

**ABELEDOPERROT**



**Revista Jurídica de Buenos Aires - año 42 - número 95 - 2017**

---

**Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires**

---

**Departamento de Publicaciones**

# Protección Internacional de Personas Refugiadas

**Eugenia C. Contarini**

Coordinadora



**Revista Jurídica de Buenos Aires - año 42 - número 95 - 2017**

---

**Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires**

---

**Departamento de Publicaciones**

# Protección Internacional de Personas Refugiadas

**Eugenia C. Contarini**

Coordinadora



**ABELEDOPERROT**

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2018  
© AbeledoPerrot S.A., 2018  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 210 ejemplares

ISSN 0326-7431

# **REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES**

## **FACULTAD DE DERECHO, UBA**

### *Directores:*

Roberto Guillermo Moncayo

Pedro Aberastury

Marta Rosa Vigevano

### *Secretaría de Redacción:*

Emiliano Buis

### **MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL**

Marcelo Alegre (UBA)

Laurence Boisson de Chazournes (Université de Genève)

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

José Casas (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Diana Maffía (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Pedro Nikken (Universidad Central de Venezuela)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

Edmundo Vargas Carreño (Universidad Nacional de Chile)

María Elsa Uzal (UBA)

Daniel Víttole (UBA)

### **COMITÉ EVALUADOR**

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Edgardo Donna (UBA)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Andrea Gastrón (UBA)

Silvina González Napolitano (UBA)

Carla Huerta (UNAM, México)

Patricia Llerena (UBA)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Fabián Salvioli (Universidad Nacional de La Plata)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

### **Colaboradores del Consejo Editorial**

Natalia Luterstein

### **Revisión de títulos, resúmenes y palabras claves en Inglés**

Marcos Kotlik

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

*Decano:* Alberto J. Bueres

*Vicedecano:* Marcelo Gebhardt

### **CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

#### **CLAUSTRO DE PROFESORES**

*Consejeros Titulares:* Oscar Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

*Consejeros Suplentes:* Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina/ Alejandro Norberto Argento

#### **CLAUSTRO DE GRADUADOS**

*Consejeros Titulares:* Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

*Consejeros Suplentes:* Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

#### **CLAUSTRO DE ESTUDIANTES**

*Consejeros Titulares:* Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

*Consejeros Suplentes:* Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

#### **SECRETARIOS**

*Secretaría Académica:* Silvia C. Nonna

*Secretario de Administración:* Carlos A. Bedini

*Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil:* Oscar M. Zoppi

*Secretario de Investigación:* Marcelo Alegre

*Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales:* Marcelo Haissiner

#### **SUBSECRETARIOS**

*Subsecretario Académico:* Lucas G. Bettendorff

*Subsecretario de Administración:* Rodrigo Masini

*Subsecretario Técnico en Administración:* Daniel Díaz

*Subsecretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil:* Francisco Alfonsín

#### **DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

*Directora:* Mary Beloff

*Subdirector:* Sebastián Picasso

*Secretario:* Jonathan M. Brodsky



**ÍNDICE**  
**Revista Jurídica de Buenos Aires**  
**Año 42, número 95, 2017, Buenos Aires**

PRESENTACIÓN

EUGENIA C. CONTARINI: Introducción.....	3
---	---

DOCTRINA

PARTE I

Desplazamiento forzado y protección internacional: convergencias  
y límites para la protección de las personas refugiadas

EUGENIA C. CONTARINI y MARTÍN LETTIERI: La protección internacional de personas refugiadas en una nueva encrucijada .....	13
EMILIANO J. BUIS y MARTA R. VIGEVANO: Refugiados, conflictos armados y otras si- tuaciones de violencia: un análisis de las <i>Directrices sobre Protección Internacional</i> <i>Nº 12</i> (2016) del ACNUR .....	29
NATALIA M. LUTERSTEIN y EZEQUIEL RODRÍGUEZ MIGLIO: Asilo en La Haya: acerca de la protección internacional de refugiados en los procesos ante la Corte Penal Internacional .....	59
IGNACIO ODRIOZOLA: Desplazados sin nombre: dificultades y desafíos en torno a una definición universal de “refugiados climáticos” .....	87
MARCOS NELIO MOLLAR: La protección internacional de las personas desplazadas en contexto de desastres causados por fenómenos naturales.....	113

PARTE II

La protección de las personas refugiadas en Europa hoy

NURIA ARENAS-HIDALGO: El sistema europeo común de asilo. Funcionamiento básico y evaluación ante los actuales éxodos de población .....	139
--	-----

JAVIER DE LUCAS: Los refugiados, un test de la necropolítica .....	163
ANDREA BERTOMEU NAVARRO: La reforma ( <i>sui generis</i> ) de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su difícil conciliación con la Protección Internacional de los Derechos Humanos y de los Refugiados .....	181

### PARTE III

#### Avances en la protección de las personas refugiadas en América Latina

ANALÍA I. CASCONI: Debido proceso legal y protección de personas refugiadas y solicitantes de asilo a la luz del caso “Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	205
S. MICHELLE ALFARO y MARTIN LETTIERI: En búsqueda de soluciones sostenibles para el reasentamiento de refugiados en América Latina .....	229
JULIANA BELLO: El Mercosur y la Protección Internacional de los refugiados. Hacia un espacio regional de protección.....	245

### PARTE IV

#### Desafíos para la protección de las personas refugiadas en Argentina

MARÍA SOLEDAD FIGUEROA y MARÍA JOSÉ MARCOGLIESE: La protección de los refugiados en la República Argentina una década después de la sanción de la ley N° 26.165 .....	273
NICOLÁS B. FIGARI COSTA y ANA PAULA PENCHASZADEH: Protección internacional e integración local en Argentina hoy. Contrastes entre los programas de visados humanitarios y el sistema de asilo .....	293

### PARTE V

#### Reseñas Bibliográficas

Naïr, Sami, <i>Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real</i> , Memoria crítica, Grupo Planeta, Barcelona, 2016, comentario de INÉS E. FAMÁ .....	325
Betts, Alexander y Collier, Paul, <i>Refuge: Transforming a broken refugee system</i> , Allen Lane, The Penguin Press, 2017, comentario de EZEQUIEL H. ALMADA ALCORTA ...	333
Apéndice. Pautas para la presentación de originales .....	339

**INDEX**  
***Revista Jurídica de Buenos Aires***  
**Year 42, number 95, 2017, Buenos Aires**

PRESENTATION

EUGENIA C. CONTARINI: Introduction .....	3
--	---

DOCTRINE

PART I

Forced displacement and international protection: convergences and limits  
for the protection of refugees

EUGENIA C. CONTARINI y MARTÍN LETTIERI: The international protection of refugees in a new crossroad.....	13
EMILIANO J. BUIS y MARTA R. VIGEVANO: Refugees, armed conflicts and other situa- tions of violence: an analysis of the UNHCR' <i>Guidelines on International Protec- tion N° 12</i> (2016).....	29
NATALIA M. LUTERSTEIN y EZEQUIEL RODRÍGUEZ MIGLIO: Asylum in The Hague: the international protection of refugees in the process before the International Criminal Court .....	59
IGNACIO ODRIOZOLA: Displaced without name: difficulties and challenges around a universal definition of "climate refugees" .....	87
MARCOS NELIO MOLLAR: International protection of displaced persons in the context of disasters caused by natural phenomena .....	113

PART II

The protection of refugees in Europe today

NURIA ARENAS-HIDALGO: The Common European Asylum System. Responses and challenges in the current context of people's displacement.....	139
---	-----

JAVIER DE LUCAS: Refugees: a necropolitics test .....	163
ANDREA BERTOMEU NAVARRO: The (sui generis) reform of the Spanish Aliens Organic Law 4/2000 and its difficult conciliation with the international protection of human rights and refugees .....	181

PART III

Advances in the protection of refugees in Latin America

ANALÍA I. CASCONO: Due process of law and protection of refugees and asylum seekers under the case of the Interamerican Court of Human Rights: “Familia Pacheco Tineo v. Bolivia” .....	205
S. MICHELLE ALFARO y MARTIN LETTIERI: In search of sustainable refugee resettlement solutions for Latin America .....	229
JULIANA BELLO: Mercosur and the international protection of refugees. Towards a regional protection space .....	245

PART IV

Challenges for the protection of refugees in Argentina

MARÍA SOLEDAD FIGUEROA y MARÍA JOSÉ MARCOGLIESE: The protection of refugees in Argentina a decade after Law 26.165’s adoption .....	273
NICOLÁS B. FIGARI COSTA y ANA PAULA PENCHASZADEH: International protection and local integration in Argentina today. Contrasts between humanitarian visa programs and the asylum system .....	293

PART V

Book reviews

Naïr, Sami, <i>Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real</i> , Memoria crítica, Grupo Planeta, Barcelona, 2016, book review by INÉS E. FAMÁ .....	325
Betts, Alexander y Collier, Paul, <i>Refuge: Transforming a broken refugee system</i> , Allen Lane, The Penguin Press, 2017, book review by EZEQUIEL H. ALMADA ALCORTA.....	333
Guidelines for the submission of articles.....	343

# PRESENTACIÓN



## INTRODUCCIÓN

La atención por la cuestión de los refugiados que generó la foto de Aylan Kurdi, el niño sirio de 3 años ahogado en la playa de Ali Hoca Burnu en Turquía el 2 de septiembre de 2015, no tiene antecedentes en tiempos recientes. A partir de ese momento, y como consecuencia del impacto mediático generado, la protección internacional de personas refugiadas dejó de ser un tema secundario en la agenda de política internacional para incorporarse definitivamente en el centro de los debates globales de hoy.

Es evidente que el impacto mediático de esta dramática muerte no fue un hecho aislado sino el reflejo del novedoso contexto originado por la crisis humanitaria en Siria que generó millones de refugiados y escaló la cifra global de esa población a su récord histórico.

Al mismo tiempo, el sistema jurídico institucional de protección internacional de personas refugiadas, diseñado y establecido hace casi 70 años en el contexto europeo de la post II Guerra Mundial, enfrenta hace ya varios años diferentes desafíos sin necesariamente contar con las herramientas suficientes para brindar respuestas adecuadas.

En este contexto, en los distintos espacios académicos y de enseñanza las demandas de información, conocimiento y debate se han ido incrementando. Desde el trabajo cotidiano en la Oficina Regional del ACNUR con sede en Buenos Aires y como docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, resulta sencillo percibir que esas demandas sobre cuestiones cada vez más complejas, no logran responderse con las políticas y directrices institucionales que brinda el ACNUR, principalmente dirigidas a operadores del sistema de protección internacional y referidas mayormente a la interpretación de los instrumentos internacionales vigentes.

Resulta notorio que ese creciente interés y problematización de los temas jurídico-políticos vinculados a la protección de las personas refugiadas en el contexto más amplio de la movilidad humana global, no necesariamente se refleje en el aumento de publicaciones con referencias accesibles sobre las distintas cuestiones que rodean esta temática. En efecto, quienes nos vinculamos profesionalmente con actividades de formación o difusión sobre protección internacional de personas refugiadas presenciamos con frecuencia no sólo debates y cuestionamientos profundos sobre diferentes aristas del sistema de protección

internacional de refugiados sino también buenas prácticas, y experiencias regionales y nacionales poco conocidas por la comunidad académica.

Por ello creo que la invitación de los Directores de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* a coordinar un número específico dedicado a la protección de personas refugiadas ha sido realmente oportuna y, desde otro enfoque, altamente desafiante. He intentado reunir en esta publicación artículos que reflejen algunos de los principales debates que se están dando en la actualidad procurando que de ellos surja no sólo una lectura crítica de la realidad sino también herramientas para la construcción de nuevas soluciones.

Los autores de los artículos que conforman esta publicación fueron invitados a colaborar especialmente en razón de su interés y experiencia. A todos ellos los he escuchado en exposiciones públicas argumentar, cuestionar y proponer visiones y lecturas novedosas sobre temas vinculados a la protección de personas refugiadas. La diversidad de los ámbitos de pertenencia institucional, académica, y aún ideológica de los distintos autores da cuenta tanto de la variedad de problemas y de respuestas, como de lo enriquecedor que resulta el intercambio de experiencias y la investigación académica.

Cabe aclarar que, a excepción de aquellos que específicamente lo hayan consignado, los artículos reflejan las opiniones de sus autores y no responden necesariamente a las opiniones de las instituciones a las que pertenecen, ni a la Dirección, coordinación ni edición de la *Revista Jurídica*.

En cuanto a su contenido, esta edición de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* se divide en cinco secciones. En la primera se abordan aspectos y problemáticas generales del desplazamiento forzado de personas y del sistema de protección internacional haciendo especial foco en los límites de las definiciones jurídicas del concepto de refugiado y explorando las convergencias del Derecho Internacional de los Refugiados con otras ramas del ordenamiento jurídico internacional.

En la segunda, se han reunido tres artículos específicamente vinculados al contexto europeo y a la “crisis” de migrantes y refugiados que dicha región enfrenta.

En la tercera se señalan, en contraposición con la experiencia europea, avances sustanciales y respuestas innovadoras que explora América Latina para el tratamiento de la temática.

En la cuarta sección se revisa la situación actual de la protección de personas refugiadas en Argentina, sus logros y desafíos pendientes.

Por último, en la quinta sección se han incluido dos referencias bibliográficas seleccionadas especialmente por su actualidad y porque siguen el mismo hilo conductor de esta publicación: miradas críticas y propuestas renovadoras frente al estado actual del sistema internacional de protección de personas refugiadas.

