

FLOR
DE MARÍA
VALDEZ

Ampliación del Concepto de Refugiado en el Derecho Internacional Contemporáneo



Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)
FONDO EDITORIAL 2004



Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Refugiados (ACNUR)

Flor de María Valdez Arroyo (Lima, 1975) es Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se encuentra estudiando el M. Sc. en Migración Forzada en la Universidad de Oxford (Reino Unido). Ha seguido los cursos de Derecho Internacional dictados por la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2000) y por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA (2003). Fue Investigadora del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI). Asimismo, ha sido Asistente de Cátedra en el Seminario de Integración de Derecho Internacional (Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos) en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha publicado diversos artículos en revistas especializadas, entre ellos «Los refugiados y desplazados internos en Afganistán y la evolución del actual Sistema Internacional de Protección a los Refugiados: algunos apuntes» (2001) y «La tenencia de la tierra en el asentamiento humano Sagrada Familia» (1995). También es autora del libro *Las Relaciones entre el Perú e Italia (1821-2002)*, Serie Política Exterior Peruana (2004).

Fondo Editorial de la PUCP
Plaza Francia 1164, Lima 1 - Perú
Teléf.: 330-7410 / 330-7411
Telefax: 330-7405
Correo electrónico:
feditor@pucp.edu.pe

AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE REFUGIADO
EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Flor de María Valdez Arroyo

Ampliación del concepto de refugiado en el Derecho Internacional Contemporáneo



Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Refugiados



Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)
FONDO EDITORIAL 2004

Primera edición: junio de 2004
*Ampliación del concepto de refugiado
en el Derecho Internacional Contemporáneo*

Copyright © 2004 por el Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164. Lima 1
Teléfono: 330-7410
Telefax: 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Diseño de carátula: Iván Larco
Impresión: Línea y Punto SAC

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este
libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin
permiso expreso de los editores.

Depósito Legal: 1501362004-5040
ISBN: 9972-42-641-6

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

Introducción	13
--------------------	----

Capítulo 1:

El concepto de refugiado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951	23
1.1. Antecedentes del concepto de refugiado	25
1.2. Elementos del concepto de refugiado	30
1.2.1. Temor fundado de ser perseguido o persecución efectiva por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas	33
1.2.1.1. Temor fundado	34
1.2.1.2. Persecución	35
1.2.1.3. Motivos que causan el temor fundado de persecución o persecución efectiva	38
1.2.1.3.1. Raza	39
1.2.1.3.2. Religión	43
1.2.1.3.3. Nacionalidad	47
1.2.1.3.4. Grupo social	50
1.2.1.3.4.1. Mujeres	55
1.2.1.3.4.2. Homosexuales	62
1.2.1.3.4.3. Minorías étnicas, religiosas o lingüísticas	65
1.2.1.3.5. Opiniones políticas	70
1.2.2. Encontrarse fuera del país de nacionalidad o de residencia habitual	73
1.2.3. Imposibilidad de acogerse a la protección del país de origen o residencia, o temor fundado para no hacerlo	75

1.3. Cláusulas de exclusión y cláusulas de cese de la noción de refugiado en la Convención de 1951	75
1.3.1. Límites al reconocimiento del estatuto de refugiado o cláusulas de exclusión	76
1.3.1.1. Asistencia previa de un órgano de Naciones Unidas distinto del ACNUR	76
1.3.1.2. Reconocimiento de derechos y obligaciones correspondientes a la de un nacional por un Estado distinto del de origen o residencia	77
1.3.1.3. Comisión de delitos contra la paz, de guerra o contra la humanidad	78
1.3.1.4. Comisión de grave delito común antes de llegar al país de refugio	87
1.3.1.5. Comisión de actos contrarios a los fines y principios de Naciones Unidas	91
1.3.2. Pérdida del estatuto de refugiado o cláusulas de cese	94
1.4. Beneficios inherentes a la concesión del estatuto de refugiado	95
1.4.1. Principio de no devolución o <i>non refoulement</i>	96
1.4.1.1. Concepto	96
1.4.1.2. Naturaleza jurídica	99
1.4.2. Derechos civiles y políticos	103
1.4.3. Derechos económicos, sociales y culturales	104
1.5. El concepto de refugiado y otras nociones similares	105
1.5.1. El asilado	106
1.5.1.1. Concepto y características	106
1.5.1.2. Naturaleza jurídica	109
1.5.1.2.1. Fundamento del asilo: ¿jurídico o humanitario?	110
1.5.1.2.2. Naturaleza jurídica del derecho al asilo	112
1.5.1.3. Clases de asilado	114
1.5.1.3.1. Por asilo territorial	114
1.5.1.3.2. Por asilo diplomático	117
1.5.1.4. El concepto de refugiado frente al concepto de asilado	119
1.5.2. El ingresante	122
1.5.2.1. Concepto y características	122
1.5.2.2. El concepto de refugiado frente al concepto de ingresante	122

Capítulo 2:

Ampliación efectiva del concepto de refugiado establecido en la

Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los

Refugiados de 1951 125

2.1. Hacia un concepto ampliado de refugiado 128

2.1.1. Resoluciones de la Asamblea General de las
Naciones Unidas 1282.1.2. Dación del Protocolo sobre el Estatuto de los
Refugiados (1967) 130

2.1.3. Convenios regionales 130

2.1.3.1. Convención de la OUA sobre Refugiados de 1969 131

2.1.3.2. Declaración de Cartagena sobre los
Refugiados de 1984 135

2.2. Nuevos elementos del concepto de refugiado 139

2.2.1. Nuevos motivos de desplazamientos equiparables a la
persecución 140

2.2.1.1. Conflictos armados 141

2.2.1.2. Desastres ambientales 146

2.2.1.3. Factores económicos 151

2.2.2. Permanencia en el país de residencia: los desplazados
internos 153

2.2.2.1. Concepto y características 154

2.2.2.2. Los desplazados internos y el ACNUR 156

2.2.2.3. Los principios rectores de los desplazamientos
internos 1602.2.3. Imposibilidad de acogerse a la protección del país de origen o
residencia o temor fundado para no hacerlo 1632.3. Consideración de casos especiales por el *Manual de procedimientos*
del ACNUR 163

2.3.1. Refugiados de guerra 164

2.3.2. Desertores y prófugos 165

2.3.3. Personas que recurrieron a la fuerza o a actos de violencia 165

2.3.4. Refugiados *sur place* 166

Capítulo 3:

Aplicación e interpretación del concepto ampliado de refugiado de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en la legislación peruana y comparada	169
3.1. Estados Unidos	170
3.2. Unión Europea	181
3.2.1. Normativa comunitaria	182
3.2.2. Casos por país	185
3.2.2.1. España	185
3.2.2.2. Alemania	189
3.3. África: el caso de Kenia	194
3.4. Latinoamérica: el caso de Panamá	196
3.5. El caso del Perú	204

Capítulo 4:

La aplicación e interpretación del concepto ampliado de refugiado de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en la práctica contemporánea	217
4.1. Problemas acerca de la aplicación e interpretación del concepto de refugiado	217
4.1.1. Criterios estatales para restringir o denegar la concesión de refugio	218
4.1.1.1. Seguridad interna e internacional	218
4.1.1.2. Situación económica	222
4.1.1.3. Soberanía	224
4.1.2. Acciones estatales que restringen el derecho al refugio	226
4.1.2.1. Restricciones a los procedimientos de solicitudes de asilo	227
4.1.2.2. Deportación de los solicitantes de refugio	229
4.1.2.3. Intercepción de inmigrantes antes de llegar a la frontera del Estado receptor	230
4.1.2.4. Otras violaciones de los derechos humanos de los solicitantes de refugio	232

4.2. Alternativas de solución al problema de generación de refugiados	236
4.2.1. Convenios regionales	236
4.2.2. Cooperación internacional	237
4.2.3. Firma de un protocolo adicional	239
4.2.4. Intervención del Consejo de Seguridad de la ONU	240
Bibliografía	243

Introducción

Ser un refugiado es una de las experiencias más duras que un ser humano puede enfrentar. Y serlo en este mundo contemporáneo, marcado por una globalización excluyente, una depredación ambiental, conflictos violentos e inseguridad interna, resulta aun más penoso. Lo que caracteriza esta vivencia es el sentimiento de pérdida que sufre el refugiado a todo nivel: pérdida de la tierra donde nació o se estableció en forma permanente; del pasado, porque en el país donde es acogido generalmente comienza desde cero; de la tranquilidad, porque la salida de su país de origen estuvo marcada por el temor de que su vida, libertad y otros derechos fundamentales se vean lesionados, y este riesgo no desaparece del todo, especialmente cuando el refugiado emigra a un país vecino del suyo propio; y, finalmente, pérdida o menoscabo en el ejercicio de sus derechos humanos, cuando el país receptor, contrariamente a lo establecido en la normativa internacional, restringe o anula el ejercicio de estos derechos.

Sin embargo, la huida hacia territorios donde se pueda estar seguro, ya sea individual o colectivamente, no es una situación nueva. Por desgracia, las causas que la originan tampoco lo son. Basta mencionar que el primer intento de elaboración de un régimen de protección de refugiados data del año 1922, para el caso de los rusos obligados a migrar a causa de la Revolución de 1917. Desde entonces han transcurrido ochenta años de avances y retrocesos, en los que nuestra convulsionada realidad terminaba superando la norma, y que nos dejan en la actualidad un saldo de doce millones de refugiados en el mun-

do, bajo el mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Ello sin contar tanto a quienes se encuentran fuera del sistema de protección de esta entidad cuanto a un número importante de seres humanos que siguen en condición de desplazados, o a la espera del reconocimiento de su estatuto en algún tercer país que le brinde asilo.

Actualmente, en el ámbito internacional, los instrumentos que regulan los requisitos para ser considerado refugiado, así como el régimen de protección correspondiente, son la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Estos establecen tres requisitos para ser reconocido como refugiado. Primero, que el solicitante haya salido de su país de origen o residencia por temor fundado de persecución o persecución efectiva, basada en motivos de raza, religión, pertenencia a un determinado grupo social, nacionalidad o convicciones políticas. Segundo, que este haya cruzado la frontera y se encuentre fuera de su país de origen o residencia habitual. Finalmente, como tercer elemento, el solicitante no puede o no desea acogerse a la protección de este país de origen o residencia, a causa de este temor de persecución. Estos tres elementos conforman, desde 1951, el concepto de refugiado manejado en el derecho internacional contemporáneo, materia del presente estudio, y constituyen el principal filtro que determina quiénes serán beneficiarios de su sistema de protección y quiénes no.

De la difusión de información y de la ayuda directa a los refugiados se ocupa la oficina del ACNUR. Esta es una organización internacional creada en 1950 para hacerse cargo de las acciones en beneficio de los refugiados, consistentes básicamente en brindarles ayuda material y jurídica para resolver su situación, así como en llegar a una solución permanente en los casos bajo su mandato. Estas soluciones pueden

ser la repatriación del refugiado, al cesar las condiciones que motivaron su huida; la reasimilación, si es que el solicitante es admitido indefinidamente por el Estado que otorgó el refugio; o el traslado a un tercer país, de haber un primer Estado que no puede recibir al refugiado en su territorio.

Sin embargo, luego de más de cincuenta años la situación del mundo respecto de la de 1951 ha cambiado drásticamente. El inicio de la Guerra Fría, los movimientos independentistas en el África, la llegada de los gobiernos comunistas en Asia y la debilidad del aparato estatal de países, tanto en vías de desarrollo como los que se encuentran debajo de la línea de pobreza, han llevado a millones de personas a desplazarse a otros estados más seguros, o a provincias en el interior de su país de origen, donde sus derechos más elementales no corran el riesgo de ser vulnerados. Posteriormente, los desastres ambientales y otros conflictos armados, internacionales e internos, contribuyeron a aumentar dramáticamente este número. Algunos de ellos, sin ser considerados refugiados por el ACNUR,¹ fueron ayudados por esta organización internacional por motivos humanitarios, o cuando estos problemas se relacionaban directamente con el de los refugiados bajo su mandato. Otros han sido a su vez ayudados por el Comité Internacional de la Cruz Roja y otras ONG internacionales, también cuando sus casos encajaban en los del ámbito de protección de dichas instituciones. Empero, la gran mayoría de desplazados no ha corrido la misma suerte. Por ello, al no poder contar con la protección de sus estados de origen, ellos han quedado sin la protección internacional debida, aun cuando su situación es en esencia la de un refugiado.

¹ Situación denominada «*refugee-like*» por el ACNUR.

Por último, otro punto vital tiene que ver con la aplicación del concepto de refugiado antes visto en el mundo contemporáneo. A pesar de su incorporación en un tratado internacional, este concepto no es aplicado convenientemente por algunos estados receptores de refugiados, debido a motivos de política nacional e intereses estatales. Por ello, en sus legislaciones nacionales o en su jurisprudencia, estos estados interpretan dicho concepto restringiéndolo y, en los casos más graves, desnaturalizándolo al disponer la devolución del solicitante de refugio al país de origen, sin analizar su caso debidamente, con lo que eventualmente ponen en riesgo los derechos fundamentales de dicha persona y hacen más dura su de por sí ya difícil situación.

Así, el tema de la ampliación del concepto de refugiado me parece interesante y atractivo por dos motivos. Primero, por su actualidad, dado que aún se generan en el mundo movimientos de refugiados que no están incluidos en el concepto consagrado en 1951, sin que haya una respuesta efectiva de la sociedad internacional, el ACNUR y las demás ONG vinculadas al tema. Segundo, por su urgencia; ya que el régimen internacional de los refugiados prevé ciertos derechos y obligaciones específicos a su favor, que se aplican únicamente a quienes encajan en el concepto de 1951, y que no ha sido ampliado sino contadas veces, por lo que muchos desplazados se encuentran actualmente en grave riesgo o en situaciones de violación efectiva de sus derechos fundamentales por la falta de protección. El concepto de refugiado adquiere aquí singular importancia en tanto que es el que establece quiénes pueden acogerse a la protección descrita líneas atrás.

En este sentido, la hipótesis del presente trabajo es que existe un concepto de refugiado consagrado en 1951 y un régimen diseñado para su protección y auxilio, el cual, con el paso del tiempo, ha devenido insatisfactorio para brindar soluciones concretas acordes con la reali-

dad que se presenta en el mundo contemporáneo. Esto se manifiesta con la presencia de nuevos motivos de desplazamientos, tanto individuales como colectivos, y con la aparición de grupos que, sin encajar en la definición de refugiado, se encuentran en una situación esencialmente igual a la de un refugiado: se ven obligados a cruzar las fronteras hacia un tercer país donde puedan sentirse protegidos. De esta manera, en búsqueda de un régimen satisfactorio, se propone el reconocimiento de la ampliación efectiva de dicho concepto, no necesariamente mediante otro protocolo o convenio internacional sino por soluciones prácticas, algunas de ellas ya aplicadas a determinados casos, según su gravedad.

Para desarrollar esta hipótesis hemos creído conveniente dividir el presente trabajo en cuatro capítulos. El objetivo del primer capítulo consiste en definir el concepto de refugiado consagrado en la Convención de 1951 y determinar sus alcances, lo que será fundamental para, sobre esa base, comprender la evolución y posterior ampliación práctica de esta definición. De esta manera, bajo una perspectiva histórica, social y jurídica, comenzaremos por establecer los elementos fundamentales de esta noción, de acuerdo con la normativa internacional, la doctrina y la práctica del ACNUR y de los estados, así como los supuestos a los que dicha noción no se aplica. Luego, para resaltar la gran importancia del concepto de refugiado y el reconocimiento de dicho estatuto a quien lo solicite, haremos un breve análisis del régimen aplicable a quienes están incluidos en este concepto de refugiado, específicamente en lo que a sus derechos se refiere. Por último, con el fin de reafirmar las características de este concepto se hará la comparación de la figura del refugiado con otras similares, como son las del asilado e ingresante, para así concluir con una noción desarrollada de esta primera noción de refugiado.

Ya establecida la definición de refugiado de 1951, en el segundo capítulo nuestro objetivo principal consistirá en desarrollar la evolución del concepto de refugiado en los últimos cincuenta años, a través de la práctica de los diferentes agentes internacionales, hasta llegar a su ampliación en la realidad. Para ello se identificarán los nuevos motivos de generación de refugiados por medio del estudio de casos concretos, y cómo deben ser asimilados al actual régimen internacional de protección. Asimismo, se explorarán las primeras alternativas de solución a la aparición de nuevos motivos de desplazamientos, como fueron la proclamación de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas autorizando al ACNUR a actuar en casos fuera de su ámbito, la dación del Protocolo de 1967 y la firma de convenios regionales complementarios a los instrumentos internacionales universales. Por último, se analizarán los casos especiales de refugiados contemplados por el ACNUR, y que también contribuyen a la ampliación del concepto de refugiado de 1951. Con este estudio se verificará, además de la aparición de nuevos casos asimilables al refugio, la necesidad de hacer patente la ampliación de esta definición.

En el tercer capítulo veremos la aplicación del concepto ampliado de refugiado por los estados, principales actores en esta situación, porque son ellos los que brindan tanto el asilo cuanto la protección necesaria al solicitante de refugio. Para ello, analizaremos cinco casos de legislaciones nacionales o regionales: las de Estados Unidos y la Unión Europea, por ser las dos regiones con el mayor número de solicitudes de asilo; la de Kenia, uno de los principales receptores de la migración somalí y ruandesa en África; la de Panamá, por ser el país latinoamericano que recibe el mayor número de migrantes colombianos en la actualidad; y la del Perú, por tratarse de nuestro país. Finalmente, en el cuarto capítulo estudiaremos los obstáculos con los que se encuentra la aplicación de este concepto ampliado, expresados

en políticas restrictivas de refugio, en contravención de lo dispuesto por la Convención de 1951, de las cuales veremos sus causas y consecuencias. Como corolario, identificaremos y desarrollaremos las alternativas de ampliación efectiva del concepto de refugiado en la práctica, y cuáles son las más convenientes en la sociedad internacional.

En cuanto a las fuentes de investigación, el tema del refugiado ha sido ampliamente desarrollado en diversos textos y artículos; sin embargo, dicha bibliografía no solo es escasa en nuestro medio, sino que en algunos casos se encontraba en otros idiomas como el inglés y el francés. A pesar de ello, en materia de textos se pudo contar con trabajos valiosísimos del ACNUR, descargados de su sitio en internet, entre los que tenemos el *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* (en adelante, *Manual de procedimientos*), fundamental para interpretar la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967; las *Guías de protección internacional* que complementan las disposiciones de la Convención de 1951 y del *Manual de procedimientos* del ACNUR en lo referido a grupos en situación de vulnerabilidad; el texto del ACNUR respecto de la situación de los refugiados en el mundo correspondiente al año 2000; documentos de trabajo sobre temas relacionados con refugiados; y algunos discursos de la ex Alta Comisionada del ACNUR, la señora Sadako Ogata, que nos ilustran sobre la tendencia del ACNUR a incluir por medio de la práctica nuevos casos bajo su mandato.

Entre otros textos que sirvieron de gran ayuda para la elaboración de este trabajo tenemos los cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, compilados en el *Recueil des Cours*, y, entre las publicaciones periódicas, el *International Migration Review*. También han sido consultados numerosos instrumentos internacionales, llámense convenciones internacionales, jurisprudencia internacional o estatu-

tos de cortes internacionales, con el fin de comprender los alcances de las cláusulas de inclusión, cese y exclusión que componen el concepto de refugiado.

Para el seguimiento de casos concretos de generación masiva de refugiados en el mundo contemporáneo se recurrió no solo a la bibliografía seleccionada, sino también a boletines de noticias sobre refugiados y migración en general. En este sentido, la internet fue nuevamente de gran ayuda, dado que por este medio pudimos conseguir el *Migration News*, boletín mensual publicado por la Universidad de California, Davis, y el *Immigration News Brief*, de periodicidad diaria, y sumillada en una edición mensual.

Asimismo, para el estudio de las legislaciones nacionales elegidas se pudo ubicar las principales normas sobre refugiados en cada país seleccionado, y algunas sentencias de jurisprudencia que pudieran explicar la aplicación del concepto de refugiado en este país. Para la selección de la jurisprudencia fue indispensable el *International Legal Materials*, así como los comentarios de las últimas sentencias sobre el derecho de asilo y el principio de no devolución, realizados en el *American Journal of International Law*.

Debido a la complejidad del problema y al material seleccionado, decidimos abordar el tema propuesto desde un punto de vista formal y empírico. En primer lugar, es formal porque se analizará una parte del derecho internacional de los refugiados, la relacionada con el concepto de refugiado, y su desarrollo en tratados, normas y jurisprudencia. Al mismo tiempo, se usará un punto de vista empírico para constatar en la realidad la aplicación de esta red normativa en determinados acontecimientos, lo que puede llevar el tema hacia otros campos más allá del derecho internacional de los refugiados, como, entre

otros, la historia y la antropología. El método más conveniente será el inductivo, es decir, partir de la observación de determinadas situaciones y acontecimientos históricos para así elaborar una hipótesis que será confirmada o reformulada con el presente trabajo.

Esperamos que este esfuerzo contribuya en parte a comprender mejor el concepto jurídico de refugiado en el contexto en el cual se creó y su evolución, para así entender mejor este tema y optar o no por la ampliación de este concepto en la práctica. Solo en la medida en que logremos tomar conciencia de la importancia de este tema en la sociedad contemporánea se plantearán soluciones eficientes a dicho problema y, sobre todo, solo así se podrá llegar incluso a una deseada, pero lamentablemente aún utópica, ampliación formal del concepto de refugiado en otro protocolo adicional a la Convención de 1951.

Por último, deseamos agradecer al Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú por hacer posible la publicación de esta obra, y a todas las personas que con sus consejos, sugerencias y comentarios contribuyeron con la realización y corrección de este texto desde hace seis años, cuando este aún era una hipótesis. En especial, a la doctora Elizabeth Salmón, por su tiempo y valiosa asesoría en la absolución de mis consultas; a la doctora Gloria Román, asesora legal del ACNUR en Lima; y, por último, a mis padres y hermanos, por su aliento incondicional, su comprensión y por el tiempo robado para la elaboración y culminación de este texto, y a quienes dedico esta obra.

Capítulo 1:

El concepto de refugiado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

Definir la esencia y los límites del concepto de refugiado en el derecho internacional no ha sido tarea sencilla ni carente de importancia. Ello se debe a que esta noción, incluida en la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, del año 1951 (en adelante la Convención de 1951), es la piedra angular sobre la cual se estructura el derecho internacional de protección a los refugiados, al establecer la competencia personal de sus potenciales beneficiarios. Por ser un derecho de emergencia,¹ el derecho internacional de los refugiados se aplica solamente en caso la protección que un Estado debe brindar a sus nacionales sea defectuosa o nula. De esta manera, se busca evitar el desamparo de quienes han dejado sus estados de origen o residencia por considerar que sus derechos fundamentales corrían serio peligro de ser vulnerados, y no quieren o no pueden contar con su protección.

¹ Según Swinarski (2001), en el sistema internacional de protección de los derechos humanos podemos encontrar cuatro normativas: 1) las que protegen los derechos humanos, tanto en el ámbito universal cuanto en el regional; 2) las que protegen a las personas por su calidad objetiva dentro de una sociedad (derechos de la mujer o derechos del niño, entre otros); 3) las que protegen a las personas según su función en la sociedad (por ejemplo, las normas internacionales sobre trabajo); y, 4) las que se aplican por emergencia, cuando las medidas estatales no funcionan adecuadamente (es el caso del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los refugiados).

Desde hace casi cincuenta años, este concepto ha sido utilizado por las entidades que reconocen el estatuto de refugiado, ya sea el Estado al cual se dirige la solicitud de refugio o la oficina del ACNUR. Aunque se puede recurrir indistintamente a estas alternativas, por lo general el Estado otorgará el reconocimiento cuando, siendo o no parte de la Convención de 1951, establece para tal efecto un procedimiento, y el ACNUR lo hará cuando el Estado al cual se solicita el refugio, siendo o no parte de la Convención, o no ha establecido el procedimiento, o existen discrepancias en la determinación, o ha establecido restricciones geográficas o cronológicas.²

Este concepto de refugiado fue producto de una primera respuesta a un problema de desplazamientos de grupos nacionales en el marco de un determinado contexto histórico y geográfico, respuesta que fue evolucionando en la medida en que estas migraciones se extendían no solo en el ámbito subjetivo hacia otras poblaciones, sino también en cuanto a los problemas que dichos desplazamientos generaban. Sin embargo, su significado ha ido transformándose a la par de la convulsionada historia demográfica del mundo, que genera nuevos casos y situaciones de huida del país de origen o residencia hacia un tercer Estado.

En este primer capítulo examinaremos los antecedentes del concepto de refugiado consagrado en 1951 y el proceso histórico que nos lleva a esta definición. Luego, procederemos a analizar dicho concepto, siempre teniendo en cuenta el contexto en el cual se proclamó y el

² El ACNUR también puede otorgar el estatuto de refugiado y luego solicitar al Estado receptor que lo acoja. Prueba de ello es la concesión de este estatuto a Leonor La Rosa, ex agente del Servicio de Inteligencia de Ejército (véase «Declaran refugiada a Leonor la Rosa». *El Comercio*, 13 de mayo de 1998, p. A-7).

actual, con el fin de precisar sus alcances frente a los actuales movimientos migratorios y otros problemas generadores de refugiados en el mundo.

1.1. Antecedentes del concepto de refugiado

El surgimiento y la evolución de la noción de refugiado recogida en la Convención de 1951 están ligados principalmente a los desplazamientos de grupos humanos por el territorio europeo a partir de 1920, a causa de los estragos producidos por la Primera Guerra Mundial. En efecto, en 1922 se creó el primer Alto Comisionado para el caso de los refugiados rusos por causa de la Revolución bolchevique. En 1924 dicho mandato se extendió a los armenios y en 1926 a los asirios y caldeo-asirios (Schnyder 1965: 352). Este Alto Comisionado dependía directamente de la entonces Sociedad de Naciones, por lo que constituye el primer antecedente de lo que actualmente es el ACNUR.

De esta manera, dado que la institución del refugio no estaba regulada jurídicamente en el ámbito internacional, este Alto Comisionado estableció un primer concepto de refugiado para el caso de los rusos. Los elementos de este primer concepto fueron el origen nacional del grupo protegido (en este caso ser ruso), la ausencia de protección del país de origen y el hecho de que las personas perseguidas no hubieran adquirido otra nacionalidad (Mariño 1983: 339). Así, al tener importancia el origen nacional del grupo protegido, la labor del Alto Comisionado estaba limitada a un conjunto de personas con determinadas necesidades o urgencias. Entre ellas podían contarse la obtención de documentos de identidad, documentos de viaje, contratos, etcétera (Fernández 1994: 21).

El sistema de protección bosquejado líneas atrás fue aplicado a casos posteriores en forma similar. Por ejemplo, en 1928, para los refugiados asirios, caldeo-asirios, sirios, kurdos y turcos; y, en 1936, para los refugiados provenientes de Alemania, se elaboraron estatutos con definiciones similares a los de los rusos y armenios (Mariño 1983). Estos estatutos son de vital importancia para el presente trabajo, pues constituyen la fuente del concepto esbozado por la ONU en 1951. En este sentido, su aporte consiste en que toman en cuenta el origen nacional del grupo humano, la ausencia de protección del país del cual son ellos nacionales y el hecho de que este grupo no hubiera adquirido otra nacionalidad. Estos criterios, aunque aplicados a casos particulares, constituyen los primeros elementos considerados para elaborar una definición del concepto de refugiado.

Sin embargo, en el caso alemán la responsabilidad de los refugiados provenientes de dicho país fue confiada a un Alto Comisionado que, a diferencia de los casos anteriores, actuaba en forma independiente a la Sociedad de Naciones (Schnyder 2001). Además, en 1938 se creó un Comité Intergubernamental para los Refugiados, impulsado por Estados Unidos y al margen de la Sociedad de Naciones, también orientado a brindar ayuda a los alemanes y austriacos que deseaban abandonar sus países de origen (Schnyder 2001). Este tratamiento fue otorgado por motivo del comienzo de la Segunda Guerra Mundial y la secuela de persecución hacia quienes no comulgaban con el régimen nazi o pertenecían a grupos raciales distintos del ario germano.

Con la Segunda Guerra Mundial, el flujo de personas desplazadas por el continente europeo aumentó dramáticamente, ya sea para huir de la violencia o del hostigamiento nazi. Al mismo tiempo, la Sociedad de Naciones dejaba de existir para dar paso a la actual Organización de las Naciones Unidas, establecida en 1945. En este marco, para la mejor

protección de los refugiados se crearon primero la United Nations Relief and Rehabilitation Agency (UNRRA), dentro del sistema de Naciones Unidas, y finalmente, en 1946, la Organización Internacional de los Refugiados (OIR), esta vez fuera de dicho sistema, la cual reemplazó a la UNRRA y a la que se le concedió un mandato temporal hasta el año 1951 (Gallagher 1989: 579; Schnyder 1965: 352-353).

La OIR, en su acuerdo constitutivo, establece en 1946 una definición de refugiado mucho más amplia que la establecida para el caso de los refugiados rusos en 1922. Dicha definición establecía lo siguiente:

A reserva [de otras disposiciones...] el término «refugiado» se aplica a toda persona que haya abandonado el país cuya nacionalidad posea o en el que tuviera su residencia habitual, o que se encuentre fuera de su país y, habiendo conservado o no su nacionalidad, pertenezca a una de las categorías siguientes:

- a) Víctimas de los regímenes nazis y fascistas o de regímenes que [hubieran] tomado parte junto a los anteriores en la Segunda Guerra Mundial, o bien [víctimas] de regímenes *quislings* o análogos que hayan ayudado a tales regímenes en su lucha contra las Naciones Unidas, gozaran o no esas personas de un estatuto internacional de refugiado.
- b) Republicanos españoles y otras víctimas del régimen falangista de España, gozaran o no de un estatuto internacional de refugiado.
- c) Personas consideradas como «refugiados» antes del comienzo de la Segunda Guerra Mundial, por razones de raza, religión, nacionalidad o de opinión política (Mariño 1983: 340).

En este concepto podemos encontrar los cimientos del que, años más tarde, sería aprobado en la Convención de 1951. El primer aporte de este texto es que constituye un intento de definición gene-

ral de refugiado, al recoger los casos generados en ese entonces y los producidos antes del comienzo de la Segunda Guerra Mundial, si bien aún se hacen menciones a grupos específicos, como son las víctimas de los regímenes nazis, fascistas, *quislings* o falangistas. Un segundo aporte consiste en que dichas menciones ya no están basadas en la nacionalidad, sino en el hecho de que tuvieron que emigrar por causas políticas que los convirtieron en víctimas de dichos regímenes. Un tercer avance, frente al concepto establecido para los refugiados rusos, está constituido por el hecho de que este concepto considera no solo a los que huyen de su país de origen, sino también a los que escapan del país donde tienen residencia. Además, la frase «habiendo conservado o no su nacionalidad» nos da a entender que el supuesto de la apatridia está siendo también regulado y que en principio no debe constituir impedimento para obtener refugio en un tercer país. Finalmente, un cuarto aporte, quizá el más importante, consiste en la enumeración de las causas que generaron la huida, dado que por primera vez se mencionan conjuntamente los motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política en un instrumento internacional general.

Otro hito importante en el desarrollo del refugio se da poco después de establecerse este concepto, cuando, en 1948, se firma la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que recoge, en su artículo 14, el derecho de todo ciudadano a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país. Esta afirmación será de gran importancia para establecer posteriormente un régimen efectivo de protección a los refugiados basado en la puesta a salvo de quien huye de su país de origen o residencia a un tercer país.

Para concluir con esta perspectiva histórica, en diciembre de 1950 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, mediante la reso-

lución 428 (V), el Estatuto del ACNUR, con el fin de reemplazar el sistema de protección liderado por la OIR. Así, dicho órgano subsidiario quedó bajo la dependencia del Consejo Económico y Social (Ecosoc) y empezó a operar el 1 de enero de 1951, principalmente orientado a la ayuda y repatriación de los refugiados y con un mandato inicialmente limitado a tres años, el cual ha sido ampliado sucesivamente (Gallagher 1989: 580; Álvarez 1998: 14).

Dicho estatuto contiene la siguiente definición de refugiado:

[...] toda otra persona que se halle fuera del país cuya nacionalidad ostente o, si carece de nacionalidad fuera del país en el que tenía su residencia habitual, debido a que tuviera o haya tenido un miedo bien fundado a ser perseguido por razón de su raza, su religión, su nacionalidad o sus opiniones políticas y que no pueda o, a causa de tal temor, no quiera prevalerse de la protección del gobierno del país de su nacionalidad o, si no tiene ninguna nacionalidad, no quiera volver al país de su previa residencia habitual.

Es necesario tener en cuenta esta definición, dado que es el antecedente directo del concepto elaborado en la Convención de 1951. Este texto muestra un avance importante respecto del de la OIR, por cuanto menciona expresamente el concepto de persecución o el temor fundado de ella por los motivos ya mencionados de raza, religión, nacionalidad u opinión política.

A continuación procederemos a analizar el concepto de refugiado que figura en esta Convención del 28 de julio de 1951, modificada luego por su Protocolo del 31 de enero de 1967 (en adelante el Protocolo de 1967) y que, en la opinión de varios autores, es la única con carácter

general existente gracias a las 142 ratificaciones hechas hasta el momento.³

1.2. Elementos del concepto de refugiado

El artículo 1, sección A, de la Convención de 1951 establece que será reconocida como refugiada la persona:

- 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939

³ Hasta junio de 2003 se habían ratificado y/o adherido: Albania, Alemania, Angola, Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bélgica, Belice, Benín, Bielorrusia, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Chipre, Colombia, República del Congo, Corea del Sur, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Djibouti, Dominica, Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Etiopía, Filipinas, Finlandia, Fidji, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Haití, Honduras, Hungría, Irán, Irlanda, Islandia, Islas Salomón, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malawi, Malí, Malta, Marruecos, Mauritania, México, Mónaco, Moldova, Mozambique, Namibia, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Papúa Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Centroafricana, República Checa, República Democrática del Congo, República Dominicana, Ruanda, Rumania, Rusia, Samoa, Santa Sede, San Kitts y Nevis, Sao Tomé y Príncipe, San Vicente y las Granadinas, Senegal, Serbia y Montenegro, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Suazilandia, Sudáfrica, Sudán, Suecia, Suiza, Surinam, Tanzania, Tayikistán, Timor Leste, Togo, Trinidad y Tobago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Tuvalu, Ucrania, Uganda, Uruguay, Yemen, Zambia y Zimbabwe.

o de la constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

- 2) 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 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.

Asimismo, la sección B del mismo artículo⁴ precisaba lo siguiente:

A los fines de la presente Convención, las palabras «acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951» podrán entenderse como a) «acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 en Europa», o como b) «acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 en Europa o en otro lugar»; y cada Estado contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en la que precise el alcance que desea dar a esa expresión [...].

Como podemos apreciar, el concepto de refugiado de la Convención de 1951 es prácticamente igual al del estatuto del ACNUR, con la única diferencia de que el primero incluye la pertenencia a un

⁴ Eliminado por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

determinado grupo social como motivo de persecución efectiva o temor fundado de esta.

Este artículo contiene las denominadas cláusulas de inclusión, es decir, aquellas cualidades que debe reunir una persona que desee ser reconocida como refugiada. Así, dichas cláusulas reglan lo concerniente al ámbito subjetivo, es decir, a quiénes se les reconoce como refugiados, teniendo en cuenta los aspectos temporales y geográficos, entre otros.

Respecto del aspecto temporal, cuando este artículo, en el punto 2, hace alusión a «los acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951», se refiere específicamente a todos los casos ya regulados por medio de convenios entre estados antes de la creación de la oficina del ACNUR. Esto se dio, según lo señala el propio ACNUR en su *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, con el fin de limitar sus obligaciones a las situaciones de refugiados que ya existían o a las que pudieran surgir ulteriormente como consecuencia de acontecimientos ya ocurridos, garantizando la continuidad de la protección brindada a los refugiados (ACNUR 1992: párrafo 7). Es necesario aclarar que el ACNUR considera como fecha del acontecimiento aquella en la cual la persona se convierte en refugiada, no cuando sale del Estado de origen o cuando se le reconoce efectivamente como tal. Esto quiere decir que bastará que una persona o grupo de personas reúnan las condiciones establecidas en la presente cláusula para que el hecho generador de estas condiciones esté incluido en esta norma.

Asimismo, dado que la Convención de 1951, salvo al establecer el límite temporal, no define qué acontecimientos están incluidos en esta disposición, el *Manual de procedimientos* del ACNUR interpreta este término como «sucesos de particular importancia que implican

cambios territoriales o cambios políticos profundos y los programas sistemáticos de persecución que son consecuencia de cambios anteriores» (ACNUR 1992: párrafo 33), los cuales deberán producirse antes del 1 de enero de 1951.

En lo concerniente al aspecto geográfico, tal como vimos en la sección B del artículo 1, la Convención de 1951 estableció en un principio que los acontecimientos a los que hace alusión la definición de refugiado contenida en ella debían ser aquellos producidos únicamente en Europa, salvo que el Estado firmante, ratificante o adherente opte por la interpretación contenida en el literal b, sin restricciones geográficas. Posteriormente esto fue modificado por el Protocolo de 1967, gracias a lo cual esta definición dio un paso importante hacia su universalización al eliminar esta restricción y considerar los hechos sin importar el lugar donde tienen origen.

Lo más importante, a nuestro entender, radica en el aspecto objetivo, es decir, qué condiciones deben configurarse conjuntamente para reconocer el estatuto de refugiado a una persona determinada. Así, procederemos a estudiar una a una estas condiciones en el presente capítulo y, más adelante, la forma en la que el ACNUR las interpreta, así como la manera en que los estados las aplican.

1.2.1. Temor fundado de ser perseguido o persecución efectiva por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas

Para comprender mejor este primer elemento del concepto de refugiado es necesario profundizar en el estudio de tres nociones fundamentales contenidas en él y que le dan sustento. Estas son las de «temor fundado» y «persecución», así como el conjunto de motivos en los

cuales se basa la persecución: «raza», «religión», «nacionalidad», «pertenencia a un determinado grupo social» y «opiniones políticas».

1.2.1.1. *Temor fundado*

La expresión «fundados temores de ser perseguido» está referida más bien a la existencia de dos elementos. Uno es de carácter subjetivo (el temor como sentimiento de la persona), y el otro de carácter objetivo (el temor basado en una razón objetiva) (ACNUR 1992: párrafos 37-42; Fernández 1994: 23 y 32).

Respecto del elemento subjetivo, el *Manual de procedimientos* del ACNUR establece que este temor debe ser razonable y, en caso de ser exagerado, es necesario analizar el caso concreto para ver si es justificado (ACNUR 1992: párrafos 37-38). Por lo tanto, no será suficiente el sentimiento de temor de persecución para solicitar el reconocimiento del estatuto de refugiado. Este requisito se evaluará tomando en cuenta las circunstancias que rodean el caso estudiado y las declaraciones del solicitante.

Junto con el criterio señalado, se considerará el elemento objetivo: las causas en las cuales se funda la declaración de quien solicita el refugio. Para una mejor apreciación, el ACNUR toma como referencias la aplicación de las normas en el país de nacionalidad o residencia y la situación personal del solicitante en el país de origen o residencia, con el fin de ponderar su credibilidad. Además, se requiere de una evaluación integral del problema consultado, porque puede darse el caso de que determinadas medidas de un Estado no constituyan por sí mismas una persecución o hechos que hagan razonable el temor de esta, pero sí lo sean al ser analizados en su conjunto, en el marco de un contexto histórico.

Por otra parte, esta organización también señala que no es necesario que los hechos objetivos en los que el solicitante funda su temor pertenezcan a su historia personal; es suficiente que hayan ocurrido a personas cercanas o de su misma raza, religión, nacionalidad, grupo social o pensamiento político para afirmar que existe un temor fundado (ACNUR 1992: párrafos 42-43). A pesar de esto, y en nuestra opinión acertadamente, se debe estudiar cada caso dejando de lado las consideraciones externas, aquellas que escapan al problema central.

1.2.1.2. Persecución

También está incluida en este supuesto la persecución directa, real y efectiva contra quien busca protección por medio del refugio. El concepto de persecución no ha sido definido en un instrumento internacional dentro del llamado derecho internacional de los refugiados. El manual del ACNUR interpreta este vocablo como «toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas», incluyendo las violaciones de derechos humanos por los mismos motivos (ACNUR 1992: párrafo 51).

En cuanto a instrumentos internacionales en materia de responsabilidad del individuo, el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998,⁵ que crea la Corte Penal Internacional, considera en su artículo 7.1 la persecución como crimen contra la humanidad, cuando es cometida como parte de un ataque sistemático contra cualquier grupo civil y existe conciencia de dicho ataque. En este marco, según el inciso h) constituirá un crimen contra la humanidad la

⁵ El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002, y la Corte empezó a operar a fines de 2003.

- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

Más adelante, en el artículo 7.2, se aclara más la noción de persecución, al ser definida en el inciso g) como «la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad de grupo o de la colectividad».

La jurisprudencia internacional, también en el marco de la responsabilidad penal internacional, explica este concepto. En la sentencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, dictada el 7 de mayo de 1995 contra el serbio Dusko Tadic, se analiza la persecución como crimen contra la humanidad, estableciendo que

[...] what is necessary is some form of discrimination that is intended to be and results in an infringement of an individual's fundamental rights. Additionally, this discrimination must be on specific grounds, namely race, religion or politics. Because the «persecution type» is separate from the «murder type» of crimes against humanity it is not necessary to have a separate act of an inhumane nature to constitute persecution; the discrimination itself makes the act inhumane.⁶

⁶ *Opinion and Judgment Rendered by the Trial Chamber II of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Dusko Tadic.* Parte VII, sección A, n.º 1, párrafo 697.

Dado que estamos en el campo de la responsabilidad penal internacional y, específicamente, de los crímenes contra la humanidad, es necesario aclarar que no toda conducta persecutoria constituye crimen contra la humanidad, puesto que es menester la concurrencia de las condiciones ya señaladas en el artículo 7 del Estatuto de Roma. En comparación con la interpretación del *Manual de procedimientos* del ACNUR, la persecución sancionada por la Corte Penal Internacional equivaldría a una de sus manifestaciones más graves, en tanto la vulneración de los derechos fundamentales de la persona como miembro de un grupo deja de ser una simple amenaza para volverse un daño serio y real.

De lo antes dicho podemos establecer respecto del concepto de persecución algunos puntos. Primero, la persecución consiste tanto en una amenaza cuanto en el daño efectivo de los derechos fundamentales de la persona. Segundo, puede efectuarse tanto en perjuicio de un individuo cuanto de un grupo civil, pero solo podrá ser considerada como crimen contra la humanidad, de concurrir los demás requisitos, la persecución contra un grupo civil o contra un individual, siempre y cuando sea representativa de una persecución colectiva. Tercero, la persecución contiene un elemento discriminatorio, referido a la selección de un individuo o un determinado grupo por causa de su raza, religión, opinión política u otros, orientada a la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. Cuarto, si bien es punible la persecución efectuada por individuos, dicha conducta puede proceder tanto del Estado por medio de agentes en el marco de una política de intolerancia frente a determinados nacionales, cuanto de individuos o grupos civiles en contra de otros nacionales, cuyo proceder no es reprimido convenientemente o es tolerado por el Estado.

Por su parte, la Unión Europea, por medio de la *Posición conjunta sobre la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado»* (en adelante la *Posición conjunta*), dada por el Consejo de Europa el 4 de marzo de 1996, estableció en su punto 4 que para considerar la existencia de persecución se debe examinar si es lo suficientemente seria, por su naturaleza o su repetición; si consiste en un ataque básico a los derechos humanos, como por ejemplo la vida, la libertad o la integridad física, de tal forma que empujen a la persona que lo sufre a no querer vivir en su país de origen; y si está basada en los motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, señalados en la Convención de 1951.

En este sentido, en el ámbito europeo no solo se recoge casi en su integridad lo manifestado en el *Manual de procedimientos* del ACNUR, sino que además se definen con mayor precisión los elementos para determinar si se está ante un caso de persecución. Interpretando conjuntamente el parágrafo 51 de dicho *Manual*, y el punto 4 de la *Posición conjunta*, podemos concluir que será considerada causal de refugio en Europa toda amenaza a los derechos humanos por los motivos descritos en la Convención de 1951, lo que no solo protege los derechos a la vida, libertad e integridad mencionados explícitamente en la *Posición conjunta*, sino también otros derechos humanos fundamentales, dado que el parágrafo 51 incluye «otras violaciones graves de derechos humanos por las mismas razones».

