal de la Oficina Regional para el Sur de América Latina del ACNUR. Actualmente es Becario Fulbright-Siderman y cursa una Maestría en Derechos Humanos y Libertades Civiles en la Universidad de Southwestern, en Los Ángeles, California

Alejandro Morlachetti: abogado por la Universidad de Buenos Aires y Magíster en Derecho (LL.M), Columbia University. Se desempeña regularmente como consultor del OACNUDH, UNICEF, UNFPA, OMS, CEPAL y el PNUD. Es profesor de la Maestría de Derechos Humanos y coordinador del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Instituto de Derechos Humanos de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata. Es investigador del Programa de Migración y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la UNLA.

Mauricio Ortegón: magíster en Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ha trabajado en el área de análisis de datos políticos y sociales de América Latina en el Centro de Estudios Internacionales CEIUC, la Corporación de Opinión Pública Latinobarómetro y el Instituto de Libertad y Desarrollo.

Marcos Rasguido Serrudo: abogado por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Actualmente es Asesor Legal Nacional de la Pastoral de Movilidad Humana, Agencia Implementadora del ACNUR en Bolivia. Desde el año 2000 desarrolló trabajos vinculados con los derechos humanos y en particular con la movilidad humana.

Patricio Rubio Correa: abogado con estudios de Maestría en derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), profesor de la PUCP y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo de la Comisión Especial para los Refugiados del Perú y asesor jurídico de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Laura Saldivia: responsable de Proyectos de Investigación del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH). Abogada

por la Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho (LLM) y Doctoranda (JSD) Yale Law School. Profesora de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo. Asesora jurídica de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina 2003-2009. Autora de varias publicaciones sobre teoría constitucional y derechos humanos.

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto: economista por el Centro de Ensino Unificado de Brasília (UNICEUB). Secretario Ejecutivo del Ministerio de Estado de la Justicia de Brasil y Presidente del Comité Nacional para los Refugiados (CONARE). Anterior Ministro de Estado de la Justicia de Brasil (año 2010) y Director del Departamento de Extranjeros.

Juan Pablo Terminiello: abogado por la Universidad de Buenos Aires. Ha realizado estudios de posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo) y en Derechos Humanos y Género (Universidad de Chile). Se ha desempeñado como oficial de protección y consultor legal del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en países del Sur de América Latina y del sudeste Asiático.