Como verán, todos los artículos de la primera sección coinciden en un punto: el marco jurídico e institucional diseñado para la protección de personas



refugiadas presenta límites que deben ser sorteados a través de la interpretación, la convergencia con otros ordenamientos jurídicos complementarios y el desarrollo progresivo del derecho internacional.

Martín Lettieri y Eugenia Contarini describen la situación global actual y las principales discusiones políticas y jurídicas en materia de protección internacional de personas refugiadas mediante el recorrido del sinuoso camino de elaboración hacia un nuevo Pacto Global que se espera sea adoptado a fines del 2018.

Por su parte, Emiliano Buis y Marta Vigevano presentan los límites del sistema actual de protección internacional para dar respuesta a los crecientes números de personas que huyen de distintas clases de violencia o en el contexto de graves crisis humanitarias.

Natalia Luterstein y Ezequiel Rodríguez Miglio examinan las dificultades surgidas en el marco de solicitudes de asilo presentadas por personas participantes en procesos ante la Corte Penal Internacional como base para analizar la relación entre el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Refugiados.

Los artículos de Ignacio Odriozola y Marcos Mollar nos confrontan, desde diferentes aristas, con la problemática del desplazamiento forzado de personas provocado por desastres naturales y cambio climático explorando distintas posibles respuestas ante la falta de protección que brindan los instrumentos jurídicos existentes.

En la segunda sección de la Revista, tres autores españoles acuerdan en aportar miradas críticas sobre el funcionamiento del sistema de protección en Europa y las deficientes políticas aplicadas por los países ante la “crisis” que enfrenta la región.

Nuria Arenas Hidalgo ofrece un análisis crítico del funcionamiento del sistema europeo común de asilo poniendo especial énfasis en el mecanismo de determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de protección internacional y los instrumentos jurídicos disponibles para responder a situaciones de desplazamientos masivos de personas en la Unión Europea.

Javier de Lucas, desde la filosofía política, cuestiona los presupuestos ideológicos del modelo europeo actual de políticas migratorias y de asilo, asumiendo un retroceso de los estándares básicos de la democracia y del Estado de Derecho y la institucionalización de diversas manifestaciones de exclusión y discriminación.

Andrea Bertomeu Navarro analiza la reforma introducida por el Gobierno español en la Ley de Extranjería a fin de legalizar las prácticas conocidas como “devoluciones en caliente” y sus implicancias en términos de protección internacional de personas refugiadas y estándares de derechos humanos.

La tercera sección se ocupa de América Latina, tanto en cuanto a sus avances como de las innovadoras perspectivas en términos de soluciones para las personas refugiadas.

Analia Cascone analiza el aporte que el fallo de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Familia Pacheco Tineo v. Bolivia” ha significado para determinar el alcance de las garantías del debido proceso aplicables a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, contribuyendo al desarrollo de altos estándares de derechos humanos en una materia no prevista al momento de adoptar los instrumentos universales de protección de personas refugiadas.

Juliana Bello, por su parte, presenta los antecedentes y potencialidades del MERCOSUR en la construcción de un espacio regional de protección para los refugiados, analizando las características del proceso de integración regional y considerando la aplicabilidad del Acuerdo de Residencia para Nacionales de los países del MERCOSUR a las personas refugiadas reconocidas de la propia región.

Michelle Alfaro y Martín Lettieri revisan la experiencia reciente de reasentamiento de refugiados en América Latina basada en un modelo conocido como “Reasentamiento Solidario”, y analizan las perspectivas y potencialidades de modelos que algunos países del Cono Sur han empezado a explorar vinculados al “patrocinio comunitario o privado”.

La cuarta sección de la publicación nos invita a mirar los avances y desafíos que Argentina afronta en su propio sistema de protección de personas refugiadas.

Soledad Figueroa y María José Marcogliese desarrollan una síntesis de los avances que tuvieron lugar en Argentina a 10 años de la sanción de la Ley 26.165 de Reconocimiento y Protección al Refugiado dando cuenta de los desafíos que enfrentó la Comisión Nacional de Refugiados (CONARE) en la construcción de institucionalidad y en la elaboración de políticas públicas de protección y asistencia a las personas refugiadas.

Nicolás Figari Costa y Ana Paula Penchaszadeh abordan críticamente alguno de los obstáculos que enfrenta hoy Argentina para desarrollar una política integral de protección internacional de las personas refugiadas en cuanto a su proceso de integración local, proponiendo una reflexión sobre la coyuntura internacional, el interés y agenda de la región sobre esta temática, y sobre los programas que Argentina implementa para brindar protección a través de mecanismos alternativos al sistema de protección de personas refugiadas.

Finalmente, la Revista concluye con dos reseñas bibliográficas seleccionadas por su actualidad, profundidad y relevancia.

Inés Famá sintetiza la reciente publicación del politólogo francés Sami Naïr, “Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real”, mientras que Ezequiel Almada complementa esa lectura con el análisis de la publicación de 2017 de los Profesores Alexander Betts y Paul Collier, “Refuge: transforming a broken refugee system”.

Es imprescindible finalizar agradeciendo en primer lugar a las autoras y los autores que aceptaron sumarse a esta convocatoria con gran entusiasmo y

que han evidenciado una vez más a través de sus contribuciones rigor académico y voluntad de reflexividad crítica para aportar al debate global sobre la protección de personas refugiadas.

También quisiera agradecer la confianza depositada por el Dr. Pedro Aberastury, la Dra. Marta Vigevano y el Dr. Emiliano Buis al convocarme para coordinar esta publicación así como su constante guía y paciente orientación. Un agradecimiento especial a Inés Famá por su colaboración en la revisión y edición de una obra que, como toda publicación colectiva, requiere de esa mirada meticulosa para asegurar su coherencia formal y estilística. Y una vez más a mi colega Martín Lettieri por su constante apoyo en cada iniciativa.

Por último, no puedo dejar de agradecer a la Dra. H. D. T. Gutiérrez Posse quien con su compromiso y dedicación con la docencia y, en particular, con el cariño brindado en tantos años, continúa siendo la inspiración y el motor de las actividades académicas y profesionales que llevo adelante.

EUGENIA C. CONTARINI



## DOCTRINA



PARTE I  
DESPLAZAMIENTO FORZADO Y PROTECCIÓN  
INTERNACIONAL: CONVERGENCIAS Y LÍMITES  
PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS  
REFUGIADAS





# LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE PERSONAS REFUGIADAS EN UNA NUEVA ENCRUCIJADA

Por EUGENIA C. CONTARINI<sup>1</sup> y MARTÍN LETTIERI<sup>2</sup>

## **Resumen:**

*La agenda global en torno a la protección de refugiados se encuentra en un momento de inflexión. A partir de la “Declaración de Nueva York” adoptada en la reunión de Alto Nivel sobre Migrantes y Refugiados convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas en septiembre de 2016, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) fue llamado a preparar el texto de un Pacto Global sobre Refugiados para su presentación a fines de 2018. El presente artículo describe el proceso que se lleva a cabo para el diseño de este Pacto Global en un contexto caracterizado por el aumento de las cifras del desplazamiento forzado de personas, tendencias nacionalistas y xenófobas pero al mismo tiempo propuestas innovadoras.*

## **Palabras clave:**

*Protección internacional, refugiados, pacto mundial, ACNUR, soluciones duraderas, plan de acción de Brasil.*

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Magister en Derecho Internacional del Desarrollo y Derechos Humanos (LLM) de la Universidad de Warwick, Reino Unido. Profesora de Derecho Internacional de los Refugiados y de Derecho Internacional Público de la Universidad de Buenos Aires. Desde el año 2002, se desempeña como Oficial de Protección en la Oficina Regional para el Sur de América Latina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. E-mail: [contarin@unhcr.org](mailto:contarin@unhcr.org).

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Ha colaborado como Asistente docente de la materia Derecho Internacional de los Refugiados de la Facultad de Derecho UBA y como profesor regular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Palermo. Es actualmente Oficial Nacional de Reasentamiento en la Oficina Regional para el Sur de América Latina del ACNUR. E-mail: [martin\\_lettieri@yahoo.com.ar](mailto:martin_lettieri@yahoo.com.ar).

## THE INTERNATIONAL PROTECTION OF REFUGEES IN A NEW CROSSROAD

### **Abstract:**

*The global agenda around the protection of refugees is at a turning point. Since the adoption of the “New York Declaration” at the High Level Meeting on Migrants and Refugees convened by the United Nations General Assembly in September 2016, the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) was called to draft the text of a Global Compact on Refugees by the end of 2018. This article describes the process that is being carried out for the design of this Global Compact in a context characterized by increasing figures of forced displacement, nationalist and xenophobic tendencies but also innovative proposals.*

### **Keywords:**

*International protection, refugees, global compact, UNHCR, durable solutions, Brazil plan of action.*

### INTRODUCCIÓN<sup>3</sup>

Al igual que en muchos otros temas de la política internacional, la agenda global en torno a la protección de refugiados se encuentra en un momento de inflexión donde, pareciera que múltiples caminos se encuentran abiertos y, en un futuro cercano, podrían configurarse escenarios imprevistos.

Hoy nos encontramos casi promediando el momento que abrió la llamada “Declaración de Nueva York” adoptada en la reunión de Alto Nivel sobre Migrantes y Refugiados convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas en septiembre de 2016<sup>4</sup> y que se cerrará a fines de 2018 cuando el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) proponga a los Estados un texto de Pacto Global sobre Refugiados para su aprobación en la Asamblea General de Naciones Unidas.

Todo indica que este Pacto Global podría ser el primer instrumento internacional de alcance universal que se adopte en materia de refugiados en los últimos 50 años, desde que en 1967 se aprobara el texto del Protocolo a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

<sup>3</sup> Las opiniones expresadas en este artículo son de los autores y no reflejan necesariamente las del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o las de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

<sup>4</sup> Una detallada descripción del proceso y resultados de esta reunión puede encontrarse en <http://www.acnur.org/el-acnur/eventos/2016/cumbre-de-las-naciones-unidas-sobre-refugiados-y-migrantes>.

El proceso de consultas que desembocará en la adopción del texto del nuevo instrumento podría ser la ocasión de dar lugar a las voces de todos los actores que tienen algo que decir, en particular las de millones de personas refugiadas, y de obtener consensos amplios y genuinos que permitan fortalecer el marco de protección existente. En particular, podría ser una oportunidad para que los Estados acuerden obligaciones específicas y responsabilidades concretas en materia de búsqueda de soluciones duraderas y sostenibles para las personas refugiadas.

La adopción del tratado podría significar también la oportunidad de dar un paso adelante en el camino hacia renovar, complementar y fortalecer el marco de protección internacional de refugiados que se originó para dar respuesta a una situación ya extinta —los millones de desplazados que dejó la Segunda Guerra Mundial en el continente europeo—, y en un contexto de política internacional distinto al actual, en el que un grupo reducido de países de Europa Occidental y Estados Unidos imprimieron su visión geopolítica en la creación del ACNUR y la adopción de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>5</sup>.

Pero también podría ser uno de los tantos procesos de debate global que culminan prácticamente en el mismo lugar en el que comenzaron<sup>6</sup> si se profundiza cierta falta de liderazgo, si no se alcanzan consensos mínimos que sirvan de punto de partida y, en particular, si los Estados no están verdaderamente dispuestos o en condiciones de asumir las respuestas humanitarias innovadoras y comprometidas que la dimensión de la crisis humanitaria actual requiere.

### 1. LA PEOR CRISIS HUMANITARIA DESDE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Las estadísticas no dejan margen de duda: los 24,5 millones de refugiados y solicitantes de tal condición que se registraban a fines de 2015<sup>7</sup> constituyen el mayor número de esta población desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial cuando se diseñó el sistema universal de protección de refugiados que perdura hasta hoy, basado en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en el mandato dado al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados para realizar su tarea a nivel global.

Pero para dar real cuenta de la dimensión del desplazamiento forzado, al número de refugiados deben agregarse los 40,8 millones de desplazados inter-

<sup>5</sup> HATHAWAY, J. C. - FOSTER, M., *The law of refugee status*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2014; y CONTARINI, E. - LETTIERI, M., “Protección internacional de refugiados: alcances y desafíos en la actualidad”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Universidad de Buenos Aires, 2012.

<sup>6</sup> “Cuando las agencias internacionales no saben qué más pueden hacer, acuerdan hacer una Conferencia”, afirman BETTS, A. - COLLIER, P., en *Transforming a Broken Refugee System*, Allen Lane, 2017, p. 3 (traducción de los autores).

<sup>7</sup> ACNUR, “Tendencias Globales del Desplazamiento Forzado en 2015” (<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2016/10627.pdf?view=1>).

nos, personas que en gran medida no logran traspasar una frontera internacional y, por lo tanto, convertirse en refugiados sólo por las trabas físicas y legales que sus Estados de origen les imponen para salir, o por las dificultades que encuentran para ingresar al territorio de otro Estado y solicitar protección internacional (a pesar de las obligaciones de la Convención de 1951 al respecto)<sup>8</sup>.

El desplazamiento de más de 5,5 millones de personas refugiadas generado desde 2011 por el conflicto armado en Siria invirtió dramáticamente la tendencia estable o decreciente que las cifras habían mostrado hasta entonces durante varios años. Pero, a la par de su evidente impacto cuantitativo, la irrupción de la crisis Siria generó a su vez transformaciones notorias en las dinámicas y abordajes de la cuestión de los refugiados.

A diferencia de otros desplazamientos masivos o de las denominadas “situaciones prolongadas de refugiados”, diversos motivos entre los que cabe destacar ciertas características culturales, sociales y económicas de la población siria, así como los destinos a los cuales busca huir, han transformado la visión de gran parte de la población global o, al menos, occidental, sobre la protección debida a las personas que huyen de la persecución, las violaciones de sus derechos humanos o los conflictos armados.