1.2.1.3. *Motivos que causan el temor fundado de persecución o persecución efectiva*

En cuanto a los motivos que fundan el temor de persecución o la persecución efectiva —raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política—, estos contemplan un

grupo reducido de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es necesario tener en cuenta que la selección e inclusión de estos motivos en la Convención de 1951 se produjo en pleno contexto de posguerra, luego de la feroz persecución a los judíos por su origen y religión y, previa a la Segunda Guerra Mundial, a otros en Rusia y España por sus opiniones políticas. Sin embargo, en la actualidad estos motivos han sido interpretados ampliamente, con lo cual se favorece a un mayor número de solicitantes de refugio.

1.2.1.3.1. Raza

Como reflejo de la permanente discusión doctrinaria acerca del concepto de raza,⁷ ningún instrumento internacional sobre derechos humanos

⁷ Históricamente, para las ciencias sociales el concepto de «raza» surgió para explicar las diferencias entre los distintos grupos poblacionales del planeta, refiriéndose a las características comunes, heredadas o de carácter, que los identifican. Durante el siglo XVIII la raza era más bien asociada a la ascendencia común de un grupo humano, y su fundamento era más bien teológico, atribuyéndose a Dios las diferencias físicas entre las poblaciones. Sin embargo, en el siglo siguiente la noción de raza pasó a ser vista más como «tipo»; es decir, como subdivisiones de tres troncos diferentes en forma permanente, por factores tanto biológicos cuanto de habilidad para construir una civilización, con lo cual cabía afirmar que había razas superiores a otras. Posteriormente los estudios de Darwin echaron por tierra esta concepción, introduciendo el factor cultural en la noción de raza al afirmar que no existen formas permanentes de naturaleza, sino que cada grupo humano se adapta al hábitat que lo acoge, y es la interacción con este hábitat lo que eventualmente produce cambios en estos grupos. Así, el concepto de raza se entiende como subespecies separadas por un factor geográfico. Sin embargo, los postulados de Darwin fueron tan complejos para los académicos que durante el siglo XX se regresó nuevamente a un concepto de raza como tipo, matizado con la idea de minoría. En este contexto se incorpora la persecución por motivos de raza como requisito para la solicitud de refugio en la Convención de 1951 (Banton 2000: 51-56).

lo define, aunque sí reconocen el derecho de la persona a la igualdad ante la ley y a la no discriminación por razón de su raza. Por un lado tenemos, en el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 2; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 2, 3 y 26. Por otro lado, en el ámbito regional americano contamos con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 2, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 1 y 24.

El único instrumento que brinda una explicación sobre cómo entender la raza es la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, del 21 de diciembre de 1965. Esta señala, en su artículo 1, que la discriminación racial consiste en «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de *raza, color, linaje u origen nacional o étnico...*» (la cursiva es nuestra).

Con esta afirmación, y aunque no se trate de una definición, se establece este concepto como un paraguas bajo el cual se incluyen los supuestos del color de la piel, el linaje y el origen nacional o étnico. Con ello se pretende rescatar los tres elementos que la doctrina incluye como elementos de raza: el factor biológico (por el color), el factor hereditario (por el linaje) y el factor de identificación de un grupo racial como tal (por el origen nacional o étnico).

Siguiendo este lineamiento, tanto el *Manual de procedimientos* del ACNUR cuanto el Consejo de Europa en el punto 7.1 de su *Posición conjunta*, concuerdan en que la raza debe ser entendida en un sentido amplio, es decir, no limitado a la pertenencia a un grupo étnico sino también a una colectividad de ascendencia común que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia (ACNUR 1992: párrafo 68).

Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas define el concepto de «grupo racial» como un grupo con su propia historia, cultura y lenguaje, cuyos miembros son conscientes de que son diferentes de la mayoría de la población, particularmente por factores biológicos (Ermarcora 1982-1985: 295). Al mismo tiempo, la Comisión distingue el grupo racial de la minoría étnica o grupo étnico, mencionado por el ACNUR y el Consejo de Europa en el párrafo anterior. Así, entiende a este último como el grupo que, sin importar si existe un elemento racial, cuenta con su propio lenguaje, cultura e historia, en el cual sus miembros son conscientes de que pertenecen a un grupo y desean mantener esas diferencias, preservando el recuerdo de la historia y del origen de sus antepasados, que es para ellos lo principal (Ermarcora 1982-1985: 294). En este sentido, el grupo étnico es una definición sutilmente más amplia de «grupo racial», en tanto el elemento cultural tiene tanto o quizá más peso que el factor biológico.

En conclusión, para el presente trabajo el concepto de raza, tal como es entendido por la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el ACNUR y la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, implica dos factores indeliberables: el primero se refiere al elemento biológico, manifestado en el color de la piel y/o las características físicas; y, el segundo, al de la ascendencia común o linaje, sin la cual sería imposible heredar este factor biológico. En cuanto al origen nacional o étnico, si bien constituye uno de los elementos de la raza, también lo es de las nociones de «grupo social» y «nacionalidad», lo que permite la extensión del concepto de raza hacia estas áreas, y eventualmente los tres supuestos serán aplicables al mismo caso. Por ello, si bien en un sentido amplio el concepto de grupo o minoría racial puede coincidir con el de nacionalidad o grupo social por el factor cultural o étnico, el elemento biológico será determinante para establecer esta diferencia.

En la práctica podemos encontrar varias conductas que pueden importar una discriminación racial y, en algunos casos, servirán como casual para alegar un temor fundado de persecución o persecución efectiva. De hecho, para el ACNUR, en muchos casos la discriminación racial constituye persecución en los términos de la Convención de 1951 (ACNUR 1992: párrafos 69-70). Sin embargo, como bien señala Daniel O'Donnell, la discriminación racial es una de las violaciones más difíciles de comprobar ante los mecanismos internacionales de derechos humanos, especialmente si se trata de casos individuales (O'Donnell 1989: 384).

Según el Informe 2002 de Amnistía Internacional, que investiga la situación de los derechos humanos por país, entre los casos más frecuentes de violación de derechos humanos por motivos de raza y/o discriminación racial durante el año 2001 tenemos la ausencia del debido proceso, ya sea por los malos tratos y uso excesivo de la fuerza en las comisarías y dependencias policiales, o por investigaciones policiales y/o judiciales que no son ni inmediatas ni imparciales ni exhaustivas (Amnistía Internacional 2002); enfrentamientos y/o actos de intimidación entre dos o más grupos étnicos dentro de las fronteras estatales (Amnistía Internacional 2002: 244-245, 365-368 y 452-457),⁸ así como las injurias, insultos y vejámenes de carácter racial (O'Donnell 1989: 385).⁹ En todos estos casos, la constante es un Estado que responde ante estos hechos inadecuadamente o simplemente no responde, permitiendo la continuación de estas conductas.

⁸ Véanse los informes de Islas Salomón, Ruanda y Yugoslavia.

⁹ De algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos se desprende que las injurias, insultos y vejámenes de carácter racial podrían constituir una forma de discriminación incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por último, es necesario recalcar que la diferencia racial en sí misma no es suficiente para que la raza constituya un motivo que genere o haga presumir una posible persecución, sino el hecho de que esta diferencia provoque una discriminación en perjuicio del solicitante de refugio.

1.2.1.3.2. Religión

Según la *Posición conjunta* del Consejo de Europa, en su artículo 7.2, se entiende por religión las creencias teístas, no teístas e incluso ateas que pueda profesar una persona. Esta definición, con la que estamos de acuerdo y tomamos para el presente estudio, constituye un gran aporte por su amplitud, que radica en el hecho de que no solo una creencia en una idea determinada de dios constituye una religión, sino también la creencia de que ese dios no existe.

Esta amplitud permite también dar contenido a la libertad de religión recogida por los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y que establecen el derecho de la persona a adoptar, cambiar o manifestar su religión o sus creencias. En el ámbito universal, lo hacen la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 18, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en su artículo 18. En el ámbito americano, se encuentra en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 3; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 12.

De este modo, y recogiendo casi íntegramente la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18.1), para el *Manual de procedimientos* del ACNUR la libertad de religión conlleva el derecho de la persona a cambiar de religión y la libertad de ma-

nifestar sus creencias tanto en público cuanto en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia (ACNUR 1992: párrafo 71). Como consecuencia de la inclusión del ateísmo como religión, la *Posición conjunta* europea reconoce además como parte de esta libertad el derecho a no tener religión, por lo que constituye persecución obligar a una persona a adoptar una religión o a participar en los ritos y costumbres de una religión determinada.

Concordando estos derechos con el artículo 6 de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o en las convicciones (O'Donnell 1989: 236),¹⁰ las «manifestaciones de las creencias tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia» implican las siguientes facultades:

- a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;

¹⁰ Adoptada mediante Resolución 36/55 de la Asamblea General de la ONU, del 25 de noviembre de 1981. En la opinión de O'Donnell, esta declaración no tiene obligatoriedad en sí misma, pero puede adquirirla en tanto refleja o reglamenta principios de carácter obligatorio, como son la libertad de conciencia, el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley, recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Una situación especial respecto de la libertad de religión es la referida a la «objeción de conciencia». Esta consiste en la resistencia a obedecer un imperativo jurídico, basado en la existencia de un dictamen de la conciencia que le impide realizar a una persona un comportamiento determinado (CAJ 1997: 197).

Actualmente, de entre todos los casos de «objeción de conciencia» reportados durante el año 2001 (Amnistía Internacional 2002: 76, 200, 204, 275, 372, 375, 386 y 430-431),¹¹ el más común es la negativa a realizar el servicio militar por motivos religiosos.

Sobre este punto, si bien algunos estados han regulado la objeción de conciencia, permitiendo al objetor realizar un servicio civil o prestaciones similares que no impliquen trasgresión a sus principios, el

¹¹ Corresponde a los informes de Armenia, Georgia, Grecia, Letonia, Rumania, Rusia, Singapur y Turkmenistán.

Comité de Derechos Humanos manifestó en una de sus decisiones que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reconoce el derecho a estar exento del servicio militar por motivos de conciencia (O'Donnell 1989: 235).¹² En consecuencia, el hecho de que un Estado no permita a un objetor de conciencia ejercer un servicio similar al cuestionado, o lo sancione por evadir dicha obligación, no implica violación del derecho a la libertad de religión, y, por lo tanto, su comisión no podrá ser invocada como causal que sustente persecución por motivos religiosos en una solicitud de refugio.

Sin embargo, aunque estamos de acuerdo con lo determinado por el Comité de Derechos Humanos, también creemos que siempre será necesario analizar el caso concreto antes de desechar la solicitud de refugio por esta causa, porque podría darse el caso de que las sanciones por evasión del servicio o cualquier otra medida represiva adoptada por el Estado hacia los objetores sean exageradas o violenten otros derechos fundamentales. Ello podría finalmente derivar en la configuración de una persecución.

Otras conductas recogidas por el Informe de Amnistía Internacional que podrían basar un temor fundado de persecución por motivos religiosos son la tortura o condena a muerte por conversión de religión (Amnistía Internacional 2002: 54),¹³ enfrentamientos armados o no armados entre grupos religiosos en un país (Amnistía Interna-

¹² Caso LTK contra Finlandia.

¹³ En Afganistán, en enero de 2001 el gobierno talibán dictó un edicto decretando la pena de muerte para cualquier musulmán que se convirtiera al judaísmo o cristianismo, y para cualquier musulmán que intentara convertir a musulmanes. Al caer dicho régimen, el edicto también perdió vigencia.

cional 2002: 105 y ss.),¹⁴ la condena, violación del debido proceso, tortura o cualquier otra sanción severa por el ejercicio público de una religión minoritaria (Amnistía Internacional 2002: 113, 124, 147-148, 162, 228, 264-265, 272, 293-294, 431, 442 y 448),¹⁵ y la inacción estatal ante actos de violencia contra los practicantes de una religión determinada (Amnistía Internacional 2002: 136-140, 199 y 332-333),¹⁶ entre otros.

Finalmente, al igual que en el caso de la raza, la sola constatación de que el solicitante de refugio pertenece a una comunidad religiosa específica no será motivo suficiente para la concesión del estatuto de refugiado. Para probar la persecución o fundamentar el temor personal de sufrirla, es necesario probar la interferencia del Estado o de un agente particular en las libertades expuestas anteriormente.

1.2.1.3.3. Nacionalidad

Existen dos perspectivas para enfocar la noción de nacionalidad. Una es de carácter sociológico, orientada a explicar la existencia de colectividades que se individualizan como grupo homogéneo en razón de un origen común, una misma lengua y una tradición compartida, que no necesariamente coincide con el concepto de Estado. La otra es de carácter jurídico, concentrada en el vínculo jurídico político entre la persona y el Estado al cual pertenece, y que genera derechos y deberes entre ambos gracias a esta relación: el Estado protegerá los derechos

¹⁴ Véase el informe de Bosnia y Herzegovina.

¹⁵ Corresponde a los informes de Brunei Darussalam, Bután, Corea del Norte, Egipto, India, Kenia, Laos, Malasia, Turkmenistán, Uzbekistán y Vietnam.

¹⁶ Corresponde a los informes de China, Georgia y Pakistán.

y libertades de sus ciudadanos tanto en el país cuanto en el exterior, y al mismo tiempo les asigna deberes de carácter político, convirtiéndolos en destinatario de sus normas (Espinar 1994: 33-34).

La primera posición postula lo que la doctrina llama la nacionalidad de hecho, y la segunda la nacionalidad de derecho. Para la primera, bastará la existencia de una mentalidad común que una a un determinado grupo de individuos, que puede incluir valores, ideas, lengua, cultura, raza, etcétera, siendo el vínculo con el Estado un aspecto secundario. Para la segunda, se remarca el vínculo jurídico entre una población determinada y un Estado, el cual, en virtud de dicha relación, está obligado a otorgar a sus nacionales la protección diplomática debida. La nacionalidad permite a la persona ejercer ciertos derechos civiles y políticos al llegar a una determinada edad y al cumplir con los requisitos que cada Estado establece.

Complementando este enfoque sociológico o la nacionalidad de hecho, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas definió como «nación» al grupo de personas que, además de tener las características de la minoría étnica descritas en la sección correspondiente a raza, pueden ejercer como grupo derechos tales como participar en el proceso de toma de decisiones de un Estado en un determinado territorio, aun sin estar en las mismas condiciones de otros grupos nacionales (Ermarcora 1982-1985: 286 y ss.). De esta manera, este concepto puede coincidir con la descripción de raza explicada anteriormente (ACNUR 1992: párrafo 74).

Cualquiera sea la perspectiva asumida, la normativa internacional sobre derechos humanos reconoce el derecho a tener una nacionalidad y a no ser privado de ella. En el ámbito universal, lo hace en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 15; el

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24 (aunque es más bien reconocido como derecho del niño); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 5, inciso d), letra iii; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 9; y la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7. En el ámbito regional americano, este derecho está consagrado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 19, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 20.

En nuestra opinión, los dos enfoques sobre nacionalidad vistos anteriormente deben ser tomados en cuenta al momento de estudiar la solicitud de refugio con base en la persecución por motivos de nacionalidad. El problema encontrado en el concepto esbozado por la Comisión de Derechos Humanos es que su definición es muy similar a la de minoría étnica, cuando el hecho de ser o no una minoría no es un factor determinante para la nacionalidad. Esto también puede llevar a restar importancia o a olvidar el vínculo del grupo nacional con el Estado. Por su parte, la idea amplia de nacionalidad propuesta en el ámbito europeo y en el ACNUR resalta esta relación entre el Estado y la persona —la cual puede pertenecer a una minoría o a una mayoría—, así como el vínculo entre la persona y su comunidad.

Entre las conductas que atentan contra el derecho a tener una nacionalidad, sea esta de hecho o de derecho, y que podrían sustentar una solicitud de refugio por temor fundado de persecución o persecución efectiva por causa de la nacionalidad, tenemos la privación involuntaria de la nacionalidad (O'Donnell 1989: 209-210) y la expulsión masiva de extranjeros o su devolución a su país de origen, donde sus derechos fundamentales corren serio riesgo de ser vulnerados

(O'Donnell 1989: 224). Asimismo, en el Informe 2002 de Amnistía Internacional se cita casos de discriminación y otras violaciones de derechos humanos en contra de las minorías nacionales, que eventualmente pueden sustentar una solicitud de refugio por persecución por causa de la nacionalidad, las cuales serán estudiadas en la sección referida a grupo social, en el tema minorías.

1.2.1.3.4. Grupo social

Según el *Manual de procedimientos* del ACNUR y la *Posición conjunta* del Consejo de Europa en su punto 7.5, la expresión «un determinado grupo social» suele comprender personas de antecedentes, costumbres o condición social similares, por lo cual es posible la coincidencia con los supuestos de nacionalidad y raza (ACNUR 1992: párrafo 77). Este concepto será mejor precisado gracias al aporte de la Guía sobre Protección Internacional sobre Pertenencia a un Determinado Grupo Social que elaboró el ACNUR para complementar su *Manual de procedimientos*, la cual presenta la siguiente definición de grupo social:

A particular social group is a group of persons who share a common characteristic other than their risk of being persecuted, or who are perceived as a group by society. The characteristic will often be one which is innate, unchangeable, or which is otherwise fundamental to identity, conscience or the exercise of one's human rights. (ACNUR 2000b: párrafo 11)

Este concepto de grupo social abarca dos supuestos. En el primero, los miembros del grupo comparten, además del riesgo de ser perseguidos, una característica común que debe ser innata e inmutable pero que, en caso de no serlo, ha de ser fundamental para la identidad o conciencia del grupo. En el segundo caso, los miembros del

grupo, aparte del riesgo de ser perseguidos, no comparten esta característica común, innata o inmutable o fundamental, pero aun así son percibidos como un grupo por la comunidad en la que viven.

Otras características del «grupo social» resaltadas por el ACNUR son, por ejemplo, que el grupo no necesariamente debe ser cohesionado, ya que el factor clave es si este conjunto de personas tiene un elemento común. Asimismo, no todos los miembros del grupo deben estar en riesgo de ser perseguidos, y, por último, no es relevante el tamaño del grupo social para determinar su existencia (ACNUR 2002b: párrafos 15-18).

Yendo más lejos, la Guía de Protección Internacional del ACNUR establece que, si bien la persecución no define a un grupo social, puede ser un factor relevante para determinar la existencia de un grupo específico en una sociedad particular (ACNUR 2000b: párrafo 14). En este mismo sentido, la *Posición conjunta* del Consejo de Europa, en el mismo punto 7.5, considera que, en algunos casos, el grupo social puede no haber existido previamente, pero puede ser determinado por las características comunes de las víctimas, ya que el perseguidor las ve como un obstáculo para lograr sus objetivos.

Este desarrollo de la noción de «grupo social» hecho por el ACNUR y el Consejo de Europa es muy importante, considerando que por mucho tiempo esta idea permanecía indefinida y era usada como un «cajón de sastre» para los casos que no encajaban en los demás supuestos de persecución. Con el tiempo, ello no solo perjudicó el trabajo al momento de calificar las solicitudes de refugio por persecución causada por la pertenencia a un grupo social, sino que hizo superflua la definición y la diferencia de los motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, dado que muchos de estos casos también podían confundirse con los de grupo social.

Asimismo, el ACNUR ha dado un gran paso al reconocer el rol de la persecución para identificar a un grupo social. Ello ha permitido que conjuntos de personas con un solo vínculo en común, tales como los opositores a determinadas prácticas consuetudinarias,¹⁷ o los homosexuales,¹⁸ que no llegan a ser considerados nación, minoría o grupo étnico, por citar algunos ejemplos de grupos con mayores semejanzas entre ellos, puedan acogerse a esta protección de darse el caso, justo por la presencia de este vínculo común y de este elemento persecutorio. De esta manera, el concepto de «grupo social», sin dejar de ser específico, se flexibiliza de forma tal que permite la inclusión de nuevos casos y situaciones, siempre que se compruebe el vínculo común entre ese grupo humano (o la percepción como grupo por la sociedad donde viven) y el factor de persecución contra ese grupo. No habrá grupo social si el único vínculo existente entre las personas que dicen conformarlo es la persecución.

Desde la entrada en vigor de la Convención de 1951, los casos más comunes vistos por los estados respecto de solicitudes de refugio basadas en la persecución por causa de pertenencia a un determinado grupo social, son los de mujeres, familias, tribus, grupos ocupacionales y homosexuales (ACNUR 2000b: párrafo 1). Ello nos obliga a tratar el tema del sexo y el género, dado que, debido al incremento de solicitudes de refugio por mujeres y homosexuales, por mucho tiempo se debatió si el sexo debía ser incluido como uno de los motivos de persecución, al igual que la raza, la religión, la nacionalidad, el grupo

¹⁷ La mutilación genital femenina fue considerada «práctica consuetudinaria» en Europa, Canadá y Estados Unidos, y las mujeres que se oponían a ella conformaban un grupo social. Sobre este punto, revítese el caso de Fauziya Kasinga en *infra* 3.1.1.

¹⁸ Véase *infra* 1.2.1.3.4.2.

social o la opinión política. De hecho, algunos estados optaron por incluirlo en sus legislaciones nacionales,¹⁹ ampliando así el concepto de refugiado establecido en el artículo 1 de la Convención de 1951.

Sobre este punto, el ACNUR ha abogado en varias ocasiones por una perspectiva de género en el estudio de las solicitudes de refugio.²⁰ Sin embargo, ha preferido referirse más bien al género en vez del sexo. Según la Guía de Protección Internacional del ACNUR sobre la persecución vinculada al género, la diferencia entre ambos términos, y la importancia del uso del primero sobre el segundo, radica en que

Gender refers to the relationship between women and men based on socially or culturally constructed and defined identities, status, roles and responsibilities that are assigned to one sex or another, while sex is a biological determination. Gender is not static or innate but acquires socially and culturally constructed meaning over time. *Gender-related claims may be brought by either women or men, although due to particular types of persecution, they are more commonly brought by women.* In some cases, the claimant's sex may bear on the claim in significant ways to which the decision-maker will need to be attentive. *In other cases, however, the refugee claim of a female asylum-seeker will have nothing to do with her sex.* (ACNUR 2000a: párrafo 3; las cursivas son nuestras)

¹⁹ Fue el caso del Perú. La norma que establecía el procedimiento para solicitar el refugio, decreto supremo 001-85-RE, incluía el sexo como motivo de persecución. La norma fue luego derogada por la ley del refugiado (27891) del 20 de diciembre de 2002.

²⁰ Véanse las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR n.º 39, sobre mujeres refugiadas y su protección internacional (1985); n.º 73, sobre la protección al refugiado y la violencia sexual (1993); las Conclusiones Generales sobre Protección Internacional n.º 77(g) de 1995; n.º 79(o) de 1996; n.º 81(t) de 1997; y n.º 87(n) de 1999. Todas ellas en <<http://www.unhcr.ch>>.

Esto quiere decir que, de acuerdo con la perspectiva de género impulsada por el ACNUR, la aplicación del régimen de los refugiados debe tener en cuenta la identidad cultural y socialmente construida alrededor del sexo del solicitante de refugio, sea este varón o mujer, en vez de sus características biológicas, dado que esto último ofrece limitaciones para analizar los casos de persecución. La persecución suele darse por el rol que una persona juega en la sociedad, de acuerdo con los patrones históricos, sociales y culturales, no por su mero sexo u opción sexual. Por ejemplo, durante los conflictos armados las mujeres han sufrido violaciones, embarazos forzados, tortura y otras conductas que vulneran sus derechos humanos más fundamentales por los combatientes del bando contrario, y no por el hecho de ser mujeres, sino porque, como madres y esposas de la comunidad enemiga, así se asegura el maltrato psicológico a los combatientes de esta comunidad. De analizarse este caso solo desde el punto de vista sexual, estas mujeres quedarían fuera de la protección otorgada a los refugiados.

Además, la perspectiva de género para la interpretación de los términos de la Convención de 1951 permite el reconocimiento como grupo social no solamente a las mujeres, sino también a los menores y a los homosexuales. Al tener en cuenta esta interpretación, y de ser correctamente aplicada por los estados, ya no será necesario modificar el artículo 1 de la Convención de 1951 para incluir el género o el sexo como un motivo de persecución: una interpretación adecuada permitirá brindar la protección deseada a estos grupos (ACNUR 2000a: párrafo 6).

De entre los casos de persecución por pertenencia a determinado grupo social, y debido a su trascendencia en el desarrollo del concepto de grupo social hasta la fecha, hemos decidido dedicar una sección a dos casos vinculados al género (las mujeres y los homosexuales) y al

caso de las minorías. Empero, no será suficiente comprobar que un solicitante de refugio pertenece a un grupo social para deducir que sufre de persecución o que siente temor fundado de esta, sino que deberá probar que dicha conducta persecutoria tiene como causa su pertenencia a una determinada colectividad.

1.2.1.3.4.1. Mujeres

Las mujeres encajan en la definición de «grupo social» establecida por el ACNUR, dado que comparten características innatas e inmutables que les permiten ser identificadas como un grupo en su comunidad, siéndoles a veces aplicado un estándar diferente en algunos países. El tamaño del grupo de las mujeres, argumento usado generalmente por los estados para denegar las solicitudes que alegan pertenencia al grupo social de las mujeres, no tiene sustento porque, tal como vimos en la sección correspondiente a grupo social, el tamaño del grupo no es requisito ni para la conformación de un grupo social ni para la constatación de los otros cuatro motivos de persecución (ACNUR 2000a: párrafo 31).²¹

Además del marco regulatorio internacional general de derechos humanos para el individuo, existe otro paralelo especialmente diseñado para la mujer. Aparte de las disposiciones del derecho penal internacional,²² en el ámbito universal tenemos, en orden cronológico:

²¹ Esto no significa de ninguna manera que todas las solicitudes de refugio entabladas por mujeres deban ser fundamentadas como persecución por pertenencia a un grupo social. En varias ocasiones, la religión y las opiniones políticas constituyen el motivo fundamental de la persecución a la mujer, por encima de su género.

²² Los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia (artículo 5, g), Ruanda (artículo 3, g) y Sierra Leona (artículo 2, g) incorporaron la violación como crimen de lesa humanidad.

- la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, del 20 de diciembre de 1953;
- la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, del 29 de enero de 1957;
- la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, del 7 de noviembre de 1967;²³
- la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Emergencia y Conflictos Armados, del 14 de diciembre de 1974;²⁴
- la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del 12 de diciembre de 1979, y su Protocolo Facultativo, del 6 de octubre de 1999; y,
- la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, del 20 de diciembre de 1993.²⁵

Por su parte, en el ámbito regional americano contamos, entre las más importantes, con la Convención Interamericana sobre Concesión de

Por su parte, el tribunal de Ruanda (artículo 4, e) incluye la violación y la prostitución forzada como violación del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho internacional humanitario. El estatuto del Tribunal de Sierra Leona (artículo 2, g), por su lado, incluye la esclavitud sexual, la prostitución forzada y el embarazo forzado como crímenes de lesa humanidad.

En el ámbito de la jurisdicción universal, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sanciona como crimen de lesa humanidad la «violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable» (artículo 7.1, inciso g). También sanciona como crimen de guerra el «cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado [...], esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra (artículo 8.2, inciso b, parte XXII)».

²³ Proclamada por Resolución 2263(XXII) de la Asamblea General de la ONU.

²⁴ Proclamada por Resolución 3318(XXIX) de la Asamblea General de la ONU.

²⁵ Proclamada por Resolución 48/104 de la Asamblea General de la ONU.

los Derechos Civiles a la Mujer, del 2 de mayo de 1948; la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, también de la misma fecha; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, del 9 de junio de 1994.

A pesar de esta normativa y de la postura del ACNUR sobre la necesidad de interpretar sus términos y aplicar sus leyes nacionales sobre refugio a la luz de una perspectiva de género, lo cierto es que solo a partir de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer es que dicha perspectiva y la visión de la mujer como grupo que necesita de protección especial empieza a consolidarse,²⁶ no solo en materia de discriminación sino también en otras vinculadas al refugio, derechos reproductivos, salud, tráfico de personas y protección contra prácticas tradicionales que afecten su integridad física o psíquica, entre otros. En el marco del derecho internacional de los refugiados, el ACNUR manifestó a este respecto:

Las mujeres comparten los mismos problemas en materia de protección que el resto de los refugiados. [...] Además de estas nece-

²⁶ En este sentido, resulta revelador el preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En ella los estados parte afirman que, a pesar de la Carta de Naciones Unidas; la Declaración Universal de Derechos Humanos; las obligaciones de los estados, al ratificar o adherir los Pactos Internacionales, de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos sus derechos; y las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por Naciones Unidas, ellos estaban «preocupados [...] al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones». Asimismo, cabe destacar el papel del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la consolidación de esta perspectiva de género, dado que permitió no solo la investigación de denuncias individuales sobre ese tema, sino también la fiscalización y el monitoreo de la labor estatal para cumplir los compromisos asumidos en esta Convención.

sidades básicas, [...] las mujeres y muchachas refugiadas tienen necesidades especiales de protección relacionadas con su sexo: por ejemplo, deben ser protegidas contra la manipulación, el abuso y la explotación de carácter sexual y físico, así como contra la discriminación sexual en la distribución de bienes y servicios (ACNUR 1991: párrafos 2 y 3).

Esta visión se ve complementada con la perspectiva de género promovida por el ACNUR para la aplicación del derecho internacional de los refugiados, vista en la sección referida a grupo social. En el caso específico de la mujer, ya adelantamos que la persecución y/u otros actos que vulneren sus derechos fundamentales tienen que ver, principalmente, con el rol asignado a ella en determinadas sociedades, con lo cual una visión meramente sexual podría dejar a varias solicitantes de refugio sin protección.

Por ello, para el caso específico de las mujeres, el ACNUR estableció directrices para el tratamiento de sus solicitudes de refugio, tanto en su *Guía para la protección de mujeres refugiadas* cuanto en su *Guía de protección internacional sobre persecución por causa del género*. Entre las reglas más importantes tenemos:

- las solicitantes de refugio deberán ser entrevistadas separadamente, sin la presencia de miembros varones de su familia, para así garantizar que ellas puedan presentar su caso por su propio derecho;
- ellas deberán ser adecuadamente informadas sobre la situación del proceso para determinar su estatuto de refugiadas;
- ellas deberán ser informadas sobre la posibilidad de tener entrevistadores o intérpretes de su mismo sexo;
- ellas deberán tener todas las seguridades de que su solicitud y todo lo manifestado en ella será tratado en estricta confidencia;

- el (la) entrevistador(a) de la solicitante de refugio deberá permanecer neutro, compasivo y objetivo con ella, evitando gestos que puedan ser percibidos como intimidantes o culturalmente inapropiados;
- el (la) entrevistador(a) deberá incorporar preguntas, sean abiertas o específicas, que permitan a las solicitantes de refugio revelar cualquier hecho o acto vinculado con el género y que sea relevante para su solicitud. Asimismo, en el caso de las solicitantes víctimas de abusos sexuales u otros traumas, deberá ser comprensivo(a) y detener la entrevista si ella no se encuentra emocionalmente dispuesta para continuar;
- no es necesario presentar prueba documental sobre cualquier hecho contenido en la solicitud de refugio; sin embargo, será de utilidad incluir información sobre las prácticas en el país de origen (ACNUR 1991: párrafos 36-37).

La aplicación de la perspectiva de género no culmina con el estudio de la solicitud de refugiado y la concesión de dicho estatuto a la mujer, sino que continúa mientras dure su condición de refugiada. Así, cuando dicho estatuto sea finalmente reconocido, pasarán a primer plano las necesidades de las refugiadas en el aspecto económico (capacitación, aprendizaje y promoción de proyectos de empleo para ellas), en la salud (problemas ginecológicos, planificación familiar, nutrición e higiene para ella y sus hijos), en la educación (campañas de alfabetización y capacitación) y su participación en la vida pública (sobre todo en la organización y otras decisiones vinculadas a los campos de refugiados) (Martínez 1994: 117-120). Para otorgar una protección más apropiada, es crucial que se tomen en cuenta las circunstancias socio-culturales de estas mujeres antes de emigrar (por ejemplo, dependencia del esposo, creencias culturales o religiosas sobre la salud, la maternidad, la educación, etcétera), con el fin de hacer más sencilla la asimilación de estas nuevas reglas.

De entre las conductas que atentan contra los derechos fundamentales de las mujeres, el ACNUR reconoce que la violación sexual (Amnistía Internacional 2002: 186, 282, 382, 398, 401, 418, 433 y 459)²⁷ y otras formas de violencia vinculada al género, como la mutilación genital femenina (Amnistía Internacional 2002: 201, 266 y 304),²⁸ la violencia familiar o doméstica (Amnistía Internacional 2002: 266, 422 y 459),²⁹ y el tráfico para el comercio sexual o prostitución forzada (ACNUR 2002a: párrafo 18; Amnistía Internacional 2002: 309),³⁰ pueden ser usadas como formas de persecución, así hayan sido perpetradas por el Estado o por actores privados. Otras conductas que pueden constituir persecución son la tolerancia del Estado hacia prácticas persecutorias prohibidas por este, o su incapacidad para detener estas prácticas eficientemente; las penas o sanciones cuya severidad vaya en desproporción con el delito o falta cometidos, y tenga una dimensión de género (ACNUR 2002a: párrafos 3 y 13);³¹ o cuando la implementación de prácticas estatales tenga consecuencias perjudiciales para el grupo (por ejemplo, la esterilización forzada como parte de una política de planificación familiar (Amnistía Internacional 2002: 340-341)³² y el aborto forzado (ACNUR 2000a: párrafos 11-13).

²⁷ Corresponde a los informes de Filipinas, Liberia, Sierra Leona, Suazilandia, Sudáfrica, Tanzania, Turquía y Zambia.

²⁸ Corresponde a los informes de Ghana, Kenia y Mauritania respectivamente.

²⁹ Corresponde a los informes de Kenia, Timor Oriental y Zambia respectivamente.

³⁰ Corresponde al informe de Moldavia.

³¹ En principio, las personas que huyen de un proceso por faltas o delitos en su país de origen o residencia normalmente no son reconocidas como refugiadas, pero cuando existen circunstancias de excesivo castigo por violar la ley (por ejemplo, la lapidación de la mujer por tener relaciones sexuales fuera del matrimonio), el ACNUR recomienda la revisión de la solicitud.

³² Corresponde al informe del Perú.

Constituyen también conductas violatorias de los derechos de las mujeres las leyes discriminatorias para trámites básicos (Amnistía Internacional 2002: 66-67)³³ o diligencias policiales y/o judiciales (Amnistía Internacional 2002: 228 y 422);³⁴ y la negación del goce de diversos derechos civiles y políticos como el derecho al voto (Amnistía Internacional 2002: 270),³⁵ el derecho al trabajo y la libre circulación (Amnistía Internacional 2002: 404),³⁶ y el derecho a la libre elección de la persona con la que se desea contraer matrimonio (Amnistía Internacional 2002: 93 y 333).³⁷ Creemos que estas conductas deben ser consideradas persecución en cuanto su comisión o sus consecuencias atenten contra los derechos humanos fundamentales de las mujeres.

Ello no significa, sin embargo, que las mujeres son automáticamente reconocidas como refugiadas (ACNUR 2002a: párrafo 4). La perspectiva de género señalada en los párrafos anteriores permite tomar en cuenta las circunstancias culturales, sociales e históricas que terminan moldeando el rol de una persona en su sociedad, siendo el caso de las mujeres el más frecuente. Sin embargo, para que ella sea reconocida como refugiada, debe probar que reúne los requisitos establecidos en la Convención de 1951, esto es, que estén en riesgo de persecución o sufran de persecución efectiva por motivos de su raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política, que se encuentre fuera del

³³ Es el caso de Arabia Saudita, donde a las mujeres no se les permite obtener documentos de identidad ni licencias de conducir.

³⁴ Corresponde a los informes de India y Timor Oriental respectivamente.

³⁵ Corresponde al informe sobre Kuwait.

³⁶ Corresponde al informe sobre Sudán.

³⁷ Corresponde a los informes sobre Bangladesh, donde se puede matar o lesionar gravemente con ácido a una mujer por cuestiones de dote; y sobre Pakistán, donde existe tortura o incluso muerte para la mujer por elegir a su marido o pedir el divorcio.

territorio del Estado de origen o residencia, y que este Estado no pueda o no quiera brindarle protección contra esta persecución.

1.2.1.3.4.2. *Homosexuales*

Los homosexuales, al igual que los transexuales y los travestis, también encajan en la definición de grupo social establecida por el ACNUR. Ellos comparten, además del elemento de persecución, características que pueden no ser innatas o inamovibles, pero sí fundamentales para su identidad, como es su orientación sexual. Además, también son percibidos como grupo por la sociedad en la que viven. Adicionalmente, el ACNUR incluye a los homosexuales como «grupo social» (ACNUR 2002a: párrafos 16-17),³⁸ al igual que la práctica de algunos estados (Amnistía Internacional 2001: 64-65),³⁹ debido a que la persecución basada en la orientación sexual contiene un elemento de género, manifiesto en el hecho de que el homosexual, transexual o travesti se rehúsa a seguir los patrones social o culturalmente definidos para su sexo.

Si bien en la normativa internacional no existe un derecho a la libre opción sexual, sí son reconocidos los derechos al goce de las facultades y libertades sin distinción alguna; a la igualdad ante la ley; a la no discriminación; y a la privacidad. Estos se encuentran consagra-

³⁸ Véase además <http://www.acnur.org/index.php?id_pag=29#gay>.

³⁹ En agosto de 2000, una corte federal ordenó por primera vez en Estados Unidos conceder el asilo a Giovanni Hernández Montiel, transexual mexicano víctima de detención, tortura y violación a manos de la Policía en su país de origen, basándose en la orientación sexual, alegando que «los varones *gays* que tienen identidad sexual femenina en México constituyen un grupo social particular a efectos de asilo».

dos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 2, 7 y 12; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 2, 17 y 26; y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2. Respecto del ámbito americano, hacen lo propio la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en sus artículos 2, 5, 9 y 10, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 1, 11 y 24.

A pesar de este marco jurídico internacional favorable, muchos homosexuales que tienen un temor fundado de persecución o sufren de persecución efectiva no solicitan el refugio basándolo en la persecución por su orientación sexual porque desconocen esa posibilidad; o no tienen acceso a pruebas documentadas de su experiencia personal o a casos similares en su país de origen o residencia; o por miedo a las represalias de las autoridades o la sociedad del país receptor; o porque los funcionarios de inmigración carecen de formación suficiente y no saben cómo recabar con tacto información sobre la persecución relacionada con la sexualidad (Amnistía Internacional 2001: 62-63). Ello puede ser evitado no solo aplicando en las políticas estatales de refugio la perspectiva de género del ACNUR y entrenando a los funcionarios de migraciones y jueces con esta visión, sino también usando los mismos criterios procesales establecidos para el caso de las mujeres, visto en la sección correspondiente.

En este sentido, respecto de las políticas estatales todavía hay mucho por hacer, dado que la homosexualidad, la transexualidad y el travestismo como manifestación de la orientación sexual aún suelen ser vistos como una conducta reprobada religiosa o socialmente, una enfermedad o un crimen. Como conducta reprobada religiosa o socialmente (Amnistía Internacional 2002: 160, 162, 308 y

318),⁴⁰ los homosexuales son víctimas de los insultos y las agresiones, tanto en privado por su familia (casos que muchas veces la autoridad se niega a conocer por considerarlos un asunto privado) cuanto en público, por los miembros de su comunidad (y ante la ineficiencia de la autoridad para investigar los hechos).

Como enfermedad (Amnistía Internacional 2001: 47-49),⁴¹ en algunos países la homosexualidad es tratada como un trastorno médico o psicológico, sometiéndose a *gays* y lesbianas a experimentos médicos y tratamientos psiquiátricos forzosos para curarla, en hospitales y centros de salud. Ello a pesar de que, en 1992, la Organización Mundial para la Salud (OMS) eliminó la orientación homosexual de su Clasificación Internacional de Enfermedades (OMS 1992).

Por último, la homosexualidad como crimen implica una ley que la condena así como una sanción grave que eventualmente linda con la tortura. La penalización de la homosexualidad (Amnistía Internacional 2002: 162)⁴² incluye las leyes sobre sodomía y cualquier otra que proscriba la conducta homosexual o transexual; las que discriminan al establecer la edad para dar consentimiento a las relaciones sexuales; las leyes de orden público empeñadas para perseguir y castigar a personas solo por su identidad sexual; y las que prohíben la promoción de la homosexualidad, esta última usada para encarcelar a defensores de los derechos de este grupo (Amnistía Internacional 2001: 72-73). Para Amnistía Internacional, estas leyes no solo actúan como licencias

⁴⁰ Corresponde a los informes de Ecuador, Egipto, México y Namibia.

⁴¹ Hasta el año 2000 Amnistía Internacional había recopilado casos de tratamiento físico o psíquico forzado a los homosexuales de Rusia, Ucrania, Sudáfrica y China.

⁴² Corresponde al informe de Egipto. También se reportaron leyes penalizando la homosexualidad en Malasia y Singapur durante el año 2000.

para infligir torturas y malos tratos a los homosexuales por parte de las autoridades, la Policía o los funcionarios de inmigración, sino también como una vía para institucionalizar la discriminación contra este grupo al marginarlo de la ley (Amnistía Internacional 2001: 24). Las penas pueden ir desde castigos corporales considerados crueles, inhumanos o degradantes como la flagelación, hasta la pena de muerte.

Todas las conductas antes descritas deben ser consideradas, a nuestro entender, como persecución, pues reúnen los requisitos establecidos en la sección correspondiente. Todas ellas discriminan a una persona o grupo, en este caso por su orientación sexual; todas ellas amenazan o lesionan los derechos más fundamentales de sus víctimas; todas ellas están dirigidas o bien contra un individuo o bien contra el grupo; y todas ellas son ejecutadas por el Estado o por agentes particulares, con anuencia de la ineficiencia o la inacción de este Estado para evitarlo. Por lo tanto, a nuestro parecer, las solicitudes de refugio alegando persecución por pertenencia al grupo sexual de los homosexuales en razón de estas conductas deben ser analizadas favorablemente.

1.2.1.3.4.3. Minorías étnicas, religiosas o lingüísticas

Las minorías están también incluidas en la noción de grupo social promovida por el ACNUR. Además de presentar caracteres inmutables como los antepasados, también se encuentran elementos que, si bien pueden tener un margen de variación, son decisivos para definir su identidad, como pueden ser los rasgos culturales vinculados a las formas idiomáticas de expresión, los rituales, las concepciones mágicas o religiosas sobre algunas cosas o situaciones, etcétera.

La doctrina coincide en la falta de una definición universal, e incluso desde ya declararon obsoleta su búsqueda por las limitaciones que

ofrecía para el tratamiento del problema (Ermarcora 1982-1985: 286 y ss.; Lerner 1991: 19 y ss.; Wolfrum 1993: 153 y ss.). Sin embargo, por lo general la doctrina sigue la definición dada por Capotorti:

[...] todo grupo que es numéricamente inferior al resto de la población de un Estado y que se halla en una posición no dominante, cuyos miembros poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las del resto de la población y, aunque sea implícitamente, conservan un sentido de solidaridad, dirigido a la preservación de su cultura, tradiciones, religión o lenguaje. (Capotorti en Lerner 1991)

Esta definición señala tres elementos de la minoría: primero, de la diferencia numérica inferior o su calidad de grupo no dominante; segundo, la diferencia del grupo del resto de la población debido a sus características étnicas, religiosas o lingüísticas; y, tercero, la existencia de un deber de solidaridad explícito o implícito entre los miembros del grupo para poder preservar su etnia, religión o lenguaje. De acuerdo con esto, es importante que la minoría manifieste por medio de su cultura y sus tradiciones esta diferencia y reafirme su identidad ante el resto de la población, porque para ellos es importante mantener esta diferencia con los demás.

En la normativa internacional, el único instrumento que hace mención a las minorías y que establece derechos colectivos para ellas es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este, en su artículo 27, reconoce el derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear un idioma propio. Este derecho fue posteriormente desarrollado por la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o

Lingüísticas, adoptada por Resolución 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1992, y la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, dada por el Consejo de Europa y que entró en vigor para esa región el 1 de febrero de 1998. De los demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, también son aplicables a las minorías la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (cuya víctima es un grupo nacional, étnico, racial o religioso sin importar su tamaño) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (aplicables también a los grupos étnicos).

Sin embargo, ninguno de estos documentos ha establecido una definición de minoría que desarrolle aquella seguida por la doctrina. Lo único que podemos inferir de lo establecido en el Pacto es que las minorías solo pueden ser étnicas, religiosas o lingüísticas, lo que nos lleva a preguntarnos si es que este requisito es lo suficientemente flexible para permitir la incorporación de nuevos casos. Sobre este punto, cabe recordar que la inclusión del artículo 27 en el Pacto obedeció a la intención de proveer protección especial solamente a los nacionales de un Estado, que puedan ser diferentes del resto de la población en virtud de sus características étnicas, religiosas o lingüísticas (De Zayas 1993: 262). Incluso la posición latinoamericana consideraba que estos «nacionales de un Estado» se referían únicamente a aquellos grupos que estuviesen pasando por cierto conflicto con el resto de la población por el ejercicio de sus costumbres, lenguaje y tradiciones (Wolfrum 1993: 162). De esta manera, una interpretación estricta y literal del artículo 27 del Pacto excluía a los nuevos grupos que están surgiendo, como los discapacitados, los extranjeros, los trabajadores migrantes o los inmigrantes en general (De Zayas 1993).

En un intento por aclarar estos interrogantes, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos emitió, durante la Conferencia Mundial contra el Racismo de Durban (2001), una Guía para las Minorías. Aunque tampoco brinda una definición, esta Guía tuvo como propósito explicar los términos de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, así como asistir a las minorías en cómo buscar protección cuando sus derechos se ven amenazados o tomar acción legal cuando estos han sido vulnerados. De acuerdo con esta Guía, el «requisito» que un grupo sea inferior numéricamente al resto de la población de un país no es necesariamente tal, porque puede darse el caso de pequeños grupos que habitan en un mismo Estado, sin que uno tenga dominio sobre el otro.⁴³ Esta concepción terminaría ampliando el ámbito de aplicación de la normativa sobre minorías y, por ende, el número de beneficiarios.

Sobre la exclusión de los nuevos casos de minorías, posibilidad deducida de la interpretación literal del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Guía considera que caben distinciones entre antiguas y nuevas minorías, pero no donde una tenga que excluir a la otra, sino que, para la aplicación de la Declaración de la ONU sobre Minorías, las «antiguas minorías» encajarán mejor en el ámbito de aplicación de esta que las «nuevas».⁴⁴ Con ello tenemos una

⁴³ EIDE, Asbjorn. «Commentary to the UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities». Documento del Grupo de Trabajo sobre Minorías E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2, párrafo 12. En Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *UN Guide for Minorities*. <<http://www.unhchr.ch/html/racism/01-minoritiesguide.html>>. Ejemplos de ello son los países africanos, donde los estados están compuestos por múltiples etnias, familias, tribus y clanes.

⁴⁴ *Ibíd.*, párrafo 11.

señal de flexibilización del artículo 27, al confirmar que la numeración de las minorías no es estricta, y que no se descarta la incorporación de nuevos casos de minorías.

A la luz de lo ya analizado, podemos inferir la siguiente definición de minoría: un grupo que se halla en posición no dominante frente al resto de la población de un Estado, con características étnicas, religiosas o lingüísticas que los hacen diferentes del resto, y que mantienen un comportamiento solidario para conservar estas características y, así, preservar estas diferencias. En nuestra opinión, el factor de la solidaridad será el principal, no solo para determinar cuándo estamos ante una minoría, sino cuándo estamos ante un potencial caso que puede ser incluido en esta definición y que actualmente se encuentran marginados de la normativa internacional sobre minorías por las restricciones establecidas en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La falta de definición legal de la noción de minoría, así como la relativamente reciente legislación internacional sobre el tema, hizo que en las últimas décadas estos grupos hayan sufrido abusos de toda índole y que sus derechos humanos fundamentales hayan sido vulnerados, habiéndose configurado la persecución en muchos casos. Las conductas más frecuentes contra las minorías durante el año 2001, y que pueden justificar una persecución, tuvieron que ver con matanzas (Amnistía Internacional 2002: 54),⁴⁵ palizas y/o incendios de sus propiedades, confiscación de tierras o algún otro tipo de agresión, ya sea del Estado o de un agente particular (Amnistía Internacional 2002:

⁴⁵ Corresponde al informe de Afganistán.

93, 105, 225, 332-333, 356, 422, 431-432, 438 y 457),⁴⁶ actividades y propaganda que inciten el odio hacia ellas (Amnistía Internacional 2002: 116),⁴⁷ discriminación o represión excesiva por la Policía y otras autoridades (Amnistía Internacional 2002: 222, 228, 262 y 316),⁴⁸ y la obligación de realizar trabajos forzados (Amnistía Internacional 2002: 314),⁴⁹ entre otros.

1.2.1.3.5. Opiniones políticas

En lo que a instrumentos internacionales de derechos humanos se refiere, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19, cuanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19.1, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 4, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.1, garantizan la libertad de opinión sin importar su índole, así como el derecho a no ser molestado por causa de esta. En ellos, se entiende la libertad de opinión como la facultad de la persona de «formar libremente sus ideas o puntos de vista sobre cualquier materia sin sufrir ninguna clase de interferencia», siendo deber de todo Estado democrático no solo no imponer sus propias apreciaciones, sino también garantizar el libre ejercicio de este derecho (CAJ 1997: 210-211).

En este contexto, el *Manual de procedimientos* del ACNUR define las opiniones políticas como los comentarios o críticas de una persona

⁴⁶ Corresponde a los informes de Bangladesh, Bosnia y Herzegovina, Hungría, México, Pakistán, República Checa, Timor Oriental, Turkmenistán, Turquía, Vietnam y Yugoslavia.

⁴⁷ Corresponde al informe de Bulgaria.

⁴⁸ Corresponde a los informes de Honduras, India, Kazajstán y Namibia.

⁴⁹ Corresponde al informe de Myanmar.

hacia las políticas estatales y/o sus métodos para llevarlas a cabo (ACNUR 1992: párrafo 80). Para el caso de los refugiados, la opinión política consiste más bien en la crítica hacia el gobierno del Estado de origen o residencia, la cual es tomada con desagrado por las autoridades de turno de dicho Estado.

Así, para que se configure el temor fundado de persecución o la persecución efectiva basada en las opiniones políticas, es necesario que esta crítica haya llegado a ser de conocimiento de las autoridades estatales, o que estas autoridades atribuyan dicha crítica al solicitante de refugio (ACNUR 1992: párrafo 80). Por consiguiente, en forma similar a los motivos de persecución ya desarrollados, no será suficiente la sola existencia de una opinión discordante con la del Estado en determinados asuntos, sino que habrá que comprobar el hecho de que los agentes estatales no toleran dicha opinión.

La vulneración de los derechos fundamentales de las personas por motivo de su opinión política ha sido, lamentablemente, una de las más frecuentes durante el año 2001: los informes sobre derechos humanos de 72 países reportan casos de posible persecución por esta causa (Amnistía Internacional 2002).⁵⁰ Entre las conductas más frecuentes tenemos los juicios y las penas de cárcel por presuntos delitos

⁵⁰ Estos países son Arabia Saudí, Azerbaiján, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burundi, Bután, Camboya, Camerún, Chad, China, Cuba, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Etiopía, Fiyi, Gambia, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Haití, Indonesia, Irán, Irak, Israel, Kenia, Kirguistán, Kuwait, Laos, Libano, Liberia, Libia, Malasia, Malawi, Maldivas, Marruecos, Mauritania, México, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nepal, Nicaragua, Níger, Pakistán, Perú, Qatar, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Ruanda, Rusia, Senegal, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sri Lanka, Swazilandia, Sudán, Tailandia, Tanzania, Tayikistán, Togo, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Uzbekistán, Venezuela, Vietnam, Yemen, Zambia y Zimbabwe.

políticos o por «difamación», críticas u oposición al régimen, represión excesiva contra manifestaciones políticas pacíficas, intimidación o sabotaje a candidatos a autoridades locales o nacionales, y censura y detenciones a los periodistas por tocar temas políticamente sensibles, entre otras.

Finalmente, debemos hacer hincapié en que la configuración de los motivos en los cuales se basa una persecución real o posible, ya señalados en los párrafos anteriores, no es en sí misma suficiente para afirmar la existencia de esta persecución o de su temor fundado. Cada caso será analizado de acuerdo con las circunstancias que lo rodean.

La amplitud de los motivos de persecución arriba explicados nos conduce en algunos casos a la aplicación de dos o más supuestos al mismo hecho. Esto responde a un afán del ACNUR por actualizar la definición de refugiado y manejar conceptos suficientemente flexibles como para englobar los nuevos casos que van surgiendo a través del tiempo. De esta forma, dicha organización podrá extender su protección a quienes sufran persecución en este sentido amplio o un temor fundado de esta, y cumplir su fin primordial: evitar posibles violaciones de sus derechos fundamentales y proteger sus vidas.

En esta línea, desde el punto de vista humanitario, existen otros mecanismos de protección de los derechos humanos distintos del refugio, como son las intervenciones humanitarias, sea del Comité Internacional de la Cruz Roja o de otras organizaciones internacionales, en coordinación con los estados intervenidos, o también las operaciones para el mantenimiento de la paz de la ONU cuando se trata de brindar ayuda humanitaria como parte del plan de construcción de la paz (*peace building*) o de su mantenimiento (*peace keeping*). Sin embargo, es necesario admitir que los mecanismos citados son importantes

alternativas en caso de desplazamientos masivos de refugiados, pero, de tratarse de solicitantes de refugio individuales, la figura del refugio es mucho más efectiva y adecuada para lograr el reconocimiento y la protección deseados.

1.2.2. Encontrarse fuera del país de nacionalidad o de residencia habitual

Para ser reconocida como refugiada es necesario que la persona se encuentre fuera del país de nacionalidad o residencia habitual. Si bien es cierto que, al momento de ser otorgado el reconocimiento, este opera retroactivamente a la fecha en que se configuraron los hechos que convierten a una persona en refugiada, este solicitante deberá encontrarse necesariamente, al momento de efectuar el trámite, fuera del Estado del cual es ciudadano. Para el ACNUR, esta norma no admite excepción alguna (ACNUR 1992: párrafo 80).

La postura del ACNUR tiene que ver más con el hecho de que su sistema de protección ha sido diseñado para quienes no cuentan con la de su Estado de origen o residencia para hacer valer sus derechos. La permanencia en el país de origen o residencia es interpretada por dicho organismo como muestra de que el solicitante de refugio aún mantiene dicha protección estatal, al quedar todavía bajo la jurisdicción de dicho Estado. Esta característica marca una gran diferencia con otras figuras como el asilo diplomático o la asistencia a los desplazados internos, donde la concesión del asilo o la asistencia se brinda mientras el solicitante se encuentra aún en el Estado del cual es nacional o residente. Algunos estados receptores de refugiados han dispuesto, para casos de excepción, métodos para que las solicitudes también puedan ser planteadas, al menos en su etapa inicial, mientras

siguen en su Estado de origen o residencia, fuera de su territorio, específicamente en una embajada o una oficina *ad hoc* de este país en el Estado de origen o residencia del solicitante o en un tercer Estado, hasta que se logre su salida hacia este Estado receptor.⁵¹ En nuestra opinión, esta es una tendencia saludable y oportuna, sobre todo cuando el caso del solicitante revista cierta urgencia de emigrar hacia un país seguro y/o cuando cruzar las fronteras represente un peligro igual o más grave que la amenaza de persecución o la persecución efectiva.

Un caso especial es el de los apátridas, vale decir, aquellas personas que carecen de nacionalidad. Al no ser ciudadanos de ningún país, a los apátridas no se les aplica el requisito de encontrarse fuera de su país de origen. Sin embargo, la apatridia está contemplada en el inciso 2 de la parte A del artículo 1 de la Convención de 1951, y básicamente expresa lo mismo que el requisito analizado, pero adecuando los términos país de su nacionalidad a «país donde antes tuviera su residencia habitual», y «[...] no quiera regresar a él» o «[...] no quiera acogerse a la protección de [...]».

La apatridia de por sí tampoco conlleva el reconocimiento del estatus de refugiado por ACNUR. Se requiere el estudio del caso concreto en general y, específicamente, determinar si el solicitante salió del lugar de su residencia habitual por los motivos ya vistos en la definición y siente temor de volver a él (ACNUR 1992: párrafos 101-105).

⁵¹ Véase el caso de Estados Unidos, *infra* 3.1.1.

1.2.3. Imposibilidad de acogerse a la protección del país de origen o residencia, o temor fundado para no hacerlo

En este supuesto, el solicitante no puede contar con la protección del país del cual es nacional o residente, por dos razones. La primera, por causa del propio Estado, el cual por diversos motivos (guerras o disturbios, por ejemplo) no puede otorgarla en forma eficaz o, pudiendo hacerlo, la deniega al solicitante. Según el *Manual de procedimientos* del ACNUR, la negación de la protección estatal al ciudadano nacional o residente constituye un elemento importante para confirmar si se está ante un caso de persecución (ACNUR 1992: párrafos 98 y 100).

La segunda razón por la cual el solicitante de refugio no puede contar con la protección de su país de origen o residencia es por su propia causa. Así, quien rehúsa acogerse a la protección de este Estado lo hace por los mismos temores o circunstancias que lo llevaron a salir de su país de origen o residencia. En este caso resulta aplicable el concepto de temor fundado analizado anteriormente.

1.3. Cláusulas de exclusión y cláusulas de cese de la noción de refugiado en la Convención de 1951

El concepto de refugiado contemplado en la Convención de 1951 no es de aplicación universal en lo que al ámbito subjetivo se refiere. Es verdad que la Convención establece los requisitos para solicitar el reconocimiento de la calidad de refugiado a través de sus cláusulas de inclusión; empero, también impone limitaciones para ciertas personas, que no podrán solicitar este reconocimiento aunque cumplan con todas las condiciones establecidas. A estas limitaciones se les conoce como cláusulas de exclusión.

Asimismo, luego de otorgado el reconocimiento del estatuto de refugiado por el ACNUR, esta entidad protegerá al solicitante hasta que, o bien se logre una de las tres soluciones viables a su problema, como son la repatriación, el reasentamiento o el reenvío a un tercer país; o bien cuando desaparezcan las causales consagradas en la Convención de 1951 que motivaron la solicitud de refugio. Este conjunto de condiciones que determinan el fin de la situación de refugiado es conocido como cláusulas de cese.

1.3.1. Límites al reconocimiento del estatuto de refugiado o cláusulas de exclusión

El fundamento principal de las cláusulas de exclusión reside en dos supuestos: o bien el solicitante de refugio cuenta ya con la protección de un tercer Estado o de otra agencia internacional, o bien este ha cometido crímenes internacionales, delitos graves y actos tales que atenten contra los principios básicos de convivencia internacional, y cuya protección pone en peligro su juzgamiento y sanción. A continuación veremos más en detalle cada una de estas.

1.3.1.1. Asistencia previa de un órgano de Naciones Unidas distinto del ACNUR

El artículo 1, sección D, de la Convención de 1951 señala que esta «[...] no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [...]».

Por esta disposición, un primer grupo excluido de la Convención de 1951 está conformado por quienes, pese a reunir los requisitos establecidos en las cláusulas de inclusión, se encuentran percibiendo ayu-

da de otro organismo de Naciones Unidas. Ello porque la labor del ACNUR consiste en brindar protección a quien carece completamente de ella, y la asistencia de alguna agencia internacional ya está otorgando en cierto modo esta protección.

Ejemplos de personas excluidas por esta primera cláusula son los de quienes reciben asistencia del Organismo de las Naciones Unidas para la Reconstrucción de Corea y, actualmente, del Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS), que ve el caso de los palestinos de determinadas zonas pero no el de todos (ACNUR 1992: párrafo 142).

1.3.1.2. Reconocimiento de derechos y obligaciones correspondientes a las de un nacional por un Estado distinto del de origen o residencia

Un segundo grupo de excluidos está formado, según el artículo 1, sección E, por «[...] quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país».

En este caso, la exclusión está referida a aquellas personas que, si bien cumplen las condiciones para ser reconocidas como refugiadas, ya han sido previamente admitidas en un Estado, donde han fijado residencia permanente, el cual las protege y les reconoce la mayoría de derechos que tienen sus nacionales, aunque sin concederles la ciudadanía oficial. En su *Manual de procedimientos* el ACNUR interpreta la protección brindada por el Estado no solo como la asimilación total de estas personas a las de un nacional, sino básicamente como la ple-

na protección contra la deportación o la expulsión (ACNUR 1992: párrafo 145).

1.3.1.3. *Comisión de delitos contra la paz, de guerra o contra la humanidad*

En tercer lugar, el artículo 1, sección F, inciso a) de la Convención de 1951 excluye también a la persona «[...] 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 [...]».

En este supuesto tenemos a quienes no les será reconocido el estatuto de refugiado por haber tenido diversas conductas contrarias a los principios básicos de convivencia internacional. Vale recordar que esta cláusula fue redactada a pocos años del término de la Segunda Guerra Mundial, con el objeto de evitar cualquier tipo de protección a los criminales de guerra y cualquier riesgo para la seguridad del Estado que los admite.

Sobre este punto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional define lo que son crímenes de lesa humanidad (*crimes against humanity*) en su artículo 7.1:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
 - a) Asesinato;
 - b) Exterminio;

- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definidos en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de *apartheid*;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Este concepto de crimen de lesa humanidad es específico, en tanto señala los actos que bajo ciertas condiciones son considerados como delito. Sin embargo, es al mismo tiempo amplio, porque gracias al inciso k) puede abarcar otros actos inhumanos de carácter similar, siempre que cumplan con los requisitos del párrafo 1. Este crimen se sancionará así se haya cometido en tiempos de paz o durante un conflicto armado.

Asimismo, el Estatuto de Roma define lo que son los delitos de guerra o crímenes de guerra en su artículo 8.2:

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por «crímenes de guerra»:
 - a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:
 - i) El homicidio intencional;
 - ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
 - iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
 - iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
 - v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga;
 - vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;
 - vii) La deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal;
 - viii) La toma de rehenes.
 - b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
 - i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;
 - ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;
 - iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, ins-

- talaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
- iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdida de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;
 - v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;
 - vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;
 - vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;
 - viii) El traslado, directa o indirectamente, por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;
 - ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

- x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
- xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;
- xii) Declarar que no se dará cuartel;
- xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;
- xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;
- xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;
- xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
- xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;
- xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;
- xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;
- xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho interna-

- cional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;
- xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;
 - xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;
 - xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
 - xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;
 - xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;
- c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cua-

tro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguiente actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

- i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
 - ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - iii) La toma de rehenes;
 - iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.
- d) El párrafo 2c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.
- e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
- i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
 - ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distinti-

- vos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
- iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
 - iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
 - v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
 - vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
 - vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;
 - viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;
 - ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;
 - x) Declarar que no se dará cuartel;

- xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
- xii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo; [...]

La definición de crimen de guerra aquí reseñada también es amplia, dado que no solo considera los delitos cometidos en el marco de un conflicto armado internacional sino también los ocurridos en conflictos armados no internacionales. Esta es una diferencia con los crímenes de lesa humanidad, sancionables sin importar si fueron cometidos en tiempos de paz o de guerra. Otra muestra de su extensión es que, si bien se enumeran supuestos, se incluyen incisos que aluden a «otras violaciones graves» tanto para los casos de conflictos armados internacionales cuanto no internacionales.

En cuanto a los crímenes contra la paz (*crimes against peace*), su definición no está contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque la Comisión de Derecho Internacional estuvo de acuerdo en que los crímenes de agresión, de lesa humanidad, de guerra y de genocidio recogidos por el Estatuto constituían crímenes contra la paz (International Law Commission 1996). Ello significa que la categoría «crímenes contra la paz» engloba los crímenes de guerra o contra la humanidad citados por la Convención de 1951, lo que implica un cambio respecto de la noción de crímenes contra la paz acuñada en los años cincuenta. La Carta del Tribunal de Núremberg, creado para

juzgar a los criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial, señalaba sobre este punto en el principio VI:

The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law:

a) Crimes against peace

(i) Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;

(ii) Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i) [...]

De esta forma se reconoció el delito o crimen contra la paz como la puesta en peligro de un clima pacífico mediante la participación directa o indirecta en la planificación o incitación a la guerra o a la agresión. Los dos supuestos de crímenes contra la paz establecidos por la Carta del Tribunal de Núremberg son complementarios, dado que consisten en conductas que ponen en riesgo la paz internacional, siendo las más graves los crímenes de guerra, de lesa humanidad, de agresión y el genocidio por constituir flagrantes violaciones de los derechos humanos, sobre todo a la vida y la integridad.

1.3.1.4. Comisión de grave delito común antes de llegar al país de refugio

El artículo 1, sección F, inciso b) de la Convención de 1951, también excluía de su ámbito subjetivo a la persona que «ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado».

El *Manual de procedimientos* del ACNUR precisa lo siguiente para la interpretación de dicha cláusula:

La competencia para decidir si es aplicable [sic] algunas de estas cláusulas de exclusión corresponde al Estado contratante en donde el solicitante trata de que se reconozca su condición de refugiado. Para que estas cláusulas sean aplicables, basta con determinar que hay «motivos fundados para considerar» que se ha cometido uno de los actos descritos. No es necesario probar formalmente que ha habido con anterioridad un procedimiento penal. Sin embargo, teniendo en cuenta las graves consecuencias de la exclusión para la persona interesada, la interpretación de estas cláusulas de exclusión debe ser restrictiva. (ACNUR 1992: párrafo 149)

Este párrafo contiene dos afirmaciones contradictorias. Por un lado, proclama prácticamente la capacidad discrecional del Estado para decidir cuándo se ha incurrido en cualquiera de las cláusulas de cese, permitiéndole no solo apoyarse en motivos fundados, de comprobación eminentemente subjetiva, sino que incluso declara como no exigible la existencia de un proceso penal previo. Empero, por otra parte se plantea la interpretación restrictiva de las normas que regulan el cese del reconocimiento, por las consecuencias que esta situación acarrea. En nuestra opinión, no se debe olvidar que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11.1) cuanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.2), solo por mencionar dos instrumentos de carácter universal, establecen el derecho fundamental de toda persona acusada de delito a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley. Por consiguiente, aplicar esta cláusula de exclusión a un solicitante de refugio, no porque existe un elemento objetivo como una sentencia que lo disponga o proceso vigente, sino por una apreciación subjetiva o «motivos fundados» constituye, a nuestro parecer, una violación del derecho a la presunción de inocencia. Consideramos que este es un punto discutible del *Manual de procedimientos* del ACNUR que

debe ser revisado y modificado con el objetivo de evitar la vulneración de dicho derecho por los estados al interpretar esta norma.

Siguiendo esta misma lógica, podría colegirse que el respeto de la presunción de inocencia debe extenderse al supuesto a) referido a la comisión de delitos contra la paz, de guerra y contra la humanidad. Sin embargo, en este caso el supuesto es distinto, dado que estos delitos son mucho más graves que los delitos comunes, e implican la violación masiva de derechos humanos fundamentales como la vida y la integridad física, que forman parte del llamado núcleo duro de derechos humanos, por lo que creemos que la presunción de inocencia puede verse suspendida cuando estos derechos se vean lesionados. Además, apenas se está implementando un sistema de juzgamiento universal de estos crímenes, cuyos antecedentes se remontan, con las limitaciones espaciales y subjetivas establecidas, a los tribunales de Tokio y Núremberg, y, más recientemente, a los tribunales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona, culminando este proceso de evolución con la Corte Penal Internacional, la primera con jurisdicción universal. Antes de ello era muy poco probable que un Estado juzgara a uno de sus nacionales por la comisión de estos crímenes, porque tal actitud constituiría un reconocimiento implícito de prácticas violatorias de derechos humanos. Por ello, consideramos que la presunción de inocencia debe ser respetada en el punto referido a la comisión de delito o delito grave, mas no al referido al crimen de guerra, contra la paz o contra la humanidad.

Asimismo, de la lectura del texto deducimos también la importancia fundamental que tienen las palabras «delito» y «delito grave», sobre todo para la interpretación del punto b). Ello porque el Estado receptor es el que va a evaluar la causal, y el concepto de delito puede tener significados variados según la realidad de cada país. En la Convención de 1951

no encontramos definiciones. En el *Manual de procedimientos* del ACNUR hay una única referencia a los «delitos graves» como aquellos que merecen como sanción la pena de muerte o las más graves (ACNUR 1992: párrafo 155; Guillaume 1989: 308 y ss.).⁵² La imprecisión puede ser importante incluso en el momento de determinar qué delito es grave o a cuál se le considera político. Ello será crucial sobre todo si el Estado opta por la extradición del delincuente.

Al momento de analizar la existencia de un delito es importante estudiar el objetivo de esta acción. Existen personas que cometen algunos ilícitos mas no llevadas por un deseo de dañar a la sociedad, sino más bien de llamar la atención sobre su situación y conseguir por esta vía la protección deseada. En este sentido, muchas veces el delito come-

⁵² Un ejemplo de delito grave son los actos de terrorismo. Según Guillaume (1989), para que un acto sea considerado terrorista se requieren tres elementos: 1) la perpetración de actos de naturaleza violenta que provoquen la muerte o daños corporales graves; 2) un individuo o un colectivo que realice dichos actos; y, 3) que estos actos creen terror en personas determinadas, grupos de personas o público en general.

El terrorismo no fue incluido como crimen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues los estados parte no llegaron a ningún acuerdo sobre su definición. Tampoco hay un tratado internacional que regule la materia. En el nivel universal se cuenta con acuerdos que regulan delitos específicos considerados terroristas, como por ejemplo la Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas Inclusive Agentes Diplomáticos (1973), la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (en vigor desde 1993), y el Convenio para la Represión del Apodramiento Ilícitos de Aeronaves de La Haya (1970), entre otros. En el ámbito latinoamericano, el terrorismo ha sido regulado en la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurado en Delitos Contra las Personas y la Extorsión Conexas cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional (Washington, 1971), y actualmente se encuentra en proceso de ser ratificada por los estados la Convención Interamericana Contra el Terrorismo, del 3 de junio de 2002. Por otra parte, en el ámbito europeo tenemos la Convención Europea para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 1977).

tido y/o la pena purgada tienen menor relevancia cuando el solicitante reúne los requisitos establecidos en las cláusulas de inclusión y logra probar una persecución gravísima o el temor fundado de esta por los motivos antes explicados. En la actualidad no existen instrumentos internacionales que traten este tema (ACNUR 1992: párrafo 159).⁵³ Por ello, en nuestra opinión lo mejor es el análisis de cada caso concreto antes que la aplicación de criterios predeterminados, pero solo en los casos en los que el delito cometido no sea grave o no implique violación de los derechos humanos (los pertenecientes al llamado «núcleo duro») de terceros.

1.3.1.5. Comisión de actos contrarios a los fines y principios de Naciones Unidas

La Convención de 1951, en su artículo 1, sección F, inciso c), señala como quinto grupo excluido de la protección del ACNUR o de un tercer Estado a quien «[...] se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas».

Esta parte c) muestra también algunos problemas. La imprecisión que caracterizaba a la definición de delito se extiende también a los «actos contrarios a las finalidades y principios de Naciones Unidas». Los Propósitos y Principios de Naciones Unidas fueron enumerados en los artículos 1 y 2 de su Carta:

Artículo 1.- Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

⁵³ El *Manual de procedimientos* del ACNUR cita como ejemplo de esta situación el secuestro de aeronaves. Aunque existen convenios internacionales sobre la materia, como el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, ninguno hace referencia a la situación de quien solicita refugio secuestrando un avión.

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;
3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y,
4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

Artículo 2.- Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios:

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.
2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.
3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.
5. Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.
6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales.
7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

Estos principios, si bien establecidos en un texto, son bastante difusos como para poder determinar con exactitud cuándo estamos ante una violación de ellos. Además, tal como menciona acertadamente el *Manual de procedimientos* del ACNUR, los delitos contra la paz, la humanidad o de guerra están incluidos dentro de las acciones contra los principios que defiende la ONU.

A nuestro parecer, esta cláusula de exclusión está más bien dirigida a convertirse en la categoría que cubra no solo los crímenes citados en las anteriores cláusulas de exclusión, sino cualquier otra conducta

reprobada por la comunidad internacional que no haya sido enumerada ni en la Convención de 1951 ni en ningún otro instrumento internacional. Con ello, esta cláusula permanece abierta y flexible, lo que permitirá la adaptación de la Convención de 1951 a los cambios que surjan sobre el tema en los próximos años.

1.3.2. Pérdida del estatuto de refugiado o cláusulas de cese

Las cláusulas de cese establecen qué circunstancias conducen a la pérdida del estatuto de refugiado. En este sentido, la sección C del artículo 1 de la Convención de 1951 establece que un refugiado perderá su condición de tal:

- 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o
- 2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
- 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguido; o
- 5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocido como refugiado, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad. Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores;
- 6) 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 antes tenía su residencia habitual.

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país donde tenían su residencia habitual, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.

Como se puede apreciar, en todas las causales se encuentra presente el criterio de la nacionalidad, debido a que este es fundamental para determinar si el refugiado cuenta por fin con la protección del país de origen o de residencia, en el caso de los apátridas. De esta manera, el acogimiento a la protección del país del cual el refugiado salió por un temor fundado de persecución o una persecución efectiva, la recuperación de la nacionalidad o la adopción de otra nueva indican claramente la disposición de un ordenamiento jurídico de darles el mismo tratamiento que a cualquiera de sus ciudadanos, y de, eventualmente, ejercer la protección diplomática en caso de violación de sus derechos en tierras extranjeras. Con esto desaparece uno de los requisitos para ser refugiado, como es la falta de protección del país de origen hacia él, sea por voluntad del Estado o del refugiado. A nuestro entender, estas cláusulas de cese pueden colegirse del inciso 5) del texto precitado, referente a la desaparición de las causales por las cuales el refugiado fue reconocido como tal.

1.4. Beneficios inherentes a la concesión del estatuto de refugiado

Hemos visto que para que una persona obtenga el reconocimiento formal de su condición de refugiado por el Estado receptor o por el ACNUR, es necesario que reúna los tres requisitos establecidos en el artículo 1 de la Convención de 1951: temor fundado de persecución o persecución efectiva por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo

social u opinión política; encontrarse fuera del país de origen o residencia; y que, por causa de este temor fundado, el solicitante no pueda o no quiera acogerse a la protección de su Estado de origen o residencia.

Al aceptar este estatuto, el Estado que acoge al solicitante de refugio deberá reconocerle ciertos derechos y asegurar su protección para el ejercicio de ellos. Algunos de estos se respetarán sin perjuicio de que el Estado, luego de seguir el procedimiento establecido, rechace la solicitud de refugio, como es el caso del principio de *non refoulement*; mientras que otros podrán ser ejercidos luego de dicho reconocimiento.

1.4.1. Principio de no devolución o *non refoulement*

Este principio es un elemento básico para constituir la institución del refugio: sin este, dicha figura perdería gran parte de su importancia como medida protectora de quienes sufren persecución o temen con fundamento que ella se produzca. Por ello se aplica en todos los casos, independientemente del resultado final de la solicitud de refugio; sin embargo, su aplicación no significa una obligación del Estado de otorgar refugio. Para una mejor comprensión de esta figura, en lo que sigue analizaremos su concepto de acuerdo con la doctrina y con documentos internacionales, para luego establecer su naturaleza jurídica.

1.4.1.1. Concepto

La Convención de 1951 define el principio de *non refoulement* en su artículo 33:

- (1) Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de te-

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

(2) Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición 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 delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

En este sentido, el objetivo del principio de *non refoulement* consiste en salvaguardar la vida y seguridad del solicitante de refugio al no enviarlo de vuelta al país de origen, dado que es precisamente en búsqueda de esta seguridad que los refugiados emigran hacia terceros estados para acogerse a su protección. Dicho principio contiene una excepción relacionada con la seguridad nacional del Estado otorgante de refugio, específicamente con la comisión de delito grave, lo cual guarda coherencia con las cláusulas de exclusión ya vistas.

En el ámbito americano, esta protección fue concebida con mayor amplitud. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dice al respecto en el artículo 22(8), referido al derecho de circulación y residencia, 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 consagrado en la CADH presenta tres diferencias respecto del establecido en la Convención de 1951. En primer lugar, la Convención sobre Refugiados aplica dicho principio solamente a los refugiados, que son los sujetos hacia quienes se dirige su sistema de

protección y asistencia, mientras que la CADH lo amplía hasta incluir a todo extranjero. En la opinión de O'Donnell (1989: 228-229), esto permitiría beneficiar tanto a quienes no se les ha reconocido formalmente el estatuto de refugiado aunque reúnan los requisitos, cuanto a quienes se les ha solicitado en extradición o son devueltos por un medio de transporte que atraviesa un tercer país.

En segundo lugar, mientras la Convención de 1951 señala excepciones a la aplicación del principio de no devolución en razón de la seguridad nacional, la Convención Americana no establece restricción alguna. Sin embargo, en el entender de O'Donnell esta amplitud no es absoluta, dado que podría considerarse alguna limitación en el caso de que la aplicación de dicho principio implique una amenaza tan grave para el país que justifique la suspensión de garantías (O'Donnell 1989: 229). Para complementar esta idea, es conveniente recordar que en el ámbito de los derechos humanos se admite que el Estado restrinja el ejercicio de los derechos humanos con el fin de armonizarlos. Sin embargo, esta facultad no es discrecional, sino que tiene tres límites: dicha restricción debe encontrarse contenida en una ley; la causa usada para justificarla debe ser posible de invocar de acuerdo con el derecho internacional; y, al menos en el caso de Latinoamérica y Europa, estas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática (Medina y Mera: 1996: 35-36).

En tercer lugar, respecto del ámbito personal, mientras la Convención de 1951 aplica implícitamente sus cláusulas de exclusión para determinar a los beneficiarios del *non refoulement*, la CADH no hace distinción alguna, por lo que, en principio, todos pueden verse beneficiados con él, inclusive quienes son excluidos expresamente por la Convención de 1951 (por ejemplo, quienes han cometido delito grave, delito contra la paz, la humanidad y de guerra). A nuestro entender, los beneficios del

non refoulement no pueden alcanzar a quienes están incursos en las cláusulas de exclusión sobre comisión de crímenes de guerra, de lesa humanidad y contra la paz, ni a quienes atenten contra los principios de Naciones Unidas. Ello porque, además del Estatuto de Roma, existen otras convenciones referidas a crímenes internacionales,⁵⁴ y en las cuales los estados parte se comprometen a sancionar dichas conductas y perseguir a los criminales. Entonces, la aplicación del *non refoulement* en estos supuestos implicaría, además de una evasión estatal de este deber de persecución al brindar protección a este criminal, una desnaturalización de este principio. Además, la presencia de estos criminales en territorio extranjero podría ser tomada por ese Estado como un peligro para su seguridad interna, lo que lo exoneraría de recibirlo bajo los términos de la Convención de 1951.

Este análisis nos lleva a concluir que la inclusión del *non refoulement* en la CADH, en la parte respectiva a los derechos de libre circulación, y a la facultad de solicitar y obtener asilo en cualquier país, implicaría que tal principio ha sido considerado en el ámbito latinoamericano como un derecho humano, tal como veremos en la siguiente sección.

1.4.1.2. *Naturaleza jurídica*

En el derecho internacional se ha discutido mucho acerca de la naturaleza jurídica del *non refoulement*. Parte de la doctrina y la legislación recogida se inclina por considerarlo un principio general de derecho

⁵⁴ Nos referimos principalmente a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del *Apartheid*.

internacional perteneciente al llamado *ius cogens* (Galinsoga 1994: 52-54; O'Donnell 1989: 230; Gros 1991: 512; Lavarello 1994: 108).⁵⁵ Por consiguiente, es una norma que «[...] reúne los siguientes caracteres esenciales: (1) es [...] imperativa o perentoria que (2) no admite excepción alguna, ni siquiera por medio de acuerdo entre estados soberanos, que (3) pertenece al derecho internacional general, (4) que está aceptada y reconocida por la comunidad de estados en su conjunto, y que (5) sólo puede ser modificada por otra norma de la misma jerarquía y fuerza vinculante».⁵⁶

De cualquier forma, el derecho a no ser devuelto al Estado del cual se es o fue nacional es actualmente considerado parte de los principios generales del derecho perteneciente al *ius cogens*. Prueba de ello es que no solamente es estipulado en normas relativas a refugiados, sino también en instrumentos internacionales relativos a derechos humanos tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.8), el Protocolo n.º 4 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 3.1) e inclusive la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (artículo 3) (Cançado 1994: 82). Asimismo, la obligatoriedad de su cumplimiento está asegurada por el artículo 42 de la Convención de 1951, que prohíbe expresamente reserva alguna a este principio. En opinión de Galinsoga (1994: 53), este principio se constituye, en determinadas situaciones, en garantía única de protección de

⁵⁵ Entre los instrumentos internacionales que apoyan esta posición destaca la Declaración de Cartagena sobre el Problema de los Refugiados en el Continente Americano de 1984, inciso 5.

⁵⁶ Véase GALINDO POHL, Reynaldo. «Ius Cogens». En Comité Jurídico Interamericano. *Cuarto curso de Derecho Internacional 1977*. Citado por RAMACCIOTTI, Beatriz. *Derecho internacional público. Materiales de enseñanza*. Lima: PUCP, 1993, p. 64.

un núcleo de derechos humanos fundamentales cuya preservación es norma imperativa de derecho internacional contemporáneo, por lo que debe ser considerado *erga omnes*.

Una segunda postura considera el *non refoulement* como un deber establecido en una norma general de derecho internacional (Mariño 1983: 363), lo que en nuestra opinión reconoce la naturaleza del *non refoulement* como costumbre internacional. Entonces, siguiendo la definición de costumbre hecha por Carrillo Salcedo, esta figura tendría como características la aceptación general, la uniformidad y frecuencia de su práctica, su duración considerable en el tiempo y la convicción jurídica (*opinio iuris*) de estar ante una obligación (Carrillo 1996: 92-97).

Una tercera tendencia considera al *non refoulement* como un derecho humano. Esto implica reconocer esta figura como un atributo inherente a la persona humana, el cual se afirma frente al poder público (Nikken 1994: 15-16). Por consiguiente, esta inherencia a la calidad de persona de los derechos humanos trae como consecuencia la limitación del poder estatal frente a ellos, su universalidad, su transnacionalidad, su irreversibilidad y su progresividad, esta última traducida como la posibilidad de extender el ámbito de la protección de derechos que anteriormente no gozaban de ella (Nikken 1994: 22 y ss.). Siguiendo esta línea, entre los instrumentos regionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 22.8, incluye el *non refoulement* como un derecho humano más.

Somos del parecer de que el *non refoulement* es una facultad que tienen todas las personas por el solo hecho de ser seres humanos, aunque se ejerce únicamente ante una eventual situación de peligro de vulneración o vulneración real de otros derechos fundamentales. La

inclusión de esta figura en tratados de derechos humanos y no solo de refugiados implica una evolución, en tanto se incorpora a los derechos subjetivos del hombre y tendrá los mismos mecanismos de protección que otros derechos también proclamados en estos tratados. Por ello, creemos que el *non refoulement*, si bien es generalmente aceptado como un principio general, debe ser considerado incluso en el ámbito universal como un derecho humano, con las restricciones antes señaladas para los criminales de guerra, contra la paz o la humanidad, y para quienes atenten contra los principios y fines de las Naciones Unidas.

En lo relativo a la protección que proporciona esta figura, en la práctica los estados la han limitado al derecho a no devolver al solicitante de asilo a su país de origen. Algunos autores se inclinan por aceptar el significado más amplio, por el cual el Estado no solo no puede devolver a quien busca asilo o refugio en su territorio, sino que tampoco puede rechazarlo en la frontera (Mariño 1983: 364; Lavarello 1994: 108), siguiendo una interpretación extensiva de la frase «no podrá ser expulsado o devuelto» del artículo 33 de la Convención de 1951. En este sentido, en la práctica latinoamericana la aplicación del principio de *non refoulement* tendrá, para el Estado receptor, las siguientes consecuencias: la abstención del rechazo en la frontera de la persona que invoca la calidad de refugiado; la abstención de expulsar o deportar a la persona que se encuentra en el Estado territorial e invoca la calidad de refugiado, con destino a un país donde su vida o libertad corran peligro, aunque dicha persona haya utilizado para su ingreso medios apartados de las previsiones legales; la inaplicación de las normas punitivas por ingreso ilegal en el país de recepción; y la inadmisibilidad, en la región latinoamericana, de las convenciones sobre extradición (Galindo 1986: 162).

En nuestra opinión, este principio debe ser entendido en su acepción más amplia, porque en caso contrario derechos fundamentales como la vida y la integridad física, sea en una situación que origine la solicitud de refugio u otra medida, podrían verse lesionados y su reconocimiento se convertiría en una declaración sin mayor valor práctico. En el caso específico del refugio, y dada la práctica de rechazo en las fronteras de algunos estados, una interpretación estrecha del *non refoulement* lo debilita como medida de protección de derechos humanos al no haber otro medio que garantice la protección y el respeto de los derechos de quienes solicitan refugio y de quienes son expulsados en la frontera. Por lo tanto, podemos decir que esta figura, además de ser la única garantía de protección, como señalaba Galinsoga, es la que da contenido a la institución del refugio.

1.4.2. Derechos civiles y políticos

La Convención de 1951 determinó un conjunto de derechos para quienes les sea reconocido el estatuto de refugiado, con el fin de garantizarles un tratamiento similar al de los ciudadanos del país receptor y, de esta forma, llevar por buen camino su readaptación al nuevo ambiente o, simplemente, mantenerlos a salvo en condiciones dignas.

Asimismo, la Convención de 1951 exige en su artículo 5 que ninguna de sus disposiciones se interprete en menoscabo de otros derechos concedidos por los estados parte de la Convención a los refugiados, por lo que estos derechos adquieren la calidad de núcleo mínimo. Sin embargo, dado el estrecho vínculo con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los refugiados recibe sustento de la normatividad internacional sobre derechos humanos, los cuales en principio se aplican a todo ciudadano sin importar su origen, condición o residencia en cualquier Estado, y los refugiados, por lo tanto, pueden exigirlos (O'Donnell 1989: 226).

Respecto de los derechos civiles y políticos reconocidos para los refugiados, también conocidos como derechos de primera generación, entre los más importantes tenemos:

- a) Derecho a no ser discriminado en la aplicación de las disposiciones de la Convención de 1951 (artículo 3). Este derecho es el principal, dado que es el supuesto básico para el ejercicio de los demás derechos reconocidos en la Convención de 1951;
- b) Derecho a la práctica de sus creencias religiosas (artículo 4);
- c) Derecho a recibir el mismo trato dado a los extranjeros en general (artículo 7);
- d) Derecho a un trato lo más favorable posible y por lo menos en iguales condiciones que los demás extranjeros en lo referido a compraventa de bienes muebles e inmuebles y otros derechos conexos (artículo 13);
- e) Derecho de acceso a los tribunales (artículo 16);
- f) Derecho a la ayuda administrativa del país que lo acoge cuando el ejercicio de uno de sus derechos requiera del apoyo de autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir (artículo 25);
- g) Derecho a escoger el lugar de residencia y viajar libremente en él (artículo 26); y,
- h) Derecho a obtener de la administración pública los documentos de identidad de viaje (artículos 27 y 28).

1.4.3. Derechos económicos, sociales y culturales

Además de reconocer para los refugiados derechos fundamentales, civiles y políticos, la Convención de 1951 también incluye en su lista parte de los considerados derechos económicos, sociales y culturales, conocidos como los derechos humanos de segunda generación, por su aparición posterior a la de los derechos civiles y políticos. Entre los derechos enun-

ciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se les reconocen a los refugiados los siguientes:

- a) Derecho a la protección de la propiedad industrial, y en particular a inventos, dibujos o modelos industriales, marcas de fábrica, nombres comerciales y derechos de autor sobre las obras literarias, científicas o artísticas (artículo 14);
- b) Derecho a afiliarse a asociaciones sin fines de lucro, asociaciones no políticas o sindicatos, garantizándose el trato más favorable otorgado a un extranjero (artículo 15);
- c) Derecho a un empleo remunerado (artículo 17);
- d) Derecho a ejercer un trabajo por cuenta propia o profesión liberal (artículos 18 y 19);
- e) Derecho a acceder a una vivienda (artículo 21);
- f) Derecho a acceder a la educación pública (artículo 22);
- g) Derecho a la asistencia y socorro público (artículo 23); y,
- h) Derecho a una remuneración y al seguro social (artículo 24).

Por último, es necesario recordar que, dado el principio de progresividad de los derechos humanos, esta lista de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enumerada en la Convención de 1951 no es taxativa ni exclusiva, por lo que permite el reconocimiento de otros derechos para los refugiados. Considerar exclusiva esta lista iría en perjuicio del ejercicio de otros derechos no incluidos en la Convención y que por esta razón no dejan de ser exigibles por los refugiados.

1.5. El concepto de refugiado y otras nociones similares

En el marco del derecho internacional, aunque en el ámbito regional, existen otras figuras de protección de los derechos humanos que guar-

dan similitud con la del refugio de la Convención de 1951, y que en lenguaje común son tratadas como si fueran lo mismo. Con el fin de reafirmar las características del refugiado y sus diferencias de otras nociones, hemos estudiado dos instituciones del derecho internacional para finalmente compararlas con la figura del refugiado. Las categorías jurídicas más resaltantes para el logro de nuestro objetivo son las del asilado y las del ingresante.