Aunque era habitual observar en los medios de comunicación en los últimos años noticias sobre las muertes de quienes no lograban atravesar el Mediterráneo (la mayor parte de ellos provenientes de África subsahariana), el impacto generado por la foto del cuerpo sin vida del niño sirio Aylan Kurdi despertó una ola de empatía nunca antes vista y, en sentido contrario, las imágenes de la periodista húngara pateando a una madre siria con su hijo en brazos generó un extendido repudio.

Sin dudas, a esta altura parecería innegable que, si bien el sistema de valores sobre el que se asienta la infraestructura jurídica mundial posterior a 1945 —construida sobre los principios y propósitos de las Naciones Unidas y sobre las normas y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos— ubica a la dignidad humana en un lugar central<sup>9</sup>, en la práctica ciertas vidas o, mejor dicho, ciertas muertes, tienen impactos considerablemente mayores que otras.

Desde este enfoque, es importante destacar que la irrupción de la crisis Siria ha generado también la invisibilización de otras crisis de refugiados que no sólo persisten, sino que se incrementan.

En Sudán del Sur, por ejemplo, los campamentos de desplazados internos están desbordados, las condiciones mínimamente básicas para la supervivencia no son alcanzadas y los refugiados son objeto frecuente del ataque de grupos

<sup>8</sup> Sólo en 2017 ACNUR solicitó a Estados tan diversos como Australia, Sri Lanka, Hungría y Estados Unidos que de una u otra manera no efectúen prácticas que restrinjan el acceso al asilo.

<sup>9</sup> El art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”.

armados. Con un aumento del 64% en la segunda mitad de 2016, el número de refugiados de Sudán del Sur alcanzó los 1,4 millones. La mayoría de ellos han huido principalmente hacia Uganda y otros países vecinos que, con escasos recursos disponibles, intentan brindar una respuesta humanitaria inicial.

La población refugiada proveniente de Burundi, Afganistán, la República Centrafricana, la República Democrática del Congo, Eritrea, Irak, Libia, Sudán, Ucrania y Yemen también se incrementó en 2016, en algunos casos en números considerables, aunque estas situaciones no hayan recibido la atención que recibe la crisis en Siria<sup>10</sup>. Por último, sólo en 2017 la persecución a la minoría Rohingya en Myanmar ha causado ya más de medio millón de refugiados en los países vecinos.

Pero, más allá de la necesidad de profundizar el análisis sobre los motivos por los cuales ciertos conflictos reciben más atención mediática que otros, como ya se ha mencionado, hoy encontramos una imprevista empatía global con las personas refugiadas que quizás permita movilizar voluntades más allá de lo que las administraciones nacionales y las burocracias internacionales y regionales están dispuestas, e impulsar los debates que conducen al Pacto Global hacia lugares que estos actores tradicionales no se animan o no desean transitar.

En este sentido, se ha observado recientemente fenómenos impensados años atrás: gobiernos locales y la propia población enfrentada con los gobiernos centrales para recibir una mayor cantidad de refugiados; apelaciones de grandes medios masivos de comunicación por una mayor apertura fronteriza; importantes iniciativas humanitarias en países de desarrollo medio o bajo; y, un menos perceptible pero constante movimiento de distintas comunidades y organizaciones de la sociedad civil y basadas en la fe que —con su trabajo a favor de la población refugiada— conectan la temática con las tradiciones más humanistas de sus propios dogmas o principios.

Esto implica que a la par del surgimiento y consolidación de movimientos nacionalistas y xenófobos, el cierre de fronteras, y el endurecimiento del control migratorio, se observan fenómenos orientados en sentido contrario que permiten imaginar un desenlace distinto del proceso de debate del Pacto Global sobre Refugiados.

## 2. EL CAMINO HACIA UN NUEVO TRATADO SOBRE REFUGIADOS

La “Declaración de Nueva York sobre Migrantes y Refugiados”, adoptada en el marco de la Reunión de Alto Nivel sobre Migrantes y Refugiados de la Asamblea General de Naciones Unidas en septiembre de 2016, determinó solicitar al ACNUR llevar adelante el proceso de implementación del llamado “Marco de Respuesta Integral para los Refugiados” durante dos años y, sobre la base de dicha experiencia, desarrollar una propuesta de Pacto Mundial so-

<sup>10</sup> ACNUR, “Tendencias Globales...”, *ob. cit.*

bre Refugiados que será sometido a consideración de la Asamblea General en 2018<sup>11</sup>.

Sin embargo, la opacidad del proceso de debate del texto del nuevo tratado ha sido ya señalada por diversos actores<sup>12</sup> y podría estar vinculada, entre otras razones, a la dificultad para una Agencia intergubernamental como es el ACNUR de impulsar ciertos temas en la agenda global sin contar con el respaldo suficiente de los Estados que, en la práctica, tienen una posición predominante al momento de debatir sobre la temática de refugiados.

El cambio de administración en Estados Unidos explica una parte importante de la incertidumbre actual. Hasta que el Presidente Obama abandonó la Casa Blanca, Estados Unidos había trazado una serie de ejes que se esperaba orientaran el debate durante los siguientes dos años hasta la adopción del texto de la nueva norma internacional<sup>13</sup>. Pero esta perspectiva implicaba la continuidad de la gestión del Partido Demócrata y el triunfo de Trump implicó un cambio de rumbo rotundo, incluso al punto de afectar algunos consensos que tradicionalmente se habían sostenido aún en la alternancia de Republicanos y Demócratas.

Por otra parte, la Unión Europea como bloque y en particular algunos de los Estados que la integran (Alemania, Francia, Reino Unido e Italia, entre otros) quienes tradicionalmente habían tenido posiciones preponderantes en las discusiones globales sobre refugiados, carecen hoy de una posición unívoca y mucho menos coordinada.

El débil o nulo crecimiento económico de casi todo el bloque europeo y su impacto en la generación de empleo, entre otros motivos, alienta el crecimiento de movimientos nacionalistas y xenófobos contra los cuales muchos gobernantes no parecieran querer enemistarse abiertamente basándose en cálculos electorales.

Asimismo, el incremento de las solicitudes de la condición de refugiado que ha generado la crisis en Siria y, en general, el estallido del sistema europeo de control migratorio extraterritorial que produjo la “Primavera árabe”<sup>14</sup>, han contribuido al actual estado de confusión.

Este escenario deja un vacío que otros actores intentan ocupar<sup>15</sup> aunque difícilmente puedan lograr similares capacidades para movilizar voluntades y promover consensos.

<sup>11</sup> Declaración de Nueva York sobre Migrantes y Refugiados, Anexo 1, apartados 17-19.

<sup>12</sup> BETTS, Alexander, “U.N. Refugee Agency Must Change Course or Risk Obsolescence”, Apr. 6, 2017, *Refugees Deeply*, Oxford Refugees Studies Centre.

<sup>13</sup> En paralelo a la Cumbre de Alto Nivel de Naciones Unidas, Estados Unidos convocó a una Cumbre de Líderes sobre Refugiados donde distintos mandatarios se comprometieron con acciones concretas para esta población. La información sobre esta cumbre puede encontrarse en: <https://2009-2017.state.gov/p/io/c71574.htm>.

<sup>14</sup> CERIANI CERNADAS, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, SUR, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, N° 10, 2009.

<sup>15</sup> Canadá posee una larga tradición humanitaria de recepción de refugiados y en particular el Primer Ministro Trudeau y el Parlamento canadiense han hecho de la recepción de

El contexto político internacional descripto, probablemente impacte severamente en la naturaleza jurídica del Pacto en cuanto a su carácter vinculante y, en particular, en la profundidad e innovación de los compromisos que se logre adoptar.

Por el momento, el ACNUR ha venido coordinando un proceso con distintas etapas entre las que cabe destacar:

(i) la implementación del “Marco de respuesta integral para los refugiados” en determinados países o situaciones específicas, incluso mediante el aprendizaje de lecciones de situaciones de refugiados, presentes o pasadas;

(ii) la organización de discusiones temáticas que servirán de base para el desarrollo del programa de acción; y,

(iii) la preparación de un balance sobre los avances alcanzados y las lecciones aprendidas que identifique las mejores prácticas, las medidas necesarias para lograr el tipo de respuesta prevista en la Declaración de Nueva York, y las áreas a desarrollar en el futuro<sup>16</sup>.

Respecto del punto i), el “Marco de Respuesta Integral para los refugiados” se ha comenzado a implementar en: Etiopía, Tanzania, Uganda, Yibutí, y con un enfoque regional, en los siguientes países de América Latina: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Panamá<sup>17</sup>.

Las discusiones temáticas a que refiere el punto ii) se han desarrollado durante 2017 convocando a una multiplicidad de actores en torno a cuestiones varias, tales como: los mecanismos actuales y pasados de distribución de la carga y la responsabilidad; las medidas que deben tomarse al comienzo de un gran movimiento de refugiados, la necesidad de apoyar a las comunidades de recepción y, las medidas que se deben adoptar para encontrar soluciones duraderas<sup>18</sup>.

Por último, el balance que se menciona en el punto iii) se realizará en el marco del “Diálogo del Alto Comisionado sobre los Desafíos en Materia de Protección” que tendrá lugar en Ginebra en diciembre de 2017 y del cual se espera que surja un ‘primer borrador’ del Pacto Mundial sobre Refugiados que será compartido en febrero de 2018, fecha en la cual comenzarán los procesos de consultas formales con los Estados y otros actores<sup>19</sup>.

---

refugiados un eje central de su política exterior involucrando esfuerzos y recursos en la tarea de “exportar” modelos de recepción e integración de refugiados, por ejemplo mediante la Iniciativa Global para el Sponsoreo de Refugiados (GRSI) que comparte con la Universidad de Ottawa, las fundaciones Open Society y Radcliffe y el ACNUR).

<sup>16</sup> ACNUR, “Hacia un pacto mundial sobre refugiados: hoja de ruta”, mayo de 2017, apartado 19.

<sup>17</sup> ACNUR, “Marco de Respuesta Integral para los Refugiados: De la Declaración de Nueva York al Pacto Mundial sobre los refugiados”, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11029>.

<sup>18</sup> Los documentos conceptuales de dichas reuniones serán un importante insumo para validar los contenidos del Pacto. Ver en <http://www.unhcr.org/59dc8f317>.

<sup>19</sup> N.del E.: Este artículo se terminó de escribir en Noviembre del 2017, Información actualizada sobre los resultados del “Diálogo del Alto Comisionado sobre los Desafíos en Materia de Protección” puede consultarse en: <http://www.unhcr.org/high-commissioners-dialogue-on-protection-challenges-2017.html>.



El contexto de política internacional y el proceso de carácter global descritos en esta sección, adoptan lógicamente dinámicas particulares en cada región.

En el caso de América Latina esto implica vincular dichos procesos globales con las agendas que la región se ha dado desde la adopción de la “Declaración de Cartagena” en 1984, que se revitalizó a lo largo de los años en distintas oportunidades, y que recibió un impulso muy fuerte en 2014 con la adopción de la Declaración y Plan de Acción de Brasil.

La siguiente sección analiza las convergencias entre el proceso hacia el Pacto Mundial de Refugiados y el derrotero del Plan de Acción de Brasil.

### *3. AMÉRICA LATINA Y EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL PACTO MUNDIAL DE REFUGIADOS*

Vincular el proceso global con las dinámicas subyacentes en América Latina implica comenzar describiendo, al menos de manera sintética, las principales características del devenir de la agenda de protección y búsqueda de soluciones duraderas de la población refugiada en esta región.

En tal sentido, es indispensable remarcar inicialmente que desde la adopción de la Declaración de Cartagena en 1984, cada 10 años y en ocasión de la celebración de sus aniversarios, América Latina revisa y adapta la agenda regional de protección de personas refugiadas.

La Declaración de Cartagena es un instrumento regional no vinculante, adoptado por un grupo de expertos gubernamentales de varios países —principalmente centroamericanos— que participaron en el “Coloquio sobre la Protección internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá”, celebrado en Cartagena de Indias, en noviembre de 1984.

Ese coloquio, convocado por el ACNUR, se centró en analizar los problemas jurídicos, y humanitarios que afectaban a los refugiados centroamericanos en las décadas de los 70’ y 80’. Sin embargo el instrumento que adoptaron fue mucho más allá y reconociendo la práctica generosa de conceder el asilo en las Américas, vinculó normas y principios del Derecho Internacional de los Refugiados, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para establecer una serie de recomendaciones para el tratamiento y la búsqueda de soluciones duraderas para las personas refugiadas. En especial, la Declaración de Cartagena es conocida internacionalmente por su recomendación de ampliar la definición de refugiado aplicable en la región, la cual ha sido incluida en la legislación nacional de catorce países, incluyendo Argentina.

En 1994, con motivo de su décimo aniversario, la importancia de la Declaración de Cartagena fue confirmada con la adopción de la “Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas” donde se enfatizó la importancia de la Declaración de Cartagena como una herramienta de protección regional, y por primera vez, la región se refirió a la necesidad de abordar la situación de los desplazados internos.



En el año 2004 se celebró el vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena con una nueva reunión regional que culminó con la adopción de la “Declaración y el Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina”. En esta ocasión, no sólo se reafirmaron los principios de la protección internacional de refugiados de las Declaraciones precedentes, sino que por primera vez se consensuó con los Estados un Plan de Acción Regional con programas concretos tanto en materia de protección internacional como de búsqueda de soluciones duraderas. Es interesante aquí remarcar que el Plan de Acción de México introdujo nociones de “solidaridad y responsabilidad compartida” y la idea de que América Latina debe colectivamente ocuparse de las personas necesitadas de protección internacional que la misma región genera, adelantándose en introducir y enfatizar uno de los ejes centrales del Pacto Mundial sobre Refugiados como se describirá más adelante.