1.5.1. El asilado

1.5.1.1. Concepto y características

Según Vargas Carreño (1986: 304), el asilado es «[...] la persona que es admitida al territorio de un Estado que no es el suyo [...], comprometiéndose [el Estado] a no devolverlo ni a extraditarlo, en virtud de ser perseguido por delitos que no son comunes». Ello tiene por objetivo sustraer al asilado de la persecución por motivos políticos que sufre en su Estado de origen o residencia.

En cuanto al desarrollo de dicha institución en el sistema universal, encontraremos que el asilo, como institución independiente del refugio, ha sido tratado en la Resolución 2312 (XXII) sobre Asilo Territorial de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Un esfuerzo infructuoso se produjo en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial en Ginebra en 1977, en la que se elaboró un borrador de Convención sobre Asilo Territorial, proponiéndose una definición que no fue aprobada y que, de haberlo sido, habría devenido universal (Galindo 1986: 153-154).⁵⁷

⁵⁷ Como nos cuenta Reynaldo Galindo, la Conferencia tenía el objetivo de aprobar una Convención sobre Asilo Territorial, reconociendo el asilo como derecho de la persona.

En el ámbito regional encontraremos que el asilo, como institución independiente del refugio, ha sido desarrollado principalmente en Latinoamérica. Prueba de ello son la Convención sobre Asilo de La Habana (1928);⁵⁸ la Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933);⁵⁹ el Tratado sobre Asilo y Refugios Políticos (1939); y las Convenciones sobre Asilo Político y Territorial de Caracas (1954).⁶⁰ Respecto del derecho al asilo como derecho humano, este es recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.7) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVIII), mientras que en el ámbito universal lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 14).

Esta variedad de regulaciones ha resultado, en la práctica, contraproducente. La existencia de normas sobre asilo solamente en el ámbito regional americano limita su aplicación en un área geográfica más amplia. Más aún: en este ámbito no hay uniformidad entre dichas normativas, ya sea: (1) por los distintos años y épocas en que estas Convenciones entraron en vigor; (2) por las diferencias entre los conceptos maneja-

Sin embargo, las grandes divergencias surgidas entre los estados participantes, especialmente sobre si el asilo era un derecho exigible al Estado, llevaron este intento al más estrepeitoso fracaso. Mientras que la República General Alemana abogaba por el reconocimiento del asilo como un derecho exigible de la persona, la mayoría de las delegaciones participantes se manifestaron a favor de la fórmula africana, consistente en la obligación del Estado de hacer los mayores esfuerzos para conceder el asilo. A pesar de que oficialmente se anunció que la Conferencia no había llegado a conclusiones por falta de tiempo, y de que se convocaría posteriormente, ello nunca ocurrió.

⁵⁸ El Perú depositó su instrumento de ratificación el 21 de junio de 1945.

⁵⁹ El Perú depositó su instrumento de ratificación el 9 de marzo de 1960.

⁶⁰ El Perú depositó el instrumento de ratificación de la Convención de Caracas sobre el Asilo Diplomático el 2 de julio de 1962. La Convención de Caracas sobre Asilo Territorial no ha sido ratificada por el Perú.

dos; y, (3) por el número disímil de ratificaciones obtenidas por cada uno de estos instrumentos,⁶¹ lo que hace más difícil su aplicación.

Entre las disposiciones más relevantes, la Convención de La Habana de 1928 afirma en su artículo 2 que «[...] el asilo de delincuentes políticos en legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, será respetado en la medida, que, como un derecho o por humanitaria tolerancia lo admitieren el uso, las Convenciones o las leyes del país de refugio [...]».

Complementando este artículo, la Convención de Montevideo de 1933 explica un poco más sobre el asilo en su artículo 3:

El asilo político, por su carácter de institución humanitaria, no está sujeto a reciprocidad. Todos los hombres pueden estar bajo su protección, sea cual fuere su nacionalidad, sin perjuicio de las obligaciones que en esta materia tenga contraídas el Estado a que pertenezcan; pero los Estados que no reconozcan el asilo político sino

⁶¹ Si observamos qué países han ratificado la Convención de La Habana, la Convención de Montevideo, la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas y la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas, veremos que solo nueve países en todo el continente han ratificado los cuatro instrumentos: Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá y Paraguay. Colombia ha ratificado los tres primeros; Cuba y Honduras, los dos primeros; Chile, solo el segundo; y Argentina, solo el último. Asimismo, el Perú y República Dominicana han ratificado los de La Habana, Montevideo y la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas; Uruguay, los de La Habana y las dos Convenciones de Caracas, y Venezuela, solo las dos Convenciones de Caracas. Bolivia y Estados Unidos no han ratificado ninguno de ellos. Para revisar las listas de países signatarios y las fechas de depósito de sus instrumentos de ratificación, véase <<http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/a-23.html>>; <<http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/a-37.html>>; <<http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/a-46.html>>; y <<http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/a-47.html>>.

con ciertas limitaciones o modalidades, no podrán ejercerlo en el extranjero sino en la manera y dentro de los límites con que lo hubieren reconocido.

De lo visto anteriormente podemos deducir las siguientes características principales del asilo:

- a) Es una protección *otorgada únicamente por un Estado*, luego de calificar al solicitante como asilado. Ningún otro sujeto de derecho o actor internacional puede hacerlo. La decisión estatal puede estar basada en motivos políticos o humanitarios.
- b) Se pueden beneficiar de ella solo quienes son considerados *delinquentes políticos*, es decir, personas que hayan cometido actos de índole política que han motivado la persecución del Estado o de particulares dentro del mismo Estado.
- c) Los derechos protegidos por la figura del asilo son la vida y la libertad. Estos derechos conforman parte del núcleo duro o estándar mínimo de protección de los derechos humanos.
- d) Tanto el Estado cuanto agentes individuales o grupos particulares pueden poner en riesgo estos derechos mediante actos, amenazas u otros considerados como persecución.
- e) El Estado asilante se compromete *a no devolver ni extraditar* al asilado.

1.5.1.2. Naturaleza jurídica

Mucho se ha debatido sobre la naturaleza del asilo. Por lo general la discusión doctrinaria se ha centrado en dos puntos: primero, en el fundamento de la figura del asilo; y, segundo, en la naturaleza del derecho a solicitar asilo y obtenerlo. Sobre estos puntos no existe acuerdo ni en la doctrina ni en la práctica de los estados, lo que en

cierta medida, y aunque no sea esta la única causa, ha llevado al estancamiento del desarrollo de este tema y, peor aún, a las continuas limitaciones de este derecho que, no lo olvidemos, también es fundamento de la figura del refugio.

1.5.1.2.1. Fundamento del asilo: ¿jurídico o humanitario?

Por largo tiempo se ha considerado al asilo como una institución de fundamento eminentemente jurídico. Esta afirmación se basa, primero, en el marco normativo de esta figura existente, tanto nacional cuanto internacionalmente; segundo, en el profuso desarrollo doctrinario realizado por los juristas; y, tercero, en la búsqueda de soluciones jurídicas mediante el uso de medios jurídicos para resolver las diversas controversias que su aplicación efectiva pueda traer entre el Estado nacional y el Estado asilante. Esto último ocurrió en 1950, con la controversia generada entre el Perú y Colombia por el asilo de Víctor Raúl Haya de la Torre, y que terminó siendo sometida a la Corte Internacional de Justicia.

Una segunda postura, en cambio, reconoce al asilo como una institución con poco fundamento jurídico y mucho carácter político y humanitario. Tanto la Convención de La Habana de 1928, en su artículo 2, cuanto la Convención de Montevideo de 1933, en su artículo 3, reconocen al asilo un carácter humanitario. Esta calidad se remonta a sus orígenes medievales, cuando las iglesias, abadías o conventos, lugares inviolables por las autoridades nacionales en ese entonces, admitían a quienes huían de la acción de la justicia o de una persecución para protegerlos, basándose en criterios más bien subjetivos. Dice sobre el particular Bákula:

Desde sus orígenes, la institución del asilo no tuvo estricto carácter legal, y se practicó al impulso de sentimientos humanitarios y circunstanciales, recubiertos, además, de contornos míticos, para crear una situación especial de protección a un perseguido, más allá de la norma; o sea para conformar un ambiente metajurídico indefinible... pero inatacable, por no de decir inexpugnable.

[...] cualquier caso de asilo, así sea un ejemplo imaginario, por el mero hecho de ser un «caso de asilo» pasa a constituir una situación de excepción, destinada a contrariar o a evadir el ordenamiento jurídico existente. (Bákula 2002: 947-948)

Paradójicamente, uno de los argumentos que apoyan esta posición, con la que concordamos plenamente, es la misma sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso Haya de la Torre, que demostró que «[...] es imposible encarar y resolver sobre la base de consideraciones jurídicas que se suponen basadas en principios permanentes, un problema en el que el componente político y, por ende, circunstancial, es el factor preponderante» (Bákula 2002: 949). Asimismo, la práctica del asilo diplomático, basada durante mucho tiempo en la ficción extrajurídica y ya abandonada de la extraterritorialidad, demuestra que la esencia de la institución del asilo no es necesariamente legal.

Cabe resaltar que el carácter político y humanitario del asilo justificaría el hecho de que un país como Estados Unidos, siempre renuente a reconocer la figura del asilo diplomático, haya hecho una excepción en 1956 al otorgar dicho asilo al cardenal Jozsef Mindszenty en su embajada en Budapest durante quince años, por considerarlo un caso de protección humanitaria (Bákula 2002: 948).

El carácter político de la figura, sin embargo, hizo que en la práctica los estados ignoraran las cláusulas de exclusión aplicables al asilo. Mientras la Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territo-

rial excluía de la protección de esta figura a quienes estuviesen procesados o condenados por crímenes contra la paz, de guerra o contra la humanidad (artículo 1.2), y lo propio hacía la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954 con quienes estuviesen procesados o condenados por delitos comunes (artículo 3), se consolidó en la región la idea del asilo como una figura política basada única y exclusivamente en la soberanía ilimitada del Estado. Ante esta situación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se vio obligada a emitir una Recomendación a los Estados recordándoles que no podían otorgar asilo a presuntos autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales, porque tal cosa constituiría una desnaturalización del asilo.⁶²

En nuestra opinión, el asilo es una figura que, al no tener origen legal, genera contradicciones tanto en su tratamiento académico cuanto en la práctica. En consecuencia, para una mejor aproximación a esta institución es necesario tener presente su esencia humanitaria no solo al momento de interpretar sus términos, sino también para su aplicación práctica. Sin embargo, al compartir con el refugio esta esencia humanitaria, y considerando que el refugio sí tiene un andamiaje jurídico internacional que lo soporta, el asilo podría quedar poco a poco marginado como medida de protección internacional, tal como veremos en la sección en la que comparamos ambas instituciones.

1.5.1.2.2. Naturaleza jurídica del derecho al asilo

El otro gran tema respecto del asilo es la discusión sobre la naturaleza del derecho de asilo. Esto se debe a que en los diversos instrumentos

⁶² Recomendación del 20 de octubre de 2000. En <<http://www.cidh.oas.org/asilo.htm>>.

internacionales, como la Resolución 2312 (XXII) sobre Asilo Territorial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en la práctica de los países, se considera como un derecho del Estado el conceder asilo; mientras que otros, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁶³ reconocen el derecho a buscar y recibir asilo, con lo cual se establecería indirectamente una obligación del Estado de otorgar el asilo a quien lo solicite.

Ante el enfrentamiento de dichas posturas, somos del parecer de que la concesión del asilo es una facultad soberana que ejerce un Estado por medio de sus instituciones o sus delegaciones diplomáticas, por lo que de ningún modo puede constituir una obligación. Sin embargo, tal como veremos en el tercer capítulo, esta discrecionalidad ha sido mal interpretada por algunos estados que buscan evitar las solicitudes de asilo por medio de conductas como el rechazo en las fronteras o el establecimiento de restricciones que limitan sus derechos durante el estudio de las solicitudes, amparados en el cariz soberano de dicha decisión.

A nuestro parecer, la soberanía reside en la toma de la decisión luego de seguirse el procedimiento establecido en la norma nacional pero en el marco de principios y normas internacionales, especialmente en materia de derechos humanos, lo cual no mella esta facultad. Por lo tanto, conductas como las descritas en el párrafo anterior son ilegítimas, porque no siguen un procedimiento acorde con el marco normativo internacional y, por consiguiente, violentan el derecho a solicitar asilo.

⁶³ Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículo 22 (7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, si bien el Estado no está obligado a conceder asilo, esta discrecionalidad ya no es considerada absoluta, en cuanto existen principios humanitarios aplicables al momento de admitir a los solicitantes de asilo que llegan a la fronteras y, especialmente, el derecho a no ser devuelto o *non refoulement*, considerado como el principal límite jurídico a dicha facultad soberana (Mariño 1983: 364).

1.5.1.3. Clases de asilado

El asilo presenta dos modalidades: el asilo territorial y el asilo diplomático. A continuación analizaremos ambas figuras con el fin de comprender mejor la figura del asilo para, luego, establecer sus vínculos con el refugio.

1.5.1.3.1. Por asilo territorial

Según la definición de Buergenthal, Grossman y Nikken, el asilado territorial es «[...] el perseguido por razones políticas que busca protección en el territorio de otro Estado» (Buergenthal *et al.* 1990: 155), resaltando el hecho de que el Estado asilante tiene potestad para admitir, en ejercicio de su soberanía, a quienes considere pertinente (Buergenthal *et al.* 1990: 155). A la luz de lo ya discutido, esta última afirmación resulta incompleta si no se hace énfasis en que dicha potestad no es absoluta, sino que se torna flexible cuando existen elementos que exigen la aplicación de principios tales como el *non refoulement*. Sobre esto, la Declaración sobre Asilo Territorial, adoptada por Resolución 2312 (XXII) en la Asamblea General de las Naciones Unidas, dice en su artículo 1:

1. *El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados.*
2. No podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de este, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar 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.
3. *Corresponderá al Estado que concede el asilo calificar las causas que lo motivan. (Las cursivas son nuestras)*

Del artículo citado de esta Declaración, la única de carácter universal en lo que se refiere a asilo territorial, podemos destacar algunos puntos. El primero rescata como derecho de la persona el solicitar y obtener asilo, de acuerdo con el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En segundo lugar, reconoce la facultad del Estado, basada en su soberanía, para admitir en su territorio a los solicitantes de asilo que él decida, de acuerdo con la evaluación del caso concreto y con el procedimiento que dicho Estado establezca para tal fin.

El asilo territorial es la modalidad que más se asemeja al refugio, teniendo en cuenta que en ambos casos el solicitante cruzará las fronteras nacionales para acogerse a la protección que un tercer Estado pueda ofrecerle, en vista de que el Estado del cual es nacional no puede o no quiere otorgársela, y de que ambos contemplan como supuestos la persecución por motivos políticos. Además, las dos instituciones comparten la cláusula de exclusión, por lo que los criminales de guerra, contra la paz o contra la humanidad no podrán acogerse a su protección. La gran diferencia entre estas dos figuras radica justamente en los motivos que originan la salida del país de origen o resi-

dencia del solicitante de asilo. Mientras el asilo es una alternativa pensada para quienes huyen de sus estados de origen por motivos políticos, el refugio pretende proteger a quien huye por temor fundado de persecución o persecución efectiva por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social. En este sentido, el asilo se convierte en una figura de aplicación restringida a las persecuciones políticas, mientras el refugio brinda protección a un mayor número de solicitantes, incluyendo a las víctimas de las persecuciones políticas.

El asilo territorial como alternativa de protección frente al refugio está quedando obsoleto y limitado. Entre las causas de esta situación se cuentan, además de su aplicación restringida a las persecuciones políticas, su ineffectividad para atender casos de desplazamientos masivos que a partir de la década de los ochenta se tornan más comunes en Latinoamérica, porque esta figura fue ideada más bien para casos individuales. Asimismo, el asilo es una figura que se agota con el reconocimiento de la condición de asilado por el Estado receptor, mientras que el refugio es una diseñada no solo para reconocer a determinadas personas como refugiadas, sino también para brindarles un régimen favorable durante su estancia en el país receptor, y lograr una solución definitiva a su situación temporal de refugiado.

Para concluir con este punto, es muy gráfico el comentario de Gros Espiell sobre los posibles problemas que podría causar la aplicación del asilo territorial y el refugio basado en persecución por motivos políticos: «[...] como consecuencia de la decadencia del asilo territorial, estos problemas no son tan graves ya que, en general, las grandes cuestiones de refugiados en América Latina se encaran y resuelven por aplicación del sistema de refugiados políticos de las Naciones Unidas y por acción del Alto Comisionado» (Gros 1996: 209).

1.5.1.3.2. Por asilo diplomático

El asilo diplomático es el otorgado por una legación diplomática acreditada en el país de origen o residencia de quien solicita el asilo, a la persona perseguida o cuya vida o libertad corren peligro por causa de sus opiniones políticas. El desarrollo de esta figura tuvo su consagración en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, la que lo define así en su artículo 1:

El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos, será respetado por el Estado territorial de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención.

Para los fines de esta Convención, legación es toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos exceda de la capacidad normal de los edificios.

Los navíos de guerra o aeronaves militares que estuviesen provisionalmente en astilleros, arsenales o talleres para su reparación, no pueden constituir recinto de asilo.

Para que exista asilo diplomático es necesario que concurren tres elementos: primero, el riesgo de perder la vida o la libertad; segundo, que dicho riesgo tenga como causa un motivo político; y, tercero, la presencia física en la legación diplomática. La comprobación de la concurrencia de estos elementos será evaluada por la propia misión diplomática, teniendo en cuenta las informaciones transmitidas por el Estado territorial.

El asilo diplomático es una figura que, en la práctica, se aplica únicamente en América Latina, aunque han existido casos en los que se ha puesto en práctica en países fuera del ámbito americano, tales como

en algunas embajadas europeas luego del golpe de Estado de Augusto Pinochet en Chile en 1973 (Buergenthal *et al.* 1990: 152), o en el caso del asilo del cardenal Mindszenty en la embajada de Estados Unidos en Budapest, ya visto en la parte de la naturaleza jurídica del asilo. Sin embargo, en la actualidad la práctica internacional deja de lado esta figura en tanto la ficción de la extraterritorialidad, sustento de este concepto por admitir la jurisdicción del Estado sobre los edificios de sus sedes diplomáticas, ha perdido sustento jurídico y ha sido remplazada por la figura de la «inviolabilidad», usada en los artículos 22, 24, 27, 29 y 30 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Este concepto «[...] obliga al Estado receptor tanto a abstenerse de toda acción coercitiva respecto de la misión diplomática y sus miembros, como a concederles una protección especial, material y jurídica» (Carrillo 1996: 237). La mencionada protección especial, por consiguiente, será otorgada en razón de la función diplomática que ejerza la legación extranjera en el país receptor.

En cuanto al interrogante sobre si cabe el refugio en una misión diplomática, el ACNUR se ha manifestado en su *Manual de procedimientos* en el sentido de que, siendo requisito indispensable el encontrarse fuera del territorio del Estado, no se configura el refugio cuando se obtiene asilo en una legación diplomática, aunque se encuentre fuera de la jurisdicción del Estado del cual se es o fue nacional, sin admitir excepción alguna (ACNUR 1992: párrafo 88).

Aunque coincidimos en que no es posible obtener refugio en una legación diplomática, debería serlo que, tal como algunos países han dispuesto en sus legislaciones nacionales, un solicitante de refugio pueda iniciar el trámite ante la embajada, con el fin de que se facilite su salida hacia este país. Este procedimiento debe ser establecido para casos excepcionales, cuando salir del país por los medios convencionales resulte peligroso para la vida e integridad de quien pretende emigrar.

1.5.1.4. El concepto de refugiado frente al concepto de asilado

Tal como hemos podido apreciar, algunas diferencias entre el asilo y el refugio se encuentran, primero, en el carácter regional del asilo, mientras el refugio tiene un carácter más bien universal al estar recogido en una Convención de Naciones Unidas con 140 ratificaciones en la actualidad. Segundo, los supuestos para ser admitido en un tercer Estado como asilado se limitan a la persecución política o comisión de delitos políticos, mientras que el refugio puede ser concedido a aquella persona perseguida o con temor fundado de serlo, no solo por motivo de sus opiniones políticas, sino también por causa de su raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un determinado grupo social. Tercero, el asilo fue diseñado para la atención de casos individuales, mientras el refugio es una figura orientada a la protección tanto de individuos cuanto de desplazados en masa, que son actualmente los casos más comunes. Cuarto, a decir de O'Donnell, existen también diferencias entre los derechos civiles, sociales y culturales reconocidos a los asilados y refugiados, aunque en ambos casos son superados por los derechos reconocidos en los diversos tratados generales sobre derechos humanos (O'Donnell 1989: 226), como lo vimos anteriormente.

Sin embargo, ambas figuras comparten la misma naturaleza de otras de base humanitaria, cuyo fin último es la protección de los derechos humanos de quienes huyen de sus lugares de origen o residencia solicitando protección de un tercer Estado. De hecho, el asilo y el refugio comparten los mismos orígenes y la misma historia hasta el siglo XIX, época cuando empieza a desarrollar características peculiares de acuerdo con la región en la cual se aplicó y con las circunstancias históricas y sociales de dicho espacio. Así, mientras los casos de persecuciones políticas a individuales debido a la inestabilidad del sistema de gobierno de nuestros países orientó el asilo como forma de protección hacia

ellos, en Europa los desplazamientos colectivos producto de la Revolución rusa y las guerras mundiales, fundados básicamente en los odios entre las razas, las religiones o grupos nacionales, llevaron a la concepción de una figura de base más amplia, que no se quedara solo en el asilo como acogimiento territorial por el Estado receptor sino que otorgase un régimen de protección mientras dure la situación de emergencia.

Esta situación ha llevado a un caos y confusión doctrinarios, dado que para un mismo supuesto (la persecución política) cabe en Latinoamérica la aplicación tanto del asilo cuanto del refugio. Incluso existe un uso confuso del término «asilo», dado que tiene dos significados distintos de acuerdo con la región donde se usa. Así, en América Latina el asilo será una institución jurídica que protege a los perseguidos políticos que huyen o buscan huir del territorio de su Estado de origen, mientras que en el resto del mundo se llama asilo a una de las etapas del refugio. En este sentido, la ex Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Refugiados, Sadako Ogata, definió tres etapas en el régimen de protección a los refugiados: la primera es la salida del país de origen o residencia hacia el Estado receptor; la segunda, el asilo por el Estado receptor; y la tercera, la solución duradera posterior, consistente en la repatriación, el reasentamiento o la asimilación (Ogata 1997). Este punto de vista ha sido magistralmente recogido por la actual ley española sobre asilo, que indica en su exposición de motivos que el asilo es «[...] la protección territorial que brinda el refugio».⁶⁴

⁶⁴ Exposición de Motivos de la Ley 9/1994, del 16 de mayo de 1994, modificatoria de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado 5/1984, del 26 de marzo de 1984.

Esta concepción del asilo como parte de la figura del refugio es la que prevaleció en la Convención de 1951 y la que se ha consolidado en el mundo en los últimos cincuenta años, mientras que los esfuerzos por lograr un régimen universal sobre asilo territorial fracasaron en 1977 por no haber acuerdo entre los estados participantes. Asimismo, en Latinoamérica, cuando los estados, frente a los conflictos en Centroamérica y a los desplazamientos colectivos ocurridos durante la década de 1980, no pudieron hacerles frente con el régimen del asilo por sus características ya señaladas, tuvieron que acercarse al régimen del refugio adoptando la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, y adhiriendo y/o ratificando la Convención de 1951. Inclusive el Comité Jurídico Interamericano preparó en 1966 un anteproyecto de Convención Americana de Refugiados, que hasta el momento ningún órgano de la OEA ha tomado en consideración (Santistevan 1986: 48).

Así, la relación entre el refugio y el asilo es una relación todo-parte. El asilo es la parte fundamental del refugio; sin él, ni el ACNUR ni ningún Estado puede brindar la protección necesaria y eficaz al refugiado. Y no solo eso: el asilo como parte de la figura del refugio es distinto del asilo reconocido por la práctica de los estados en Latinoamérica, dado que el último tiene carácter permanente, mientras el primero adquiere una calidad temporal, es decir, dura solo hasta el logro de una de las soluciones ya explicadas.

Por lo tanto, considerando lo ya dicho por Gros Espiell respecto del retroceso del asilo frente al refugio y con el fin de reforzar esta última institución, creemos conveniente tratar el asilo dentro del marco del derecho internacional de los refugiados y no por separado. Esta opción respeta la igual naturaleza jurídica de ambas figuras, evita una duplicidad de normas innecesaria y hasta peligrosa, e impulsa el refugio como medida de protección eficaz de derechos humanos, tanto individual cuanto colectiva.

1.5.2. El ingresante

La figura del ingresante es peculiar, dado que no fue desarrollada sino hasta 1980. En marzo de ese año, un grupo de ciudadanos cubanos irrumpieron en la embajada del Perú en La Habana, solicitando asilo y facilidades para salir de la isla, dado que el gobierno de Cuba había establecido restricciones severas para evitar la huida de sus nacionales. La situación de estos solicitantes, aunque presentada como asilo, no encajaba plenamente en los conceptos de refugiado o de asilado ya conocidos y aquí estudiados, por lo que algunos autores consideran que en esa ocasión se configuró un nuevo concepto: el de ingresante.

1.5.2.1. Concepto y características

El ingresante como institución jurídica se inspira en el asilo diplomático. Según lo explica Rubio, esta categoría se presenta cuando «[...] el Estado, del cual se es nacional, no otorga las garantías necesarias para un efectivo respeto de los derechos humanos, impidiendo la salida del país a los ciudadanos que deseen cambiar su forma de vida trasladándose a otros estados» (Rubio 1994: 18).

A partir de este concepto podemos señalar, entonces, las siguientes características: (1) la existencia de un régimen totalitario, que atenta contra los derechos civiles y políticos; (2) la imposibilidad de abandonar el país por las vías migratorias usuales, lo que restringe la libertad de tránsito; y, (3) el empleo de la inmunidad diplomática como el medio para lograr salir del país de origen.

1.5.2.2. El concepto de refugiado frente al concepto de ingresante

Como podemos apreciar, esta categoría tiene muchas semejanzas con el asilo diplomático, en tanto requiere de una solicitud, de un proceso de

calificación, de un permiso de salida del Estado territorial y, sobre todo, aprovecha la inmunidad de las legaciones diplomáticas para protegerse y conseguir salir del país. Estas semejanzas permiten deducir que ambas figuras tienen, por ende, la misma naturaleza jurídica, es decir, ambos son mecanismos de protección de los derechos humanos.

Hasta cierto punto, la figura del ingresante como variación del asilo diplomático es producto de las circunstancias políticas, geográficas, sociales o culturales que impiden que esta se produzca tal como lo estipulan los convenios internacionales y la normativa nacional sobre asilo. Esta es la causa por la cual los casos de ingresantes, con las mismas características del caso de los ingresantes cubanos en la embajada del Perú en La Habana, se repitió desde entonces solo una vez,⁶⁵ sino que se han presentado de acuerdo con las circunstancias del país donde ocurre y del momento.⁶⁶ Ello nos lleva a concluir que no es una categoría jurídica propiamente dicha, sino que está conformada por casos de excepción.

⁶⁵ El 27 de febrero de 2002, una veintena de cubanos opositores al régimen de Fidel Castro ingresaron en la Embajada de México en La Habana estrellando un autobús contra su entrada, para solicitar asilo. Ello debido a una mala interpretación de las declaraciones del canciller mexicano Jorge Castañeda, quien dijo que «las puertas de la Embajada de México en la isla están abiertas a todos los ciudadanos cubanos». En <<http://www.cubonet.org/Cnews/y02/feb02/28o1.htm>>.

⁶⁶ Ello ocurrió cuando veinticinco norcoreanos entraron ilegalmente a China e ingresaron en la Embajada de España en Pekín, solicitando asilo y ser enviados a Corea del Sur. Ellos alegaron que, de retornar a Corea del Norte, serían acusados de desertores y se les aplicarían penas de trabajos forzados u otras lindantes con la tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Nótese cómo, para evitar la acusación de desertión, este grupo no solicita asilo en ninguna embajada de Pyongyang, y tampoco lo hace en China, porque este país los hubiera devuelto a Corea del Norte. Llama la atención que el grupo no haya solicitado asilo en España, sino que le pida al embajador que los reconozca como «refugiados políticos» y los envíe a Corea del Sur. Esta situación, entonces, no encajaría ni como asilo diplomático ni como la situación de ingresantes aquí estudiada. Véase la noticia en <<http://www.el-mundo.es/2002/03/15/mundo/1119235.html>>.

El parecido de esta figura con el refugio es mucho mayor. El ingresante reúne las características dadas para los refugiados por la Convención de 1951, por cuanto existe un temor fundado de ser perseguido o sufrir persecución por el Estado de origen y, en consecuencia, no puede o no quiere acogerse a la protección que este Estado brinda a sus nacionales. Sin embargo, las diferencias entre ambas figuras radican en que los motivos por los cuales los ingresantes buscan viajar al extranjero son distintos de los enumerados en el artículo 1 de la Convención de 1951, en tanto engloba una situación de riesgo de violación de derechos humanos no necesariamente basada en motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o grupo social. Algunos ejemplos claros pueden ser encontrados en los desplazamientos causados por las guerras civiles o las crisis económicas, supuestos que han sido incluidos en algunos instrumentos internacionales de carácter regional como motivos para buscar refugio. Además, en el caso de los ingresantes existe una restricción migratoria proveniente del gobierno, que no se da en la figura del refugio.

En nuestra opinión, esta diferencia puede desaparecer en la medida en que se extiende el concepto de refugiado hacia nuevos motivos para salir del país de origen o residencia, tal como veremos en el siguiente capítulo, y en tanto más estados dispongan la posibilidad de iniciar el trámite de solicitud de refugio a través de sus legaciones diplomáticas en el exterior, tal como veremos en el tercer capítulo, en la parte referida a legislaciones nacionales. Asimismo, tal como lo expresamos respecto de la figura del asilo, lo más conveniente para el régimen de protección internacional es que la figura del ingresante sea asimilada a la del refugio, con el fin de lograr una normatividad armónica en la materia.

Capítulo 2:

Ampliación efectiva del concepto de refugiado establecido en la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

El concepto de refugiado contenido en la Convención de 1951 analizado en el capítulo precedente surgió de circunstancias especiales, como fueron los desplazamientos masivos por territorio europeo durante y luego de la Primera y Segunda Guerra Mundial. Por ello, esta definición y el sistema de protección construido alrededor de ella respondían a la realidad del momento, tomando en cuenta las principales causas de estas movilizaciones e incluso limitando su aplicación al continente europeo.

Sin embargo, el escenario internacional que propició este sistema sufrió cambios considerables que presentaron nuevos retos al ACNUR y a los estados. El más importante, sin duda, fue el *boom* de la descolonización africana a partir de 1960, que llevó a muchos pueblos a lograr su independencia así como su reconocimiento como estados independientes y su consolidación como países política y económicamente viables. Este proceso, que abarcó casi todo el continente, generó huidas en masa y solicitudes de refugio en igual número, al punto que a fines de los años sesenta dos tercios del presupuesto del ACNUR eran invertidos en África (Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados 2001: 270). Esta situación demostró al mundo que el fenómeno migratorio empezaba a expandirse, y no siempre basado en las mismas causas que lo motivaron en los años cincuenta.

Posteriormente, a los desplazamientos en África se añadan, durante la década de 1970, los movimientos de refugiados en Asia, de los que destacan el ingreso de cerca de diez millones de pakistaníes a la India huyendo de la guerra civil (1971), y el éxodo vietnamita, camboyano y laosiano luego de la asunción del poder por gobiernos comunistas (1975) (Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados 2001: 271-272). Los años ochenta y noventa no harían sino confirmar la gravedad del problema. En ambas décadas aumentaron estas cifras las masas de pobladores de Nicaragua, El Salvador y Guatemala que huían de los conflictos armados internos en Centroamérica, y saltó a la palestra la diáspora de la población de Afganistán hacia sus países vecinos. Con el correr de los años esta se constituyó en la población refugiada nacional más numerosa (Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados 2001: 273).

Así, la realidad internacional presentaba nuevos fenómenos migratorios que, de acuerdo con los ejemplos expuestos, tenían tres tipos de origen (Keely 1996: 1052-1055; Zolberg 1986: 156 y ss.):

- a) Primero, la debilidad de los estados multinacionales. En ellos tienen origen flujos de refugiados debido al dominio de uno de los grupos sobre los otros; por causa de la «limpieza étnica», por medio de traslados, expulsiones o, en el peor de los casos, genocidio; por la conformación de confederaciones que fracasan por distintos motivos; o, por último, por la formación de una identidad supranacional separada de los pueblos que la constituyen pero que no llega a cuajar por las diferencias existentes entre ellos.
- b) Segundo, el fuerte componente ideológico que distorsiona la relación entre el Estado y la nación que lo conforma. Así, el fanatismo

por una determinada idea o tendencia política puede constituir una interferencia para el libre desenvolvimiento de las actividades del grupo antagónico, lo que puede conducir a la crisis y al conflicto internos. Otro elemento ideológico capaz de conducir al Estado al desequilibrio son las creencias religiosas llevadas al extremo, o cuando son asumidas como normas legales, las que son impuestas desde el gobierno bajo pena de castigo de no ser seguidas (Jansen 1997).¹

- c) Tercero, el colapso estatal (*state implosion*). En este caso la estructura estatal se desmorona; existe una economía débil, los servicios que el Estado presta a la sociedad son ineficientes y no hay promoción de la actividad empresarial. De esta manera, la esperanza de una vida mejor se reduce y, por la falta de seguridad y de un buen futuro, sus ciudadanos prefieren optar por la emigración hacia otro país donde puedan cumplir sus anhelos.

Era evidente que la Convención de 1951 no tomaba en cuenta estos nuevos supuestos, dado que basaba su calificación en la prueba de la persecución o del temor fundado de ella por las casuales ya establecidas. Eventualmente, algunos casos, como los de quienes huían de un conflicto armado, podían ser atendidos si estaba presente el elemento persecutorio, mientras que otros, como el del colapso estatal, quedaban claramente excluidos de la normativa internacional sobre la materia.

¹ Un ejemplo de este caso lo constituyó Afganistán durante el gobierno talibán, dado que aplicaban una interpretación del Corán en el sentido más estricto y con las sanciones más severas para quienes incumpliesen sus preceptos. Así, eran conductas reprobadas el tomar fotografías y escuchar música que no sean cánticos religiosos; las mujeres no tenían derechos, debían ir completamente cubiertas al vestirse y estaba permitido que sus padres arreglasen sus matrimonios mientras eran jóvenes, y que el marido pudiese revenderlas si ya no lo satisfacían.

2.1. Hacia un concepto ampliado de refugiado

El cambio en el panorama mundial arriba descrito trajo consigo la revisión de los instrumentos internacionales vinculados a los refugiados, así como la expansión del concepto de refugiado de tres maneras: la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que autorizaba al ACNUR a actuar en casos claramente fuera de su ámbito; la dación del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967; y la ratificación de convenios regionales que permitieran la mejor y más amplia aplicación del sistema internacional de protección a los refugiados, al amoldarlo a la realidad continental.

2.1.1. Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Durante los primeros años de aplicación de la Convención de 1951 empezaron a surgir nuevos casos de desplazamientos fuera de Europa. Sin embargo, el primer obstáculo que debió enfrentar el ACNUR fueron las limitaciones geográficas y temporales en el ámbito de aplicación de la Convención de 1951. Según estas, dicho instrumento (y por ende el sistema de protección a los refugiados) operaría solo para quienes estuviesen reconocidos como refugiados como resultado de los «acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951». Además, incluía dos interpretaciones a esta última frase, una de aplicación únicamente en Europa y otra de aplicación en Europa o en otro lugar. Los estados que firmaran, adhirieran o ratificaran esta Convención debían también formular una declaración optando por una de estas interpretaciones.

Sin embargo, a pesar de no encontrarse en su ámbito, el ACNUR logró materializar su participación en situaciones surgidas fuera de

Europa gracias a la Asamblea General de las Naciones Unidas. La primera vez fue en el caso de los refugiados chinos en Hong Kong, quienes emigraron a este país desde 1945 huyendo del nuevo régimen comunista en China. Ante ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Resolución 1167 (XII) del 26 de noviembre de 1957, solicitando al ACNUR que usara sus «buenos oficios» para pedir contribuciones destinadas a ayudar a estos refugiados (ACNUR 2000: 39).

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 1286 (XIII) del 5 de diciembre de 1958, y usando la misma fórmula de los «buenos oficios», autorizó al ACNUR a continuar su labor a favor de los refugiados argelinos que, por causa de la guerra de independencia en Argelia del dominio de Francia, huyeron a Marruecos y Túnez procurando ponerse a salvo de la tortura y otras violaciones masivas de derechos humanos por el Ejército francés.

Aparte de estas resoluciones, hay que mencionar el apoyo económico y logístico otorgado por la ONU y los estados al ACNUR para el mejor cumplimiento de sus funciones, en lo que respecta a los casos arriba citados y a los análogos que aparecieron posteriormente.

El gran aporte de estas resoluciones consiste en que expandieron por primera vez la labor del ACNUR hacia otras regiones, e hicieron patente el hecho de que el fenómeno de los refugiados era mundial, por lo cual las restricciones geográficas de la Convención de 1951 constituían un estorbo para el ejercicio de sus funciones. Ello llevó, años más tarde, a la dación del Protocolo de 1967, que incorporó modificaciones a la Convención de 1951.

2.1.2. Dación del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967)

Las limitaciones geográficas y temporales en el ámbito de aplicación de la Convención de 1951, manifiestas al poco tiempo de proclamarse y resaltadas por la necesidad de recurrir a resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas cada vez que el ACNUR deseaba cooperar en un caso de refugiados en otras regiones, determinaron que desde 1964 el Comité Ejecutivo del ACNUR analizara qué posibles vías podían tomarse para ampliar dichos ámbitos.

De esta manera, para evitar que los países no europeos quedaran privados de ratificar la Convención, y para eliminar la posibilidad de que refugiados interesados quedasen fuera del ámbito de la Convención de 1951 solo por un factor temporal, luego de tres años de negociaciones y consultas, los estados aprobaron el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967, y que entró en vigor el 4 de octubre de ese mismo año.

Los dos principales aportes del Protocolo de 1967 respecto de la ampliación del concepto de refugiado consisten no solo en remover estas limitaciones geográficas y temporales, sino también en permitir al Estado firmante, adherente o ratificante que se comprometa a aplicar obligatoriamente los artículos 2 a 34 de la Convención de 1951, aun cuando no haya firmado, adherido o ratificado dicha Convención (artículo 1 del Protocolo de 1969). Asimismo, esta reafirma el deber del Estado de cooperar con el ACNUR.

2.1.3. Convenios regionales

Otro medio por el cual se amplió el concepto de refugiado fue la celebración de convenios y acuerdos de carácter regional o específico de

acuerdo con el caso concreto. Los más importantes para nuestra investigación son la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre Refugiados de 1969 y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, tanto por su importancia para extender la noción de refugiado cuanto por constituir complementos regionales de la Convención de 1951, al adecuar sus disposiciones a las necesidades y urgencias regionales.

2.1.3.1. Convención de la OUA sobre Refugiados de 1969²

Si bien la OUA había manifestado desde 1963 la necesidad de contar con un instrumento regional sobre refugiados que, sin ir contra el espíritu de la Convención de 1951, tuviera en cuenta la realidad africana de los años sesenta, esta tardó algún tiempo en materializarse, porque el ACNUR temía que un instrumento regional debilitara el carácter universal de la Convención de 1951. Este conflicto fue finalmente superado cuando la Secretaría de la OUA invitó al ACNUR a participar en el proceso de elaboración de esta norma regional (ACNUR 2000: 64).

De esta manera, el artículo 1.1 de la Convención de la OUA de 1969 quedó redactado de la siguiente manera:

² Esta Convención entró en vigor el 20 de junio de 1974, y actualmente cuenta con 41 estados parte: Argelia, Angola, Benin, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Cabo Verde, República Centroafricana, Chad, Congo Brazzaville, Congo Kinshasa, Egipto, Guinea Ecuatorial, Etiopía, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Kenya, Lesotho, Liberia, Libia, Malawi, Mali, Mauritania, Mozambique, Níger, Nigeria, Ruanda, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Sudán, Swazilandia, Tanzania, Togo, Túnez, Uganda, Zambia y Zimbabwe.

A los efectos de la presente Convención, el término «refugiado» se aplicará a toda 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 habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país.

Como podemos apreciar, la Convención de la OUA recoge literalmente en su primer párrafo la definición de refugiado establecida en la Convención de 1951. Sin embargo, añade en el artículo 1.2 que:

2. El término «refugiado» se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.

Este concepto de refugiado es mucho más amplio que el de la Convención de 1951. Debido a que su discusión se dio en medio de los procesos de descolonización e independencia producidos en el continente africano, los que culminaban en agresiones, invasiones, violaciones graves de derechos humanos o alteración grave del orden público, se trató de evitar el agravamiento de la situación de los colonos y de garantizar su protección por los países que firmaran este Convenio, independientemente de si los solicitantes de refugio pudiesen probar o no un temor fundado de persecución. Ello nos parece un gran avan-

ce, no solo por la ampliación del concepto de refugiado en sí sino también porque esta Convención constituyó la primera señal clara de la evolución del sistema internacional de protección a los refugiados de acuerdo con la realidad geográfica y temporal.

Asimismo, la Convención de la OUA de 1969 incluye cláusulas de exclusión similares a las de la Convención de 1951. Esta no hace mención a las restricciones para quienes reciben protección o asistencia previa de otros órganos de Naciones Unidas distintos del ACNUR, y para quienes los países de residencia reconocen los mismos derechos y obligaciones que a sus nacionales, incluidas en la Convención de 1951. Sin embargo, la Convención de la OUA, en su artículo 1.5, señala que no se beneficiarán de su sistema de protección quienes hayan cometido delitos contra la paz, delitos de guerra o delitos contra la humanidad (letra a); graves delitos comunes antes de su admisión en el país de refugio (letra b); actos contrarios a los objetivos y principios de la OUA (letra c); y actos contrarios a los objetivos y principios de las Naciones Unidas (letra d).

Respecto de las cláusulas de cese, estas están contempladas en el artículo 1.4 de la Convención de la OUA, e incluyen los siguientes supuestos:

- a) si esa persona se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o
- b) si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente, o
- c) si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad, o
- d) si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que ha abandonado o fuera del cual ha permanecido por temor de ser perseguida;

- e) si, habiendo desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales esta persona fue reconocida como refugiado, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad;
- f) si ha cometido un delito grave de carácter no político fuera del país de asilo después de haber sido admitida como refugiado en dicho país;
- g) si ha violado gravemente los objetivos perseguidos por la presente Convención.

Podemos apreciar que, salvo la cláusula para el caso de la apatridia contemplada en el artículo 1C(6) de la Convención de 1951, la Convención de la OUA incluye todas las cláusulas de cese de la Convención de 1951. Aparte de ello, se incorporan dos nuevas, de evidente cariz regional: la comisión de delito grave fuera del país de asilo después de ser admitido como refugiado, y la violación de los objetivos perseguidos por la Convención de la OUA. Estas concuerdan con el artículo 3.1 de este mismo instrumento, en el que se prohíbe a los refugiados realizar actividades subversivas contra cualquier Estado miembro de la OUA.

Otros aportes importantes al sistema de protección al refugiado de la Convención de la OUA de 1969 se encuentran reseñados en el artículo 2. En su párrafo 1, declara como deber del Estado hacer el máximo esfuerzo, en consonancia con sus respectivas legislaciones nacionales, para recibir refugiados y asegurar su asentamiento, mientras la Convención de 1951 no mencionaba el derecho al asilo. Asimismo, el párrafo 3 consagra un principio ampliado de *non refoulement* respecto del incorporado en la Convención de 1951, al incluir la prohibición de rechazar en la frontera a los solicitantes de refugio junto a los de retorno o expulsión incluidos en la Convención del ACNUR.

2.1.3.2. Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984

En el ámbito latinoamericano no existen convenciones en materia de refugiados. La idea llegó a considerarse en un momento, y en 1966 el Comité Jurídico Interamericano elaboró un anteproyecto de Convención Americana sobre Refugiados; lamentablemente, estos esfuerzos no se concretaron en un instrumento internacional.³ Actualmente, el instrumento jurídico más importante es la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, del 22 de noviembre de 1984, que, tal como afirma acertadamente Gros Espiell, si bien es cierto no es un tratado con fuerza convencional, tiene influencia en los estados latinoamericanos por la vía consuetudinaria (Gros 1994: 453 y ss.), por existir tanto un elemento material (la práctica de la institución del asilo, la protección a los derechos humanos) cuanto otro psicológico (la conciencia de obligatoriedad de realizar estas conductas).