La implementación del Plan de Acción de México marcó la agenda de trabajo en los temas de refugiados durante 10 años. La adopción de gran parte de los marcos legales nacionales sobre refugiados de la región, la formación y el fortalecimiento institucional de las Comisiones de Refugiados (CONARES), la investigación y el desarrollo doctrinario, el fortalecimiento de las redes de protección nacionales y regionales, los programas de “fronteras solidarias”, “ciudades solidarias” y “reasantamiento solidario” son los productos que dejó el Plan de Acción de México y que se implementaron —en mayor o menor medida— en todos los países de América Latina.

En el año 2012 los países de la región junto con el ACNUR acordaron organizar un nuevo evento conmemorativo en ocasión del 30 aniversario de la Declaración de Cartagena y manifestaron la intención de “adoptar una nueva Declaración y Plan de Acción para abordar los nuevos desafíos en la protección internacional de los refugiados en América Latina y en el Caribe en la próxima década”. Ese proceso hacia la adopción del nuevo Plan de Acción estuvo precedido por cuatro consultas sub-regionales con el objetivo de analizar los desafíos existentes y elaborar los ejes de acción para la protección de los refugiados, personas desplazadas y apátridas, anticipando aquí nuevamente la lógica del proceso hacia el Pacto Mundial.

Las consultas subregionales se llevaron a cabo durante el 2014 en Buenos Aires para los países de MERCOSUR, en Quito para los países Andinos, en Managua para los países de Mesoamérica y finalmente en Gran Caimán para los países y territorios del Caribe y se centraron en áreas temáticas como: la calidad de los sistemas de asilo; la complejidad de los movimientos migratorios mixtos, la protección de las personas que huyen del crimen organizado transnacional, las preocupaciones de seguridad nacional de los Estados y sus obligaciones humanitarias y de derechos humanos, las iniciativas innovadoras para soluciones integrales, la apatridia, el desplazamiento causado por desastres naturales, y el

fortalecimiento de la cooperación regional e internacional dentro de los mecanismos de integración regionales.

Ese proceso de consultas, denominado “Cartagena+30”, culminó en diciembre de 2014 con la adopción de la Declaración y Plan de Acción de Brasil que refleja el consenso de 28 países y 3 territorios de los Estados de América Latina y del Caribe, junto a más de 100 organizaciones de la sociedad civil, expertos y academia, el ACNUR y otros organismos internacionales.

Esta Declaración y Plan de Acción constituye un verdadero marco político estratégico para la región, contiene 8 capítulos con 11 líneas de acción con objetivos temáticos y/o geográficos, reconoce las especificidades subregionales, promueve la cooperación sur-sur y la cooperación regional, resalta la solidaridad y la responsabilidad compartida y permite que cada Estado defina las prioridades programáticas según sus intereses.

Los 8 capítulos del Plan de Acción de Brasil son : 1) Programa de Asilo de calidad, 2) Programa “Fronteras solidarias y seguras”, 3) Soluciones integrales, complementarias y sostenibles (repatriación voluntaria, integración local, reasentamiento solidario, movilidad laboral), 4) Solidaridad con el Triángulo Norte de Centroamérica, 5) Solidaridad regional con el Caribe para una respuesta integral de protección internacional y soluciones duraderas, 6) Erradicación de la Apatridia, 7) Cooperación regional, 8) Implementación y Seguimiento.

En su capítulo octavo, los Estados acordaron explorar la posibilidad de crear mecanismos de evaluación y seguimiento del Plan de Acción y encargaron al ACNUR la elaboración de informes de progreso cada tres años y de un informe final en 2024.

Habiendo transcurrido los primeros 3 años de implementación del Plan de Acción de Brasil, la región se encuentra inmersa en el proceso de evaluación y preparación del primer informe trienal, que se espera sea presentada en febrero de 2018<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> El ACNUR con la cooperación técnica del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) elaboró un set de indicadores a fin de relevar y sistematizar la información sobre la implementación de cada uno de los programas del Plan de Acción. Este set de indicadores fue diseñado con el fin de facilitar la recolección de información y aprobado en la IX Reunión de Comisiones Nacionales para Refugiados (CONARES) o Equivalentes de los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados, realizada el 8 de junio de 2017 en Buenos Aires. Con esta herramienta, durante el 2017, se ha guiado un proceso de Consultas Nacionales en cada país para obtener información sobre los avances realizados en cada uno de los Programas del Plan de Acción. Para ello, el ACNUR solicitó que los Estados seleccionaran los programas operativos prioritarios para reportar y facilitó reuniones nacionales con autoridades, organizaciones de la sociedad civil, otras instituciones y población refugiada. Asimismo, durante el segundo semestre del 2017 se organizaron cuatro Consultas subregionales temáticas sobre: 1) Asilo de Calidad, 2) Erradicación de la Apatridia, 3) Soluciones integrales, comprensivas y duraderas, 4) Solidaridad con el Caribe. Se espera que, tanto las conclusiones y recomendaciones de estas consultas subregionales temáticas, como los insumos recolectados a través de las reuniones de Consultas Nacionales puedan reflejar los avances y buenas prácticas generadas en los primeros 3 años de implementación del Plan de Acción de Brasil y que nutran el reporte trienal que el ACNUR presentará oficialmente en una Reunión Ministerial a realizarse en Brasil durante el mes de febrero de 2018.

Como puede observarse hasta aquí, el proceso de adopción de la Declaración y Plan de Acción de Brasil, se anticipó temporalmente a la “Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes”, que inició el camino hacia la adopción de un Pacto Mundial sobre Refugiados.

Por ello, el proceso de evaluación trienal del Plan de Acción de Brasil ha generado una oportunidad para que la región no sólo reflexione sobre los avances en la implementación del programa regional sino que contribuya con insumos sustanciales en el proceso de elaboración del Pacto Mundial reflejando buenas prácticas y soluciones innovadoras de la región que podrían servir de referencia para otros continentes.

#### *4. EL ROL DE ARGENTINA EN EL CONTEXTO REGIONAL Y SU CONTRIBUCIÓN AL PACTO MUNDIAL*

Como se describió en la sección anterior, Latinoamérica y el Caribe constituyen la única región del globo que explicitó nuevamente en 2014 su compromiso y solidaridad con los refugiados adoptando el denominado “Plan de Acción de Brasil” luego de un interesante proceso de consultas con Estados, organizaciones de la Sociedad Civil y basadas en la fe, universidades y organismos internacionales, entre otros actores, anticipándose a los debates globales sobre el Pacto Mundial.

En ese marco, Argentina ha sido un actor importante en este movimiento regional.

Sobre la base de su dramática experiencia durante la última dictadura militar que expulsó a miles de argentinas y argentinos que obtuvieron protección como refugiados en el exterior, desde el regreso de la democracia en 1983 los sucesivos gobiernos trazaron un sendero sobre la temática de refugiados que se ha ido consolidando como política de Estado, aunque no exenta de avances y retrocesos a lo largo de los años.

La aprobación prácticamente unánime de la primera Ley de Refugiados en el año 2006 es sin dudas el hito más importante en el recorrido de esta política de Estado. Este marco normativo, destacado como referencia regional e incluso mundial, no sólo incorporó las obligaciones internacionales del país sino que fue mucho más allá en diversos temas asegurando un marco de protección basado en las garantías y ampliación de derechos para las personas refugiadas.

Al igual que con muchas otras leyes de reconocimiento de derechos (salud mental, protección de la infancia, etc.), luego de su aprobación comenzó un proceso de implementación que continúa hasta hoy, adaptando la infraestructura administrativa y normativa de menor rango que permita alcanzar la plena operatividad de los derechos y garantías establecidos en el marco legal.

Asimismo, Argentina es uno de los habituales promotores en la Organización de Estados Americanos (OEA) de resoluciones que fortalecen el marco de protección de refugiados a nivel regional, y ha tenido iniciativas específicas tales como la emisión de visados humanitarios para nacionales haitianos y sirios frente a las situaciones que generaron el desplazamiento masivo en sus respectivos países.

En este sentido, el denominado Programa Siria lanzado en 2014 constituye una innovación pionera en la región ya que, tomando como referencia el modelo canadiense de patrocinio comunitario, incorpora a la comunidad (personas, organizaciones, redes, iglesias, gobiernos locales) en el rol directo de apoyar la integración local de las personas refugiadas por el término de un año desde su arribo al país.

Este esquema alternativo al reasentamiento tradicional hacia la región podría constituirse a futuro en un mecanismo sustentable de repartición de cargas y, eventualmente, extenderse a las personas refugiadas que arriban por su propia cuenta al país buscando asilo.

En el país viven actualmente un poco menos de 10.000 personas refugiadas, solicitantes de tal condición o poseedoras de algún visado humanitario de los ya mencionados, lo cual constituye un número relativamente bajo si lo comparamos con otros países de desarrollo medio más próximos a los principales conflictos que han recibido cientos de miles o incluso millones de refugiados. Pero al mismo tiempo, otros países con condiciones estructurales y dinámicas de refugiados similares a las de Argentina no han demostrado ese compromiso sostenido por varios años que ya se mencionara<sup>21</sup>.

## *5. REFLEXIONES FINALES: EXPECTATIVAS REALISTAS Y AGENDA A FUTURO*

Al revisar el proceso que concluirá en la adopción del Pacto Mundial sobre Refugiados ya se ha podido vislumbrar cuáles son las expectativas de los Estados sobre sus contenidos principales. En primer lugar, complementar los vacíos de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo en lo que refiere a las denominadas soluciones duraderas y las cuestiones de admisión y recepción humanitaria inicial. En segundo lugar, promover una

<sup>21</sup> Brasil ha sido durante muchos años el socio clave de Argentina en esta dimensión internacional de su agenda de refugiados. Pero aunque la inestabilidad política de Brasil y ciertas decisiones en materia migratoria de la actual administración argentina puedan eventualmente debilitar esa asociación estratégica, la oportunidad de que desde el Sur asomen propuestas innovadoras respecto del proceso de debate del Pacto Mundial sobre refugiados sigue latente. No sólo las originadas en las usinas y áreas técnicas de los gobiernos, sino también las que puedan articular la sociedad civil y la academia, tal como sucediera en el recorrido hacia el Plan de Acción de Brasil.

distribución más equitativa y justa de la responsabilidad de brindar protección a las personas refugiadas.

Respecto del primero de los ejes, es importante destacar que la división —conceptual y operativa más que legal— entre brindar protección y buscar soluciones duraderas se ha demostrado cada vez más desafiada por la situación concreta de las personas que se busca proteger. En efecto, cuando las personas refugiadas permanecen varios años en el país donde reciben asilo, lo cual es la norma más que la excepción en la actualidad, la admisión al territorio y el resguardo contra la devolución o expulsión a un país donde corren peligro se presentan como un primer paso indispensable pero insuficiente para asegurarles una vida en condiciones mínimamente dignas y respetuosas de sus derechos humanos fundamentales.

Este enfoque que entiende a la búsqueda concreta de soluciones duraderas como parte de la responsabilidad de protección es relevante en todos los contextos en que hoy se encuentra una persona refugiada en el mundo. El arco de situaciones puede ir desde zonas de frontera desiertas donde prácticamente la única respuesta existente es un campamento gestionado por ACNUR y otros organismos internacionales, hasta grandes ciudades de los países desarrollados donde los refugiados conviven con otros millones de personas y, en general, con estándares de ejercicios de derechos más bajos que los nacionales de dichos Estados. Sin embargo, la mayoría de los refugiados no se encuentran en ninguna de esas dos situaciones extremas sino que viven en contextos urbanos de tamaño medio situados en países sub desarrollados mayormente vecinos o próximos a los principales conflictos donde el desplazamiento se genera.

Y en tanto la permanencia de los refugiados en estos países en promedio se extiende por varios años, es indispensable para llevar la responsabilidad de protección a la práctica, implementar políticas concretas de promoción y facilitación de su integración local en los países de asilo<sup>22</sup>.

En cuanto al segundo eje, la abogacía para distribuir la responsabilidad de la recepción de refugiados es un tema recurrente de los debates de los últimos años.

Este planteamiento cobra especial sentido a la luz de los Estados que reciben la mayoría de los refugiados a nivel global: Turquía, Pakistán, Líbano, República Islámica de Irán, Uganda y Etiopía, sólo por mencionar a los primeros en la lista del 2016. Es evidente que estos países de desarrollo medio o bajo no cuentan con los recursos suficientes para brindar la protección adecuada que necesitan millones de personas refugiadas y resulta razonable apelar a la solidaridad internacional para distribuir y, por ende, incrementar la capacidad de respuesta.

<sup>22</sup> El caso más paradigmático tal vez resulta el de países que reconocen el estatuto de refugiado de las personas pero luego les prohíben legalmente trabajar o realizar cualquier tipo de actividades remuneradas.

Menos entendible resulta la presión por distribuir la responsabilidad de países desarrollados e, incluso, de algunas de las potencias mundiales donde la relación entre población refugiada respecto de la nacional o, aún menos, del PBI per cápita respecto de su población total incluyendo las llegadas de refugiados anuales es hasta diez veces superior que la de cualquiera de los seis países mencionados en el párrafo anterior.

Considerando estos ejes mencionados y los debates en torno a ellos, hasta el momento se prevé que el Pacto Mundial sobre refugiados que proponga el ACNUR comprenda dos partes complementarias:

(i) un Marco de Respuesta Integral para los Refugiados, según lo acordado por los Estados Miembros en el Anexo I de la Declaración de Nueva York, y, (ii) un programa que establezca acciones que pueden ser tomadas —tanto por los Estados Miembros como por otros interesados— para sustentar el marco de respuesta integral para los refugiados, asegurar su plena implementación y compartir más equitativamente la responsabilidad de dicha implementación.

Las discusiones temáticas han comenzado a generar consensos en torno de ciertos contenidos específicos del programa mencionado en el segundo punto y, a su vez, también comienzan a delimitar el marco de lo que será posible reflejar en el texto al finalizar el proceso.

En este sentido, las expectativas que se han generado respecto de la adopción de un tratado vinculante que delimite un nuevo conjunto de obligaciones acordes al contexto actual no parecieran tener cabida en una visión pragmática del contexto y el proceso que se ha intentado presentar en este artículo.

No obstante, el Pacto Mundial sobre Refugiados podría permitir renovar la manera de implementar ciertas obligaciones ya presentes en la Convención de 1951 y cuya interpretación dinámica ha permitido reafirmar su vigencia hasta el día de hoy. Seguramente también aliente a nuevos Estados a asumir responsabilidades que alivien a los países de economías más pobres en la recepción de millones de personas refugiadas.

Por último, quizás este Pacto Mundial permita salir del plano de las intenciones y efectivamente concrete la vinculación entre la agenda de protección humanitaria para los refugiados y la agenda de desarrollo, convocando a la respuesta no sólo a los Estados sino también a las Instituciones Financieras Internacionales y regionales, a la sociedad civil y al sector privado global.

Esto implicaría fortalecer las capacidades de los países de acogida pero también la infraestructura económica, social y política de los países de origen de la población refugiada promoviendo un contexto adecuado para las repatriaciones voluntarias y, por sobre todas las cosas, previniendo muchas de las causas que generan el desplazamiento forzado.

Durante 2018 se adoptará un Pacto Mundial sobre Refugiados que podría ser la oportunidad de relanzar la respuesta humanitaria para esta población a nivel global. Una vez más, millones de personas refugiadas esperan que la comunidad internacional esté a la altura para responder al desafío que afrontan.

*BIBLIOGRAFÍA*

- ACNUR, “Hacia un pacto mundial sobre refugiados: hoja de ruta”, mayo de 2017, apartado 19.
- “Marco de Respuesta Integral para los Refugiados: De la Declaración de Nueva York al Pacto Mundial sobre los refugiados”, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11029>.
- “Tendencias Globales: desplazamiento forzado en 2016”, 2017, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2017/11152>.
- BETTS, Alexander, “U.N. Refugee Agency Must Change Course or Risk Obsolescence”, Apr 6, 2017, *Refugees Deeply*, Oxford Refugees Studies Centre.
- CERIANI CERNADAS, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, SUR, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, N° 10, 2009.
- CONTARINI, E. - LETTIERI, M., “Protección internacional de refugiados: alcances y desafíos en la actualidad”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Universidad de Buenos Aires, 2012.
- HATHAWAY, J. C. - FOSTER, M., *The law of refugee status*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2014.

Recepción: 15/11/2017

Aceptación: 2/12/2017





## REFUGIADOS, CONFLICTOS ARMADOS Y OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA: UN ANÁLISIS DE LAS *DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL N° 12* (2016) DEL ACNUR

Por EMILIANO J. BUIS<sup>1</sup> y MARTA R. VIGEVANO<sup>2</sup>

### **Resumen:**

*Cada vez con mayor frecuencia un gran número de personas se ven inmersas en el contexto de distintas clases de violencia o de graves crisis humanitarias que las obligan a desplazarse y a tener que abandonar su lugar de residencia habitual. Como consecuencia de ello resulta imperioso dispensarles protección y garantizarles el pleno ejercicio de sus derechos humanos. Estas situaciones plantean el desafío de implementar las normas jurídicas existentes en el ámbito internacional y regional, teniendo en cuenta la necesidad de interpretarlas de manera progresiva y cada vez más amplia para incorporar a un mayor número de personas cuyos derechos son gravemente vulnerados. La interpretación y aplicación de los instrumentos de protección de refugiados requieren la necesidad de comprender la situación particular de violencia y conflicto armado y sus efectos sobre la población civil. Aunque la violencia indiscriminada no siempre se encuadre en el concepto de persecución consagrado por la normativa vigente sobre refugiados, lo importante en este desarrollo progresivo es poner de relieve la necesidad de una interpretación integradora y dinámica entre la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo Adicional de 1967, la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984; para estos fines, la labor de orientación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados es una contribución vital para el pleno goce de los derechos humanos y del respeto a los principios humanitarios. Este trabajo procura indagar, desde esta clave de lectura, en los principios incorporados recientemente en las Directrices sobre Protección Internacional N° 12 elaboradas por el ACNUR en diciembre de 2016.*

<sup>1</sup> Profesor Adjunto Regular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UBA y Profesor Asociado Ordinario de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UNICEN. Investigador del CONICET. Director del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario de la UBA. E-mail: ebuis@derecho.uba.ar.

<sup>2</sup> Profesora Adjunta Regular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UBA. Directora de la Dirección de Carrera Docente de la Facultad de Derecho de la UBA. Secretaria Ejecutiva del Observatorio de Derecho Humanitario de la UBA. E-mail: marta-vigevano@derecho.uba.ar.

**Palabras claves:**

*Conflictos armados, violencia generalizada, refugiados, persecución, Directrices del ACNUR.*

REFUGEES, ARMED CONFLICTS AND OTHER SITUATIONS OF VIOLENCE: AN ANALYSIS OF THE UNHCR' GUIDELINES ON INTERNATIONAL PROTECTION N° 12 (2016)

**Abstract:**

*Increasingly, large numbers of people are immersed in the context of various kinds of violence or serious humanitarian crises that force them to move and leave their place of habitual residence. As a consequence, it is imperative to dispense protection and guarantee the full exercise of their human rights. These situations pose the challenge of implementing legal rules at international and regional levels, taking into account the need to interpret them in a broadly progressive and increasing way to incorporate more people whose rights are seriously violated. The interpretation and application of refugee protection instruments require the need of understanding the particular situation of violence and armed conflict and its effects on the civilian population. Although indiscriminate violence does not always fit into the concept of persecution enclosed in existing refugee legislation, what is important in this progressive development is to emphasize the need of an inclusive and dynamic interpretation between the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, its Additional Protocol of 1967, the 1969 Convention of the Organization of African Unity and the 1984 Cartagena Declaration. In this sense, the guidance work of the United Nations High Commissioner for Refugees represents a vital contribution to the full enjoyment of human rights and respect for humanitarian principles. From this perspective, this paper seeks to investigate the principles recently incorporated in the Guidelines on International Protection N° 12 elaborated by the UNHCR in December 2016.*

**Keywords:**

*Armed conflicts, generalized violence, refugees, persecution, UNHCR Guidelines.*

*INTRODUCCIÓN*<sup>3</sup>

En el devenir de las últimas décadas ha sido elocuente que los conflictos armados —en particular— y otras situaciones de violencia generadas por cuestiones políticas y económicas —en general—han sido causas fundamentales de

<sup>3</sup> Se agradece a Martín Hernán Barros su colaboración en la búsqueda bibliográfica y en la revisión del trabajo como parte de sus tareas en el marco del Programa de Estudiantes Adscritas/os a Actividades de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA.

múltiples y complejos flujos de refugiados en diferentes regiones del mundo<sup>4</sup>. Es por ello que existe una constante sinergia entre tres importantes marcos jurídicos regulatorios que proporciona el orden jurídico internacional. Nos referimos a la protección brindada por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho internacional de los refugiados (DIR), que convergen en un objetivo común y esencial: la tutela de la persona humana<sup>5</sup>.

En cumplimiento de su mandato, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha elaborado a lo largo de su existencia varias Directivas sobre protección internacional de los Refugiados, destinadas a proporcionar orientación a todos aquellos que tienen a su cargo la toma de decisiones referidas a la determinación de la condición de refugiado<sup>6</sup>. Estas Directivas han ido receptando los cambios producidos desde la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951<sup>7</sup> y su Protocolo Adicional de 1967<sup>8</sup> (en adelante, “la Convención de 1951” y “el Protocolo de 1967”) hasta los hechos de violencia más recientes en los que hay un sinnúmero de situaciones que involucran conductas y actores que no se contemplaban ni preveían en otros tiempos. Junto a los tradicionales actores estatales, hoy en día participan activamente en los ámbitos nacionales e internacionales diversos grupos armados, bandas criminales, civiles que participan en forma directa en las hostilidades, o niños reclutados de manera compulsiva, entre otros. Las situaciones de violencia, cada vez más atípicas, tienden a perdurar en el tiempo socavando las estructuras institucionales de los Estados y provocando graves efectos en la economía, los bienes, la seguridad alimentaria o la salud. Estos impactos son tales que a menudo obligan al desplazamiento interno y externo de la población<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, CLARK, Tom - SIMEON, James C., “War, Armed Conflict, and Refugees: The United Nations’ Endless Battle for Peace”, en *Refugee Survey Quarterly*, vol. 35, no. 3, 2016, pp. 35-70. Pueden consultarse las estadísticas más recientes en la base de datos UNHCR Statistics. The World in Numbers, disponible en: <http://popstats.unhcr.org/en/overview> [Fecha de última consulta: 20/4/2018].

<sup>5</sup> PATRNOGIC, Jovica, “Thoughts on the relationship between International Humanitarian Law and Refugee Law, their promotion and dissemination”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 28, no. 265, 1988, pp. 367-378.

<sup>6</sup> La Oficina fue establecida el 14 de diciembre de 1950 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Mayor información acerca de su misión, funciones y actividades en [www.acnur.org](http://www.acnur.org).

<sup>7</sup> 189 U.N.T.S. 150, tratado adoptado en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas). Entró en vigor el 22 de abril de 1954.

<sup>8</sup> 606 U.N.T.S. 267, tratado firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

<sup>9</sup> Véanse los distintos capítulos del libro de CANTOR, David James - DURIEUX, Jean-François (eds.), *Refugee from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2014, que brindan un panorama abarcativo de estas limitaciones y obstáculos.

La complejidad que han asumido en tiempos recientes las variadas clases de violencia —que muchas veces escapan de las clasificaciones históricas— exige la necesidad de analizar e interpretar la situación de los refugiados teniendo en cuenta las realidades cambiantes y recurriendo al marco brindado por una plétora de instrumentos jurídicos de protección, tanto a nivel internacional como regional<sup>10</sup>. Muchos de estos instrumentos, sin embargo, no consideran de modo explícito las situaciones de violencia como un criterio pertinente para el otorgamiento del estatuto de refugiado<sup>11</sup>. En nuestra opinión, puede sostenerse que trazar distinciones en los grados y alcances de las reglas de tutela de los grupos vulnerables según se trate de niveles distintos de “conflictividad” (a veces muy sutiles en sus distinciones) resultaría incompatible con los principios humanitarios que han servido de base para justificar las bases de la legislación vigente en la materia desde sus orígenes. Con el fin de echar luz sobre algunos de estos debates, nos ocuparemos en estas páginas de abordar el contenido de las recientes *Directrices sobre Protección Internacional N° 12* del ACNUR (en adelante “*Directrices N° 12*”)<sup>12</sup> que han sido elaboradas a fines del año pasado a los efectos de aclarar la interpretación y aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales y regionales que protegen —en su condición de refugiados— a quienes huyen de los conflictos armados y otras clases de violencia.

### 1. SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO Y VIOLENCIA

Resulta pertinente en este contexto precisar los alcances jurídicos del concepto de conflicto armado y de otras situaciones de violencia. En el marco del derecho internacional humanitario (DIH), cuando en un Estado estalla la violencia colectiva, este cuerpo normativo utiliza ciertos criterios jurídicos, claramente establecidos, para evaluar si esa violencia puede caracterizarse o no como conflicto armado. Los tratados fundamentales en que se sustenta el DIH<sup>13</sup> trazan una distinción entre dos tipos de conflictos armados: aquellos defi-

<sup>10</sup> Acerca de estos instrumentos y sus interdependencias, véase HOLZER, Vanessa, *Refugees from Armed Conflicts. The 1951 Refugee Convention and International Humanitarian Law*, Cambridge, Intersentia, 2015.

<sup>11</sup> Lo que ha generado numerosos problemas a la hora de conceder el asilo con fundamento en la existencia de conflictos armados, como bien ha señalado STOREY, Hugo, “Armed Conflict in Asylum Law: The ‘War-Flaw’”, en *Refugee Survey Quarterly*, vol. 31, no. 2, 2012, pp. 1-32.

<sup>12</sup> ACNUR, HCR/GIP/16/12, *Directrices sobre Protección Internacional N° 12*, “Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el art. 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado”, 2 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11021> [Fecha de última consulta: 17/7/2017].

<sup>13</sup> Estos son el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-I), 75 U.N.T.S. 31, en vigor desde el 21/10/1950; el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-II), 75 U.N.T.S. 85, en vigor desde el 21/10/1950; el Convenio de Ginebra

nidos como “internacionales”—en que se enfrentan las fuerzas armadas de dos o más Estados<sup>14</sup>— y los que se identifican como de índole “no internacional”—aquellos que tienen lugar entre fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o bien entre esos grupos únicamente. El propio orden jurídico establece que, en este último tipo de conflicto, para diferenciarse de meras tensiones interiores o disturbios internos, el enfrentamiento armado en cuestión debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima<sup>15</sup>. Desde el punto de vista jurisprudencial también se han reafirmado estos conceptos doctrinales<sup>16</sup>.