Dicha Declaración expresa, en la parte III, tercera conclusión, que:

[...] De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

³ Véase texto del anteproyecto en Comité Jurídico Interamericano. *Recomendaciones e informes*, vol. IX, pp. 337-351.

Queda claro que, a semejanza de la definición de la Convención de la OUA, la Declaración de Cartagena recogió una realidad preexistente, como fue la crisis centroamericana de la década de 1980, traducida en violencia generalizada por los conflictos armados internos en El Salvador, Nicaragua y Guatemala, gobiernos opresores y violaciones de derechos humanos. La necesidad de adoptar un documento por causa de esta situación radicaba en que la normativa latinoamericana sobre asilo resultó insuficiente para encarar el fenómeno, no solo porque la mayor parte de emigrantes no encajaban en su definición de asilado, sino también porque los desplazamientos en masa que caracterizaron este fenómeno excedían la visión individual del asilo. Por ello, se requería otro tipo de medidas de protección.

Una primera característica de este concepto ampliado de refugiado, al igual que la Convención de la OUA de 1969, consiste en la incorporación exacta del concepto de refugiado de la Convención de 1951. Ello ratifica, una vez más, el carácter complementario de estos instrumentos regionales frente a lo dispuesto por la Convención de 1951, lo cual no fractura ni sustituye el régimen universal de protección al refugiado.

En segundo lugar, la Declaración de Cartagena establece que se admitirá como refugiados a aquellos cuya vida, libertad o seguridad estén en peligro de ser vulneradas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Este requisito, no incorporado ni en la Convención de 1951 ni en la Convención de la OUA de 1969, nos hace pensar que no será suficiente sustentar la solicitud de refugio en la existencia de los nuevos motivos incorporados en la Declaración de Cartagena, sino que será necesario probar que estos motivos amenazan la vida,

seguridad o libertad de la persona. Al no incluir esta disposición, la definición de refugiado de la OUA sería más amplia, porque allí sí bastará probar que se está huyendo por los nuevos motivos para ser reconocidos como refugiados. Según Arboleda (2001: 180), la incorporación de este requisito en la Declaración de Cartagena responde a la influencia de la tradición latinoamericana sobre asilo, en la que es necesario temer por la vida antes de solicitar el asilo. Sin embargo, ello no ha limitado su aplicación porque «[...] en la práctica, esta redacción no ha sido interpretada rígidamente y la definición no está limitada por ella» (Arboleda 2001: 180).

En nuestra opinión, tanto en el ámbito universal cuanto en el regional, el elemento de amenaza de los derechos a la vida, libertad o seguridad es fundamental, porque la protección contra la violación de estos derechos es el principio que sostiene el derecho internacional de los refugiados. Por eso el sistema internacional los protege de la persecución y por ello es favorable, aunque sea a escala regional, la consideración de nuevos motivos de desplazamientos. Sin embargo, esta expansión no debe desnaturalizar la esencia de la institución del refugio y, por tanto, no debería ser suficiente solicitar refugio alegando estos nuevos motivos sin probar el daño, la amenaza o el temor fundado de violación de estos derechos fundamentales.

El tercer elemento de esta definición es el establecimiento de los nuevos motivos de generación de refugiados, esto es, la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Las nociones de violencia generalizada, conflicto interno y violación masiva de derechos humanos tampoco están incorporadas ni en la Convención de 1951 ni en la Convención de la OUA de 1969, y son incluidas en la Declaración de Cartagena porque

las tres eran consecuencia directa de las guerras civiles centroamericanas. Sin embargo, esta inclusión le da al concepto de refugiado de la Declaración de Cartagena una amplitud que va mucho más allá de la terminología de la Convención Africana, y constituye el lenguaje más expansivo utilizado hasta ahora para definir al refugiado (Arboleda 2001: 181). Lo que ambos instrumentos regionales sí comparten, y que en ambos casos funciona como factor que prevé la aparición de nuevos motivos de desplazamientos, es la mención a «cualquier otra circunstancia que perturbe gravemente el orden público».

En cuanto a las cláusulas de exclusión y las de cese, la Declaración de Cartagena no hace aportes en este campo, a diferencia de la Convención de la OUA de 1969. Ello se debe a que dicha Declaración fue producto de un coloquio académico regional,⁴ que contó con la presencia de expertos y delegados estatales que expondrían acerca de la situación de los refugiados en sus países, pero que no tenían ninguna pretensión de elaborar una convención sino que se limitaron a hacer un análisis regional para así proponer medidas de solución a los gobiernos. A pesar de este origen académico, la Declaración de Cartagena de 1984 se aplica a los estados latinoamericanos, no solo porque recoge principios de derecho consuetudinario, como afirmaba Gros Espiell, sino también por el respaldo recibido de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Además de ello, varios estados, especialmente los centroamericanos, la han incorporado a sus legislaciones nacionales (ACNUR 2000: 174).

⁴ Coloquio Internacional *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios*, celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

las tres eran consecuencia directa de las guerras civiles centroamericanas. Sin embargo, esta inclusión le da al concepto de refugiado de la Declaración de Cartagena una amplitud que va mucho más allá de la terminología de la Convención Africana, y constituye el lenguaje más expansivo utilizado hasta ahora para definir al refugiado (Arboleda 2001: 181). Lo que ambos instrumentos regionales sí comparten, y que en ambos casos funciona como factor que prevé la aparición de nuevos motivos de desplazamientos, es la mención a «cualquier otra circunstancia que perturbe gravemente el orden público».

En cuanto a las cláusulas de exclusión y las de cese, la Declaración de Cartagena no hace aportes en este campo, a diferencia de la Convención de la OUA de 1969. Ello se debe a que dicha Declaración fue producto de un coloquio académico regional,⁴ que contó con la presencia de expertos y delegados estatales que expondrían acerca de la situación de los refugiados en sus países, pero que no tenían ninguna pretensión de elaborar una convención sino que se limitaron a hacer un análisis regional para así proponer medidas de solución a los gobiernos. A pesar de este origen académico, la Declaración de Cartagena de 1984 se aplica a los estados latinoamericanos, no solo porque recoge principios de derecho consuetudinario, como afirmaba Gros Espiell, sino también por el respaldo recibido de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Además de ello, varios estados, especialmente los centroamericanos, la han incorporado a sus legislaciones nacionales (ACNUR 2000: 174).

⁴ Coloquio Internacional *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios*, celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

2.2. Nuevos elementos del concepto de refugiado

La revisión de los instrumentos jurídicos sobre refugiados y la elaboración de otros de carácter regional, con el objeto de ampliar su ámbito de aplicación, demuestran la tendencia actual del ACNUR a tratar la protección de los refugiados desde un punto de vista integral, en el cual convergen el derecho internacional de los refugiados, los sistemas de protección de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Sobre este punto, Cançado Trindade (1994: 166) también afirma que desde esta nueva perspectiva se deja de lado el criterio subjetivo, por el cual se determina quiénes se encuentran bajo la definición de refugiado, y se opta por un criterio más bien objetivo, por el que lo importante es comprobar las necesidades de protección de quien solicita el reconocimiento del estatuto de refugiado.

Esta afirmación, a nuestro parecer, es importantísima, dado que revela el peso que los derechos humanos han adquirido en esta materia en los últimos tiempos. La protección efectiva de los derechos humanos se perfila como el argumento de mayor relevancia para extender el concepto jurídico de refugiado de la Convención de 1951, lo que permite ampliar el número de personas beneficiarias de la protección legal y humanitaria del ACNUR.

Esta saludable tendencia, aunada a los intentos de ampliación del término «refugiado» vistos anteriormente, trajo como consecuencia la reconsideración de los tres elementos de la noción de refugiado contenida en la Convención de 1951. Así, la práctica del ACNUR y la de los estados abrieron el elemento del temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, para considerar nuevas causales

de desplazamiento. Asimismo, el elemento de cruzar la frontera para emigrar a un tercer país no impidió que se brindara cooperación y asistencia a las masas de desplazados internos que, aun en su territorio nacional, pasaban las mismas urgencias y necesidades que un refugiado. En la siguiente sección veremos la asimilación de estos nuevos supuestos a la definición de refugiado de la Convención de 1951 y al sistema de protección diseñado para este fin.

2.2.1. Nuevos motivos de desplazamientos equiparables a la persecución

El concepto de «temor fundado» analizado en el capítulo anterior se mantiene como base para el desarrollo de esta sección. En cuanto a los motivos, de todos los supuestos ya citados en la parte referida a convenios regionales, veremos con mayor profundidad tres de ellos, debido a la frecuencia con la que se presentan en el mundo actual y el gran número de refugiados que originan.

Estos motivos que generan temor en los nuevos refugiados son, principalmente, los conflictos armados, los desastres ambientales y los factores económicos. Esto implica un complemento a la noción de persecución establecida en el capítulo anterior, en tanto la amenaza no solo podría provenir del Estado, grupos civiles o agentes particulares, sino también de la naturaleza, en el caso de los desastres ambientales, o de una causa económica muy grave, en el caso de que las razones fuesen económicas.

En la práctica, estos factores no suelen darse en forma pura, sino que interactúan entre sí, de manera que unos predominan sobre otros. Por lo tanto, esta explicación es de orden didáctico y teórico más que

práctico. Empero, nos será muy útil para aproximarnos a los nuevos casos de desplazamientos.

2.2.1.1. Conflictos armados

Los conflictos armados no han sido considerados expresamente en la definición de la Convención de 1951, aunque fueron incluidos como caso especial en el *Manual de procedimientos* del ACNUR.⁵ Esto se debe tanto al contexto en el que se elaboró este concepto (luego de la Segunda Guerra Mundial), cuanto a la aceptación general de que las reglas internacionales que gobernaban su tratamiento eran o podían ser incorporadas en otros artículos referidos a los derechos humanos de los individuos en situación de conflicto (Gallagher 1989: 581; ACNUR 1992: párrafo 164).⁶

Desde el punto de vista del derecho internacional humanitario, los conflictos armados incluyen tres categorías en función de las partes beligerantes. La primera trata del conflicto armado internacional. Este concepto no se limita al supuesto de «guerra» entendido como el enfrentamiento entre las Fuerzas Armadas de al menos dos estados, sino que incluye también los casos en los que no hay un combate propiamente dicho, sino una situación que enfrenta a dos estados, y que, en el corto o mediano plazo, lleve a la intervención de las Fuerzas Armadas. En este último caso nos encontraremos ante el denomina-

⁵ Véase *infra* 2.3.1.

⁶ Estos instrumentos son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de víctimas de la guerra, y el Segundo Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

do conflicto internacional de facto (Swinarski 1984: 24-25), puesto que no existe un enfrentamiento armado pero sí una relación tensa entre ambos estados. La ocupación territorial de uno de los estados u otros actos de hostilidad son claros ejemplos de conflicto armado internacional y conflicto internacional de facto respectivamente.

La segunda es el conflicto armado no internacional, definido en el artículo 1 del Segundo Protocolo Adicional a las Convenios de Ginebra de 1949. Siguiendo a Swinarski, los elementos constitutivos de esta figura son:

- el conflicto tiene lugar en el territorio de un Estado;
- se oponen las fuerzas armadas de este Estado a fuerzas armadas o a grupos armados que no reconocen su autoridad;
- estas fuerzas y estos grupos armados deben estar bajo el mando de una autoridad responsable;
- deben ejercer un dominio sobre una parte del territorio de dicho Estado que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar las disposiciones de derecho humanitario del Protocolo II. (Swinarski 1984: 45)

Concordamos con la definición arriba descrita, pero con dos salvedades. Primero, el conflicto empieza en el territorio de un Estado, pero puede darse el caso de que termine extendiéndose más allá de las fronteras nacionales, por lo que cabe la posibilidad de que un conflicto armado no internacional se internacionalice. Segundo, tal como reconoce Swinarski, es fundamental la identificación de las partes que intervienen en el conflicto para encontrarnos ante un conflicto armado no internacional. Así, de ser una de las partes un grupo rebelde o disidente, debe existir alguna forma de reconocerlo y distinguirlo de otros grupos. Una de estas formas es la contemplada como

el tercer elemento, vale decir, la presencia de una autoridad responsable de dicho grupo, dado que la sola organización militar no es suficiente para establecer un grupo armado o fuerza armada (Swinarski 1984: 46-47).

Ejemplos de conflicto armado no internacional son las guerras civiles, que enfrentan a dos grupos armados pertenecientes al mismo Estado, así como el enfrentamiento entre las Fuerzas Armadas de un Estado que ya no obedece a su gobierno y las fuerzas leales a él (Swinarski 1984: 46).

El tercer caso es el de los disturbios interiores. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) reconoce que existen disturbios interiores cuando:

[...] hay, dentro de un Estado, un enfrentamiento que presenta cierta gravedad o duración e implique actos de violencia. Estos actos pueden ser de formas variables, desde actos espontáneos de rebelión hasta la lucha entre sí de grupos más o menos organizados, o contra las autoridades que están en el poder. En tales situaciones [...], las autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales e incluso a las fuerzas armadas para establecer el orden [...]. (Swinarski 1984: 59)

La principal diferencia entre los disturbios interiores y el conflicto armado no internacional es que, a pesar de existir una situación de enfrentamiento entre las autoridades y parte de la población, no pueden distinguirse claramente las partes que participan en estos disturbios. Aquí se reitera la gran importancia que tiene la identificación de las partes beligerantes para determinar el tipo de conflicto. Son ejemplos de disturbios interiores los motines, la lucha entre facciones de un mismo bando, etcétera.

Finalmente, también existe una situación denominada tensiones internas. Esta es definida por el CICR como «toda situación de grave tensión en un Estado, de origen político, religioso, racial, social, económico, et cetera», así como «las secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores que afectan al territorio de un Estado» (Swinarski 1984: 59).

Según este concepto, las tensiones internas, como los disturbios interiores, se producen en el territorio de un mismo Estado, entre dos grupos de los que al menos uno no es plenamente identificable. La diferencia entre estas modalidades radica en que mientras los disturbios interiores implican actos de violencia, las tensiones internas reflejan más bien un clima hostil dentro de un Estado, sea por motivos políticos, religiosos, raciales, sociales o económicos, o por ser consecuencia de un conflicto armado o disturbio interno, pero que no se materializa en una acción violenta. Así, el disturbio interior pasa a ser la consumación de la tensión interna en un Estado, por lo que la diferencia entre ambas figuras es básicamente el grado de violencia hacia el grupo contrario.

Los actos que caracterizan las tensiones internas son los arrestos en masa, las detenciones por motivos políticos, los malos tratos, la suspensión de las garantías fundamentales, entre otros. En nuestra opinión, estos actos conllevan de por sí una carga de violencia. Sin embargo, la diferencia estriba en que la violencia de los disturbios interiores va dirigida desde el grupo descontento hacia los agentes estatales, mientras que en la tensión interna existe una agresión proveniente del Estado hacia parte de la población, la que se siente descontenta pero no manifiesta su insatisfacción mediante actos de violencia.

La ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados, Sadako Ogata, reconoció la importancia para su institución de la prevención de los conflictos armados, tanto externos cuanto internos, y también el contacto directo que tienen con quienes huyen de la persecución y la violencia de masas, por lo cual la protección a los refugiados debe ir combinada con una activa búsqueda de soluciones e iniciativas creativas en el campo de la prevención (Ogata 1997). Estas declaraciones pueden ser tomadas como la admisión en la práctica del ACNUR del reconocimiento del estatuto de refugiado a quien emigra a causa de un conflicto armado, dado que de otra forma no podría brindarle la protección legal y humanitaria debida a estas personas y, además, es una muestra de la aplicación del criterio objetivo basado en las necesidades de protección de quienes solicitan refugio.

Los conflictos armados, sean internacionales o no internacionales, son, entre los motivos por analizar, los que producen actualmente el mayor número de refugiados en el mundo, no solo por el clima generalizado de violencia que logra poner en peligro la seguridad de quienes habitan en los estados que la sufren, sino porque son, en nuestra opinión, el punto al cual llegan los pueblos de un país cuando mantienen sin solución problemas internos de orden político, social, económico y cultural. Los disturbios interiores y la tensión interna también pueden generar migrantes, aunque en la mayoría de los casos se trata de desplazados internos. Esto es muy importante si tenemos en cuenta que, de entre ellos, los factores político y social pueden generar, bajo las circunstancias descritas en el concepto de refugiado de la Convención de 1951 —es decir, persecución por motivos de raza, religión, pensamiento político o pertenencia a un determinado grupo social—, un gran número de solicitantes de refugio, quienes pueden estar amparados por la protección del ACNUR. Dos de los ejemplos más representativos de refugiados a causa de los conflictos no interna-

cionales son los de Somalia (Ogata 1997) y Ruanda (Ogata 1997: 271 y ss.),⁷ ambos en el continente africano, y la ex Yugoslavia (Ogata 1997: 241 y ss.),⁸ en Europa.

2.2.1.2. Desastres ambientales

El *Manual de procedimientos* del ACNUR menciona a quienes emigran por desastres ambientales cuando explica la frase «fundados temores de ser perseguida», al afirmar que:

⁷ El caso ruandés fue mucho más peculiar, porque el origen de la guerra civil fue la falta de solución al problema de la gran masa de refugiados tutsis generada en 1962 y calculada en unos 120.000, a raíz de la independencia de Ruanda y de la intolerancia del grupo hutu, que tomó el poder y lo mantuvo hasta 1990. En ese año, los exiliados tutsis se agruparon en el Frente Patriótico Ruandés (RPF) y atacaron Ruanda desde sus posiciones en Uganda. Esto obligó al gobierno a negociar la paz, a buscar la repatriación de todos los refugiados y a concluir con su gobierno de partido único, pero las posiciones radicales de los tutsis y los hutus condujeron este acuerdo al fracaso y a la guerra civil por el control del poder, en la cual fueron asesinados millones de tutsis y hutus moderados por el grupo hutu que permanecía en el gobierno. Este fue el motivo del segundo éxodo de ruandeses, principalmente hacia Zaire (1'200.000), Tanzania (580.000), Burundi (270.000) y Uganda (10.000). Ello sin contar con las cerca de 800.000 víctimas del genocidio y de los 1'500.000 desplazados internos.

⁸ En 1991, Eslovenia y Croacia declaran su independencia de la República Federal Socialista de Yugoslavia. En eso estalla la violencia en Croacia, donde el Ejército yugoslavo y los paramilitares de la minoría serbia en territorio croata toman el control de un tercio de este territorio y comienzan la llamada «limpieza étnica». En 1992 la violencia se expande a Bosnia y Herzegovina, que declara su independencia ese año, y cuyos principales grupos poblacionales eran los musulmanes (44 por ciento), los serbios (31 por ciento) y los croatas (17 por ciento). En un afán por «defender» a la minoría serbia residente en Bosnia, el presidente serbio Slobodan Milosevic ordena a las fuerzas militares y paramilitares serbias combatir a las demás minorías. Ello produjo en un primer momento una alianza contra los serbios entre los bosnios musulmanes y los bosnios croatas, pero en 1993 estallan los primeros combates entre estos aliados, lo que dio lugar a una segunda oleada de «limpieza étnica». Cuando terminó la guerra, en 1995, más de la

Por las razones indicadas, la expresión «debido a fundados temores de ser perseguida», al distinguir un motivo específico, da lugar automáticamente a que todas las demás razones de huida sean ajenas a la definición. *Excluye a personas como las víctimas del hambre o de los desastres naturales, a no ser que además tengan fundados temores de ser perseguidas por una de las razones señaladas.* Sin embargo, esos otros motivos no son totalmente ajenos al proceso de determinación de la condición de refugiado, ya que es menester tener en cuenta todas las circunstancias para entender convenientemente el caso del solicitante. (Las cursivas son nuestras)

En virtud de esta percepción limitada del *Manual de procedimientos* del ACNUR, la noción de refugio debido a desastres ambientales no había sido considerada en ninguno de los instrumentos internacionales sobre refugiados antes mencionados. La práctica de los estados

mitad de los casi 4'400.000 de habitantes de Bosnia y Herzegovina se convirtieron en desplazados internos, unos 500.000 encontraron refugio en países vecinos, y cerca de 700.000 fueron reconocidos como refugiados en Europa Occidental.

Luego del fin de la guerra, en 1998 surge un nuevo conflicto en el territorio de la República de Serbia, con la provincia del Kosovo, a la que le fue revocado su estatuto de autonomía en 1989. El 90 por ciento de la población estaba compuesta por albanos-kosovares, quienes crearon sistemas paralelos para casi todo en la vida diaria. Sin embargo, ese año Serbia intensificó las operaciones contra los albanos-kosovares acusados de estar relacionados con el Ejército de Liberación del Kosovo. Ante el fracaso de todas las conversaciones de paz, el 24 de marzo de 1999 la OTAN inicia, sin la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU, un ataque aéreo contra la República Federativa de Yugoslavia, incluyendo objetivos en el Kosovo, lo que causó una crisis humanitaria de proporciones aún mayores. A causa de ello, huyeron unos 800.000 kosovares, entre refugiados y desplazados internos, de los cuales 426.000 emigraron a Albania, 228.000 a la ex República Yugoslava de Macedonia y unos 45.000 a Montenegro. El 9 de junio de 1999, la República Federativa de Yugoslavia aceptó formalmente un plan de paz por el cual se comprometía a retirar sus fuerzas del Kosovo, a garantizar el retorno seguro y libre de los refugiados y desplazados y a aceptar el establecimiento de una misión de la ONU, autorizada por Resolución 1244 del Consejo de Seguridad.

tampoco reconocía refugiados por estas causas (Organización Internacional para las Migraciones 2002: 23), hasta que esta figura fue esbozada en los informes del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Según Richmond (1995: 2), la definición de «refugiado ambiental» dada por esta organización es amplísima, y considera a quienes han dejado su hábitat tradicional a causa de perturbaciones ambientales importantes.

Quienes se movilicen de sus lugares de origen y crucen las fronteras debido a factores ambientales pueden ser catalogados, siguiendo a Richmond, como migrantes proactivos o reactivos. Los primeros cuentan con una mayor libertad de decisión sobre la oportunidad de emigrar y el destino final, mientras que los segundos se encuentran más limitados, por lo que se ven forzados a salir sin tener mayor perspectiva sobre su futuro y a buscar asilo en otro territorio (Richmond 1995: 4). De las situaciones antes expuestas, la que nos interesa para este trabajo es la de los migrantes reactivos, dado que las circunstancias ambientales apremiantes en las que se encuentran dichas personas las obligan a dejarlo todo; en caso contrario, su vida y su seguridad podrían correr peligro.

Son varios los factores que pueden motivar un desastre relacionado con el medio ambiente y que termine produciendo una migración reactiva. Siguiendo también la clasificación y los ejemplos de Richmond (1995: 10), tenemos desastres debido a causas naturales,⁹

⁹ Algunos ejemplos son los huracanes, los tornados, los torbellinos, los terremotos, las erupciones volcánicas, los aludes, las inundaciones, las tormentas de granizo y nieve, los incendios, las tormentas eléctricas, los rayos, las sequías, las hambres generalizadas y las plagas.

tecnológicas,¹⁰ económicas,¹¹ políticas¹² y sociales.¹³ Estos factores pueden llevar, directa o indirectamente, a una alteración del hábitat, de forma que este no ofrezca a los migrantes la seguridad mínima para desarrollarse sin arriesgar su vida, libertad u otros de sus derechos fundamentales, como sí ocurría antes de que se produjera la contingencia ambiental. Asimismo, la acción humana puede estar presente en mayor o menor grado en los factores antes citados, y es capaz de generar responsabilidad individual o del Estado si tiene consecuencias negativas para el medio ambiente y la colectividad que vive en ella (Richmond 1995: 10-11).

Es poco probable que las causas generadoras de los desplazamientos masivos se manifiesten en forma pura. Los motivos ambientales no escapan a esta observación, en tanto muchas veces es posible distinguir en estos casos factores políticos y, sobre todo, económicos, por lo cual es difícil clasificarlos. En nuestra opinión, no puede incluso olvidarse un elemento de la definición jurídica de refugiado de la Convención de 1951, como es que el solicitante de refugio no pueda o no desee someterse a la protección del país de origen. Cuando los moti-

¹⁰ Algunos ejemplos son los diversos tipos de contaminación, ya sea atmosférica, del agua o del suelo; los accidentes nucleares; los accidentes con químicos a gran escala; el vertimiento de petróleo; los accidentes aéreos o ferroviarios; el agotamiento del suelo; la degradación del medio urbano, etcétera.

¹¹ Algunos ejemplos son la deforestación, las malas cosechas, el agotamiento de las pesquerías o los minerales, la extinción de especies, la desocupación humana, la expulsión de poblaciones, los reasentamientos, etcétera.

¹² Algunos ejemplos son las guerras internacionales e internas, el terrorismo, el *apartheid*, la limpieza étnica, el holocausto, el totalitarismo, la anarquía, las violaciones masivas de derechos humanos, etcétera.

¹³ Algunos ejemplos son el extremismo ecológico, el activismo pro derechos animales, la *jihad*, la lucha de clases, el boicoteo, etcétera.

vos son, en la medida de lo posible, puramente ambientales, deberá tenerse en cuenta la capacidad del Estado para enfrentar favorablemente esta contingencia, para así poder reconocer a quien huye a un tercer Estado por estas causas como refugiado. No debe bastar, por lo tanto, la simple constatación del desastre ambiental y del peligro que corre el solicitante de refugio al permanecer en la zona del evento.

Dos ejemplos cercanos de refugiados por desastres ambientales son los de los pobladores de América Central, principalmente los provenientes de Honduras, Nicaragua, Guatemala y El Salvador, que huyeron debido a los estragos causados por el huracán Mitch del 26 al 30 de octubre de 1998,¹⁴ y el de los cerca de 300.000 salvadoreños que emigraron luego de los dos terremotos ocurridos en su país en el año 2001.¹⁵ Ambos casos son interesantes, porque las razones ambientales se mezclan con otros factores —los económicos, por ejemplo—, y queda clara la imposibilidad de los estados centroamericanos de solucionar el problema sin la cooperación económica y la ayuda humanitaria internacional. En nuestra opinión, este es un ejemplo de migración reactiva, dado que no han sido provincias ni pueblos los afectados sino los países. La imposibilidad de controlar la situación de emergencia generó incertidumbre, desasosiego y cierto riesgo para la vida, libertad y otros derechos fundamentales de sus nacionales, principalmente los afectados con esta contingencia.

¹⁴ *Immigration News Briefs*, vol. 1, n.º 7, noviembre de 1998. Los devastadores efectos del huracán Mitch se hicieron notar no solo en la región, con cerca de 11.000 mil víctimas y cuantiosos daños materiales, sino también en la economía de dichos países, calculándose las pérdidas en tres billones de dólares. Cerca de 105.000 centroamericanos recibieron protección temporal en Estados Unidos, país al que solicitaron asilo, la cual vencía el 2 de julio de 2002.

¹⁵ «Latin America: TPS, Haiti, Crime». *Migration News*, vol. 9, n.º 8, agosto de 2002. <<http://migration.ucdavis.edu>>.

Somos de la opinión de que estos migrantes ambientales deben ser reconocidos como refugiados en tanto se compruebe que los estados afectados no pudieron brindarles una protección eficiente luego de este desastre. En la medida en que estos estados se hayan hecho cargo de la situación, entonces no cabrá la solicitud de refugio, aun cuando este solicitante no quiera recibir la protección de su Estado de origen o residencia.

2.2.1.3. Factores económicos

Se entiende por factores económicos aquellos que impulsan a una persona o un grupo de personas a salir de su tierra con la expectativa de mejorar su posición económica a través de un buen empleo o negocio en otro país. Estos factores pueden variar en grados y llegar a ser tan apremiantes que no ofrecen la posibilidad de un nivel de vida digno. Algunos ejemplos de este supuesto son la escasez de alimentos y los embargos económicos, entre otros.

Estas situaciones se presentan no solo en forma independiente, sino que pueden ser resultado de otros acontecimientos como una guerra civil o una crisis estatal que afecte todos los niveles de su estructura. Para esto, y a similitud de lo dicho para el caso de los desastres ambientales, quienes emigren deben hacerlo, a nuestro parecer, en forma reactiva y no proactiva, es decir, deben verse compelidos por circunstancias de orden económico a buscar otro lugar donde vivir y desarrollarse como única y última alternativa. En caso contrario, será considerado no un refugiado sino un migrante económico, esto es, alguien con absoluta libertad de tránsito y de decisión sobre el momento de su viaje, que no sufre carencias económicas apremiantes sino que solo busca mejorar su estatus (ACNUR 1992: párrafo 62).

Además, es necesario evaluar si la situación es tan grave como para poner en peligro los derechos más elementales del solicitante de refugio o, como reconoce el propio *Manual de procedimientos* del ACNUR, si detrás de las medidas económicas que generan malestar entre los refugiados se esconden actos que representen persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social (ACNUR 1992: párrafos 63-64). En nuestra opinión, esta interpretación limita el concepto de refugiado por factores económicos, porque da importancia a los actos que, si bien importan causas económicas, constituyen conductas persecutorias, y este no suele ser el caso más frecuente, con lo cual la labor protectora del ACNUR puede verse limitada. Asimismo, descuida otros casos en los que no se presenta la persecución ni el temor de esta pero sí hay peligro para la vida, libertad y otros derechos fundamentales de la persona, cuya protección es el fin primordial de la regulación jurídica de la figura del refugiado en la Convención de 1951.

Un ejemplo de lo que denominamos migración económica es el de Filipinas. En la actualidad, un promedio de 2.750 filipinos por mes deja su país en busca de empleo en otro, y las remesas de los trabajadores filipinos del exterior superaron en los últimos tres años los 6 billones de dólares anuales.¹⁶ En general, la situación de emigración económica en Asia se torna cada vez más grave, a tal punto que los ocho países de la región más afectados por la emigración de su población, vale decir, Bangladesh, India, Pakistán, Nepal, Sri Lanka, Indonesia, Tailandia y China, planean crear una organización regional que tenga como objetivo reducir el costo de exportar trabajado-

¹⁶ «Philippines: Migrants». *Migration News*, vol. 9, n.º 9, septiembre de 2002. <<http://migrant.ucdavis.edu>>.

res.¹⁷ En el caso latinoamericano, aunque los ejemplos abundan, mencionaremos solo el peruano: actualmente cerca de dos millones han migrado al extranjero por motivos económicos, y sus remesas se calculan en 1.265 millones de dólares.¹⁸

Somos de la opinión de que algunos emigrantes por factores económicos deben ser reconocidos como refugiados. Nos referimos tanto a aquellos en cuyos casos los factores económicos encubren motivos de persecución, como reconoce el ACNUR, cuanto a quienes busquen mejores condiciones económicas, solo en tanto se compruebe que la situación económica de su país de origen o residencia era tan insostenible que hacía peligrar sus derechos fundamentales, por lo que se vio obligado a abandonarlo. El caso definido y ejemplificado del migrante económico, que sale de su país no por la premura de ponerse a salvo sino por voluntad propia, no debe ser incluido en este concepto.

2.2.2. Permanencia en el país de residencia: los desplazados internos

La situación de los desplazados internos constituye uno de los fenómenos producto de las nuevas causas de generación de refugiados analizadas líneas arriba. Hay en la actualidad cerca de veinticinco millones de desplazados internos alrededor del mundo, de los cuales 6,5 millones reciben asistencia del ACNUR.¹⁹ Entre los motivos del desplazamiento también se incluyen los conflictos armados internos, los

¹⁷ Ídem.

¹⁸ «Peruanos en el exterior rechazan impuesto». *El Comercio*, 19 de septiembre de 2003, p. A-1.

¹⁹ Información obtenida de <http://www.acnur.org/index.php?id_pag=169>.

desastres ambientales y los factores económicos vistos en la sección precedente, por lo que el tema está estrechamente vinculado al derecho internacional de los refugiados y a la labor de asistencia y protección del ACNUR. Sin embargo, hasta antes de la década de 1990 los desplazados internos solo recibían asistencia del CICR como protección a las víctimas de los conflictos armados, lo que, aunado a la incapacidad del Estado nacional de protegerlos, los situaba en una delicada posición de vulnerabilidad.

2.2.2.1. Concepto y características

La Convención de 1951 protege a quienes emigran a terceros países en busca de protección; sin embargo, no tiene ninguna disposición referida a aquellas personas que, según la definición de desplazados internos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, han sido forzadas a dejar sus hogares repentinamente y en gran número, como resultado de conflictos armados, violencia interna generalizada, violaciones sistemáticas de derechos humanos, desastres naturales o desastres causados por el hombre, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (Deng 1998: 3).²⁰

Así, los conceptos de refugiado y desplazado interno difieren en tres puntos. Primero, la figura de los desplazados internos es explícitamente colectiva, dado que una gran cantidad de personas se ve obligada a abandonar su localidad, mientras que la Convención de 1951, al no hacer ninguna precisión al respecto, incluye tanto los casos indivi-

²⁰ Esta definición también está incluida en el anexo que contiene los «Principios rectores de los desplazamientos internos» (documento E/CN.4/1998/53/Add. 2), los que deben ser tomados en cuenta para la atención de situaciones de desplazamientos internos.

duales cuanto los colectivos de refugiados. Segundo, la Convención de 1951 considera como requisito para ser considerado refugiado el que el solicitante de refugio haya cruzado la frontera de un tercer país para ponerse a salvo, mientras que los desplazados internos se mueven dentro de los límites del territorio del Estado de origen. Tercero, mientras el refugiado huye por temor fundado de persecución o persecución efectiva, a causa de su raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política, los desplazados internos lo hacen para huir de situaciones de conflicto armado, violencia interna, violaciones sistemáticas de derechos humanos y desastres naturales o provocados por el hombre. Cabe recordar que dichas situaciones han sido recogidas no solo en instrumentos regionales sobre refugio, sino que dos de ellas inclusive son consideradas nuevos motivos causantes de flujos de refugiados: los conflictos armados y los desastres ambientales.

Sin embargo, las similitudes entre ambas figuras merecen ser tomadas en cuenta, en tanto comparten la misma naturaleza. Para empezar, tanto los desplazados internos cuanto los refugiados abandonan su lugar de residencia al correr riesgo su vida, integridad, seguridad u otros derechos humanos fundamentales, en búsqueda de otro lugar donde puedan sentirse seguros. En este sentido, tal como lo ha reconocido el ACNUR, la persecución o temor de persecución del refugiado y el temor a un daño irreparable actúan como motor de la migración a un tercer Estado (en el caso de los refugiados) o a otra localidad dentro de las fronteras (en el caso de los desplazados internos) (Ardito 1996: 75).²¹ Creemos que dichos factores no deben ser tomados como

²¹ Este fue el caso de la población de Ayacucho y la comunidad asháninka en nuestro país, ante el avance del terrorismo y el narcotráfico hasta sus pueblos, dado que la oposición a la ideología senderista implicaba la muerte.

pretexto para diferenciar dichas figuras, sino más bien para darles un tratamiento similar, dado que finalmente llevan al mismo efecto, es decir, ponerse a salvo de una situación de peligro.

En segundo lugar, el refugiado de la Convención de 1951 busca la protección de un tercer país porque el Estado del cual es nacional o residente no puede o no quiere darle la que le corresponde como tal. Por su parte, los desplazados internos buscan un nuevo lugar donde vivir dentro del territorio del Estado del cual son nacionales, preferentemente en aquellas ciudades donde tengan parientes o conocidos, en vez de salir al exterior o de pedir ayuda a una entidad internacional (Ardito 1996: 70).

Un tercer elemento común entre ambas figuras tiene que ver con la protección estatal. Si bien los desplazados internos permanecen bajo la tutela del Estado del cual son originarios o residentes, esto no necesariamente significa que dicha tutela sea efectiva y satisfactoria. De hecho, el migrar hacia otras regiones como única alternativa para protegerse implica cierto grado de ineficiencia estatal para prevenir o enfrentar determinadas contingencias como un conflicto armado, desastres naturales o la violencia sembrada por el terrorismo o la guerrilla y, de esta forma, salvaguardar la integridad y el respeto de los derechos de quienes optan por buscar un nuevo lugar donde vivir. Por lo tanto, la deficiente o nula protección del Estado al cual pertenecen es otro factor común entre los desplazados internos y los refugiados.

2.2.2.2. Los desplazados internos y el ACNUR

A pesar de la semejanza, hasta hace poco los desplazados internos no eran considerados por las diversas convenciones internacionales y

regionales sobre refugiados, porque estas calificaban este problema como interno y, por consiguiente, cualquier intervención atentaría contra la soberanía del Estado del desplazado. Además, se tenía la percepción de que los refugiados cuentan con menor protección, a comparación de los desplazados internos, quienes aún mantienen la protección del Estado de origen. Por último, en el caso de que los estados de origen o residencia se encuentren en capacidad de otorgar dicha protección, se temía que estos optasen por dejar de preocuparse por la población desplazada para dejarla en manos de la comunidad internacional (Hathaway citado por Ardito 1996: 68).

Empero, aunque la letra de la Convención de 1951 no fue modificada, los desplazados internos no quedaron desprotegidos. Para empezar, aunque no existe una normativa específica sobre el tema, lo cierto es que gran parte de la regulación internacional es aplicable a dicha situación. De hecho, los instrumentos en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, tanto universales cuanto regionales, son aplicables en lo referido a sus derechos humanos básicos. También son aplicables las normas del derecho internacional humanitario, especialmente las concernientes a la asistencia humanitaria y la protección de las víctimas de todo tipo de conflictos armados.

Sin embargo, el aporte normativo más importante proviene justamente del derecho internacional de los refugiados. Según el reporte sobre desplazados internos elaborado en el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos por el representante del secretario general, Francis Deng, tanto la Convención de 1951 cuanto el Protocolo de 1967 son aplicables a los desplazados internos en lo referente a reglas para obtener el estatuto legal y el tratamiento de refugiado en los países de asilo (Deng 1998: 8). Lo principal viene en el párrafo 25 de dicho reporte, donde se expresa:

25. Despite the fact that internally displaced persons remain in their own countries, they, like refugees, have been forced to leave their homes and find themselves in refugee-like situations. *Consequently, refugee law, by analogy, can be useful in proposing rules and establishing guidelines to protect the needs of the internally displaced.* This is why references to refugee law are included in this report. (Las cursivas son nuestras)

Esto se ve comprobado con la misma política del ACNUR respecto del tema. Por lo general el ACNUR se encarga de los casos de desplazados internos a solicitud del Secretario General o de un órgano competente de las Naciones Unidas, y siempre que tenga el consentimiento de los estados vinculados al problema de los desplazamientos. Empero, en ciertos casos el ACNUR, por iniciativa propia, puede encargarse de la asistencia y protección de los desplazados internos, siempre que tenga el consentimiento del Estado de origen de dichas poblaciones. Al respecto, en 1993 la entonces Alta Comisionada del ACNUR expresó en qué circunstancias se daba este último caso:

(a) Situations of internal displacement where there is a direct link with UNHCR's activities under its basic mandate to protect refugees and seek solutions to refugee problems, including: (i) those where internally displaced populations are mingled with groups of returnees or are in areas to which refugees are expected to return; or (ii) those where the same causes have produced both displacement and refugee flows or there is a significant risk of cross-border movement of some of all of the internally displaced. In these situations, UNHCR will favourably consider assuming primary responsibility for the internally displaced, assessing in each case the benefits of its involvement in terms of protection and solutions as well as the need for assistance and protection. (Ogata 1993: párrafo 46)

De acuerdo con el texto, el ACNUR asumirá la responsabilidad por los desplazados internos como lo haría por los refugiados, siempre que dichos problemas se vinculen directamente; por ejemplo, si los grupos de desplazados se hallan en un lugar al cual retornarán grupos de refugiados, si los desplazados están confundidos con los refugiados retornados o, más importante aún, si los mismos motivos han generado las masas de desplazados internos y refugiados, o han colocado a los desplazados internos en tal situación que solo les queda huir a un tercer país. Es más: cuando este vínculo no es directo o no existe, el ACNUR puede considerar involucrarse en la asistencia de los casos de desplazados internos y contribuir a la resolución del conflicto a través de la acción humanitaria, pero su actividad será normalmente suplementaria a la de los esfuerzos humanitarios de otras organizaciones internacionales.

En la actualidad, el caso más relevante de desplazados internos en el que el ACNUR está participando es el de Colombia.²² Debido al violento conflicto interno, en 1997 el gobierno colombiano pidió la participación del ACNUR como asesor en el proceso de atención a los desplazados internos, petición a la que el ACNUR accedió en 1998, con la aprobación del Secretario General. Su mandato, así como sus actividades, están enmarcadas en el Memorando de Intención firmado entre el gobierno colombiano y el ACNUR, en enero de 1999, e involucran actividades de acción preventiva, protección y soluciones, cumplimiento de la legislación interna, fortalecimiento de mecanismos de coordinación, fortalecimiento de la cooperación internacional, y difusión y aplicación del derecho internacional humanitario de los refugiados.²³

²² Mayor información en <http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=569>.

²³ En <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1530.pdf>>.

2.2.2.3. Los principios rectores de los desplazamientos internos

Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas emitió los *Principios rectores de los desplazamientos internos*,²⁴ con el objeto de establecer tanto los derechos y garantías de las poblaciones desplazadas cuanto la asistencia que debe ser brindada durante el desplazamiento, el reasentamiento o la reintegración. Estos principios están orientados a guiar a los estados y a las organizaciones internacionales vinculadas al tema (especialmente el ACNUR y el CICR) y demás ONG nacionales en su actuación frente a esta urgencia.

A continuación señalamos las disposiciones más importantes señaladas en estos Principios rectores, en algunos casos con algunos comentarios vinculados al derecho internacional de los refugiados:

- a) La aplicación de estos principios no afectará el derecho del desplazado de, eventualmente, solicitar y recibir asilo en otros países (principio 2, párrafo 2).
- b) Los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidad y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales (principio 4, párrafo 2).
- c) Se reconoce el derecho del ser humano a la protección contra desplazamientos arbitrarios que lo alejen de su hogar o de su residencia habitual. Estos incluyen los desplazamientos basados en políticas de *apartheid*, limpieza étnica o prácticas similares;

²⁴ Adoptado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Documento E/CN.4/1998/53/Add. 2, 11 de febrero de 1998.

en situaciones de conflictos armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada; en proyectos de desarrollo en gran escala que no estén justificados por un interés público superior o primordial; en casos de desastres, a menos que la evacuación sea absolutamente necesaria; y cuando se utilice como castigo colectivo (principio 6, párrafos 1 y 2).

- d) El desplazamiento no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados (principio 8).
- e) Los desplazados internos tienen derecho a buscar seguridad en otro país, abandonar su país, solicitar asilo en otro país y recibir protección contra la devolución por la fuerza o reasentados en lugares donde corran riesgo de ser vulnerados sus derechos a la vida, seguridad, libertad y salud (principio 15).
- f) Se prestará atención a las necesidades sanitarias de la mujer, incluido su acceso a los servicios de atención médica, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole (principio 19, párrafo 2).
- g) La propiedad y las posesiones de los desplazados internos, tanto las que llevan consigo cuanto las que hayan abandonado, serán objeto de protección contra la destrucción y la apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales (principio 21).
- h) La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales. Las organizaciones humanitarias internacionales y otros órganos competentes pueden ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos, sin que este ofrecimiento sea considerado un acto inamistoso o una interferencia en los asuntos internos del Estado (principio 25).

Sobre estos principios, cabe algunos comentarios. Primero, nos parece importante que se le reconozca al desplazado el derecho humano

de la persona a emigrar, buscar asilo y gozar de él en cualquier país, y, por ende, el de acogerse a un sistema de protección mucho más estable y beneficioso para él. Ello va en concordancia con el hecho de que la labor del ACNUR respecto de los desplazados internos es solo suplementaria de aquella del Estado u otra organización internacional, por lo que dicha asistencia, si bien necesaria, no será lo suficiente e integral como la del sistema de protección a los refugiados.

Segundo, al igual que en el régimen de los refugiados, tenemos dos disposiciones que aplican la perspectiva de género que el ACNUR ha venido promoviendo para la interpretación de los términos de la Convención de 1951. De esta manera, se presta mayor atención a las necesidades especiales de ciertos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad como las mujeres (especialmente en lo referido a salud, salud reproductiva y consejería en caso de abuso) y niños, los discapacitados y las personas de edad.