---

relativo al trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-III), 75 U.N.T.S. 135, en vigor desde el 21 de octubre de 1950; y, finalmente, el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-IV), 75 U.N.T.S. 287, en vigor desde el 21/8/1950. Además, en 1977 se han firmado dos instrumentos complementarios: el Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PA-I), 1125 U.N.T.S. 3, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978; y el Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y el relacionado con la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales (en adelante, PA-II), 1125 U.N.T.S. 609, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978.

<sup>14</sup> El art. 2º común a los cuatro CG establece que “el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”. A su vez, en 1977 el art. 1º del PA-I amplía el ámbito de los conflictos de índole internacional al incluir los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas.

<sup>15</sup> El DIH también hace una distinción entre conflictos armados no internacionales en el sentido del art. 3º común a los CG de 1949 (que carecen de una definición o alcance preciso) y aquellos conflictos armados no internacionales según la definición contenida en el art. 1º del PA-II, que presupone una serie de requisitos que deben darse para que pueda alcanzarse el umbral necesario: “El presente Protocolo (...) se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el art. 1º del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

<sup>16</sup> El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) adopta una definición general de conflicto armado internacional. En el caso “Tadić”, el Tribunal afirmó que “existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados” (TPIY, “The Prosecutor v. Duško Tadić”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-I-A, 2 de octubre de 1995, párr. 70). Acerca de esta definición, véase PINTO, Mónica, “La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en *Lecciones y Ensayos*, vol. 78, 2003, pp. 297-310. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, por su parte, adopta una definición de conflicto armado no internacional, en su art. 8.2.f: “se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”. Acerca del debate acerca de la diferencia entre una tensión o disturbio y un conflicto armado de baja intensidad (al que se aplica el art. 3º común) no puede dejarse de lado el informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Juan Carlos Abella v. Argentina” (“La Tablada”), Informe no. 55/97, Caso Nº 11.137: Argentina, OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 38, 1997, párr. 149-156.

Debemos mencionar también —como adelantamos— que quedan fuera de la órbita de regulación del DIH las así llamadas situaciones de menor envergadura como los episodios aislados de disturbios o tensiones, donde se puede indicar la existencia de una violencia colectiva (no necesariamente organizada) que dejan entrever un grado o umbral de violencia menos elevado que el que corresponde a un conflicto armado no internacional<sup>17</sup>. Como se ha señalado, entonces, la dificultad principal vinculada con la aplicación del DIH en estas situaciones no radica en realidad en su contenido, sino en la determinación del hecho de que una situación de violencia pueda o no corresponder formalmente a la categoría de conflicto armado<sup>18</sup>.

Con relación a las *Directrices N° 12*, la expresión “situaciones de conflicto armado y violencia” que aparece desde el propio título se refiere a dos características: por un lado, al aspecto material de la violencia; por el otro, a la propagación que afecta a la población civil, con independencia de la calificación de los actores estatales o no estatales intervinientes. De esto se desprende que la categorización del actor que participa en una situación de violencia colectiva no resultará determinante para el establecimiento de la condición de refugiado. He aquí una distinción interesante entre las normas que integran el DIH y el sistema implementado por el derecho internacional de los refugiados (DIR), puesto que para las primeras es necesario determinar la existencia de un conflicto armado internacional o no internacional para desplegar el sistema de protección de las víctimas —entre las que, obviamente, se encuentran los refugiados—, mientras que ello no parece requerirse en el caso del *corpus iuris* específico en materia de asilo<sup>19</sup>. En este sentido, la normativa en materia de refugiados parece más bien alinearse con la lógica establecida en el seno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que este entramado regulatorio —lejos de la dificultad del DIH en materia de

<sup>17</sup> En estas situaciones no reguladas por el DIH prima la regulación ofrecida por el sistema de protección del derecho internacional de los derechos humanos que —no está de más decirlo— también se aplica en situaciones de conflicto armado complementando en estos casos al DIH que sería la *lex specialis*. Sobre la relación entre DIH y DIDH de modo más general, véase VINUESA, Raúl E., “Diferencias y convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (ed.), *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Buenos Aires, Errepar, 2011; pp. 313-326, y, para una profundización bibliográfica, BUIS, Emiliano J., “The Implementation of International Humanitarian Law by Human Rights Courts: The Example of the Inter-American Human Rights System”, en ARNOLD, Roberta - QUÉNIVET, Noelle (eds.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 269-293.

<sup>18</sup> Acerca de la importancia de la determinación de un “conflicto armado” para la aplicabilidad del DIH puede consultarse VITÉ, Sylvain, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law”, *International Review of The Red Cross*, vol. 91, 2009, pp. 69-84.

<sup>19</sup> Con relación al DIH y la clasificación de situaciones de conflicto, una de las pautas de diferenciación entre los conflictos armados internacionales y no internacionales está dada precisamente por las partes que participan en ellos; véase ZEGVELD, Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 134-136.



ámbito de aplicación situacional— se aplica en cualquier contexto<sup>20</sup>. En este caso se entablaría, así, una estrecha relación entre el DIR y el DIDH.

En las *Directrices N° 12* que estamos analizando claramente se establece que, con miras a una aplicación completa e inclusiva de la definición de “refugiado”, el método de evaluación de la solicitud de la condición de refugiado no varía entonces según la caracterización del tipo de violencia que se ejerza. La razón detrás de esta constatación responde a criterios humanitarios: sabemos que muchas situaciones de violencia no son consideradas conflictos armados y, sin embargo, los métodos empleados y sus consecuencias pueden ser igual de violentos o persecutorios<sup>21</sup>.

## 2. LA CONVENCIÓN DE 1951

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 son los primeros instrumentos jurídicos de protección de los refugiados de carácter universal<sup>22</sup>. Esos dos tratados multilaterales sólo resultan aplicables, en lo que se refiere a su *corpus iuris* de derechos y obligaciones, a aquellas personas que son refugiados conforme a las definiciones contenidas en ellos. La determinación de la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 es realizada por el Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el refugiado en el momento de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado. Nada sugiere en su texto que deba establecerse diferencia alguna entre aquellas personas que pueden obtener la condición de refugiados como consecuencia de hechos que se desarrollan durante un conflicto armado o como resultado de situaciones de violencia en tiempos de paz o de cierta estabilidad. Pero la realidad ha demostrado que en ciertas ocasiones los Estados propo-

<sup>20</sup> CICR, “La protección de las personas en situaciones de disturbios y tensiones”, Ponencia del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en la sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de Estados Americanos sobre temas de actualidad del derecho internacional humanitario, Washington D. C., 2 de febrero de 2006, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/oea-statement-02022006.htm> [Fecha de última consulta: 17/7/2017].

<sup>21</sup> ACNUR, *Resumen de Conclusiones sobre la Protección Internacional de Personas que Huyen de Conflictos Armados y otras Situaciones de Violencia*, Mesa redonda (Ciudad del Cabo, 13 y 14 de septiembre de 2012), 20 de diciembre de 2012, disponible en: [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9074\\_4](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9074_4) [Fecha de última consulta: 20/7/2017].

<sup>22</sup> Durante el período de 1921-1945, la pérdida de la protección de numerosas personas de su país de origen, impulsó la necesidad de protección internacional. En el seno de la Sociedad de las Naciones se adoptaron diversos instrumentos jurídicos tales como los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y la Convención del 10 de febrero de 1938, el Protocolo del 14 de septiembre de 1939 y la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados, enunciados en el párrafo 1) de la sección A del art. 1° de la Convención de 1951. Para mayor abundamiento, véase MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, “El Concepto de Refugiado en un Contexto de Derecho Internacional General”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 35, no. 2, 1983, p. 339.

nen e instalan una implementación restrictiva de la definición de refugiado con el propósito de establecer un espacio interno de preservación de su defensa y afianzamiento de su seguridad interior, estrategia que les permite negarse a otorgarles a los refugiados, a la luz de dicha Convención, la protección que necesitan<sup>23</sup>.

Es importante determinar, tal como lo ha hecho el ACNUR<sup>24</sup>, que para cada solicitud de protección de los refugiados es necesario analizar la situación del país de origen, dejando de lado las generalizaciones y teniendo en cuenta especialmente los grupos perseguidos<sup>25</sup>. Si bien las personas que se ven obligadas a dejar su país de origen como resultado de conflictos armados internacionales o no internacionales no son consideradas normalmente como refugiados con arreglo a las disposiciones de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967, el ACNUR ha realizado una interpretación progresiva al determinar —en el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*<sup>26</sup> (de aquí en adelante “Manual”)—que la invasión u ocupación de la totalidad de un país o de parte de él por una potencia extranjera puede dar lugar a persecuciones por una o varias de las razones enumeradas en la Convención de 1951. En tales casos, la condición de refugiado dependerá de que la persona que lo solicita pueda demostrar que tiene “fundados temores de ser perseguida” en el territorio ocupado y, además, de que pueda o no acogerse a la protección de su gobierno, o de una Potencia protectora que tenga el deber de salvaguardar los intereses de su país durante el conflicto armado.

Al definir qué se debe entender por “refugiado”, el art. 1A (2) de la Convención<sup>27</sup> determina que el temor fundado de ser perseguido debe ser “por motivos de” alguna de las causas establecidas en el mismo. En la práctica del ACNUR,

<sup>23</sup> Véase UN News, “Europe’s restrictive measures place added hardships on refugees and asylum-seekers – UN”, 23 de febrero de 2016, disponible en: <https://news.un.org/en/story/2016/02/522852-europes-restrictive-measures-place-added-hardships-refugees-and-asylum-seekers> [Fecha de última consulta: 20/4/2018].

<sup>24</sup> ACNUR, *Resumen de Conclusiones sobre la Protección Internacional de Personas que Huyen de Conflictos Armados y otras Situaciones de Violencia*, Mesa redonda, *ob. cit.*, párr. 12.

<sup>25</sup> ACNUR, *Reunión de Expertos sobre la Complementariedad entre el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Resumen de las conclusiones*, 2011, párr. 22, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7635> [Fecha de última consulta: 24/7/2017].

<sup>26</sup> ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 1979, párr. 164 y 165, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf> [Fecha de última consulta: 25/7/2017].

<sup>27</sup> El art. 1° determina en su segundo inciso que, a los efectos de la Convención el término “refugiado” se aplicará a toda persona que “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de 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



el motivo establecido en la Convención tiene que ser un factor contribuyente y relevante, aunque no necesariamente ha de ser que ser la única causa. Asimismo, el temor de persecución puede tener origen en varios de los motivos enumerados en la Convención de 1951, los cuales pueden presentarse interrelacionados (y de hecho muchas veces es lo que en efecto sucede). Por otra parte, la perspectiva del perseguidor es un elemento a tener en cuenta, ya que una persona puede no estar incluida objetivamente en alguna de las causas de persecución y, sin embargo, ser objeto de ella. Existe consenso hoy en día de que motivos imputados o simplemente percibidos pueden constituir la base de una solicitud de asilo ya que la aplicación de medidas de discriminación por parte del poder dominante (aunque no tengan en sí mismas carácter grave) pueden sin lugar a dudas generar un temor justificado de persecución si producen en una persona un sentimiento de desconfianza e inseguridad con respecto a su situación futura<sup>28</sup>.

### *2.1. La relación de causalidad (nexo causal) entre los motivos y la pertinencia de la protección conforme a la Convención de 1951*

El vínculo requerido bajo la definición de la Convención de 1951 para este nexo causal se deriva de la situación fáctica determinada por las causas, la naturaleza y el impacto del daño en relación con el temor de persecución. Para establecer el nexo causal es necesario determinar si las causas por las cuales una persona (o personas) teme la situación dentro del contexto de un país se relacionan con los motivos reconocidos por el texto de la Convención de 1951. El nexo causal, entonces, puede encontrar su fundamento tanto en un conflicto armado como en situaciones de violencia, así como en estrategias, tácticas o políticas llevadas a cabo por razones de raza, género, etnia, política, religión implementadas por el perpetrador; también puede hallarse en la falta de acción por parte del Estado para brindar protección<sup>29</sup>.

La violencia indiscriminada puede estar dirigida a comunidades enteras que son consideradas partidarios reales o percibidos como tales por una de las partes, o que comparten el hecho de residir en determinadas localidades geográficas o de tener vínculos comunitarios o familiares; todas estas situaciones, de carácter bien distinto, pueden ser consideradas como ejemplos del nexo causal que se exige entre el temor fundado y los motivos de la Convención de 1951<sup>30</sup>.

acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

<sup>28</sup> ACNUR, *Manual, ob. cit.*, párr. 54-55, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf> [Fecha de última consulta: 25/7/2017].

<sup>29</sup> Acerca de esta inacción estatal para proteger a sus nacionales, véase HATHAWAY, James C. - FOSTER, Michelle, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 288-361.

<sup>30</sup> “La Corte ha concluido, en relación con la condición de persona desplazada por la violencia que se adquiere con ocasión de la violencia generalizada, lo siguiente: (i) la condición de desplazamiento forzado no se limita a situaciones de conflicto armado; (ii) es independiente

Como hemos sostenido, las razones para temer una persecución pueden estar basadas en uno o más motivos de la Convención de 1951; estas circunstancias no se excluyen entre sí sino que pueden en la práctica ser concurrentes. La motivación de las conductas violentas desarrolladas en un conflicto armado está, por lo general, interconectada de manera bastante directa con los motivos de que da cuenta la Convención. Así, por ejemplo, es posible afirmar que los grupos armados que participan de un conflicto se financian a través de actividades delictivas que los llevan a intervenir en conflictos armados de índole religiosa, política o étnica. Por otra parte, el hecho de decidir no adherir o no apoyar a las partes involucradas en un conflicto armado puede ser interpretado por el perseguidor como una indicación de que esa persona tiene una vinculación con el grupo opositor o enemigo, y que por lo tanto no comparte las normas sociales, políticas o religiosas de los perseguidores. Asimismo, las personas que ejercen un rol de divulgación de las situaciones de flagrantes violaciones que se llevan a cabo en un conflicto armado o en una situación de violencia generalizada —tales como los periodistas, el personal sanitario y de asistencia, los trabajadores humanitarios, los defensores de derechos humanos que cumplen su labor de protección y ayuda a todas las víctimas sin importar a que fuerza o grupo armado pertenezcan—pueden estar en peligro en razón de su actividad, en la medida en que su rol puede ser percibidos como una participación en el conflicto armado. Un desempeño que se presenta como desprovisto de intencionalidad puede, no obstante, ser confundido e interpretado como una actuación a favor de una facción adversa o del grupo enemigo<sup>31</sup>.

En virtud de la Convención 1951, una persona necesita demostrar un temor fundado de ser perseguida. Dado que esta noción de “miedo” está indicando una “expectativa de futuro de riesgo”, ante esta situación cabrían algunas preguntas: ¿cuál es el grado de riesgo necesario?, ¿cómo debe ser individualizado el riesgo?, ¿quién tiene que probar el riesgo?<sup>32</sup>.

Corresponde analizar las respuestas que ofrecen las *Directrices N° 12* a estos interrogantes. Por lo pronto, según lo establecido en el texto los fundados temores de persecución surgen en situaciones que se configuran como amenazas contra la vida y la libertad y otras graves violaciones de derechos humanos, como asimismo a causa de conductas violatorias del DIH. No es necesario por

de los motivos de la violencia, de la calidad del actor (política, ideológica, común o legítima), o de su modo de operar; (iii) la violencia generalizada puede tener lugar a nivel rural o urbano, en una localidad, un municipio, o una región; (iv) para que una persona adquiera la condición de desplazada por la violencia basta un temor fundado”, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-834/14, Bogotá, 11 de noviembre de 2014, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-834-14.htm> [Fecha de última consulta: 25/7/2017].

<sup>31</sup> *Directrices N° 12*, ob. cit., párr. 36.

<sup>32</sup> HOLZER, Vanessa, “The 1951 Refugee Convention and the protection of people fleeing armed conflict and other situations of violence”, en TÜRK, Volker - EDWARDS, Alice - WOUTERS, Cornelis (eds.), *In Flight from Conflict and Violence. UNHCR’s Consultations on Refugee Status and Other Forms of International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press/UNHCR, 2017, pp. 61-93, en p. 70.

tanto que haya un mayor grado de violencia o nivel de gravedad para que el daño implique una persecución en situaciones de conflictos armados. Los crímenes de guerra resultado de las graves violaciones al DIH y los crímenes de lesa humanidad como consecuencia de los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil (y por lo tanto como violaciones al DIDH) en muchos casos equivalen a la persecución de la que habla el DIR.

Las *Directrices N° 12* determinan que en situaciones de conflictos armados o de violencia generalizada el empleo de distintos medios y métodos de combate<sup>33</sup> capaces de afectar a un gran número de personas implica un accionar que —de manera independiente o concurrente— puede constituir persecución en el sentido del art. 1A (2) de la Convención de 1951<sup>34</sup>.

En el supuesto de suspensión de derechos humanos (en casos de estado de emergencia o de excepción) el no goce de esos derechos puede no constituir una persecución si la adopción de esas medidas se resuelve conforme a la normativa interna y atento a la gravedad de la situación institucional. En situaciones de conflicto armado, donde todo un grupo poblacional se puede encontrar en riesgo de persecución, no se excluye la viabilidad y validez de la solicitud de un individuo en particular<sup>35</sup>. La gravedad de la persecución debe, por lo tanto, ser evaluada de manera independiente del número de personas afectadas.

La población civil en un conflicto armado puede verse afectada de manera directa o indirecta y estas consecuencias pueden sostenerse durante el transcurso del conflicto armado o las situaciones de post-conflicto. Situaciones tales como la destrucción de la organización institucional, el quiebre de la economía, las pérdidas materiales —tanto en un nivel personal como colectivo—, la imposibilidad de acceder a una asistencia sanitaria o a un sistema educativo, la pobreza, el hambre, la inseguridad o la creciente vulnerabilidad de las mujeres y los niños y las niñas (que constituyen el 85% de las personas que se ven obligadas a huir de sus hogares)<sup>36</sup> son de tal gravedad que bien pueden justificar el sentimiento de “temores fundados de persecución” y configurar un riesgo tal que justifique la aplicación de la protección dispensada por la Convención de 1951.

En cuanto al grado del riesgo, el temor fundado que puede sentir una persona se considera razonable si su continuidad en el Estado donde se despliega la violencia se ha convertido o se convertirá en intolerable. Una persona puede

<sup>33</sup> Medios de combate tales como, por ejemplo, las armas biológicas o químicas, las minas antipersonal o las municiones de racimo cuyos efectos no respetan los principios de proporcionalidad y distinción y afectan directamente a la población civil provocando un gran número de víctimas o desplazamientos de poblaciones enteras. Con relación a los métodos, abarcan las medidas que en un conflicto armado limitan el aprovisionamiento de víveres o medicinas a la población, la toma de rehenes, la destrucción de los suministros de agua o electricidad en las ciudades, o la destrucción de hospitales o escuelas, entre otros.

<sup>34</sup> *Directrices N° 12, ob. cit.*, párr. 15.

<sup>35</sup> *Ibid.*, *ob. cit.*, párr. 16-17.

<sup>36</sup> Tal la situación en la República Centroafricana, Burundi, Nigeria, Yemen o Sudán del Sur, para citar algunos ejemplos. Véase ACNUR, *5 conflictos de los últimos tiempos*, disponible en: <http://recursos.eacnur.org> [Fecha de última consulta: 27/7/2017].

ser objeto de acciones que no constituyan en sí mismas persecución, pero que combinadas con una violencia generalizada, en su conjunto y de forma concurrente, pueden justificar la alegación de fundados temores de ser perseguida<sup>37</sup>.

Los umbrales de violencia pueden variar, en un conflicto armado y/o en otras situaciones, fluctuando desde una baja intensidad hasta escalar a condiciones de máxima gravedad, y en todos estos niveles o capas de violencia pueden producirse persecuciones. Por lo tanto, cabe señalar que en la individualización del riesgo deben tenerse en cuenta las circunstancias generadas en el país de origen y los hechos individualizados, es decir, debe realizarse un análisis cuantitativo y cualitativo en relación a las condiciones del solicitante, que incluya su perfil y sus experiencias.

Con relación a la prueba del riesgo, en la mayoría de los Estados recae sobre el solicitante del refugio. Sin embargo, debido a la situación vulnerable de los solicitantes, el ACNUR ha aconsejado que la responsabilidad de averiguar y valorar las pruebas sea una labor compartida con el órgano decisorio<sup>38</sup>. El estándar requerido de la prueba para establecer un temor fundado de persecución se basa en que ha de probarse que la persecución es “razonablemente posible”. En general, los temores del solicitante pueden considerarse fundados si puede demostrar, en la medida de lo razonable, que la permanencia en su país de origen se le ha hecho intolerable por las razones que se indican en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría imposible regresar a él. Se ha alegado que una forma de determinar esta situación es a través de las leyes internas del país de origen y sus políticas de seguridad interior. Es dable destacar—como lo ha determinado el ACNUR— que estas consideraciones no tienen que estar basadas sólo en la experiencia personal del solicitante. De hecho, las persecuciones que hayan podido sufrir su grupo familiar, sus amistades, el mismo grupo racial o social al que pertenece puede sin dudas constituir una razón válida y suficiente para alegar que, en algún momento, también puede convertirse en víctima; ello da justificativo a sus temores fundados<sup>39</sup>.

## 2.2. Situaciones específicas de persecución

Se reconoce en las *Directrices N° 12* que la violencia de género, psicológica y sexual que se ejerce contra las mujeres y las niñas (pero también contra los hombres y niños) durante los conflictos armados y situaciones de violencia representa formas de persecución. Los efectos de estos actos pueden prolongar-

<sup>37</sup> ACNUR, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (Reedición), diciembre de 2011, HCR/1P/4/ENG/REV.3, párrs. 51-53, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983> [Fecha de última consulta: 27/7/2017].

<sup>38</sup> ACNUR, *Interpretación del Artículo 1 de la convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2001, párr. 10, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2553.pdf> [Fecha de última consulta: 27/7/2017].

<sup>39</sup> ACNUR, *Manual* (Reedición), *ob. cit.*, párr. 42-43.

se más allá del hecho inicial y son susceptibles de provocar un daño prolongado que genera una estigmatización y discriminación, que traen a su vez como consecuencia una exclusión social y económica que impide a quien o quienes los sufren poder regresar a su país de origen. Estos actos de violencia sexual y de género que son cometidos, ya sea por razones personales o como un método para aterrorizar a la población civil y obtener objetivos más amplios que el ataque directo —dentro de una estrategia de dominación y neutralización—, resultan persecutorios independientemente de la finalidad de la violación o de la motivación del perpetrador; pueden por lo tanto ser considerados un factor relevante para establecer el nexo causal entre el temor de ser perseguido y alguno de los motivos previstos en la Convención de 1951. Si bien en estas situaciones la pertenencia a determinado grupo social es el motivo característico, debe tenerse en cuenta que otros motivos reales o percibidos también pueden aplicarse en el marco de los conflictos armados; es el caso, por ejemplo, de las acciones de violencia dirigidas hacia las mujeres y niños como estrategias de carácter militar<sup>40</sup>.

### 2.3. Agentes de persecución

En las *Directrices N° 12* se analiza también el rol de los agentes de persecución. La primera hipótesis está dada, naturalmente, por el hecho de que el riesgo de sufrir daños sea creado por los órganos de un Estado, tales como sus fuerzas armadas, agentes de seguridad u otros grupos cuyas acciones le sean atribuibles de modo directo<sup>41</sup>. Pero también puede ocurrir que el Estado tolere las actividades de actores no estatales, como ocurre por ejemplo con el accionar de los grupos paramilitares. Son posibles asimismo de ser considerados agentes de persecución los grupos armados, las bandas criminales, las compañías militares y de seguridad privadas, los grupos terroristas con capacidad de desarrollar actividades continuas durante un conflicto armado; incluso pueden ser incluidos en esta enumeración las personas que de manera individual realizan estas acciones<sup>42</sup>.

El ACNUR interpreta que el aspecto importante es determinar si se establece una amenaza para crear fundados temores de persecución; en este sentido, no es necesario identificar con precisión cuál es el actor que da origen o genera el temor.

Otro elemento importante que se pone de relieve ante la presencia de actores no estatales en conflictos armados de índole no internacional se refiere a la posibilidad o imposibilidad del Estado de otorgar protección a la población

<sup>40</sup> *Directrices N° 12, ob. cit.*, párr. 26-27.

<sup>41</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en el 53 período de sesiones (A/56/10) y aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 56/83 (Doc. A/RES/56/83, 28/1/2002), arts. 4° y 7° a 11.

<sup>42</sup> *Directrices N° 12, ob. cit.*, párr. 28.

afectada a causa de la pérdida de su potestad de ejercicio de poder y control en parte de su territorio. Con relación a este supuesto, el solicitante de asilo no tiene que demostrar que tiene un temor fundado de ser perseguido en *todo* el territorio de origen; es posible concebir que la persecución se circunscriba sólo a una región o zona específica. Se plantea en este caso si puede haber una reubicación alternativa dentro del país de origen, y de esta forma demostrar que un solicitante de asilo tiene acceso a la protección interna dentro de su propio país, a los efectos de negársele la condición de refugiado a quien sólo corre riesgo de ser perseguido en una parte del país<sup>43</sup>. Esto podría ocurrir cuando en la situación de conflicto armado y violencia generalizada sea factible realizar una delimitación geográfica y cuando la confinación en ese lugar otorgue desde un punto de vista legal y de seguridad la protección efectiva por parte del Estado. Cabe sostener, sin embargo, que no es ni esperable ni deseable que —frente a las posibilidades de extensión del conflicto armado a nuevas zonas a lo largo de su dinámica— se someta a las personas a la necesidad de tener que desplazarse de manera constante, o se las fuerce a tener que agotar todas las opciones dentro de su país antes de cruzar las fronteras para dirigirse a otro Estado. En nuestra opinión, la posibilidad de aplicar una alternativa de huida interna o reubicación, por lo tanto, debe ser analizada desde dos aspectos fundamentales: la pertinencia y la razonabilidad. Si los agentes de persecución son de hecho órganos del Estado, se puede entonces presumir en principio que no sería plausible una alternativa de huida interna o reubicación. Si quienes llevan adelante la persecución son actores no estatales que pueden alcanzar la zona propuesta, la solución tampoco configuraría una alternativa viable. El solicitante en el contexto de la reubicación debería de llevar una vida normal sin estar sometido a dificultades excesivas que agraven o complejicen el goce de sus derechos<sup>44</sup>.

Es sabido que, en el marco de los conflictos armados, se crean zonas de protección y zonas seguras con el fin de salvaguardar la integridad de la población civil y a otras víctimas<sup>45</sup>; sin embargo, estas zonas no necesariamente

<sup>43</sup> HATHAWAY, James C. - FOSTER, Michelle, “La alternativa de huida, reubicación o protección interna como un aspecto para determinar la condición de refugiado”, en FELLER, Erika - TÜRK, Volker - NICHOLSON, Frances (eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional*, Barcelona, Icaria, 2010, pp. 391-445.