Tercero, el reconocimiento del derecho humano a no ser desplazado por la fuerza constituye un gran aporte no solo a la normativa sobre desplazados internos, sino también a aquella de derechos humanos. Aunque ello estaba implícito en los derechos a la libre circulación y tránsito, y aunque ha sido considerado como crimen de lesa humanidad por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 7, párrafo 1, inciso d) y como crimen de guerra (artículo 8.2 inciso b), letra viii), nos parece muy importante que finalmente sea hecho explícito. Ello tiene un gran impacto como derecho colectivo, en tanto numerosos grupos étnicos, minorías y comunidades campesinas tienen diversas concepciones históricas y culturales respecto de su tierra, por lo que obligarlas a salir de allí no solamente destruye esa concepción, sino que eventualmente pone en peligro la identidad del grupo y, por ende, su supervivencia.

2.2.3. Imposibilidad de acogerse a la protección del país de origen o residencia o temor fundado para no hacerlo

Respecto de la ausencia de protección del país de origen o residencia del solicitante de refugio, como a la renuncia de dicha protección por temores fundados de persecución, la idea expresada en el primer capítulo se mantiene.

Por lo tanto, se aplican los mismos tres supuestos: primero, la negación del Estado de origen o residencia a brindar a sus nacionales la protección que les debe; segundo, la ineficiencia de este Estado para ejercer dicha protección; y, tercero, la renuncia del nacional o residente de ese Estado a dicha protección a causa de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social y opiniones políticas.

2.3. Consideración de casos especiales por el *Manual de Procedimientos* del ACNUR

El ACNUR, por medio de su *Manual de procedimientos*, estableció ciertas pautas por seguir por los estados y la propia institución para reconocer a un refugiado como tal, interpretando los términos de la Convención de 1951. En el desarrollo de cada sección hemos incluido anotaciones con los comentarios de este *Manual*, por lo que un análisis más profundo puede ser encontrado en los capítulos respectivos.

Luego de desarrollar en su primera parte las cláusulas de inclusión, exclusión y cese del concepto de refugiado de la Convención de 1951, el *Manual de procedimientos* del ACNUR incluye además cuatro casos especiales que constituyen excepciones al concepto de refugiado de la

Convención. Estos supuestos no son reconocidos como motivos que generen solicitudes de refugio *per se*, pero el ACNUR autoriza a que, de presentarse estas situaciones, se haga el estudio del caso concreto para determinar si al solicitante se le debe conceder el estatuto de refugiado.

2.3.1. Refugiados de guerra

El primer caso especial es el de los refugiados de guerra (ACNUR 1992: párrafos 164-166). En este supuesto el ACNUR incluye a las víctimas de los conflictos armados internacionales, ya estudiados en el presente capítulo. En principio, el ACNUR no considera a estas víctimas como refugiados en tanto su régimen está diseñado para quien no cuenta con protección alguna, mientras estas personas ya tienen otro régimen de protección en el marco del derecho internacional humanitario.²⁵ Empero, cuando se dé el caso de la invasión u ocupación del Estado de origen o residencia por un tercer Estado, se estudiará la solicitud de quien emigre por dicha causa, dado que esta situación puede motivar la persecución de los lugareños residentes en las zonas ocupadas.

En nuestra opinión, este criterio debe ser replanteado. Tal como hemos visto, no solo los conflictos armados internacionales pueden generar situaciones de persecución y posible vulneración de los derechos fundamentales de la población afectada, sino también los conflictos no internacionales, los disturbios interiores y las tensiones

²⁵ Se refiere a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, concernientes a la protección de las víctimas de guerra y el Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

internas. Además, en el mundo contemporáneo las actividades del ACNUR están vinculadas con las del CICR y el derecho internacional humanitario, por lo que ambos regímenes se complementan actualmente para una mejor protección internacional de los refugiados (Cañado 1994: 83), en vez de mostrar divergencias y diferencias en sus labores. Lo contrario implicaría desconocer el hecho de que los conflictos armados generan millones de refugiados y desplazados en la actualidad, lo que llevaría a idear soluciones que no logren su cometido por no haber considerado este grave problema.

2.3.2. Desertores y prófugos

Un segundo grupo especial está conformado por los desertores y prófugos. Para este caso, el criterio es el mismo: la desertión del servicio militar o de las Fuerzas Armadas y el ser prófugos no constituyen situaciones que justifiquen la concesión del refugio al solicitante, a menos que existan suficientes razones para presumir que el castigo a recibir por el desertor o prófugo será desproporcionado a la falta cometida, por motivos de su raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social. Concordamos con la inclusión de este caso como especial, dado que la desertión o fuga no es causa principal de desplazamientos, por lo cual no sería pertinente ampliar el concepto de refugiado por esta causa, como si cabría hacerlo en el caso de los conflictos armados.

2.3.3. Personas que recurrieron a la fuerza o a actos de violencia

Un tercer caso especial es el de las personas que han recurrido a la fuerza o han cometido actos de violencia, ya sea en forma individual

o como miembros de un grupo u organización (ACNUR 1992: párrafos 167 y ss.). El *Manual de procedimientos* del ACNUR cita como ejemplo la comisión de actos de un individuo como parte de una organización clandestina o de un grupo que actúa en conjunto con una organización militar reconocida oficialmente o cuyas actividades sean admitidas de modo general (ACNUR 1992: párrafo 175). Otro ejemplo, también tratado en el primer capítulo, es el de los aeropiratas, quienes cometen el delito para llamar la atención sobre su situación o lograr huir del país de origen o residencia hacia un tercer país.

En este supuesto, el *Manual* sugiere como primer paso el estudio del caso concreto, a la luz de las cláusulas de inclusión establecidas en la Convención de 1951. Luego, de encontrarse el caso dentro del concepto de refugiado de la Convención, se procederá a analizar nuevamente el caso pero bajo las cláusulas de exclusión referidas a la comisión de delitos contra la paz, de lesa humanidad o de guerra, así como de comisión de delito común o grave y de delitos que impliquen violación de los principios de Naciones Unidas.

2.3.4. Refugiados *sur place*

Otro caso especial, considerado por la doctrina y la práctica del ACNUR, es el del llamado refugiado *sur place*. Los refugiados *sur place* son aquellos que dejaron su país de origen voluntariamente, pero que, por circunstancias surgidas en este país durante su ausencia, deciden solicitar el reconocimiento del estatuto del refugiado encontrándose ya en el extranjero (ACNUR 1992: párrafos 94 y 95). El ACNUR, por su parte, considerará elegibles a los solicitantes de refugio *sur place* cuando se acredite que el gobierno del país de origen ha tomado conocimiento de sus actividades en el país de residencia, y desarrolla una conducta intolerante frente a estas actividades.

En conclusión, somos del parecer de que los casos especiales deben ser excepciones al concepto de refugiado de 1951, en tanto pueden llegar a configurar, solo en contadas ocasiones, una situación que merezca la concesión del estatuto de refugiado. Así, los supuestos de los desertores, los prófugos, los que han recurrido a la fuerza o cometido actos de violencia y los refugiados *sur place* caben perfectamente en esta definición, por cuanto excepcionalmente puede generar refugiados.

Capítulo 3:

Aplicación e interpretación del concepto ampliado de refugiado de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en la legislación peruana y comparada

En los dos capítulos anteriores se ha realizado un análisis profundo del concepto de refugiado en el marco de los instrumentos internacionales que lo regulan, así como de los casos en los cuales, en nuestra opinión, cabría la ampliación de dicho concepto. Sin embargo, a pesar del nivel de ratificaciones de la Convención de 1951, del Protocolo de 1967, de la firma de convenios y declaraciones regionales y de la actuación del ACNUR respecto de la extensión fáctica del concepto de refugiado, la práctica estatal e internacional sobre dicha materia, sobre todo en los países industrializados, difiere en muchos aspectos de los citados instrumentos.

En lo que sigue presentaremos la situación actual de los refugiados en el mundo, incidiendo en la interpretación y aplicación que hacen los estados de este concepto en sus legislaciones nacionales. Ello nos permitirá abordar, en el cuarto capítulo, los principios que inspiran el diseño de las políticas estatales de refugio en algunos países y las consecuencias de dichas políticas, las que pueden diferir, en la realidad, de sus normas nacionales sobre refugio.

Para lograr una visión más próxima al tratamiento del concepto de refugiado, se estudiarán comparativamente cinco legislaciones. Primero,

la de Estados Unidos, por ser el país que recibe la mayor cantidad de solicitantes de asilo en América. En segundo lugar, la de la Unión Europea, con mención especial a los casos de Alemania y España; la primera por tener la legislación más restrictiva frente a los solicitantes de refugio, y la segunda por contar con una ley que deja de lado el asilo tal como es entendido en Latinoamérica para dar cabida al refugio. En tercer lugar, la de Kenia, por el uso del sistema regional africano de protección de derechos humanos en el procedimiento de solicitud de refugio y la delegación del procedimiento de calificación al ACNUR hasta la promulgación de su nueva ley de refugio. En cuarto lugar veremos el caso latinoamericano, mencionando las normativas de Panamá y Venezuela y, finalmente, la del Perú, con el fin de analizar las ventajas y desventajas de la actual normatividad sobre la materia.

3.1. Estados Unidos

En el ámbito internacional, Estados Unidos no ha ratificado la Convención de 1951, mas sí el Protocolo, un año después de su firma en 1967. A pesar de ello, parte de la Convención de 1951 es aplicable a dicho país en tanto el Protocolo de 1967, en su artículo 1.1, ordena su cumplimiento desde el artículo 2 hasta el 34, por lo que estos artículos de la Convención de 1951 se consideran incorporados al Protocolo. Es preciso mencionar que este país no reconoció la figura del asilo tal como la han recogido los países latinoamericanos, sino desde la perspectiva internacional de protección territorial otorgada por el refugio.

Por su parte, en el ámbito interno Estados Unidos cuenta con el Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1952,¹ por medio de la cual hace

¹ Véase <<http://www.ins.usdoj.gov/graphics/lawsregs/INA.htm>>.

cumplir las obligaciones contraídas en el Protocolo de 1967. Sin embargo, su actual normativa acerca del concepto de refugiado se la debemos al Acta de Refugiados del 17 de marzo de 1980, que modificó el Acta de Inmigración y Nacionalidad y le dio a la norma la flexibilidad necesaria para lidiar con las masas de migrantes indochinos y asiáticos que empezaron a llegar a Norteamérica desde fines de los años setenta.

En cuanto a la definición de refugiado, el Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1952 recoge lo establecido en el artículo 1 de la Convención de 1951, ampliando su contenido al eliminar las restricciones geográficas y temporales. Así, en la sección 101 se establece el siguiente concepto de refugiado:

(42) The term «refugee» means

- (A) any person who is outside any country of such person's nationality or, in the case of a person having no nationality, is outside any country in which such person last habitually resided, and who is unable or unwilling to return to, and is unable or unwilling to avail himself or herself of the protection of, that country because of persecution or a well-founded fear of persecution on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, or
- (B) in such special circumstances as the President after appropriate consultation [...] may specify, any person who is within the country of such person's nationality, within the country in which such person is habitually residing, and who is persecuted or who has a well-founded fear of persecution on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion. [...]

Este concepto fue luego ampliado por la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996*, sección 601, sobre persecución por resistencia a métodos coercitivos de control de población, que incluye el siguiente añadido:

For purposes of determinations under this Act, a person who has been forced to abort a pregnancy or to undergo involuntary sterilization, or who has been persecuted for failure or refusal to undergo such a procedure or for other resistance to a coercive population control program, shall be deemed to have been persecuted on account of political opinion, and a person who has a well founded fear that he or she will be forced to undergo such a procedure or subject to persecution for such failure, refusal, or resistance shall be deemed to have a well founded fear of persecution on account of political opinion.

Tal como podemos apreciar, el concepto de refugiado esbozado en la parte (A) del texto citado es idéntico al de la Convención de 1951. Este es ampliado en la parte (B) para el caso de quienes aún permanezcan en su Estado de origen o residencia, pero que reúnen los otros requisitos para ser reconocidos como refugiados, esto es, el temor fundado de persecución o de persecución efectiva por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social. La inclusión de este supuesto permitiría la extensión del concepto hacia figuras como los desplazados internos, lo que a nuestro criterio resulta un avance. La consideración de los supuestos de esterilización forzada o embarazo forzado como persecución nos parece también relevante, considerando que aplican la perspectiva de género promovida por el ACNUR y protegen a la mujer que la ha sufrido o que huye de dicha práctica; sin embargo, lo que nos parece una novedad es la calificación de esta persecución como

causada «por opiniones políticas» de la mujer y no por pertenencia a un determinado grupo social, como se ha venido practicando.

En cuanto a las cláusulas de exclusión, el Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1952 declara en el mismo párrafo 4, que «[t]he term "refugee" does not include any person who ordered, incited, assisted, or otherwise participated in the persecution of any person on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion». Este supuesto de exclusión equivale a uno de los contenidos en la Convención de 1951, donde se establece que no podrán acogerse a la figura del refugio quienes hayan cometido delitos contra la paz, de lesa humanidad o delitos de guerra.

Esto se ve complementado con la precisión hecha en la sección 208, referida al procedimiento de asilo:

- (A) In general.- Paragraph (1) shall not apply to an alien if the Attorney General determines that
- (i) the alien ordered, incited, assisted, or otherwise participated in the persecution of any person on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion;
 - (ii) the alien, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of the United States;
 - (iii) there are serious reasons for believing that the alien has committed a serious nonpolitical crime outside the United States prior to the arrival of the alien in the United States;
 - (iv) there are reasonable grounds for regarding the alien as a danger to the security of the United States;
 - (v) the alien is inadmissible under subclause (I), (II), (III), (IV), or (VI) 2/ of section 212(a)(3)(B)(i) or removable

under section 237(a)(4)(B) (relating to terrorist activity), unless, in the case only of an alien inadmissible under subclause (IV) of section 212(a)(3)(B)(i), the Attorney General determines, in the Attorney General's discretion, that there are not reasonable grounds for regarding the alien as a danger to the security of the United States; or (vi) the alien was firmly resettled in another country prior to arriving in the United States.

De esta manera, el Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1952 incluye los supuestos de la cláusula de exclusión de la Convención de 1951, referidos a la comisión de crímenes contra la paz, de guerra o contra la humanidad, y a quienes hayan cometido delito grave antes de llegar a Estados Unidos, así como la concerniente al reconocimiento previo de un tercer Estado de los derechos del solicitante de refugio como los de cualquiera de sus nacionales. No incluye, sin embargo, otras cláusulas de exclusión referidas a la protección previa de otro organismo de Naciones Unidas, ni la violación de los principios y fines de Naciones Unidas. En vez de ello, incorpora como cláusula de exclusión una frase muy general, como es la «consideración del solicitante de refugio como un peligro para la seguridad de los Estados Unidos». Si bien es cierto la normativa internacional y la Convención de 1951 admiten la seguridad interna como un motivo para denegar válidamente el refugio o el *non refoulement*, esta no es definida en esta ley; y considerando que ello está a criterio del Fiscal General, cuya decisión no puede ser revisada por ninguna corte, entonces la aplicación de esta cláusula es meramente subjetiva. Ello puede motivar conductas hacia el lado contrario, es decir, hacia la negación indiscriminada de la solicitud de refugio.

Existen en la misma sección 208, parte 2, tres disposiciones adicionales que excluyen a determinadas personas del sistema norteamericano

de protección a los refugiados. La primera, contemplada en el inciso A, tiene que ver con la llamada cláusula del tercer país seguro. Según esta norma, no se reconocerá el estatuto de refugiado si este puede ser enviado, de permitirlo algún tratado bilateral o multilateral, a un tercer país donde la vida o libertad del solicitante de refugio no corran peligro por motivos de su raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas. La incorporación de esta disposición sigue la tendencia en los países industrializados de reenviar a sus solicitantes de refugio a otros países vecinos, por temor a dejar una puerta abierta a los migrantes económicos. Ello ha llevado a algunos países al extremo de suscribir acuerdos de reenvío de solicitantes de refugio a cambio de cooperación económica.

La segunda, contemplada en el inciso B de la parte 2 de esta misma sección, excluye a quien solicite refugio luego de un año de llegar a Estados Unidos. Esta medida nos parece apropiada en cierto modo, porque por lo general las solicitudes de refugio se realizan a la llegada al país de origen y, de no hacerse en ese momento, pueden surgir dudas sobre la urgencia de su salida del país. Sin embargo, no creemos que esto deba ser aplicado sin admitir excepción, dado que podría darse el caso del refugiado *sur place*, es decir, de quien emigró a otro país (en este caso Estados Unidos) en forma normal, pero, una vez allí, comenzaron las conductas persecutorias en su país de origen, por lo que únicamente estando en el exterior esta persona cumple los requisitos para hacerse refugiado. Por lo tanto, lo ideal es analizar el caso concreto antes de aplicar esta cláusula de exclusión.

Finalmente, la tercera exclusión está incorporada en el inciso C de la misma parte 2. Según esta, no podrán solicitar refugio quienes ya lo hayan hecho previamente y cuya solicitud haya sido denegada. Tampoco

estamos de acuerdo con esta cláusula, porque si bien evita la acumulación procesal de casos, también deja sin protección a quien, por motivos que van desde la falta de un debido proceso hasta ignorancia, no pudo sustentar adecuadamente una solicitud de refugio, o a quienes vuelven a solicitarlo porque han surgido nuevos motivos que la sustentan y que no han sido considerados por las autoridades. Esta cláusula, por lo tanto, debe ser mejor precisada y desarrollada en la práctica, para que los casos mencionados no sean rechazados *in limine*.

En cuanto a las cláusulas de cese, el Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1952 establece lo siguiente en la sección 208, parte C:

- (2) Termination of asylum.- Asylum granted under subsection (b) does not convey a right to remain permanently in the United States, and may be terminated if the Attorney General determines that
 - (A) the alien no longer meets the conditions described in subsection (b)(1) owing to a fundamental change in circumstances;
 - (B) the alien meets a condition described in subsection (b)(2);
 - (C) the alien may be removed, pursuant to a bilateral or multilateral agreement, to a country (other than the country of the alien's nationality or, in the case of an alien having no nationality, the country of the alien's last habitual residence) in which the alien's life or freedom would not be threatened on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, and where the alien is eligible to receive asylum or equivalent temporary protection;
 - (D) the alien has voluntarily availed himself or herself of the protection of the alien's country of nationality or, in the case of an alien having no nationality, the alien's country

of last habitual residence, by returning to such country with permanent resident status or the reasonable possibility of obtaining such status with the same rights and obligations pertaining to other permanent residents of that country; or

- (E) the alien has acquired a new nationality and enjoys the protection of the country of his new nationality.

En este punto, la norma norteamericana incorpora tres de las seis cláusulas de cese de la Convención de 1951: la de desaparición de circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada (inciso A), la del acogimiento voluntario a la protección del país de su nacionalidad (inciso D), y la de adquisición de una nueva nacionalidad (inciso E). De esta forma, el Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1952 deja de lado las cláusulas de la recuperación de la nacionalidad perdida (artículo 1C, inciso 2 de la Convención de 1951), la del establecimiento voluntario de nuevo en el país de origen o residencia habitual (artículo 1C, inciso 4) y la de desaparición de circunstancias para el caso de los apátridas (artículo 1C, inciso 6).

Asimismo, el Acta incorpora dos nuevas cláusulas de cese: una por descubrimiento posterior de que el refugiado estaba incurso en las cláusulas de exclusión (inciso B del texto citado) y la cláusula del «tercer país más seguro» (inciso C). La primera constituye más bien un supuesto de revocatoria de la condición de refugiado que una cláusula de cese, porque no estamos ante un cambio de condiciones o ante la acción del refugiado para terminar dicha condición, sino ante la acción del propio Estado receptor que decide retirar su protección al comprobar que dicha persona no merecía el reconocimiento de refugiado. En cuanto a la cláusula del «tercer país más seguro», esta indica que el refugiado dejará de ser reconocido como tal si, en virtud de

un acuerdo bilateral o multilateral con un tercer(os) estado(s) distinto(s) del país de origen o residencia habitual del refugiado, el Fiscal General decide enviarlo a este tercer Estado, siempre que en ese territorio su vida o libertad no se vean amenazadas y donde también califique como refugiado. Si bien no estamos de acuerdo con el uso que en la actualidad se le da a esta cláusula (como una forma de reenviar solicitantes de refugio a otros estados sin siquiera estudiar su solicitud), sí lo estamos con el tratamiento dado en la ley norteamericana, porque la protección continúa en el tercer país donde es reenviado. Sin embargo, creemos que esta cláusula debe ser aplicada por excepción y siempre de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Respecto del procedimiento de elegibilidad, el Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1952 establece dos vías para solicitar refugio en los Estados Unidos. La primera, regulada por la Sección 207, es el proceso de admisión anual de refugiados y de aquellos en situación de emergencia. Por esta vía, el Presidente de los Estados Unidos, previa consulta a los Comités Judiciales del Congreso, y luego de determinar la existencia de una situación de emergencia imprevisible que genera refugiados, los cuales no pueden ser admitidos en Estados Unidos por la vía regular pero cuya protección se justifica por motivos humanitarios o de interés nacional, desarrolla un plan de admisión de refugiados con una cuota por ser establecida y cumplida. Luego de ello, el Fiscal General autoriza la entrada de quienes cumplen con los requisitos para ser admitidos como refugiados, quienes gozarán de la protección otorgada por el asilo en Estados Unidos. Este procedimiento tiene carácter excepcional.

La segunda vía es el proceso de admisión regular de solicitantes de asilo, desarrollado en la Sección 208. En general, al obtener el asilo el

refugiado no solo no puede ser devuelto a su país de origen o residencia, en el cual sufrió persecución o temor fundado de esta, sino que además, siempre con la aprobación del Fiscal General, puede obtener un empleo y viajar al exterior. Las solicitudes de asilo serán evaluadas por la Oficina de Ciudadanía y Servicios de Migración del Department of Homeland Security (DHS), nueva entidad creada en reemplazo de la Immigrant Naturalization Service (INS), órgano del sector Justicia que estuvo encargado de los asuntos de inmigración y ciudadanía hasta principios de 2003. El cambio se debió a la concentración de los esfuerzos norteamericanos en la lucha antiterrorista, lo que los llevó a crear una oficina dedicada al tema de seguridad interna y a la cual, entre otras, se le han encomendado las labores de estudio de las solicitudes de asilo encargadas antes al INS, por considerar el tema migratorio como uno de seguridad. Esta calificación va en desmedro del actual sistema de protección a los refugiados, en tanto este caso, de por sí especial, está siendo visto por una oficina concentrada no solo en casos de migración general, sino también en asuntos de seguridad interna, lo que puede llevar a procedimientos que no cumplan los estándares mínimos establecidos en las normas generales de derechos humanos.

Además, específicamente para el caso de la mujer solicitante de asilo, Estados Unidos cuenta con un documento elaborado por la Oficina de Asuntos Internacionales del Departamento de Justicia, denominado *Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women*, de fecha 26 de mayo de 1995 (Nelson 1998: 198 y ss.). Este consiste en algunas pautas por seguir por los oficiales de la INS, cuando la petición de las solicitantes de refugio esté basada completa o parcialmente en su género. Algunas disposiciones, en nuestra opinión acertadamente, hacen referencia a la existencia en otros países de legislación discriminatoria por género, por lo cual la mujer puede

verse expuesta a abusos de todo tipo y maltratos, tales como la violación sexual y violencia doméstica, así como otros en los que sus derechos sean vulnerados por normas religiosas que les niegan el acceso a la educación y al trabajo, por ejemplo. Por estos motivos, dicho documento está orientado a tratar con atención especial estos casos.

Por último, la aplicación del Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1952 también se lleva a cabo por medio de la jurisprudencia, que ha establecido precedentes obligatorios importantes interpretando dichas disposiciones. Una de las sentencias más relevantes, en nuestra opinión, es *INS v. Cardoza-Fonseca*, mediante la cual se estableció que «un extranjero no necesita probar el grado de probabilidad de riesgo a ser perseguido en su país de origen», siendo suficiente que el solicitante señale, «[...] mediante evidencia objetiva, circunstancias en las que una persona razonable podría temer persecución» (*Amnistía Internacional 1990: 11*).

Otra sentencia importante, específicamente vinculada al género, es la referida a la Decisión Interina 3278, que resuelve en apelación la solicitud de asilo de Fauziya Kasinga. Dicha sentencia considera que la circuncisión femenina, práctica generalizada entre las jóvenes de Togo, país de origen de Kasinga y del cual huyó por para evitar ser mutilada, es considerada persecución.² Esta sentencia generó el aumento de solicitudes de asilo a los Estados Unidos básicamente por cuestiones de género.

² Interim Decision 3272. In re Fauziya Kasinga. 13 de junio de 1996. En *International Legal Materials*, vol. XXXV, n.º 4 Washington D.C., julio de 1996, pp. 1147 y ss.

Como podemos apreciar, Estados Unidos cuenta con una legislación abundante en materia de refugiados. No solo ha incorporado la definición de refugiado de la Convención de 1951 en el Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1952, sino que también ha diseñado directivas específicas que ayudan a su cumplimiento y al tratamiento de casos especiales. Sin embargo, algunas disposiciones sobre las cláusulas de exclusión deberían ser reformadas, porque, por lo imprecisas y amplias, dejan sin posibilidad de presentar su solicitud de refugio a personas que reúnen los requisitos para ser consideradas como refugiadas. Lamentablemente, ello dista mucho de ocurrir en un corto plazo, considerando no solo que Estados Unidos es uno de los países con el mayor número de solicitudes de asilo en el mundo y que busca, en vez de promover la inmigración, restringirla, sino que además, luego de los atentados terroristas del 11 de setiembre de 2001, las políticas nacionales de seguridad han sido priorizadas a tal punto que dejan de lado tanto la de los refugiados cuanto la de los derechos humanos en general, como veremos en el cuarto capítulo.

3.2. Unión Europea

A pesar de que la Unión Europea tiene su origen en el año 1992 con la firma del Tratado de Maastricht, el asilo y el refugio no formaban parte de la materia comunitaria. Hasta mayo de 1999, todos y cada uno de los estados europeos establecían sus políticas de asilo y refugio de acuerdo con los compromisos asumidos internacionalmente, en especial en lo que a sus obligaciones para la promoción y el respeto de los derechos humanos se refiere, y a sus objetivos nacionales. Sin embargo, la entrada en vigencia del Tratado de Amsterdam ese año, que modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, cambia todo el panorama al incluir el refugio como materia comunitaria.

Veamos en qué consiste este cambio, y cómo puede influir en las ya restrictivas políticas de refugio de algunos de sus miembros.

3.2.1. Normativa comunitaria

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elaborada en Niza el 7 de diciembre de 2000, establece en su artículo 18 que se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de 1951. Además, en su artículo 19.2 recoge el principio de *non refoulement* al establecer que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

En cuanto a la regulación comunitaria del asilo y el refugio, hasta 1999 tanto el reconocimiento del estatuto de refugiado cuanto el procedimiento nacional para tal fin eran determinados por los propios estados de la Unión. Sin embargo, el Tratado de Amsterdam, firmado en 1997 y en vigor desde mayo de 1999, modificó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, al incorporar el Título IV sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. Con esta modificación, el refugio pasó a ser materia comunitaria, aunque los estados mantienen la competencia de conceder refugio a las personas a quienes les reconozca tal condición. El artículo 63 reformado señala que el Consejo de Europa adoptará, en un plazo de cinco años:

- 1) medidas en materia de asilo, con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a otros tratados pertinentes, en los siguientes ámbitos:

- a) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer país,
 - b) normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los estados miembros,
 - c) normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países,
 - d) normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado;
- 2) medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas, en los siguientes ámbitos:
- a) normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional,
 - b) fomento de un esfuerzo equitativo entre los estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida [...]

De esta manera, para el año 2004 la Comisión habrá establecido un conjunto de políticas y normas vinculantes para todos los estados miembros de la Unión Europea sobre refugio y desplazados internos. Entre estas normas mínimas tendremos, sin lugar a dudas, la inclusión de un concepto de refugiado que será válido para los estados miembros. Ello no solo armonizaría la legislación comunitaria sobre refugiados, sino que además salvaría las diferencias entre los actuales conceptos de refugiado manejados por los estados europeos, con la aplicación de un estándar común. Sin embargo, es posible que este proceso de homogeneización de las normas comunitarias sobre refugiados en torno de un común mínimo tenga como

consecuencia el fin de las políticas generosas sobre refugiados en algunos países (García de Vinuesa, s/f.). Ello debido a la creciente tendencia a restringir el derecho al refugio, y al uso cada vez más frecuente de la política del «tercer país más seguro» para reenviar al solicitante de refugio a otro Estado.

Ello vendría a consolidar, por otra parte, los compromisos de la Unión Europea asumidos en la Convención de Dublín de 1990. Esta Convención, vigente desde el 1 de setiembre de 1997, establece un procedimiento de determinación del Estado responsable de analizar la solicitud de refugio, justo para evitar la continuación de la práctica de esta política del «tercer país más seguro», que había generado que un gran número de refugiados fuesen trasladados varias veces de un Estado a otro y que sus solicitudes resultasen sucesivamente rechazadas.

Asimismo, reviste particular importancia la reunión de jefes de Estado y de gobierno de la Unión Europea en octubre de 1999 en Tampere, Finlandia. Ello porque, teniendo en cuenta el surgimiento de prácticas restrictivas de asilo en algunos países miembros de la Unión, los jefes de Estado afirmaron su «respeto absoluto al derecho a solicitar asilo», así como reconocieron la necesidad de una política común que ofrezca «garantías a las personas que busquen protección en la Unión Europea o traten de entrar en ella», y su compromiso de establecer un sistema europeo común de asilo «basado en la plena y total aplicación de la Convención de 1951» (ACNUR 2000: 187-188).

Por último, en materia comunitaria, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 200/5 6/CE del 28 de setiembre de 2000³ crea el

³ En <<http://www.unhcr.ch/biblioteca/pdf/1223.pdf>>.

Fondo Europeo para los Refugiados, destinado a «apoyar y fomentar los esfuerzos de los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida» (artículo 1). El Fondo funcionará desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2004, y contará con 216 millones de euros (artículos 1.2 y 2).

3.2.2. Casos por país

Teniendo en cuenta estas disposiciones comunitarias, en lo que sigue pasaremos a analizar dos conceptos de refugiados aplicados en Europa, y que se oponen diametralmente. Veremos el caso de España, donde es relevante apreciar la forma en que salieron de una norma sobre asilo, entendido este como institución independiente del refugio, para adecuarla al refugio y a los instrumentos internacionales que lo regulan; y el caso de Alemania, donde se aplica un concepto de refugiado tan restringido como su nueva normativa sobre inmigración.

3.2.2.1. España

En el aspecto internacional, España adhiere a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 el 22 de julio de 1978. Para hacer cumplir las disposiciones de estos tratados, dicho país cuenta con la Ley 5/1984, del 26 de marzo de ese año, y modificada parcialmente por la Ley 9/1994, del 19 de mayo de ese año (Montero y Concepción 1994: 157 y ss.). Asimismo, en el artículo 13.4 de su Constitución reconoce el derecho a buscar y recibir asilo.

Al igual que los países latinoamericanos, y a diferencia de Estados Unidos, España también reconocía el asilo y el refugio como figuras

independientes con regulación separada. Sin embargo, la Ley 9/1994 modifica esta situación e integra ambas figuras, en el entendido de que «[esta] dualidad [...] no se deriva en modo alguno de las exigencias de protección a los extranjeros víctimas de persecución y que se ha revelado como una fuente de confusión y abusos».⁴ Por ello, ahora el artículo 2.1 precisa que «[e]l derecho de asilo [...] es la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [...]».

Esta disposición tiene dos propósitos. El primero, establecer el concepto de refugiado que se debe manejar en España, adoptando el de la Convención de 1951. Y el segundo, tal como vimos en el primer capítulo en la sección referida a asilo, la asunción de la posición del ACNUR acerca de la concesión de asilo como una de las etapas del sistema de protección a los refugiados, al afirmar que el asilo es la protección dada al extranjero a quien se reconoce su calidad de refugiado.

De tal modo, este tratamiento asilo-refugio como parte-todo se torna similar al de Estados Unidos, donde también se concede asilo (*grant asylum*) al solicitante a quien se le reconoce el estatuto de refugiado. Tal como lo afirmamos en el capítulo 1, esta es la forma correcta de tratar ambas figuras, dado que separarlas puede traer complicaciones innecesarias, confusiones y duplicidad de regulación, lo que es perjudicial para la celeridad de la resolución de dichas solicitudes.

En cuanto al procedimiento, establecido en el Real Decreto 203/1995, que reglamenta la Ley 5/1984, España, al igual que los Esta-

⁴ Exposición de Motivos Ley 9/1994, del 19 de mayo de ese año. En <<http://www.mir.es/derecho/le/le091994.htm>>.

dos Unidos, contempla dos formas de solicitar asilo: ante la autoridad gubernamental, si el solicitante se encuentra en territorio español, o ante las embajadas o consulados, de encontrarse fuera de España.⁵ Un comentario especial nos merece el caso de quien solicita asilo fuera de España, dado que podría hacerlo inclusive a través de un consulado, cuando el tratamiento normativo del asilo en España y Latinoamérica, ya visto en el primer capítulo, consagraba la concesión de asilo en su modalidad de asilo diplomático por medio de las embajadas. Llama todavía más la atención el hecho de que en el nuevo sistema de refugio se mantenga una figura típica del asilo como es el asilo diplomático, dada la renuencia del ACNUR a considerar las solicitudes de quienes aún no han cruzado la frontera. Sin embargo, nos parece favorable que la legislación tenga esta disposición porque, como afirmábamos en el primer capítulo, siempre habrá casos de personas que necesitan protección urgente y para quienes la huida por medios convencionales implica un riesgo mucho mayor para su vida y su integridad.

El órgano encargado de recibir las solicitudes, instruir el procedimiento y encargarse de los trámites administrativos es la Oficina de Asilo y Refugio, mientras que el análisis de las solicitudes lo hace la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR), la que elevará una propuesta de aceptación o negación de la solicitud al Ministerio de Justicia e Interior, institución que toma la decisión final. De ser reconocido como refugiado, el solicitante recibirá los documentos correspondientes, y si careciese de trabajo o medios económicos para atender sus necesidades o las de su familia, podrá acogerse a las prestaciones económicas y sociales establecidas para tal fin. De ser dene-

⁵ Artículo 4 modificado por la Ley 9/1994, incisos 1 y 4.

gada la solicitud, cabe el recurso de reexamen interpuesto ante la Oficina de Asilo y Refugio. Durante todo el proceso, caben las consultas a la oficina del ACNUR en España.

Mientras dura el examen de la solicitud, el solicitante obtendrá en el territorio español todas las facilidades para permanecer en el país hasta la solución definitiva de su caso. La Ley 9/1994 contempla asimismo, en el artículo 5, la inadmisibilidad de la solicitud de asilo cuando sea manifiestamente infundada, lo cual conlleva, de no haber apelación de por medio, la expulsión del solicitante de asilo o su rechazo en la frontera, medida no contemplada en el caso norteamericano o en el peruano, como veremos más adelante.

Otro punto de comparación con el sistema norteamericano tiene que ver con el rol de la jurisprudencia. A diferencia del sistema norteamericano, donde un órgano administrativo (la INS) decide si se puede apelar dicha decisión hasta en tres instancias, en el caso español participan en el proceso una oficina administrativa, una comisión interministerial y el Ministerio de Justicia e Interior, de las cuales ninguna es judicial. Nos parece acertada la inclusión de una comisión interministerial, porque ello implica la participación de más sectores y, por ende, el reconocimiento de que el refugiado no es un migrante cualquiera, sino que constituye un caso especial. Nos parece también positiva la participación del ACNUR con una función consultiva, lo que asegura que el proceso cumpla con el estándar mínimo establecido por la Convención de 1951. Sin embargo, hubiésemos preferido un proceso que incluya una apelación ante otro órgano en vez de un reexamen, con el fin de garantizar mejor la pluralidad de la instancia.

En conclusión, en el caso español la normativa contiene novedades que enriquecen el tratamiento del tema de los refugiados. Establece un con-

cepto flexible, asimila la figura del asilo (tal como se concibe en Latinoamérica) a la del refugio y señala un procedimiento justo, de varias etapas y con la participación de una comisión interministerial y del ACNUR para la absolución de consultas en varias etapas de este proceso.

3.2.2.2. Alemania

En el plano internacional, el gobierno alemán ratificó la Convención de 1951 el 1 de diciembre de 1953. En el ámbito nacional, en 1992 el gobierno alemán derogó de su Constitución Política el artículo 6, que otorgaba a los ciudadanos el derecho a buscar y obtener refugio y obligaba al Estado alemán a otorgarlo (Lavarello 1994: 85). Esta decisión fue motivada por un deseo de frenar la gran cantidad de solicitudes de asilo que desde entonces estaba recibiendo, así como por el rebrote de manifestaciones de xenofobia y racismo en parte de su población, en perjuicio principalmente de los extranjeros de procedencia árabe y turca. La modificación de su Constitución marcó el inicio de una política migratoria y de refugio mucho más severa, lo que ha llevado a Alemania a convertirse en uno de los países que cuentan con las políticas de asilo más restrictivas del mundo, y cuyo ejemplo lamentablemente fue seguido por otras naciones europeas (Kauffer 1997).⁶

La norma que regula el concepto de refugiado en Alemania es el Acta de Procedimiento de Asilo, del 27 de julio de 1993, y que incluye

⁶ Dentro del año siguiente a la modificación alemana, Bélgica, Francia, Portugal, Holanda, Gran Bretaña, Dinamarca, Austria e Italia también introdujeron modificaciones a sus normas de asilo con el fin de restringirlas.

modificaciones hasta el 29 de octubre de 1997 (Oezcan 2002).⁷ Aunque por el título la norma pareciera tratar del asilo más que del refugio, ella establece que todo extranjero que goce de asilo en territorio alemán tiene el estatus legal otorgado por la Convención de 1951. El concepto de refugiado establecido en la Sección 1 señala que podrán acogerse a la protección de la norma quienes busquen protección de la persecución política en sus países de origen, o quienes no deseen ser devueltos a un país donde sus derechos fundamentales puedan ser violados.

Como podemos apreciar, este concepto de refugiado es mucho más restringido que el de la Convención de 1951. Para comenzar, solo admite como requisito la persecución por motivos políticos, por lo cual su figura se asemeja más bien a la del asilo latinoamericano. Esto excluye los otros motivos de persecución, como son los de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un determinado grupo social. Lamentablemente, esto puede basarse en una actuación discriminato-

⁷ Esta norma fue modificada en junio de 2002 por la nueva Ley de Inmigración, la que regula y/o modifica la legislación para visas, permisos de residencia, trabajadores migrantes y refugiados. Entre otras medidas, la nueva Ley ordenaba que los solicitantes de asilo cuyo trámite haya sido positivo no reciban asilo sino un «permiso de residencia temporal» que duraría como máximo tres años, cuando el acta actual otorgaba un permiso de residencia ilimitado; y no solo cambió el nombre de la Oficina Federal para el Reconocimiento de los Refugiados por el de Oficina Federal de Migración y Refugiados, sino que también le añadió la responsabilidad de supervisar el registro central de extranjeros en Alemania, por lo que administrativamente la oficina destinada a los refugiados se dedicaría también a asuntos de migración común, lo que no nos parece conveniente por ser dos casos distintos y con regulaciones separadas. La aplicación de esta Ley, con vigencia a partir de enero de 2003, fue sin embargo bloqueada por el Tribunal Constitucional, por la forma como fue aprobada, por lo que la Ley de Procedimientos de Asilo de 1993 aún sigue siendo la norma vigente sobre refugiados. Véase <<http://migration.ucdavis.edu>>.

ria, dado que tanto el racismo cuanto el odio hacia otros grupos nacionales o sociales, aún imperantes en la sociedad alemana, pudo haber influido en la exclusión de dichos grupos del concepto de refugiado consagrado en la ley.

En segundo lugar, este concepto no hace mención al temor fundado de persecución, sino que menciona únicamente a aquella persona que busca protección de una persecución política real y efectiva. Esto restringe aún más esta definición, no solo por lo difícil que puede resultar probar la persecución por motivos políticos, sino también porque muchos emigran por temer razonablemente la vulneración de sus derechos fundamentales.

Uno de los pocos aciertos de esta definición de refugiado consiste en la inclusión del principio de *non refoulement*, en tanto el solicitante de asilo no podrá ser devuelto al Estado de origen o residencia donde su vida o seguridad corren peligro. Sin embargo, esta inclusión hace mención solo al deber de no devolver al solicitante al Estado de origen o residencia, mas no al de acogerlo temporalmente, mientras se estudia su solicitud. Por consiguiente, Alemania asume un *non refoulement* tan restringido como su concepto de refugiado.

En cuanto a las cláusulas de exclusión, la Sección 1 determinó que el Acta no se aplicaría a los extranjeros ya establecidos en el territorio alemán, ni a los foráneos previamente admitidos bajo programas de ayuda humanitaria. Con esto no se incluyen los supuestos de la Convención de 1951, lo que nos hace concluir que estamos ante el diseño de un régimen de refugiados apartado del sistema internacional patrocinado por la Convención de 1951.

Respecto del procedimiento, la solicitud de asilo se plantea ante la Federal Office for the Recognition of Foreign Refugees (en adelante la Oficina Federal), cuya decisión puede ser apelada ante una corte administrativa. De acuerdo con la sección 23, el solicitante de asilo será reconocido como refugiado cuando la Oficina Federal o la corte se pronuncien a favor de dicho reconocimiento. En este sentido, encontramos una semejanza con el régimen americano en cuanto al procedimiento de solicitud de asilo, dado que tenemos una primera instancia administrativa y una segunda y última instancia judicial en el ámbito administrativo.

Lo que define la política alemana para los refugiados en la presente década es aquella del «tercer país seguro», practicada en Europa en los últimos años y recogida en el Acta de Procedimiento de Asilo de 1993. Sin embargo, la ley alemana incorpora dos modalidades: la primera consiste en que Alemania cuenta con una lista de otros países europeos que considera como «seguros» para cualquier emigrante que huye de su país de origen o residencia.⁸ Si este emigrante, cuyo Estado de origen o residencia es distinto del de los «terceros países seguros», llega a Alemania procedente de cualquiera de estos terceros países, entonces no podrá acogerse al Acta de Procedimientos de Asilo, por lo cual no se le permite solicitar refugio.⁹ Mediante esta vía se ha denegado el asilo a muchos solicitantes que, al salir de su país de origen o residencia, llegaron primero a uno de estos «terceros países seguros» como parte del camino a Alemania, su destino final.

⁸ Estos países, enumerados en el Apéndice I del Acta de Procedimientos de Asilo de 1993, son Finlandia, Noruega, Austria, Polonia, Suecia, Suiza y la República Checa.

⁹ Sección 26 del Acta de Procedimiento de Asilo de 1993.

Una segunda modalidad de esta figura es el convenio entre el Estado alemán y otro país para que este haga las veces de país seguro y reciba a los solicitantes de refugio que lleguen a Alemania, sin perjuicio de que se les conceda definitivamente el asilo deseado. Por este motivo, Alemania se comprometerá a colaborar con este tercer país, sobre todo en lo que se refiere a materia económica (Kauffer 1997: 752).

Una variante aún más grave de esta modalidad es la inclusión del Apéndice II del Acta de Procedimiento de Asilo, con una lista de «países de origen seguros».¹⁰ Según el artículo 29 de esta norma, si el solicitante de refugio huyó de uno de los países incluidos en ese Apéndice, la autoridad alemana rechazará dicha solicitud como «manifiestamente infundada», a menos que el solicitante pruebe lo contrario.

Somos de la opinión de que las tres variantes de la política del «tercer país seguro» adoptadas por Alemania vulneran gravemente el derecho universal de la persona a solicitar y obtener asilo en cualquier país. Además, lesiona el principio de *non refoulement*, dado que puede rechazar en la frontera a quien provenga de un «tercer país seguro» o «país de origen seguro», sin darle la oportunidad de presentar su solicitud y seguir el trámite respectivo. La solicitud de refugio, por configurar una medida para proteger al solicitante de una posible persecución, en ningún momento debe ser denegada sin ser siquiera estudiada. Por ello, nos oponemos a una regulación de asilo que tiene por regla la expulsión y la prueba de la persecución como excepción.

¹⁰ Estos países son Bulgaria, Ghana, Polonia, Rumania, Senegal, República Eslovaca, República Checa y Hungría.

3.3. África: El caso de Kenia

En el ámbito internacional, Kenia adhirió la Convención de 1951 el 16 de mayo de 1966, y el Protocolo de 1967 el 13 de noviembre de 1981. Adicionalmente a la Convención de 1951 y, al igual que los demás países africanos, Kenia ha delineado sus políticas de refugio en el marco de dos tratados. Primero, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,¹¹ cuyo artículo 12.3 cual consagra el derecho a buscar y recibir asilo. En este sentido, encontramos esta disposición más parecida a la contenida en el artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en tanto se garantiza el derecho de asilo de existir persecución, sin establecer los motivos que la generan. El órgano supervisor de esta Carta Africana es la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, establecida en 1987, y que permite a los refugiados y solicitantes de asilo, así como a las ONG que los representan, la posibilidad de denunciar al Estado receptor por violaciones de sus derechos no solo como refugiados sino, en general, como seres humanos (Zard y otros 2003). Gracias a ello, se han presentado ante la Comisión recursos contra el Estado receptor cuando su legislación sobre refugiados es deficiente o inadecuada, y se ha abierto la posibilidad de denunciar a los países de origen basándose en la continuidad de las violaciones de derechos humanos, debido a la persecución y a la salida del solicitante de refugio de este Estado (Zard y otros 2003). Ello nos parece positivo, en tanto esta Comisión se vuelve indirectamente un medio de supervisión del cumplimiento de los estados de sus obligaciones para con los refugiados.

¹¹ Este instrumento fue adoptado en Nairobi el 26 de junio de 1981, y entró en vigor el 21 de octubre de 1986. A excepción de Marruecos, todos los estados africanos han reconocido esta Carta como vinculante.

El segundo instrumento internacional es la Convención de la OUA de 1969, en la cual se consagra un concepto ampliado de refugiado, tal como vimos en el capítulo anterior. Esta ampliación consistió en extender el concepto de refugiado a quienes huyeran de sus lugares de origen por causa de una agresión, una ocupación exterior, una dominación extranjera o acontecimientos que lesionaran gravemente el orden público. Asimismo, se define la concesión de asilo como un acto «pacífico y humanitario» (artículo 2.2), y se establece el deber del Estado de no devolver a ningún solicitante al país donde su vida, integridad física o libertad puedan ser vulneradas (artículo 2.3).

Debido a que aún es un Estado receptor de cerca de 250.000 refugiados, provenientes principalmente de Somalia y Ruanda, Kenia decidió modernizar su legislación nacional sobre el tema. Así, está por aprobarse su nueva Constitución, la que incluye como derechos constitucionales el de buscar asilo y el *non refoulement*, y que señala que el Parlamento debe aprobar la legislación para refugiados en un plazo de un año luego de la promulgación de la Constitución. Aunque técnicamente no existe norma legal sobre el tema, el gobierno creó la Secretaría Nacional para los Refugiados (NRS), adscrita al Ministerio del Interior, para que se encargue de los temas vinculados a los refugiados. Sin embargo, hasta que la nueva Constitución y la legislación sobre esta materia estén vigentes, el gobierno delegó en la oficina del ACNUR en Nairobi el procedimiento de determinación del estatuto de refugiado. Ello significa que, además de las obligaciones derivadas de su propio mandato de protección y provisión de asistencia humanitaria, el ACNUR también está a cargo de recibir refugiados, registrar y hacer citas a los solicitantes de refugio vinculadas a la determinación de su estatuto, conducir las entrevistas a los solicitantes, tomar la decisión final sobre las solicitudes de refugio y las reconsidera-

ciones, y organizar los campos de refugiados (Refugee Consortium of Kenya 2003: 17).

Sobre este punto, creemos positivo que el gobierno de Kenia prepare una legislación sobre refugiados acorde con la Convención de 1951 y los demás instrumentos africanos de derechos humanos, y que mantenga con el ACNUR una permanente coordinación en el tema de los refugiados. Sin embargo, delegarle toda la responsabilidad a esta entidad es para nosotros contraproducente, porque la labor del ACNUR es más bien de asesoría y asistencia, tanto al gobierno cuanto a la sociedad civil, para que puedan manejar el tema de los refugiados de acuerdo con la normativa internacional, y brindar asistencia humanitaria a las poblaciones desplazadas y a los campos de refugiados. Esta canalización de esfuerzos del área humanitaria al área administrativa no solo elimina la autonomía del ACNUR en territorio keniano, sino que también puede terminar minando la labor de asistencia humanitaria de esta organización, que es su primera y más importante responsabilidad.

3.4. Latinoamérica: El caso de Panamá

El caso latinoamericano es especial respecto de los demás, por el tratamiento confuso de las instituciones del asilo y del refugio, a diferencia de los países ya estudiados en este trabajo, donde el asilo es parte de la figura más amplia e integral del refugio. Ello debido principalmente al fenómeno migratorio producido por los conflictos armados internos en Centroamérica durante los años ochenta, que hicieron notar las falencias del asilo, tal y como era considerado hasta entonces, para hacer frente a esta problemática. Esta dicotomía, en conjunto con la actual afluencia en masa de colombianos que huyen del conflicto interno ha-

cia Panamá, vuelve a poner sobre el tapete algunos retos y replantea otros nuevos, lo que nos ha llevado, en esta sección, a concentrarnos en la revisión de las normas sobre refugio de este país.

Panamá adhirió a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 el 2 de agosto de 1978. Actualmente la norma que regula el reconocimiento del estatuto de refugiado e implementa la Convención es el Decreto Ejecutivo 23, del 10 de febrero de 1998, que desarrolla la Ley 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba dicha Convención y el Protocolo de 1967.

Cabe destacar de esta norma los artículos 1 y 5, sobre la aplicación subjetiva del sistema de protección a los refugiados en Panamá. El artículo 1 señala que «toda persona que cumpla con los requisitos estipulados en el Artículo 1 de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados tiene derecho a solicitar protección dentro del territorio de la República, con el fin de salvaguardar su vida, integridad personal, libertad y seguridad [...]».

Por su parte, el artículo 5 de la Ley expresa que se considera como refugiado a:

- 1) Toda persona que, debido a fundados temores de persecución individualizada por las autoridades de su país de origen o de residencia habitual, por motivos de raza, género, 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.
- 2) Quien careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde tuviera su residencia habitual, debido a fundados temores de persecución individualizada por las autoridades de

su país de origen o residencia habitual, por motivos de su raza, género, religión, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a ese país.

- 3) Todo extranjero que, habiendo ingresado al país y encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevivientes que surjan en su país de origen o residencia habitual, le motivan un fundado temor de persecución por motivo de su raza, género, religión, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

La calidad de refugiado es una situación migratoria excepcional y temporal.

Un primer comentario a esta noción de refugiado reside en la supresión del supuesto de nacionalidad como motivo de persecución o del temor fundado de esta, tal como lo establece la Convención de 1951. Con ello se deja de lado no solo los casos de personas perseguidas por su nacionalidad de derecho o ciudadanía, sino también los de la nacionalidad de hecho, que incluyen a los grupos nacionales. Aunque varios supuestos de nacionalidad de hecho coinciden con los de grupo social o raza, no ocurre lo mismo con el de la nacionalidad de derecho, por lo que un sector protegido por la norma internacional sobre refugiados quedaría excluido de solicitar el reconocimiento de su condición de refugiado. Esto generaría además una colisión entre los artículos 1 y 5, porque mientras el primero reconoce el derecho de quienes tienen temor fundado de persecución o la sufren efectivamente por los motivos establecidos en la Convención, entre ellos la nacionalidad, en el artículo 5 se le niega toda posibilidad de que el ejercicio de ese derecho pueda llevar al reconocimiento de su estatuto de refugiado en Panamá. Por tanto, para evitar estos conflictos normativos, al menos en los incisos 1 y 3, en los que no se considera el supuesto de apatridia, la nacionali-

dad debe ser considerada como motivo que puede generar un temor fundado de persecución o una persecución efectiva.

En segundo lugar, resalta también la inclusión del supuesto de género como motivo en el cual se puede sustentar un temor fundado de persecución o persecución efectiva. Si bien según lo ya visto en el primer capítulo, de acuerdo con el ACNUR la perspectiva de género debe aplicarse a todo el proceso y no solo a la prueba del temor fundado de persecución o persecución efectiva, es positiva su consideración en el presente artículo, sobre todo si se toma en cuenta que no se limitó a la idea de «sexo», ya criticada en el mismo primer capítulo, y puede convertirse en el pilar de una regulación más abierta y comprensiva del tema.

Un tercer punto tiene que ver con la idea de «persecución individualizada por las autoridades de su país de origen o residencia habitual» contemplada en el inciso 1 del artículo 5. Ya hemos visto en el primer capítulo que lo esencial para configurar la persecución es la presencia de un elemento discriminatorio, que puede ir en contra de un individuo o de un grupo civil. De darse este último supuesto, las víctimas podrán acudir, ya sea individualmente o en grupo, a un tercer país solicitando la protección del refugio, aunque para cada caso seguirán un proceso individual, por lo que esta frase restringe innecesariamente el ámbito de aplicación subjetiva establecido en la Convención de 1951 en Panamá. Asimismo, si bien es cierto que la norma panameña usa esta frase en algunos artículos para distinguir los casos individuales de las afluencias en masa, que tienen un capítulo especial, creemos que la expresión es infeliz y que puede conducir a confusiones que lleven a la exclusión de quienes solicitan el reconocimiento del estatuto de refugiado por persecución colectiva, aunque dicha solicitud la hagan individualmente, no importa si llegaron solos o con

un grupo pequeño. De esta manera, la inclusión de esta frase limita los alcances de esta noción de refugiado y deja fuera del ámbito de protección panameño a quienes han sufrido o temen con fundamento una persecución como grupo, provocando otra colisión entre los artículos 1 y 5 de esta ley.

También constituye una limitación a la idea de persecución el que la legislación panameña considere que solo las «autoridades del país de origen o residencia habitual» pueden incurrir en actos persecutorios o que generen temor fundado de esta. Por lo visto en el primer capítulo, no solo los agentes estatales pueden realizar tales actos, sino también otros individuos y grupos civiles cuyas acciones no sean convenientemente reprimidas por el Estado o sean toleradas por este. Así, los grupos paramilitares, los grupos terroristas u otros grupos civiles intolerantes frente a otros dentro del mismo Estado pueden incurrir en actos que generen válidamente un temor fundado de persecución o una persecución efectiva, por lo que nuevamente otro grupo quedaría excluido de la protección otorgada por el Estado panameño.

En cuanto a las cláusulas de exclusión y de cese, el mismo conflicto entre los artículos 1 y 5 de la Ley se produce esta vez con los artículos 2 y 71. Mientras el primero de ellos establece que sus disposiciones no son aplicables a las personas comprendidas en la causales de exclusión enumeradas en las secciones D, E y F del artículo 1 de la Convención de 1951, en el artículo 71 sobre las cláusulas de exclusión se opta por rephrasing los supuestos contemplados en la Convención, quedando entonces excluidas las personas:

- 1) Que reciben asistencia o protección de una dependencia de la Organización de Naciones Unidas distinta al ACNUR.

- 2) Que fijen su residencia en un país que le reconoce los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.
- 3) Que no se consideran merecedoras de la protección internacional por considerar:
 - a. Que ha cometido 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 admitido en él como refugiado.
 - c. Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Ello trae problemas sobre todo con el supuesto de quienes han cometido delitos contra la paz, de guerra o contra la humanidad, un grave delito común o actos contrarios contra los fines y principios de Naciones Unidas. Ello debido a la frase «que no se consideran merecedoras de la protección internacional por considerar que [...]», no solo mala en el estilo, sino también imprecisa, porque omite la parte esencial de que existan motivos fundados para asumir la comisión de esos ilícitos por el solicitante, incluida en la Convención de 1951. La falta de esta frase nos deja entonces con una cláusula abierta a favor del Estado, que entonces no necesitaría sopesar si existen estos motivos fundados para descartar al solicitante, sino tan solo una consideración o una sospecha para denegar la revisión de la solicitud, lo que eventualmente puede torcerse en manipulación estatal para rechazar solicitudes de refugio, y de esta manera vulnerar el derecho del solicitante tanto a solicitar asilo cuanto a la presunción de inocencia, establecidos en los instrumentos internacionales generales de derechos humanos. De esta forma, este acápite entra en contradicción con el

artículo 2, por el cual se consideran las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951 incorporadas a la norma, porque esta incorporación no se produce en los términos concebidos en dicho tratado.

Cabe destacar la inclusión, en el Título II, capítulo 1, de disposiciones vinculadas a la concesión de un estatuto humanitario provisional de protección. En esta sección, de por sí apropiada por la gran afluencia de migrantes colombianos recibidos por Panamá en los últimos años, se establece que en los casos de afluencia en gran escala de personas que ingresen ilegal o irregularmente en el país, será concedido temporalmente un Estatuto Humanitario Provisional de Protección (artículo 80), cuyo beneficiario no gozará de los mismos derechos y beneficios legales y sociales de quienes ya han sido reconocidos como refugiados (artículo 81), y a quienes se aplicará provisionalmente el *non refoulement* (artículo 82).

Sin embargo, en los artículos 80 al 85 no se menciona, en ningún caso, la posibilidad de que los migrantes llegados en masa puedan presentar su solicitud de refugio individual ante el gobierno panameño, sino que más bien se habla de la garantía de derechos mínimos «mientras esperan los arreglos para el retorno a su país de origen o para su reasentamiento en terceros Estados» (artículo 83). Ello va en concordancia con el artículo 82, en el que se contempla la aplicación provisional del *non refoulement* sin que ello comprometa a Panamá a otorgarles asentamiento permanente en su territorio, y con el artículo 85, por el que se establece que el Órgano Ejecutivo «pondrá en práctica mecanismos bilaterales con los Estados de procedencia de las personas que sean acogidas al Estatuto, con el objeto de gestionar su retorno en condiciones dignas y de seguridad, así como de crear posibilidades par el reasentamiento en terceros países de aquellas personas consideradas

como muy vulnerables». Queda clara, entonces, una vulneración del derecho a solicitar y obtener asilo, dado que este no es denegado luego de seguir un procedimiento regular, sino que simplemente no se contempla la posibilidad de presentar esta solicitud, por el solo hecho de que el migrante llegó en grupo y no solo. Aunque los casos de afluencia masiva deben ser tratados especialmente, creemos que lo más pertinente hubiese sido permitir la presentación de solicitudes individuales, y hasta que se resuelvan estos casos se pondría en práctica un estatuto humanitario especial con la aplicación del *non refoulement*, sin excluir la posibilidad de que, por medio de la cooperación internacional, se pueda reenviar al solicitante a un tercer país en el caso de que Panamá no se encuentre en condiciones de acogerlo.

Finalmente, en cuanto al procedimiento, se podrá presentar la solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado ante la autoridad receptora primaria o la Oficina Nacional de Atención a los Refugiados (ONPAR), la que elaborará un informe legal sobre la solicitud y la elevará a la Comisión Nacional de Protección para Refugiados, siendo este último órgano el que resuelve esta solicitud en primera instancia. De ser negativa la resolución, el solicitante podrá interponer un recurso de reconsideración ante esta misma instancia, así como un recurso de apelación al Ministro de Gobierno y Justicia en un plazo de tres días hábiles posteriores a la notificación de la resolución que decide el recurso de reconsideración. Sobre este aspecto, creemos positivo que en lo procedimental se respete el principio de la doble instancia, y se trate de brindar al solicitante las garantías y facilidades para que pueda presentar su solicitud adecuadamente.

En conclusión, en lo que se refiere a Panamá nos encontramos ante una legislación confusa, que trata por un lado de incorporar la Con-

vención de 1951 y el Protocolo de 1967 a su normativa nacional, pero que, por otro lado, lo hace incluyendo puntos contrarios a los principios que inspiran dichos instrumentos, y que entran en contradicción dentro de la misma norma. Asimismo, si bien se aplaude que el gobierno busque regular como caso especial y urgente las afluencias masivas, estas deben darse respetando los estándares mínimos de protección de los derechos humanos, en especial el derecho a buscar y recibir asilo en cualquier país.

3.5. El caso del Perú

En el caso de nuestro país, tenemos una profusión de normas relacionadas con el asilo y el refugio. Para empezar, en lo referente a instrumentos internacionales, el Perú aprobó la adhesión a la Convención de 1951 mediante Resolución Legislativa n.º 15014, de fecha 16 de abril de 1964 y vigente desde el 21 de marzo de 1965. En cuanto al Protocolo de 1967, fue aprobado por Resolución Legislativa n.º 23603, vigente desde el 15 de setiembre de 1983.

En el plano nacional, la Constitución de 1993 no establecía ninguna disposición sobre el refugio ni sobre el derecho a buscar y/o recibir asilo en cualquier país. En cuanto al asilo como figura independiente del refugio, el artículo 36 de la Carta Magna hace una única mención al tema al señalar que el Estado reconoce el asilo político, acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante y, en caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue. Esta disposición nos parece pobre, considerando que no reconoce el derecho subjetivo de la persona a buscar y recibir asilo, ni el derecho a no ser devuelto a un Estado donde su vida, libertad o integridad corran serio peligro, en concordancia con la Convención

Americana sobre Derechos Humanos. Aunque la mención de la figura del refugio y del concepto de refugiado puede hacerse en una ley sobre la materia, la Constitución, como carta fundamental del Estado, debió reconocer este derecho.

Para llenar el vacío de la presente Constitución, el Anteproyecto de Reforma de nuestra Carta Magna que se encuentra en debate en el Congreso de la República ha incluido dos disposiciones referidas al refugio. Primero, el artículo 7 del Anteproyecto, sobre derecho de asilo, reconoce que:

Toda persona tiene derecho a buscar y solicitar asilo y refugio. El Estado garantiza el asilo y el refugio de acuerdo con los tratados de los que es parte y acepta la calificación de Estado otorgante. En ningún caso los peticionarios serán expulsados o devueltos a un Estado donde su vida, integridad o libertad estén en riesgo.

Sobre este artículo, nos parece importante que subsane el vacío de la Constitución de 1993 al incorporar no solo en su primera oración el derecho a obtener asilo y refugio, sino también el derecho al *non refoulement* o a no ser devuelto a un país donde sus derechos fundamentales corran peligro de ser vulnerados. Lo que llama la atención es el uso de la fórmula «a buscar y solicitar refugio» en vez de la frase «a buscar y recibir asilo» acuñada en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVI) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22.7); o la frase «a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país» de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 14), solo por mencionar tres instrumentos internacionales de los cuales el Perú es Estado parte.

En la elaboración de este artículo ha influido la necesidad de dejar dicho, aunque sea implícitamente, que el Perú tiene la facultad sobe-

rana de decidir quién ingresa a su territorio, y que, de incluir el derecho a «buscar y recibir refugio», se estaría estableciendo una obligación estatal de otorgar dicho refugio. Tal como afirmamos en la sección correspondiente a la naturaleza del derecho de asilo, en el primer capítulo, el derecho a buscar y recibir asilo o refugio no implica una obligación estatal de otorgarlo, pero sí lo es el establecer un procedimiento para obtener el reconocimiento del estatuto de refugiado, y actuar de buena fe si es que el Estado no puede recibir a este solicitante de refugio, para así gestionar su reenvío a un tercer país. La frase «buscar y solicitar asilo y refugio» del Anteproyecto tampoco nos parece muy feliz, porque en la normativa internacional «buscar» es un término amplio que incluye la acción de «solicitar» el refugio, por lo que la frase sería redundante. Por ello, creemos que, conforme a los tratados de los que el Perú es parte, debe adoptar la frase «buscar y recibir asilo y refugio», dado que esto reconoce el derecho del individuo a buscar y recibir dicha protección luego de seguir el procedimiento establecido por el Estado, de acuerdo con sus leyes nacionales pero siempre honrando las obligaciones derivadas de los tratados internacionales que sobre la materia haya ratificado y/o adherido.

En la legislación nacional también hubo cambios importantes. El Reglamento que Ordena la Situación Jurídica de los Refugiados y Asilados Políticos en el Perú, contenida en el Decreto Supremo 001-85-RE, publicado en *El Peruano* el 5 de julio de 1985, será reemplazado por tres nuevas normas. Así, se promulgó la Ley de Asilo mediante Ley n.º 27840, publicada en *El Peruano* el 12 de octubre de 2002, y la Ley del Refugiado, mediante Ley n.º 27891,¹² publicada en *El Pe-*

¹² Esta Ley derogó las disposiciones que la contraviniesen, es decir, las partes pertinentes de la Ley de Extranjería (Decreto Legislativo 730) y la Ley de Extradición (Ley n.º 24710).

ruano el 22 de diciembre de 2002, quedando pendiente de aprobación su Reglamento, que debe ser promulgado hasta dos meses después de publicada la Ley del Refugiado. De esta manera, se opta por la regulación separada de ambas figuras, luego de diecisiete años de regularlas en conjunto, lo que trajo más de una confusión en su momento considerando que el Decreto Supremo 001-85-RE procuraba, sin éxito, distinguir el asilo del refugio.¹³

¹³ El artículo 7 del DS 001-85-RE definía como refugiados a los extranjeros que huían «porque en su país de origen o en el de su última residencia, están expuestos a serios y graves perjuicios y temen a justo título serlo en razón de su raza, religión, nacionalidad, su pertenencia a un grupo social determinado o en razón de sus opiniones políticas». Esta noción no solo trastocaba el elemento del temor fundado de persecución o persecución efectiva de la Convención de 1951 al reemplazarlo por una frase tan amplia e indefinible como «estar expuestos a serios y graves perjuicios», sino que también hacía implícita la presencia de los otros dos elementos: la salida del país de origen o residencia y el temor o imposibilidad del solicitante de acogerse a la protección de este Estado de origen o residencia. Luego definía al asilado político, en el artículo 9, como al extranjero «que siendo perseguido por razones políticas, o de otra índole en su país de origen o en el de su última residencia, fuera acogido por el Estado directamente en su territorio, en sus misiones diplomáticas u otra sede en que ejerza soberanía [...]». Esta noción resultó desafortunada, no solo porque técnicamente podía ser «asilado político» una persona perseguida por motivos «de otra índole» no política, lo que interfería con la figura del refugio, sino también porque, a veinte años de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas que eliminó el criterio de soberanía sobre las embajadas y misiones diplomáticas para emplear el de «inmunidad», se emplea esta frase sobre soberanía en este Reglamento. Sin embargo, esta norma sirvió para mostrar la confusión existente entre los términos «asilo» y «refugio». Hubiésemos preferido que la nueva Ley, en vez de evadir el tema poniéndola en legislaciones separadas (donde, dicho sea de paso, casi repite el régimen para ambas figuras), hubiese puesto el tema sobre el tapete y, al menos, hubiese considerado la tendencia actual de subsumir el asilo territorial al refugio, y optar por la eliminación o la continuación de la figura del asilo diplomático, pero aplicada al refugio, tal como hace la legislación española.

La Ley del Refugiado establece en su artículo 3 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 habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.
- 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 humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público.
- 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 artículo.

Varios son los comentarios que nos suscita el concepto de refugiado establecido en la ley peruana. Primero, nos parece acertado que la norma, en el inciso a) del artículo 3, incorpore la definición de refugiado de la Convención de 1951. Ello no solo concuerda con la normativa internacional en la materia, sin caer en restricciones, sino que también da una base sólida sobre la que se funda el sistema peruano de protección y, sobre todo, sobre la cual se puede trabajar una ampliación en la norma nacional.

Segundo, nos parece también meritorio que se incluya, como inciso b), la fórmula ampliada de refugiado sugerida en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, aunque lo hace con tres modificaciones. Una es el añadido de la causal «ocupación o dominación extranjera» a las de violación masiva de derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno o acontecimientos que perturben gravemente el orden público, lo que no nos parece necesario porque esta causal, tomada de la Convención de la OUA de 1969, fue redactada para acoger a quienes huían por motivos de las guerras de independencia y el proceso de descolonización africana, y estos procesos ya han sido superados tanto en el Perú cuanto en América Latina hace casi dos siglos. De producirse algún tipo de conflicto con otro Estado, este encajaría en el supuesto de agresión extranjera. Por ello creemos que la causal «ocupación o dominación extranjera» es redundante y anacrónica, y debería ser retirada.

La segunda modificación a la fórmula de la Declaración de Cartagena consiste en el retiro de la causal de «violencia generalizada». Si bien es cierto la violencia generalizada es una de las máximas expresiones de «alteración grave del orden público» y que, por tanto, encajaría en este supuesto, hubiésemos preferido que esté incluida en la definición de refugiado de la ley peruana. De hecho, lo ideal hubiese sido incorporar la definición de la Declaración de Cartagena de 1984 tal y como fue expresada, del mismo modo como se hizo con el concepto de refugiado de la Convención de 1951, porque esta Declaración recogía una realidad regional (los conflictos en Centroamérica durante los años ochenta) y porque, además del respaldo dado por la OEA a la Declaración, esta ha sido tomada de referencia no solo por el ACNUR para su trabajo en Latinoamérica sino también por los estados, que la han incorporado de una u otra forma a sus leyes nacionales.

La tercera modificación al concepto de refugiado de la Declaración de Cartagena tiene que ver con la amplitud del inciso b). La Declaración de Cartagena proponía otorgar el refugio a quienes huyeran de sus países de origen o residencia habitual «porque su vida, seguridad y libertad han sido amenazadas» por las causales ya discutidas en los párrafos precedentes. La ley nacional, en cambio, ha preferido retirar esta frase y, nuevamente a semejanza de la Convención de la OUA de 1969, redacta el inciso b) de modo que proteja a quienes huyan de sus países de origen o residencia «por las causales de [...]». De esta forma, la ley nacional opta por extender al máximo el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, al determinar que será suficiente probar la causal (la existencia de violaciones de derechos humanos, la agresión extranjera, etcétera) para ser considerado refugiado, y que no es necesario probar que dicha causal genera un temor en el solicitante o un riesgo de violación de sus derechos a la vida, seguridad y libertad. En nuestra opinión, el que esta cláusula sea muy abierta podría determinar la inclusión de solicitantes de refugio que exijan el reconocimiento de su estatuto por huir de un contexto de violencia, agresión extranjera, conflicto interno u otros, pero que no ponen en riesgo sus derechos fundamentales. Ello terminaría desnaturalizando hasta cierto punto el sistema de protección a los refugiados, concebido para proteger a personas en situación de vulnerabilidad y que, de no contar con protección, podrían ver seriamente lesionados estos derechos.

Volviendo al análisis general del artículo 3 de la Ley del Refugiado, nos parece también acertado que en el inciso c) se incluya como parte de la definición del refugiado la figura del refugiado *sur place*, a diferencia de otras normas como la norteamericana, la española y la alemana vistas en las secciones precedentes, que ignoraron este supuesto. Con ello, y a modo de conclusión, el legislador peruano ha optado correctamente por tomar la definición de refugiado válida en

el derecho internacional (inciso a), ampliarla a través de la experiencia regional (inciso b) y, sobre esta base, incluir los demás casos que se consideren convenientes (inciso c).

Respecto del principio de *non refoulement*, el artículo 5 de la Ley del Refugiado establece lo siguiente:

5.1. Toda persona que invoque la condición de refugiado, puede ingresar a territorio nacional, no pudiendo ser rechazada, 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 las razones señaladas en el artículo 3° de la presente Ley.

[...]

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 constituye una amenaza para el orden público y la seguridad interna.

Las primeras dos líneas del artículo 5.1 de la Ley merecen un primer comentario. La redacción no es la más apropiada, porque genera dos problemas. El primero tiene que ver con la frase «toda persona que invoque la condición de refugiado». Como se sabe, si bien una persona puede reunir los tres requisitos establecidos en la Convención de 1951 para ser considerada refugiada, solo lo será efectivamente cuando el Estado receptor le reconozca dicho estatuto, reconocimiento que será retroactivo a la fecha en que el solicitante reunió los tres requisitos. Entonces, mal podemos hablar de alguien que «invoque la condición de refugiado» cuando esta condición aún no ha sido reconocida. Ello se ve reforzado con un complemento igual de desafortunado, al decirse que «quien invoque la condición de refugiado puede ingresar al territorio nacional [...]». El orden lógico es, primero, ingresar al

territorio nacional y, luego, solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, y no al revés, como lo plantea el artículo 5.1.

Lo correcto hubiese sido hablar de «todo refugiado y quien ingrese al territorio nacional solicitando su reconocimiento como tal», no solo porque, en su interpretación ampliada vista en la sección correspondiente, el *non refoulement* es una figura concebida para la protección tanto del refugiado cuanto del solicitante de refugio mientras se estudia su solicitud. Quizá la fórmula «todo extranjero» propuesta por el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hubiese sido la más conveniente, porque incluye a refugiados, solicitantes de refugio, asilados, solicitantes de asilo, apátridas y, en general, a cualquier persona nacida en otro país, pero hubiera traído más confusión considerando que se pretendió elaborar una norma sobre refugio separada de otras regulaciones vinculadas con extranjeros, como por ejemplo la del asilo.

Otro comentario acerca del *non refoulement* tiene que ver con la inclusión de una cláusula de exclusión para la aplicación de este principio. Nos parece atinado que se haya recogido casi íntegramente la fórmula del artículo 33.2 de la Convención de 1951, porque, al ser esta una norma restrictiva, debe estar lo más acorde posible con la norma internacional para evitar conflictos con el ejercicio de otros derechos.

También nos merece un comentario el artículo 4 de la Ley del Refugiado, referido a las cláusulas de exclusión:

Se excluye del reconocimiento de la condición de refugiado a la persona, respecto de la cual existan motivos 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 sobre la materia;

- b) Que ha cometido un grave delito común, dentro o fuera del territorio nacional, antes que se le conceda el reconocimiento de la calidad de refugiado;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y los principios de la Carta de las Naciones Unidas; y,
- 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.

En este artículo también podemos apreciar el esfuerzo del legislador peruano por ceñirse lo más posible a la Convención de 1951, lo que, al igual que la cláusula de exclusión referida al *non refoulement*, es la medida más acertada considerando que estas son disposiciones restrictivas. Aunque dejaron fuera la cláusula referida a la protección previa de otro organismo de Naciones Unidas distinto del ACNUR, esto no reviste mayor impacto, porque dicha cláusula estaba pensada para casos muy contados de refugiados cuya protección fue asignada a otros órganos especializados de la ONU antes de la creación del ACNUR en 1951.

También llama la atención, en la cláusula referida al reconocimiento por otro Estado de los derechos y obligaciones inherentes a la nacionalidad de tal país, que se hable de «residencia habitual» en vez de «residencia», tal como estipula la Convención de 1951. Hubiésemos preferido que se use esta última frase, porque al hablar de «residencia habitual» hablamos de un único país, aquel donde se vive habitualmente. Entonces, de darse el caso de una persona que tiene residencia en dos o más estados aparte de su país de origen, y de que el reconocimiento provenga de uno de estos estados donde la residencia no sea «habitual», no sería excluido de esta cláusula y, por ende, quedaría expedito para solicitar el refugio, de reunir los demás requisitos, en el Perú.

Por último, veamos las cláusulas de cese de la condición de refugiado señaladas en el artículo 33 de la Ley del Refugiado:

La Comisión Especial para los Refugiados determina la cesación de la condición de refugiado cuando al así reconocido le sea aplicable por lo menos una de las siguientes causales:

- a) Si han desaparecido las circunstancias señaladas en el artículo 3° de la presente Ley por las que fue reconocido como refugiado;
- b) Si se ha acogido de nuevo voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad;
- c) Si habiendo perdido su nacionalidad la ha recobrado voluntariamente;
- d) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad;
- e) Si voluntariamente se ha establecido en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por el temor de persecución;
- 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 4 de la presente;
- 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.

Como podemos apreciar, el legislador habría optado por incluir dos cláusulas de cese de la Convención de 1951 en una sola, establecida en el inciso a) de este artículo: las de desaparición de las circunstancias en virtud de las cuales una persona (artículo 1C, inciso 5 de la Convención) o un apátrida (artículo 1C, inciso 6 de este mismo tratado) fue reconocida como refugiada, y que por tal motivo ya no pueda negarse a regresar a su país de origen o de residencia habitual. Las cuatro cláusulas de cese restantes de la Convención de 1951 fueron incluidas en los incisos a), b), c), d) y e).

Como novedad, la ley peruana incluye tres nuevas cláusulas de cese: la de la renuncia expresa a tal condición por el refugiado, la de haber

adquirido otra calidad migratoria de acuerdo con las normas sobre extranjería, y la de la comprobación de que el refugiado estaba incurso en las cláusulas de exclusión señaladas en el artículo 4 de la ley. Si bien las dos primeras operan como cláusulas de cese, entendido este como la terminación de la protección estatal otorgada al refugiado por acción propia del mismo refugiado (cuando voluntariamente recupera su nacionalidad o la protección de su Estado de origen o residencia, o adquiere la nacionalidad del Estado receptor, por lo que cambia su situación migratoria) o de su Estado de origen o residencia habitual (al hacer desaparecer las condiciones que motivaron la huida del refugiado), la tercera es más bien un supuesto de revocatoria de la condición de refugiado, porque es el Estado receptor el que decide retirarla por acción propia, al comprobar que dicha persona no merecía el reconocimiento de refugiada.

Respecto del procedimiento en la nueva Ley del Refugiado, este también muestra apreciables mejoras comparado con el del DS 001-85-RE, sobre todo en lo referido a la pluralidad de la instancia.¹⁴ La nueva norma ha creado una Comisión Permanente Ad Hoc para los Refugiados en el Ministerio de Relaciones Exteriores, como el órgano

¹⁴ El DS 001-85-RE estableció la Comisión Permanente Ad Hoc para los Refugiados en el Ministerio de Relaciones Exteriores, encargada de recibir, examinar, tramitar y emitir pronunciamiento sobre las solicitudes de refugio presentadas tanto por medio del ACNUR cuanto del Ministerio del Interior. Contra sus decisiones cabía un recurso de reconsideración ante el mismo órgano, pero como este recurso no había sido reconocido en la norma como la instancia definitiva, en la práctica cabía la presentación de reconsideraciones sucesivas sobre el mismo caso, si la reconsideración previa confirmaba la denegación del reconocimiento del estatuto de refugiado al solicitante en el Perú. Ello trajo como consecuencia la recarga de la labor de la Comisión Ad Hoc, e hizo necesario el cambio del sistema hacia otro basado no en la reconsideración (ante el mismo órgano) sino en la apelación (ante una instancia superior y definitiva).

encargado de, entre otras labores, recibir, estudiar, procesar y resolver lo correspondiente a la solicitud del reconocimiento del refugio y velar para que las entidades intervinientes en materia de refugio cumplan con los acuerdos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Perú (artículo 7.1). Asimismo, crea una Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados, también dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, que resuelve en última y definitiva instancia las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por la Comisión Especial para los Refugiados (artículo 8.1). Con esta disposición, el procedimiento en cuanto a la doble instancia se hace similar al norteamericano y al alemán, porque la apelación se realiza ante un órgano distinto del que tomó la decisión. Las demás normas del procedimiento serán establecidas por el Reglamento de la Ley, que deberá ser emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Otras disposiciones de la Ley del Refugiado, y que nosotros saludamos porque constituyen un avance en el tratamiento nacional de la materia, es la prohibición de sanción 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° (artículo 31.1), y la inclusión del tema de la afluencia masiva de personas (capítulo VIII).

En conclusión, la nueva Ley del Refugiado implica un avance gigantesco respecto del anterior Decreto Supremo 001-85-RE, al incluir el concepto de refugiado de la Convención de 1951 y, aunque con algunas mínimas observaciones, el de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Además, acoge también lo dispuesto por la Convención de 1951 en cuanto a las cláusulas de exclusión y cláusulas de cese, e incorpora, aunque con una primera frase confusa, el derecho a no ser devuelto o *non refoulement*.

Capítulo 4:

La aplicación e interpretación del concepto ampliado de refugiado de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en la práctica contemporánea

4.1. Problemas acerca de la aplicación e interpretación del concepto de refugiado

Tal como vimos en los tres capítulos anteriores, los estados tienden hoy a adoptar el concepto de refugiado de la Convención de 1951 y a considerar su ampliación ya sea por medio de la jurisprudencia (cuando esta tiene el valor de precedente) o de otras normas. Empero, para aplicar este concepto y elaborar sus políticas migratorias los estados toman en cuenta sus intereses nacionales. De acuerdo con estos intereses, cabe la adopción de políticas abiertas o cerradas ante la llegada de migrantes que solicitan refugio.

Algunos optan por una política abierta hacia los solicitantes de refugio, en el marco de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967. Incluso extienden el concepto de refugiado establecido en dichos instrumentos, para lograr ciertos fines de política exterior como el rechazo a un determinado gobierno o el empobrecimiento progresivo de un Estado por la salida masiva de sus habitantes (Zolberg y otros 1986: 154 y ss.).¹

¹ La condena del Estado receptor hacia el gobierno del Estado de origen suele traducirse en una política de asilo y refugio más abierta hacia los nacionales de dicho Estado, y el

Otros, en cambio, lo hacen priorizando determinados intereses nacionales, los que en algunos casos pueden requerir para su logro de métodos contrarios a los establecidos por los instrumentos internacionales sobre refugiados. Esta política implicará en general el uso de ciertos argumentos para denegar la concesión del asilo e, incluso, devolver al solicitante a su país de origen.

4.1.1. Criterios estatales para restringir o denegar la concesión de refugio

Entre los principales motivos tenemos tres: la seguridad tanto interna cuanto internacional, la situación económica y la soberanía del Estado que está llamado a conceder el refugio.

4.1.1.1. Seguridad interna e internacional

Algunos países, como Estados Unidos y Gran Bretaña, suelen usar el artículo 33.2 de la Convención de 1951 (recogido por el Protocolo de 1967), referido al *non refoulement*, para justificar la denegación de asilo y la devolución al país de origen en algunos casos por motivos de seguridad. El artículo aludido establece que:

apoyo a dicho gobierno en una política migratoria restrictiva. Un ejemplo del primer caso fue la política de Estados Unidos durante los años de la Guerra Fría hacia los emigrantes provenientes de países comunistas de Europa del Este. Ejemplos de políticas restrictivas por causa del apoyo a un determinado gobierno son la actitud norteamericana frente a las solicitudes de asilo provenientes de los exiliados chilenos luego del golpe de Estado de 1973, así como a las de los guatemaltecos y salvadoreños durante la década de los ochenta.

Sin embargo, *no podrá invocar los beneficios de la presente disposición 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 (las cursivas son nuestras).*

Los hechos que pueden considerarse peligrosos para la seguridad interna son especialmente variados. La lucha contra el terrorismo, exacerbada luego de los ataques del 11 de setiembre, ha logrado que en estos dos últimos años se den normativas más restrictivas en lo referido a migraciones, transportes y servicios, y mucho más orientadas a la seguridad, siendo los más vulnerados en sus derechos los grupos no nacionales de cada Estado, incluyendo no solo a refugiados sino también a trabajadores y extranjeros en general. Si bien algunas medidas, como la recolección de información privada del solicitante de refugio o su detención temporal luego de su ingreso en el país, pueden tener alguna justificación de acuerdo con la situación específica, otras no. Este último es el caso de la vulneración del derecho al debido proceso, o la falta de comunicación del Estado al consulado extranjero sobre la detención y/o proceso de sus nacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002: 249 y ss.).

Otra variante de la causal de seguridad interna es la comisión de delito grave en el Estado de origen, ya mencionada en el citado artículo 33.2 de la Convención de 1951. Otro ejemplo es la práctica de actividades políticas consideradas contrarias al orden público o incluso calificadas como terrorismo en el Estado receptor. El caso de algunos refugiados tutsis en Uganda (desde cuyos campamentos se promovió la invasión a Ruanda), el de los refugiados palestinos en Kuwait (al apoyar la invasión iraquí fueron expulsados de dicho territorio) y el de los 'contras' refu-

giados en Honduras son una clara muestra de ello (Kauffer 1997: 739). Asimismo, otro hecho considerado peligroso para la seguridad nacional es el asentamiento de campos de refugiados cerca de las fronteras del país receptor con el país de origen de los refugiados. Esta situación, prohibida por la Convención de la OUA de 1969, puede provocar el ingreso de las Fuerzas Armadas regulares o irregulares del país de origen con el fin de intimidarlos, o de civiles para prestarles ayuda. En ambos casos hay una violación de la soberanía del Estado receptor (Kauffer 1997: 738).

Un cuarto ejemplo de situación peligrosa es el establecimiento de determinados grupos nacionales que, por sus características, pueden cumplir en un futuro un papel importante en el país receptor. Incluso el simple prejuicio frente a un determinado grupo social o etnia perseguida en su país de origen puede ser determinante para la denegación del asilo solicitado. Sin embargo, de ser concedida dicha solicitud los estados tienden a aislar a dicho grupo en centros de detención o campos alejados de la comunidad receptora y sin mayores posibilidades de integración.

El artículo 33.2 de la Convención de 1951, según diversa jurisprudencia, ya no puede ser considerado como una «carta blanca» para deportar a los solicitantes de asilo considerados peligrosos, solo por el temor del posible daño que su estadía pueda causar. Un ejemplo de ello lo constituye, en el marco del sistema europeo de protección de los derechos humanos, el caso *Chahal v. United Kingdom*, de sentencia del 15 de noviembre de 1996.² Karamjit Chahal era un activista sikh,

² Comentada en *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 1. Washington, enero de 1998, pp. 70-74.

grupo acusado de conspirar contra el gobierno de la India, su país de origen, y de provocar disturbios varios. Al ser amenazado de sufrir tortura si volvía a la India, Chahal buscó refugio en el Reino Unido. Este último país, por su parte, afirmó ante la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros argumentos, que denegaba la solicitud y ordenaba la deportación de Chahal a su país de origen al amparo del artículo 33.2 de la Convención, considerando que sus sucesivos ingresos en prisión, tanto en la India cuanto en Gran Bretaña, constituían un antecedente peligroso para la seguridad interna del país, sobre todo en lo que a la lucha contra el terrorismo se refiere. La Corte, empero, rechazó esta interpretación, y estableció el carácter absoluto de la prohibición de tortura como uno de los valores fundamentales de los estados europeos, declarando que la protección proveída por el artículo 3 de la Convención Europea era más amplia que la proveída por la Convención de 1951.³

En otras palabras, aun cuando se configure el supuesto del artículo 33.2 de la Convención de 1951, este no será aplicable en el caso de que se contradiga con una disposición de carácter absoluto, tal como fue considerada la prohibición de tortura. De esta manera, en nuestra opinión dicho razonamiento puede también extenderse hacia la prohibición de otras conductas estatales aparte de la deportación (por ejemplo, el confinamiento en cárceles o zonas alejadas de la población civil, en condiciones inhumanas) que atenten contra otros derechos como la vida, la integridad o la libertad, dado que, como quedó ya establecido, el *non refoulement* debe ser considerado un derecho humano y, como tal, debe ser interpretado de la forma más amplia posible, en el marco del derecho internacional de los refugiados.

³ *Ibid.*, p. 72.

4.1.1.2. Situación económica

Otros estados, en forma conjunta o independiente de los motivos de seguridad o soberanía, también suelen alegar su difícil situación económica para rechazar las solicitudes de refugio. Algunas estadísticas del ACNUR revelan que los principales países receptores de refugiados en el mundo no se encuentran en condiciones económicas satisfactorias para enfrentar dichos flujos y brindar la protección esperada por los solicitantes de refugio.⁴ Es más: en la actualidad algunos países de la Unión Europea considerados desarrollados han alegado este motivo, afectados por la recesión y el desempleo,⁵ además de complicados problemas de xenofobia y racismo, tal como ocurre en Alemania, Austria, Bélgica y Francia (Da Cunha 1996: 178).

En la opinión de Da Cunha, el recelo frente a los solicitantes de asilo se sustenta en el hecho de que, al ser considerados «descalificados», la presencia de dichos inmigrantes puede amenazar su estabilidad, su capacidad de consumo y su nivel de vida en general (Da Cunha 1996: 177). Este temor ha ido cobrando cada vez más fuerza frente a la cada vez mayor ola de refugiados que buscan asilo en Europa.⁶ Con ello se pretende desalentar el arribo de los denominados migrantes económi-

⁴ Según estadísticas del ACNUR, ocho de los diez mayores casos de afluencia de refugiados durante el año 2001 se dieron en el continente africano, siendo los estados receptores la República Democrática del Congo, Zambia, Etiopía, Kenia, Tanzania, Uganda, Burundi, Guinea, Ruanda, Costa de Marfil y Sierra Leona, entre otros. Los otros casos se dieron en Asia (la migración afgana a Pakistán) y en Europa (la migración macedonia a la República Federal de Yugoslavia, hoy Serbia y Montenegro).

⁵ Ello fue el motivo detrás de la creación del Fondo Europeo para los Refugiados en el año 2000.

⁶ Este es el caso alemán, país donde la tasa de desempleo alcanzó, en noviembre de 2002, el 10 por ciento, la más alta de los últimos cinco años. El sentir de la población respecto

cos, es decir, quienes emigran de su país por voluntad propia en busca de una vida mejor.

Otro factor económico importante, aparte del laboral, es aquel referido al aspecto ecológico. Actualmente es más común que un Estado se encuentre ante solicitantes de asilo en masa que ante casos individuales, por lo que, para algunos estados, aceptarlos aun temporalmente puede producir algún tipo de daño ecológico, en tanto los recursos disponibles para dichas poblaciones pueden no resultar suficientes. En algunos casos ello terminó traducándose en una pérdida incluso irreparable para el Estado receptor, siendo la deforestación, el agotamiento del agua y la polución del medio ambiente los principales problemas generados.⁷ Para evitar que tal cosa volviese a ocurrir, el ACNUR preparó una guía sobre operaciones de refugiados y manejo del medio ambiente, en la que establece, con base en las experiencias pasadas, una serie de medidas por ser tomadas en todas las etapas de asistencia al refugiado, esto es, la fase de emergencia, cuidado y man-

de este tema se trasluce en una encuesta hecha ese mismo mes, en la que 52 por ciento de varones y 58 por ciento de damas encuestados estuvieron de acuerdo con que Alemania tenía demasiados extranjeros (migrantes y refugiados), y 24 por ciento de los varones y 31 por ciento de las damas encuestados creían que los extranjeros debían irse de Alemania en temporadas de alto desempleo, para así beneficiar a los nacionales. Cabe recordar que Alemania es el país de la Unión Europea que recibe el mayor número de solicitantes de asilo, con cerca de un millón al año 2000 (véase «Germany: No New Law, Labor». *Migration News*, vol. 10, n.º 1, enero de 2003. <http://migration.ucdavis.edu>).

⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Refugee Operations and Environmental Management: Selected Lessons Learned*, pp. 12, 15, 16 y 23. Véase <<http://www.unhcr.ch/>>.

Se reportaron los casos de deforestación en Zimbabwe, donde los campos de refugiados mozambiqueños se encontraban cerca de zonas madereras remotas; de Nepal, con la llegada de 90.000 refugiados de Bután; y de Kenia, con la sobreexplotación de los campos y el agotamiento del agua por los refugiados somalíes, entre otros.

tenimiento, repatriación voluntaria y rehabilitación.⁸ Esta es una de sus acciones para reducir el impacto ambiental del país receptor de la afluencia masiva de refugiados y la instalación de campos de refugiados, colaborar con el Estado receptor en el manejo de la situación y, de paso, hacer patente que, en caso de contingencia o de una situación económica estatal para recibir refugiados, la cooperación interestatal o con el ACNUR es necesaria.

En nuestra opinión, y considerando la cada vez mayor brecha entre los países industrializados y aquellos en vías de desarrollo, estamos ante una situación compleja que no puede ser ignorada pero tampoco usada como justificación para violar derechos fundamentales. La cooperación entre estados, entonces, será la clave para enfrentar esta situación sin vulnerar el derecho de la persona a buscar y recibir asilo, porque la llegada de masas de refugiados no es un problema solo de un país: es la manifestación de un problema interno tan inmanejable que termina salpicando en la esfera de los demás estados.

4.1.1.3. Soberanía

En el ámbito internacional, se reconoce como soberana la decisión de un Estado de admitir en su territorio a los solicitantes de asilo que considere conveniente, de acuerdo con el procedimiento establecido internamente. Hasta cierto punto, cualquier motivo alegado por un Estado para denegar el asilo expresado líneas arriba tiene su origen en este concepto de soberanía, que en Latinoamérica lo faculta incluso a no explicar las razones por las que lo niega.⁹ Sin embargo, si bien es

⁸ Ibid., pp. 7-29.

⁹ Artículo II de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954.

cierto que esta es una facultad soberana, el Estado se compromete a estudiar las solicitudes de buena fe, y a aceptarlas o denegarlas luego de seguir el procedimiento establecido.

Por otro lado, tal como hemos visto en el primer capítulo, el ACNUR también puede reconocer el estatuto de refugiado, lo que le deja expedito el camino para tramitar la protección territorial con algún Estado. Asimismo, dicha organización internacional puede asistir al Estado que lo solicite en la interpretación y aplicación del concepto de refugiado en su territorio. Esta función puede cumplirse de varias formas: resolver en forma definitiva a quién conceder o denegar el estatuto de refugiado (por ejemplo, Kenia); emitir una opinión consultiva respecto de las solicitudes, o participar como simple observador en el proceso de elegibilidad (Mariño 1983: 360-361).

Sin embargo, algunos estados buscan preservar dicha facultad de la manera que fuere, impidiendo que cualquier participación extranjera, aunque sea en el campo administrativo, interfiera en la toma de tal decisión. En Francia¹⁰ dicha discusión se llevó a cabo en el Consejo Constitucional, antes de la aprobación de una ley que permitiría que un miembro del ACNUR participara en la Comisión de Apelaciones de la Oficina Francesa de Protección de Refugiados y Apátridas. Los opositores a dicho proyecto pretendieron evitar su aprobación alegando, entre otros argumentos, que un funcionario extranjero no podía ejercer funciones soberanas tales como el poder jurisdiccional, en cuyo marco se encuentran tanto las decisiones judiciales cuanto las administrativas.

¹⁰ Citado por Conseil Constitutionnel. *Décision n.° 98-399 DC du 5 mai 1998. Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.*

Ante dichos argumentos, el Consejo Constitucional decidió finalmente que no existía ninguna violación de los principios constitucionales, en tanto no solo recogía una situación dada anteriormente, sino que establecía que la soberanía nacional no era violada cuando la ejercía un extranjero, sino cuando no estaba basada en los principios constitucionales y la ley aplicable. Así, estará permitida la participación de un extranjero (quien representa a un tercio de la Comisión, por lo que no constituye mayoría), siempre que aplique las normas francesas, sean estas los tratados ratificados, la Constitución o sus leyes.

4.1.2. Acciones estatales que restringen el derecho al refugio

En los tres primeros capítulos hemos analizado la evolución del concepto de refugiado en el mundo contemporáneo y su tratamiento tanto por los estados cuanto por el ACNUR. Las causas de las políticas de asilo restrictivas antes citadas, lamentablemente, llevan al rechazo de dichas solicitudes y a la consiguiente desprotección de quien, huyendo del país del cual es nacional o residente, busca seguridad en un tercer país.

En el mundo actual existen muchas y muy variadas formas de hacer efectiva la denegación de la solicitud e, inclusive, de evitar que los refugiados lleguen a sus fronteras para no tener que evaluar sus eventuales solicitudes. De esta manera, en lo que sigue analizaremos las restricciones al procedimiento de solicitud de refugio, la deportación, la interceptación de inmigrantes y la violación de otros derechos fundamentales de los solicitantes de refugio.

4.1.2.1. Restricciones a los procedimientos de solicitudes de asilo

Luego de los ataques del 11 de setiembre de 2001 en Estados Unidos, este y otros países industrializados decidieron introducir medidas que limitaban seriamente el derecho a buscar y recibir asilo y la inmigración en general, con el fin de evitar el ingreso de terroristas y mantener la seguridad interior.

La primera de estas medidas consiste precisamente en tratar las solicitudes de refugio como parte de la política de migración.¹¹ Ello pone en desventaja a los refugiados, porque de esta manera el análisis de sus solicitudes carecerá de la perspectiva de protección de los derechos humanos, solidaridad y asistencia humanitaria necesaria para el estudio de un caso de emergencia como este. Predominará, entonces, la visión de que el solicitante de refugio es un migrante más, y, por ende, se le aplicará en lo posible la normativa referida a los migrantes y no la Convención de 1951 u otra norma internacional sobre derechos humanos.

Una segunda medida ha sido el establecimiento de normas discriminatorias por motivos de raza, religión, nacionalidad o convicciones políticas. Un ejemplo claro de ello es Estados Unidos, donde los

¹¹ Ello ha ocurrido en Estados Unidos, donde la Immigration and Naturalization Service (INS), dedicada a recibir las solicitudes de refugio, ha sido trasladada del Departamento de Justicia al nuevo Departamento de Seguridad Interior (Department of Homeland Security-DHS). «INS to DHS, Interior, Students». *Migration News*, vol. 9, n.º 12, diciembre de 2002. Véase <<http://migration.ucdavis.edu>>.

Lo mismo iba a ocurrir en Alemania de no haberse bloqueado la Ley de Inmigración, que pretendía convertir la Oficina Federal para Refugiados en la central donde se registre a todos los extranjeros (véase *supra* 3.1.2.2.2).

migrantes provenientes de países predominantemente árabes y musulmanes deben ser registrados, fotografiados y tomada su huella dactilar en una base de datos a su llegada al país, sin importar el motivo de su viaje.¹² Asimismo, desde el 11 de setiembre de 2001 los refugiados ya reconocidos en Estados Unidos también deben volver a registrarse en bases de datos para usos de inteligencia.¹³

Aunque estamos de acuerdo con que, por razones de seguridad nacional, se tomen medidas que pueden terminar limitando el ejercicio de derechos humanos, siempre que haya una razón objetiva y sea de duración limitada, las conductas reseñadas en el párrafo anterior nos parecen violatorias del derecho a la no discriminación, no solo para el solicitante de refugio sino también para los emigrantes en general, porque están perjudicando sus derechos fundamentales por su raza, confesión religiosa o nacionalidad, y no porque exista un indicio concreto de que este emigrante implique un peligro para la seguridad del país. Ello también implica un peligro para quienes solicitan el refugio, porque cabe la posibilidad de que esta medida termine influyendo en la decisión final del órgano correspondiente de denegarle la solicitud. Creemos también que volver a registrar a quienes ya tienen reconocido su estatuto de refugiado en una forma más exhaustiva para usos de inteligencia es también abusivo, porque ellos ya han sido registrados cuando se les reconoció su calidad de refugiados y porque ya existen otras medidas de supervisión y control de ellos. Esta conducta podría justificarse solo si exis-

¹² Entre estos países están Argelia, Arabia Saudita, Bahrain, Corea del Norte, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Irán, Irak, Líbano, Libia, Marruecos, Omán, Pakistán, Qatar, Siria, Somalia, Sudán y Yemen. «INS: Registration, Border, Polls». *Migration News*, vol. 10, n.º 1, enero de 2003. <<http://migration.ucdavis.edu>>.

¹³ «INS to DHS, Interior, Students». *Migration News*, vol. 9, n.º 12, diciembre de 2002. <<http://migration.ucdavis.edu>>.

ten, como en el caso anterior, indicios concretos de que un refugiado o grupo de refugiados mantiene vínculos con organizaciones terroristas o implican un peligro para la seguridad del país.

4.1.2.2. *Deportación de los solicitantes de refugio*

La deportación del solicitante de asilo es la consecuencia máxima e inmediata de la denegación del estatuto de refugiado por un Estado. De acuerdo con las circunstancias en las que el solicitante ingresó en el país receptor (con pasaportes falsos, por ejemplo), puede ser sancionado también con multas y pena de cárcel, según la gravedad de la falta, aun cuando la Convención de 1951 expresa que se encuentran exentos de pena alguna los que ingresen ilegalmente en un país con el propósito de buscar asilo (artículo 31).

Para hacer cumplir dicha orden, el Estado opta por enviar al solicitante a un tercer país que considere seguro, o por devolverlo a su país de origen, en abierta violación del principio de *non refoulement*. Esta fue una experiencia común entre los migrantes centroamericanos, principalmente nicaragüenses, salvadoreños y haitianos, quienes a fines de los años ochenta y principios de los noventa emigraron por la constante violación de derechos humanos por los gobiernos dictatoriales de ese entonces. A pesar de ello, las solicitudes de asilo presentadas en Estados Unidos fueron rechazadas al argumentarse que se trataba de migrantes económicos y no de refugiados. De este modo, los solicitantes eran devueltos a sus países de origen o residencia (Amnistía Internacional 1990: 5).

Lamentablemente, mientras los flujos de solicitantes de asilo en los países industrializados incluyan no solo a refugiados potenciales sino

también a inmigrantes que abandonan sus tierras por causas económicas, la deportación continuará siendo una medida válida para negar la protección temporal a todo solicitante de asilo, sin brindarle en muchas ocasiones la oportunidad de un proceso justo para probar la persecución efectiva o el temor fundado de persecución.

4.1.2.3. *Interceptación de inmigrantes antes de llegar a la frontera del Estado receptor*

La interceptación de inmigrantes antes de que lleguen a las fronteras del Estado receptor es una práctica consistente en la detención por las Fuerzas Armadas del país receptor, fuera de los límites territoriales, de posibles solicitantes de asilo dispuestos a cruzar esa frontera. El objetivo de esta conducta es impedirles el ingreso y/o devolverlos a su país de origen, negándoseles la posibilidad de presentar su solicitud en el país receptor.

Una modalidad de esta práctica es la interceptación en el mar (Amnistía Internacional 2002: 5).¹⁴ Para sustentarla, la jurisprudencia de algunos estados ha interpretado el artículo 33 de la Convención de 1951, referido al *non refoulement*, estableciendo que no se aplica al caso de quienes se encuentran en alta mar, que no es territorio de ningún país.¹⁵ Asimismo, para el caso de Estados Unidos concluye que el Protocolo de 1967, al no hacer referencia expresa a la interceptación en alta mar, no estaba orientado a dirigir la conducta de las partes fuera de sus fronteras nacionales.¹⁶

¹⁴ En el año 2001 incurrieron en esta práctica Australia, Estados Unidos, Bahamas y Grecia (véanse sus informes por país en Amnistía Internacional 2002).

¹⁵ United States: Supreme Court Opinion in *Sale v. Haitian Center Council*. En *International Legal Materials*, vol. XXXII, n.º 4. Washington D.C., julio de 1993, p. 1053.

¹⁶ *Ibid.*, p. 1055.

Otra modalidad de interceptación, más común entre los países, es la que se hace en la frontera o por vía terrestre (Amnistía Internacional 2002).¹⁷ Como muestra citaremos el caso norteamericano y su política de migración en la frontera con México, hacia la cual se dirigen miles de inmigrantes centroamericanos que huyen de las guerrillas y de las violaciones de derechos humanos en sus respectivos países y que finalmente fueron obligados a volver a su país de origen (Amnistía Internacional 1990: 14-15). Por un lado, dicha política no constituye violación alguna del principio de no intervención, en tanto no se produce interceptación alguna por agentes norteamericanos en territorio mexicano, sino en la frontera.

Sin embargo, por otro lado, tanto la interceptación terrestre cuanto la realizada en alta mar violan flagrantemente el principio de *non refoulement* entendido en un sentido amplio. En nuestra opinión, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 incluyeron el *non refoulement* haciendo hincapié en la protección de la vida e integridad del refugiado, garantizándole que no será enviado al país donde sufre persecución. Por lo tanto, la devolución del solicitante de asilo al Estado de origen o residencia, sin importar si se efectúa dentro o fuera de la frontera del Estado receptor, es un aspecto secundario. Además, si dicha devolución es realizada por agentes del país receptor, entonces el Estado receptor es responsable de esta conducta, aunque se efectúe en alta mar.

¹⁷ En el año 2001 incurrieron en esta práctica Camboya, China, Estados Unidos, Pakistán y República Dominicana, entre otros.

Además, con esta práctica se violan derechos tales como a la libre circulación y a solicitar y obtener asilo en cualquier país, lo que puede llevar indirectamente a la violación de otros derechos como a la integridad, a la salud e incluso a la vida, al no poder llegar estos solicitantes a un lugar donde ponerse a salvo. Creemos que dicha práctica demuestra mala fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, dado que, si bien es cierto que por decisión soberana un Estado puede otorgar o denegar el estatuto de refugiado, esto debe hacerse concediendo siempre al solicitante la posibilidad del procedimiento establecido para tal fin. Adicionalmente, de no poder recibir al refugiado por cualquier causa, el Estado cuenta con otras salidas como enviar al solicitante a un tercer país donde pueda obtener la protección adecuada.

4.1.2.4. Otras violaciones de los derechos humanos de los solicitantes de refugio

Hemos citado algunas violaciones de derechos humanos cuando se niega el estatuto de refugiado o simplemente cuando se evita el procedimiento para la concesión de dicho estatuto. Sin embargo, quienes lograron presentar su solicitud e iniciaron el procedimiento establecido no siempre han visto sus derechos respetados.

Muchos de ellos sufren detención en centros carcelarios o el confinamiento en campos de refugiados, en condiciones mínimas, mientras dura el proceso. Dicha medida puede justificarse temporalmente en tanto se identifica al solicitante y se estudian sus antecedentes. Pero esto debe ser siempre una excepción y no una regla, aplicable solo en los casos en que existan indicios razonables de que dicho solicitante representaría un peligro para la seguridad del Estado o para el bienes-

tar de la comunidad.¹⁸ Otra variante de la detención es el confinamiento de los solicitantes de asilo en campos de refugiados, donde viven no solo quienes esperan la concesión del estatuto de refugiado sino también aquellos ya reconocidos como refugiados, sin el menor contacto con la población nacional.

Los motivos que explican ambas situaciones son variados. Tal como reseña Goodwin-Gill, en algunos países el solo hecho de solicitar refugio en algunos estados hace a la persona una sospechosa política, mientras que en otros casos el origen racial o la convicción religiosa de los solicitantes, o el temor de problemas políticos con los estados vecinos, son usados para justificar el confinamiento.¹⁹ Sin embargo, creemos que las razones detrás de este confinamiento tienen el mismo sustento: el hecho de que los nacionales y extranjeros están sujetos a la misma norma sin discriminación de ningún tipo, por lo que el peso de la ley recae también sobre los extranjeros cuando estos portan documentación falsa o ninguna documentación, e ingresan ilegalmente en el país.²⁰

Esta situación, tal como se viene llevando a cabo en algunos estados, nos parece crítica, por varios motivos. Primero, conduce a una grave violación del artículo 31 de la Convención de 1951:

Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estu-

¹⁸ GOODWIN-GILL, Guy. «International Law and the Detention of Refugees and Asylum Seekers». *International Migration Review*, vol. XX, n.º 2, 1986, p. 209.

¹⁹ *Ibid.*, p. 203.

²⁰ *Ibid.*

viera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

Segundo, dichas prácticas implican flagrantes violaciones de derechos fundamentales como a la libertad individual, a la libre circulación y, eventualmente, su derecho a solicitar y obtener asilo en tanto dicha detención influya en el desarrollo o resultado del procedimiento. Respecto de este último punto se pronuncia Amnistía Internacional:

Las prácticas de detención que limitan la capacidad de presentar peticiones de asilo son preocupaciones adicionales de los derechos humanos. La detención puede impedir el acceso a un abogado o a otra ayuda de tipo legal y mina los esfuerzos para explicar adecuadamente las razones de la fuga. Algunos abandonan sus peticiones de asilo debido a su detención, accediendo en cambio a regresar a un país donde corren riesgo de graves violaciones de los derechos humanos.

En lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, se vulneraría el derecho de los refugiados a la salud, a la educación y a obtener un empleo y una remuneración, entre otros. Incluso el derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades de los refugiados pueden verse lesionados por el Estado receptor, ya sea enviando a quienes ya han sido reconocidos como refugiados a campos en razón de su raza o nacionalidad, o al no proteger sus derechos de la misma forma en que lo haría con sus nacionales durante el tiempo que permanecen en su territorio. Esa situación se hace más notoria cuando la detención o el confinamiento se llevan a cabo en condiciones infrahumanas y degradantes.

Asimismo, el criterio de la igualdad entre el nacional y el extranjero, en nuestra opinión, no puede sostenerse en el presente caso, porque si bien un refugiado es un extranjero, no es cualquier extranjero, sino una persona cuya única alternativa para salvarse de la persecución que sufre o teme es huir, de cualquier manera y a cualquier precio, hacia un territorio donde se sienta protegida. Dicha urgencia de salvaguardar su integridad y su seguridad no es compartida con otras categorías de migrantes porque, a tenor de lo expresado por el artículo 31 de la Convención de 1951 respecto de la entrada ilegal, debe haber cierta flexibilidad hacia los refugiados cuando incurran en ese tipo de delitos.

Este argumento de la igualdad tampoco es usado con coherencia en todos los casos. Por un lado, es aplicado con singular rigor en lo referido a violaciones de la ley de inmigración, algo a lo que muchos solicitantes de asilo recurren en su desesperación por llegar a un país seguro. Por otro lado, en lo que atañe a la protección y respeto de los derechos fundamentales, no tienen reparo en limitar los derechos de los solicitantes de asilo, tal como hemos visto. No debemos olvidar que en materia de derechos humanos existen criterios de interpretación, de los que el *pro homine* es uno de los principales, y que consiste en que los derechos humanos serán interpretados siempre a favor del hombre, en un sentido que lo beneficie y no limite sus derechos.

Luego de analizar estos casos, podemos llegar a la conclusión de que, si bien es cierto que un Estado tiene la facultad de decidir la concesión del asilo, tanto durante el procedimiento de elegibilidad como cuando opta por la permanencia en su territorio, debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de quienes solicitan el refugio y de quienes ya tienen reconocido su estatuto de refugiado.

4.2. Alternativas de solución al problema de generación de refugiados

Hemos visto a lo largo de este trabajo las profundas contradicciones entre el tratamiento normativo otorgado al reconocimiento del estatus de refugiado y la práctica de algunos estados en esta materia. Estas contradicciones, lamentablemente, limitan la efectividad del sistema de protección al refugiado, especialmente en aquellos casos contemplados en el segundo capítulo y que merecían la ampliación del concepto de refugiado de la Convención de 1951.

Con el fin de evitar estas contradicciones y de brindar la mejor protección a la numerosa población refugiada existente, los mismos estados, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales de ayuda humanitaria han encontrado formas de solución, a través del tiempo y según las características del caso. A continuación veremos cuatro de las vías más usadas: la firma de convenios regionales, la cooperación internacional, la firma de un protocolo adicional a la Convención y la intervención del Consejo de Seguridad de la ONU.

4.2.1. Convenios regionales

Los convenios regionales, tal como lo hemos visto en el segundo capítulo, tienen la gran ventaja de ser un complemento del régimen establecido por la Convención de 1951. En los casos de África y Latinoamérica se logró por medio de ellos extender el concepto de refugiado de la Convención para quienes emigraban por causa de la violencia interna, conflicto interno, agresión extranjera o perturbación grave del orden público. Asimismo, estos convenios permitieron que el tratamiento del problema de los refugiados, en principio estándar para los países, fuera

entendido en el marco de la realidad de cada región, por lo cual esta adecuación fue de especial importancia para facilitar su aplicación e interpretación tanto en el ámbito regional cuanto en el nacional. En suma, estos convenios enriquecieron el régimen de refugiados establecido y facilitaron su aplicación ante circunstancias y realidades que la Convención de 1951 no había tomado en cuenta.

Sin embargo, estos convenios dependen, para su cumplimiento, de la voluntad de los estados que los ratificaron y permitieron su vigencia. Esto se manifiesta principalmente no tanto en la legislación internacional sobre refugiados (aunque es un buen indicador) cuanto en la práctica. Además, si existieran numerosas declaraciones, convenios, protocolos y otros instrumentos regionales se llegaría a una profusión de normas sin concordancia que, en vez de lograr un régimen con mayor estabilidad, lo volverían más relativo y débil. Este ha sido el caso de las regulaciones de asilo y refugio en América Latina, y el principal motivo por el cual ambos regímenes son confundidos.

En suma, más que como alternativa de solución, los convenios e instrumentos regionales pueden hacer un valioso aporte al derecho internacional de los refugiados, siempre que no traten de reemplazar al sistema internacional de protección sino de complementarlo. Siempre desde esta perspectiva, sugerimos su uso en el futuro para la mejor aplicación de las disposiciones del sistema universal en otros temas como los desplazados internos, la afluencia masiva, etcétera.

4.2.2. Cooperación internacional

La cooperación internacional ha sido el medio fundamental para lograr la protección adecuada de los refugiados en el mundo. Esto se

debe fundamentalmente a que los estados no viven aislados, sino en una comunidad internacional, cada vez más integrados por el proceso de globalización que no se limita al campo económico sino que también ejerce su influencia en el área de los derechos humanos.

Tomando en cuenta a los actores internacionales en materia de refugiados, la cooperación internacional ha venido dándose entre los estados y materializándose en acuerdos bilaterales. Otra forma de cooperación se ha dado entre los estados y organizaciones internacionales, principalmente el ACNUR, no solo en lo relacionado a la concesión de asilo a los refugiados reconocidos por dicha organización, sino también para participar en el proceso de elegibilidad de los solicitantes de asilo, como explicamos en el punto referido a la soberanía.

Una tercera forma de cooperación es aquella que se da entre los estados, el ACNUR y las organizaciones no gubernamentales internacionales como por ejemplo el CICR, sobre todo para la protección y asistencia de los campos de refugiados y, eventualmente, de los desplazados internos. En el caso específico de la cooperación entre un Estado, el ACNUR y la Cruz Roja, vemos que en la práctica se hace efectiva una integración que es necesaria también en la legislación, dado que para la comprensión integral del derecho internacional de los refugiados no se puede olvidar el aspecto humanitario, complementado con la labor de la CICR.

La gran ventaja que ofrece esta vía es que los estados que tienen la responsabilidad de la concesión del refugio ya no se encuentran solos en esta labor, sino que cuentan ahora con un apoyo importante para cumplir mejor las obligaciones contraídas con la concesión del refugio. Por ello, en el mundo contemporáneo ya no pueden tolerarse

conductas estatales de rechazo a los refugiados y violaciones de sus derechos humanos, empezando por la repatriación al país donde sufrirán persecución, porque de no poder recibirlos un Estado se puede recurrir a otro Estado o al ACNUR para encontrar un tercer país seguro que acoja a dicho solicitante.

4.2.3. Firma de un protocolo adicional

Otra alternativa de solución consiste en la elaboración de un segundo protocolo que, a semejanza del firmado en 1967, modifique la Convención de 1951 dando por sentadas la ampliación del concepto de refugiado y las modificaciones pertinentes para una mejor interpretación del concepto y aplicación de dicho régimen.

La firma de protocolos para complementar los tratados no es novedad en el derecho internacional. Para mencionar un par de ejemplos, el sistema europeo de derechos humanos consta de una Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y de once protocolos que modifican dicha Convención. También en el ámbito americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene un protocolo adicional en el área de derechos económicos, sociales y culturales (el Protocolo de San Salvador) y otro relativo a la abolición de la pena de muerte.

Si bien esta es una alternativa interesante, dado que dejaría sentados oficialmente los avances registrados en materia de refugiados, es poco probable que obtenga resultados. Las actuales políticas restrictivas de asilo, especialmente en los países industrializados, hacen suponer que una iniciativa como esta no contaría con el número necesario de estados ratificantes o adherentes para su entrada en vigor. Políticamente

hablando, este rechazo, en vez de buscar una convergencia necesaria de esfuerzos a favor de los refugiados, estaría creando divergencias que podrían finalmente hacer mella en el sistema internacional de protección de los refugiados.

4.2.4. Intervención del Consejo de Seguridad de la ONU

En la presente década hemos observado resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU interviniendo en algunos graves conflictos internacionales en busca de la salvaguarda de la vida e integridad de las poblaciones de refugiados que dichos conflictos generan. Esta conducta se sustenta en la consideración de los movimientos de refugiados en masa como una amenaza para la seguridad internacional. En consecuencia, estos movimientos quedarían incluidos en el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, justificando así la acción bajo el mandato del Consejo de Seguridad.²¹

De esta manera, dicho órgano emitió resoluciones en los casos de los refugiados kurdos en Iraq (Resolución 688, del 5 de abril de 1991), los refugiados provenientes de la ex Yugoslavia (Resolución 752, del 15 de mayo de 1992), la crisis política en Somalia (Resolución 794, del 3 de diciembre de 1992), el conflicto armado interno en Ruanda (Resolución 918, del 17 de mayo de 1994) y la crisis política en Haití (Resolución 940, del 31 de julio de 1994, entre otras. Aunque solo en los casos de Iraq y la ex Yugoslavia las resoluciones se orientan directamente a la protección de los refugiados, las otras tres se ocupan de ello indirectamente, dado que al tratar el problema que genera

²¹ ROBERTS, Adam. «More Refugees, Less Asylum: a Regime in Transformation». *Journal of Refugee Studies*, vol. 11, n.º 4, 1998, p. 383.

la salida de solicitantes de asilo pueden procurar la disminución del número de refugiados en el mundo.

Este mecanismo es muy interesante, por cuanto permite la acción del Consejo de Seguridad a favor de los refugiados en casos específicos en los que las provisiones de la Convención de 1951 resultaban ya claramente insuficientes. Inclusive se llegó a la intervención militar en un país sin previa invitación del gobierno de dicho país,²² y en algunos casos se reportaron errores y violaciones de derechos humanos por las fuerzas de la ONU durante la ejecución de estas resoluciones. A nuestro criterio, dado que es una medida colectiva e implica el despliegue de las fuerzas de seguridad de la ONU en un Estado, debe aplicarse en casos de suma gravedad y en última instancia, cuando los esfuerzos de los estados involucrados y del ACNUR no sean suficientes para enfrentar la crisis. Por lo tanto, la intervención mediante resoluciones del Consejo de Seguridad debe ser considerada una excepción y no una regla como alternativa de solución a la generación de refugiados en el mundo.

²² Ese fue el caso de la intervención en Somalia.

Bibliografía

Artículos y textos

AGA KHAN, Saddrudin

1977 «Legal Problems Related to Refugees and Displaced Persons». En RCADI, vol. 149. La Haya.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUR)

UN Guide for Minorities. <<http://www.unhchr.ch/html/racism/01-minoritiesguide.html>>.

1991 *Guía para la protección de mujeres refugiadas*. Ginebra: ACNUR, julio. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0248.pdf>>.

1992 *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*. Reedición. Ginebra: ACNUR. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0626.pdf>>.

2000 *La situación de los refugiados en el mundo: Cincuenta años de acción humanitaria*. Madrid: Icaria.

2002a *Guidelines on International Protection n.º 1. Gender-Related Persecution Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*. Documento HCR/GIP/02/01. ACNUR, 7 de mayo.

2002b *Guidelines on International Protection n.º 2. «Membership of a Particular Social Group» within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*. Documento HCR/GIP/02/02. ACNUR, 7 de mayo. *Protegiendo a los refugiados*. En <http://www.acnur.org/index.php?id_pag=30>.

Refugee Operations and Environmental Management: Selected Lessons Learned.

ÁLVAREZ VITA, Juan

- 1998 «La institución del refugio en el marco general de los derechos humanos». *Política Internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú*, n.º 54. Lima.

AMNISTÍA INTERNACIONAL

- 1990 *Temor razonable: Los derechos humanos y la política de refugiados en los Estados Unidos*. Nueva York: Amnistía Internacional.
- 2001 *Crímenes de odio, conspiración de silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual*. Madrid: EDAI.
- 2002 *Informe 2002: Ahora que es la hora de saber*. Madrid: EDAI.

ARBOLEDA, Eduardo

- 2001 «La Declaración de Cartagena de 1984 y sus semejanzas con la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969: Una perspectiva comparativa». En Sandra Namihás (coordinadora). *Derecho internacional de los refugiados*. Lima: IDEI.

ARDITO VEGA, Wilfredo

- 1996 «Los desplazados internos y la comunidad internacional». *Agenda Internacional*, año III, n.º 7. Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BÁKULA, Juan Miguel

- 2002 *Perú: Entre la realidad y la utopía. 180 años de política exterior*, t.º II, pp. 947-948. Lima: Fondo de Cultura Económica y Fundación Academia Diplomática del Perú.

BANTON, Michael

- 2000 «The Idiom of Race». En Back, Les y John Solomos. *Theories of Race and Racism: a Reader*. Londres: Routledge.

- BUERGHENTAL, Thomas y otros
1990 *Manual internacional de derechos humanos*. Caracas: Jurídica Venezolana.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto
1994 «Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: Aproximaciones y convergencias». En *Diez años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Memoria Coloquio Internacional organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Instituto Internacional de Derechos Humanos y el Gobierno de Costa Rica. San José: ACNUR.
- CAPOTORTI, F.
1991 *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities of 1977*. UNP Sales n.º E.pl.XIV.2, p. 568. Citado por Lerner 1991: 22; por Ermarcora 1982-1985: 276 y por Wolfrum 1993: 160.
- CARRILLO SALCEDO, José Antonio
1996 *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS
1997 *Protección de los derechos humanos: Definiciones operativas*. Lima: CAJ.
- COMITÉ EJECUTIVO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS
2001 «El ACNUR a los 50 años: Del ofrecimiento de una respuesta al planteamiento de soluciones duraderas». Documento A/AC.96/938, del 5 de setiembre de 2000. En Sandra Namihás (coordinadora). *Derecho internacional de los refugiados*. Lima: IDEI.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

- 1998 Principios rectores de los desplazamientos internos. Documento E/CN.4/1998/53/Add. 2, 11 de febrero.
- 2002 Informe sobre terrorismo y derechos humanos. Washington D.C.: Secretaría General OEA.

DA CUNHA, Guilherme

- 1996 «Reflexiones sobre el derecho humanitario y la práctica actual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados». En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Estudios básicos de derechos humanos*, t. V. San José: IIDH.

DE ZAYAS, Alfred-Maurice

- 1993 «The International Judicial Protection of Peoples and Minorities». En Brölmann, Catherine y otros. *Peoples and Minorities in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijthoff Publishers.

DENG, Francis

- 1998 *Internally Displaced Persons. Compilation and Analysis of Legal Norms*. Génova: United Nations High Commissioner for Human Rights.

ERMARCORA, Félix

- 1982-1985 «The Protection of Minorities Before the UN». En *RCADI*, 4 tomos.

ESPINAR VICENTE, José María

- 1994 *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*. Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio

- 1994 «Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado». En Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Refugiados y otros. *Refugiados: Derecho y solidaridad*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

FRELICK, Bill

- 1998 «Refugee Rights: The Nueva Frontier on Human Rights Protection». En *Buffalo Human Rights Review*, vol. IV. Nueva York.

GALINDO POHL, Reynaldo

- 1986 «Refugio y asilo en la teoría y la práctica política y jurídica». En Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y otros. *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

GALINSOGA JORDA, Albert

- 1994 «El estatuto de los refugiados en el derecho internacional contemporáneo». En Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Refugiados y otros. *Refugiados: Derecho y solidaridad*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

GALLAGHER, Dennis

- 1989 «The Evolution of the International Refugee System». *International Migration Review*, vol. XXIII, n.º 3. Nueva York.

GARCIA DE VINUESA, Belén

El asilo a partir de Amsterdam. <<http://www.unhcr.ch/biblioteca/pdf/1202.pdf>>.

GOODWIN-GILL, Guy S.

- 1986 «International Law and the Detention of Refugees and Asylum Seekers». En *International Migration Review*, vol. XX, n.º 2. Nueva York.
- 1989 «International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees». En *International Migration Review*, vol. XXIII, n.º 3. Nueva York.

GROS ESPIELL, Héctor

1991 *Derechos humanos*. Lima: Cuzco.

1996 «Análisis jurídico comparativo de las legislaciones sobre asilo en América Latina y los instrumentos internacionales y regionales». En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Estudios básicos de derechos humanos*, 6 tomos. San José: IIDH.

1994 «La Declaración de Cartagena como fuente del derecho internacional de los refugiados en América Latina». En *Diez años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Memoria Coloquio Internacional organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Instituto Internacional de Derechos Humanos y el Gobierno de Costa Rica. San José: ACNUR.

GUILLAUME, Gilbert

1989 «Terrorisme et droit international». En *RCADI*, t.° III, n.° 215.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION

1996 «Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind». En *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session*. 6 May-26 July. <<http://www.un.org/law/ilc/reports/1996/96repfra.htm>>.

JANSEN, Michael

1997 «Tribal Acts Giving a False View of Muslims». *Irish Times*, miércoles 1 de octubre.

KAUFFER, Edith Françoise

1997 «Refugiados y fronteras: Las ambigüedades de una relación imprescindible». *Foro Internacional*, vol. XXXVII, n.° 4. México D.F., octubre-diciembre.

KEELY, Charles B.

1996 «How Nation States Create and Respond to Refugee Flows». *International Migration Review*, vol. XXX, n.° 4. Nueva York.

KELSON, Gregory A.

- 1998 «Female Circumcision in the Modern Age: Should Female Circumcision Now be Considered Grounds for Asylum in the United States?» *Buffalo Human Rights Review*, vol. IV. Nueva York.

LAVARELLO CARBAJO, Laura Giuliana

- 1994 «Status jurídico del refugiado, su aplicación en el Perú». Tesis para optar el título profesional en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

LERNER, Natán

- 1991 *Minorías y grupos en el derecho internacional: Derechos y discriminación*. México DF: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando

- 1983 «El concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, n.º 2. Madrid.

MARTÍNEZ PORTILLA, Isabel María

- 1994 «Mujeres y hombres en el exilio: Una diferencia necesaria». En Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y otros. *Refugiados: Derecho y solidaridad*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

MEDINA, Cecilia y Jorge MERA

- 1996 *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales.

MONTERO, Elena y Mónica CONCEPCIÓN

- 1994 «Asilo y refugio en la legislación española». En Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y otros. *Refugiados: Derecho y solidaridad*, pp. 157-162. Sevilla: Universidad de Sevilla.

NIKKEN, Pedro

- 1994 «El concepto de derechos humanos». En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Estudios básicos de derechos humanos*, t.º I. San José: IIDH.

O'DONNELL, Daniel

- 1989 *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

OEZCAN, Veysel

- 2002 «German Immigration Law Clears Final Hurdle». *Migration Information Source*. 1 de setiembre. <<http://www.migrationpolicy.org/Feature/display.cfm?id=51>>.

OGATA, Sadako

- 1993 «Note on International Protection». Documento sometido al Comité Ejecutivo del ACNUR, del 31 de agosto.
- 1997a *Remarks at the Conference of the Carnegie Commission on the Prevention of Deadly Conflict and UNHCR, on a Humanitarian Response and the Prevention of Deadly Conflict*. Génova, 19 de febrero.
- 1997b *Statement to the 53rd Session of the United Nations Commission on Human Rights*. 1 de abril.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES

- 2002 «Conference Report: Migration and the Environment». *International Migration*, vol.º XXX, n.º 2. Ginebra.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

- 1992 *Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud*. Ginebra: OMS. Décima revisión (CIE 10).

RAMACCIOTI DE CUBAS, Beatriz

1993 *Derecho internacional público: Materiales de enseñanza*. Lima: PUCP.

REFUGEE CONSORTIUM OF KENYA

2003 «Refugee Management in Kenya». *Forced Migration Review*, n.º 16. Oxford.

RICHMOND, Anthony H.

1995 «El medio ambiente y los refugiados: Cuestiones teóricas y de política». *Boletín de Población de las Naciones Unidas*, n.º 39. Nueva York.

ROBERTS, Adam

1998 «More Refugees, Less Asylum: a Regime in Transformation». *Journal of Refugee Studies*, vol. XI, n.º 4.

RUBIO CORREA, Patricio Marcial

1994 «El problema de los ingresantes ante el derecho internacional». Tesis para optar el título profesional en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANTISTEVAN, Jorge

1986 «La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios». Documento de trabajo preparado para el coloquio del mismo nombre. En Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y otros. *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

SCHNYDER, Félix

1965 «Aspects juridiques actuels du probleme des réfugiés». En *RCADI*, vol. 114, 1.

SWINARSKI, Christophe

1984 *Introducción al derecho internacional humanitario*. San José: CICR-IIDH.

2001 «El derecho internacional humanitario en su relación con los derechos humanos: Nuevos retos». Conferencia organizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Defensoría del Pueblo y el Colegio de Abogados de Lima, dictada en la Sala Baquijano y Carrillo del Colegio de Abogados de Lima, 25 de octubre.

VARGAS CARREÑO, Edmundo

1986 «Asilo territorial: Nuevos aspectos a la luz de la situación centroamericana». En Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y otros. *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

WOLFRUM, Rüdiger

1993 «The Emergence of "Nueva Minorities" as a Result of Migration». En Catherine Brölmann y otros. *Peoples and Minorities in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijthoff Publishers.

ZARD, Monette y otros

2003 «Refugees and the African Commission on Human and Peoples's Rights». *Forced Migration Review*, n.º 16. Oxford, enero.

ZOLBERG, Aristide y otros

1986 «International Factors in the Formation of Refugee Movements». *International Migration Review*, vol. XX, n.º 2. Nueva York.

Instrumentos internacionales

Carácter universal

Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Protocolo de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
Resolución 2312 (XXII) sobre Asilo Territorial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1977).

Carta del Tribunal de Núremberg.

Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (1998).

África

Convención de la OUA sobre Refugiados (1969).

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

América

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención de La Habana sobre Asilo Territorial (1928).

Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933).

Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954).

Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954).

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984).

Europa

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Roma, 1957).

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

Convención que determina al Estado responsable de examinar las solicitudes de asilo en uno de los estados miembros de la Comunidad Europea (Convención de Dublín, 1990).

Joint Position of 4 March 1996 defined by the Council of Europe on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union on the harmonized application of the definition of the term «refugee» in article 1 of the Geneva Convention of 28 July 1951 relating to the status of refugee.

Legislación nacional

Asylum Procedure Act of 1993 (Alemania).

Immigration and Naturalization Act of 1952 (Estados Unidos).

Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (España).

Ley 9/1994, de 19 de mayo, Modificatoria de la Ley 5/1984, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (España).

Real Decreto 203/1995, Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984 (España).

Decreto Ejecutivo 23, del 10 de febrero de 1998 por el cual se desarrolla la Ley n.º 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (Panamá).

Constitución de 1993 (Perú).

Anteproyecto de Reforma de la Constitución de 1993 (Perú).

Ley n.º 27891, Ley del Refugiado (Perú).

Decreto Supremo 001-85-RE (Perú).

Jurisprudencia

RUDOLF, Beate

1998 International Decisions. *Chahal v. United Kingdom*. European Court of Human Rights, November 15, 1996. *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 1. Washington D.C., enero.

BOARD OF IMMIGRATION APPEALS (BIA)

1996 «Interim Decision 3272. In re *Fauziya Kasinga*». 13 de junio de 1993. *International Legal Materials*, vol. XXXV, n.º 4. Washington D.C., julio.

1998 «Decisión n.º 98-399 DC du Conseil Constitutionnel du 5 mai 1998. Loi relative a l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile». En *Revue Générale de Droit International Public*, t.º 102, n.º 2. París.

Opinion and Judgment Rendered by the Trial Chamber II of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Dusko Tadic.

1993 «United States: Supreme Court Opinion in Sale v. Haitian Centers Council. June 21, 1993». *International Legal Materials*, vol. XXXII, n.º 4. Washington D.C., julio.

Noticias

«Cubanos ingresan en Embajada Mexicana tras estrellar autobús». En <<http://www.cubanet.org/CNuevas/y02/feb02/28o1.htm>>.

«Declaran refugiada a Leonor La Rosa». En diario *El Comercio*. Lima, 13 de mayo de 1998, p. A-7.

«Germany: No New Law, Labor». *Migration News*, vol. 10, n.º 1, enero de 2003. <<http://migration.ucdavis.edu>>.

Immigration News Briefs, vol. 1, n.º 7.
En <<http://www.nnirr.org>>, julio de 1999.

«INS: Registration, Border, Polls». *Migration News*, vol. 10, n.º 1.
En <<http://migration.ucdavis.edu>>, enero de 2003.

«INS to DHS, Interior, Students». *Migration News*, vol. 9, n.º 12.
En <<http://migration.ucdavis.edu>>, diciembre de 2002.

«Latin America: TPS, Haití, Crime». *Migration News*, vol. 9, n.º 8.
En <<http://migration.ucdavis.edu>>, agosto de 2002.

«Los 25 norcoreanos escogieron la Embajada Española en China por su carencia de seguridad».
En <<http://www.el-mundo.es/2002/03/15/mundo/1119235.html>>.

«Philippines: Migrants». *Migration News*, vol. 9, n.º 9.
En <<http://migrant.ucdavis.edu>>, setiembre de 2002.

*Ampliación del concepto de refugiado en el
Derecho Internacional Contemporáneo, se
terminó de imprimir en el taller de Línea y
Punto SAC. en la Av. Carlos Gonzales 260,
San Miguel, en junio de 2004.*

ÚLTIMAS PUBLICACIONES
DEL IDEI Y DEL FONDO EDITORIAL

*Derecho Internacional de los
Refugiados*
SANDRA NAMIHAS (editora)

Negociación. De la teoría a la práctica
DANIEL DRUCKMAN
E IVÁN ORMACHEA

Derecho Internacional Ambiental
FABIÁN NOVAK, SANDRA NAMIHAS,
PIERRE FOY Y GERMÁN VERA

Revista Agenda Internacional n.º 19
SANDRA NAMIHAS (editora)

Derecho Internacional Humanitario
FABIÁN NOVAK (coordinador)

Derecho Comunitario Andino
AUTORES VARIOS

*Serie Política Exterior Peruana:
Las relaciones entre el Perú e Italia
(1821-2002)*
FLOR DE MARÍA VALDEZ

Revista Agenda Internacional n.º 20
SANDRA NAMIHAS (editora)

*Serie Política Exterior Peruana:
Las relaciones entre el Perú y
Alemania (1828-2003)*
FABIÁN NOVAK