<sup>44</sup> ACNUR, *Directrices sobre protección internacional, La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del art. 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 23 de julio de 2003, párr. 7, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2551.pdf> [Fecha de última consulta: 27/7/2017].

<sup>45</sup> En virtud de lo establecido en el art. 23 del CG-I, los arts. 14 y 15 del CG-IV y los arts. 50 y 60 del PA-I, las partes en conflicto pueden crear zonas de protección. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció áreas seguras (*safe areas*) en Bosnia-Herzegovina, como por ejemplo en la Res. 819 (1993), que declaró como tales el enclave de Srebrenica y sus zonas circundantes, o la Res. 824 (1993) que extendió esa protección a las ciudades de Sarajevo, Žepa, Gorazde, Tuzla y Bihać. También determinó la existencia de zonas humanitarias seguras (*safe humanitarian zones*) en Ruanda, a través de la Res. 929 (1994). En el conflicto armado contra



pueden ser consideradas como una opción de huida y relocalización, en tanto pueden sufrir los efectos colaterales de los ataques o ser objeto directo de las acciones hostiles.

A pesar de la asistencia que pueden recibir estas personas, en muchos casos siguen sufriendo condiciones de vida inferiores al nivel de subsistencia, por lo que en estas circunstancias el emplazamiento en un lugar diferente no puede ser visto como una vía alternativa a la solicitud del estatuto de refugiado. El concepto de huida interna o reubicación debe estar siempre vinculado a la condición de refugiado; ha de tener en cuenta muy especialmente todos los elementos que lo componen y determinarse conforme a cada circunstancia en particular.

Otra situación que puede presentarse en términos prácticos es que se habilite a una persona a solicitar su condición de refugiado si ya se encuentra en el extranjero —a donde ha llegado voluntariamente— sin haber salido de su país, en aquel momento, por fundados temores de persecución. A la persona que adquiere la condición de refugiado en estas condiciones se lo conoce como refugiado *sur place*<sup>46</sup>. La solicitud de su condición de refugiado se funda en circunstancias sobrevinientes a su ausencia, como puede ser el inicio de un conflicto armado o bien su postura en contra de determinadas situaciones que dieron lugar a la violencia generalizada y respecto de la cual las autoridades de su país de origen han claramente manifestado intolerancia<sup>47</sup>.

### 3. CONVENCIÓN DE LA OUA POR LA QUE SE REGULAN LOS ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LOS PROBLEMAS DE LOS REFUGIADOS EN ÁFRICA

Las *Directrices N° 12* reconocen los esfuerzos legislativos producidos en los ámbitos regionales en lo referido a la consagración de las situaciones de violencia como base para el otorgamiento del estatuto de refugiado. El primero

---

Irak, por su parte, la coalición de Estados Unidos, Francia y el Reino Unido establecieron dos zonas “una en el norte del país, en protección de la población kurda, y otra en el sur para proteger a la población chiita” denominadas “lugares seguros” (*safe havens*) en cumplimiento de la Res. 688 (1991) del Consejo de Seguridad. Acerca de estos espacios físicos de protección, véase JACQUES, Melanie, *Armed Conflict and Displacement: The Protection of Refugees and Displaced Persons under International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 235-244.

<sup>46</sup> Acerca de la problemática de los refugiados *sur place* desde una interpretación del art. 1° de la Convención de 1951, véanse ZIMMERMANN, Andreas - DÖRSCHNER, Jonas - MACHTS, Felix (eds.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary* (Oxford Commentaries on International Law), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 329-335.

<sup>47</sup> *Manual, ob. cit.*, párr. 94-96. Véase también VALDEZ ARROYO, Flor de María, *Ampliación del concepto de Refugiado en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Lima, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Fondo Editorial, 2004, pp. 166-168.

de estos procesos —bien cabe recordar— ocurrió en el continente africano. Los trabajos llevados a cabo allí para la elaboración de normas jurídicas de protección a los refugiados comenzaron en el seno de la Organización de la Unión Africana (OUA, hoy en día Unión Africana) hacia el año 1963 y finalizaron en el año 1969 con la adopción en Addis Abeba de una Convención regional específica (en adelante, “Convención de 1969”)<sup>48</sup>. Este tratado surgió, entre otras causas, en razón de que la definición universal incluida en la Convención de 1951 no reflejaba las realidades locales, que involucraban hechos y situaciones contextuales muy propias tales como los regímenes racistas y las persecuciones del colonialismo<sup>49</sup>. Con este fin en miras, el texto del acuerdo —que reafirmará la institución del asilo, el principio de no devolución y la no discriminación— procuró ampliar la definición de refugiado a los efectos de dispensar protección a un mayor número de personas. Luego de incluirse la definición de refugiado de 1951 en el art. 1.1, la Convención amplía su alcance en el art. 1.2:

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

Como se advierte, se incluyeron en el texto convencional situaciones no contempladas en la Convención universal vigente, a tal punto que las personas en estas situaciones podían adquirir la condición de refugiado sin tener que justificar necesariamente su temor de persecución como estaba establecido en el instrumento de 1951<sup>50</sup>.

Entre los aspectos sustanciales que tiene en cuenta la definición de la Convención de 1969 podemos destacar la referencia a la agresión externa, la ocupación o dominación extranjera o los acontecimientos que perturban el orden público, todos los cuales pueden dar origen a la persecución típica de la definición. Hay que decir, además, que el nexo entre los hechos perturbadores y la condición de refugiado se manifiesta a través de la fórmula “estar obligado”, referida a la necesidad de abandonar el país de origen por los motivos que expone la definición. Este término plantea la existencia de una situación irresistible y el término “lugar de residencia habitual” se entiende como la constrictión

<sup>48</sup> CAB/LEG/24.3. La Convención fue aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones el 10 de setiembre de 1969. Entró en vigor el 20 de junio de 1974.

<sup>49</sup> El número de Estados africanos que han ratificado la Convención de 1969 asciende a 46.

<sup>50</sup> Acerca de la innovación que plantea este concepto, así como sus malentendidos y límites, véase SHARPE, Marina, “The 1969 African Refugee Convention: Innovations, Misconceptions, and Omissions”, en *McGill Law Journal*, vol. 58, no. 1, 2012, pp. 95-147.



imperiosa a huir fuera del país de origen o de nacionalidad y buscar asilo en otro país. La relevancia de la solicitud de la condición de refugiado radica, entonces, en la gravedad de la situación más que en los motivos de huida o riesgo. Bajo esta definición, además, pueden existir fundados temores de persecución o no haberlos. Finalmente, es dable advertir que los refugiados *sur place* también son receptados en la Convención de 1969 (en concordancia con los establecido por la Convención de 1951). El acuerdo contempla la posibilidad de buscar protección en otro país sin tener que agotar previamente la búsqueda de zonas seguras.

Otra característica particular de la Convención de 1969 es que el otorgar el asilo a una persona, a diferencia de lo previsto en la Convención de 1951, no es un acto discrecional del Estado, sino que de acuerdo con sus disposiciones los Estados tienen la *obligación* de hacer todo lo que se encuentra dentro de sus posibilidades, en el marco de las legislaciones nacionales, para recibirlos y asegurarles su establecimiento en el país que los acoge (art. 2.1). Las personas que pueden ser tenidas como refugiados bajo esta definición tienen entonces el derecho de decidir que existe una situación grave que los obliga a tener que emprender el éxodo con el fin de obtener protección<sup>51</sup>.

Quizás el elemento clave que es preciso retener de la Convención de 1969 es que, por primera vez, se trata de un tratado que reconoce que el abandono forzoso del país de origen no sólo puede ser consecuencia de las conductas desarrolladas por los agentes estatales o no estatales; en efecto, se deja en claro que esa huida también puede ser provocada como efecto de la imposibilidad de control del territorio o de la pérdida de autoridad a causa de circunstancias de violencia extrema, identificadas como agresión externa, ocupación, dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público<sup>52</sup>. Estas expresiones, variadas, merecen al menos un breve comentario.

### 3.1. Eventos situacionales de la definición de la Convención de la OUA

#### 3.1.1. Agresión exterior

Es evidente que la situación que obliga a huir se evalúa según el nivel y alcance de alteración del orden público. La “agresión exterior” ha sido tradicionalmente entendida según los alcances de la Resolución de la Asamblea General 3314 (XXIX)<sup>53</sup>. Conforme las *Directrices N° 12* es dable incluir en estas

<sup>51</sup> HOFMANN, Rainer, “Refugee Law in the African Context”, en *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 52, 1992, pp. 318-333. Véase también ARBOLEDA, Eduardo, “Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, no. 2, 1991, pp. 185-207.

<sup>52</sup> *Directrices N° 12, ob. cit.*, párr. 48.

<sup>53</sup> A/RES/29/3314, del 14 de diciembre 1974. Su art. 1° expresa que “la agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición”.

situaciones aquellos conflictos armados que tienen lugar por la intervención de fuerzas armadas de un Estado en otro, o bien de grupos armados extranjeros; por la incursión de fuerzas armadas de un Estado en el territorio de otro Estado que precede a la ocupación de este último en forma parcial o total y ejerce las potestades propias del Estado ocupado<sup>54</sup>. Pueden comprenderse también las acciones de grupos armados que ejercen control sobre el territorio sin constituirse en ocupantes en el sentido mencionado.

### 3.1.2. *Ocupación o dominación extranjera*

Según el tratado, las situaciones de conflicto armado y violencia generalizada, por lo demás, también pueden ser la consecuencia del control político, económico o cultural por parte de agentes de un Estado extranjero, una realidad que en el contexto regional africano se explica en términos históricos<sup>55</sup>.

### 3.1.3. *Acontecimientos que perturben gravemente el orden público*

Los “acontecimientos que perturben gravemente el orden público”, por su parte, son todos aquellos que afecten el estado de derecho y que pongan en serio peligro la vida, la seguridad, la libertad y la dignidad de las personas. El carácter grave está dado por los efectos que puedan tener en la institucionalidad del Estado, en la seguridad interna e internacional. Es necesario aclarar que el conjunto de estos hechos puede dar lugar tanto a un conflicto armado internacional o no internacional como a situaciones cuyo umbral de violencia no llegue a ser un conflicto armado pero que involucran distintos grupos que practican la violencia contra el Estado o entre sí<sup>56</sup>. Se ha sostenido que la perturbación grave del orden público puede ser provocada por hechos individuales o de carácter sistemático y generalizado, en parte del territorio o en su totalidad, frente a los cuales el Estado no pudo garantizar protección o no lo hace deliberadamente. Que este tipo de hechos se planteen sin discriminar si se llevan a cabo en parte o en todo el territorio demuestra, en nuestra opinión, la irrelevancia de la posibilidad de

<sup>54</sup> *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, La Haya, 18 de octubre de 1907, Art. 42: “Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación se extiende a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse”. Véase también CRAWFORD, Emily - PERT, Alison, *International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 54.

<sup>55</sup> Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), OUA Doc. CAB/LEG/67/3 Rev 5, 21 ILM 58 (1982), aprobada el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana (Nairobi, Kenia). Su art. 20.3 prevé que “todos los pueblos tendrán derecho a la ayuda de los Estados firmantes de la presente Carta en su lucha por la liberación de la dominación extranjera, ya sea política, económica o cultural”.

<sup>56</sup> SHARPE, Marina, “The 1969 OAU Refugee Convention in the Context of Individual Refugee Status Determination”, en TÜRK, Volker - EDWARDS, Alice - WOUTERS, Cornelis (eds.), *ob. cit.*, pp. 116-140, en p. 116.

la alternativa de la huida interna, a diferencia de lo planteado en el análisis de la definición de refugiado incluida en la Convención de 1951<sup>57</sup>.

Estas situaciones de violencia afectan a un gran número de personas que ven vulneradas su integridad y su dignidad humana, ya sea por el propio Estado a través de su poder represivo, ya sea por actores no estatales que utilizan la amenaza, el terror y la intimidación como instrumentos de coacción.

En general, los hechos de perturbación se manifiestan en los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, a través de las graves violaciones al DIH que afectan especialmente a la población civil, la cual se ve privada del acceso a los bienes más elementales de subsistencia como son los alimentos, las medicinas, el abrigo o el agua; esto lleva a que sea vean forzados a desplazarse de manera constante para salvaguardar su vida e integridad<sup>58</sup>. Esto se complejiza en las situaciones de violencia generalizada, que se manifiestan a través del establecimiento de estados de emergencia que se prolongan en el tiempo y que suelen implicar fenómenos como las detenciones arbitrarias, la ausencia de justicia y el caos institucional dado por sistemas administrativos fragmentados con una fuerte presencia de control político para-estatal<sup>59</sup>.

#### 4. DECLARACIÓN DE CARTAGENA DE 1984

También en las *Directrices N° 12* se mencionan los antecedentes latinoamericanos. En este ámbito geográfico, el problema del asilo territorial y diplomático ha sido tratado en varios instrumentos regionales, entre los que figuran el *Tratado sobre Derecho Penal Internacional* (Montevideo, 1889), el *Acuerdo sobre Extradición* (Caracas, 1911), la *Convención sobre Asilo* (La Habana, 1928), la *Convención sobre Asilo Político* (Montevideo, 1933), la *Convención sobre Asilo Diplomático* (Caracas, 1954) y la *Convención sobre Asilo Territorial* (Caracas, 1954). Esta compleja y abundante normativa latinoamericana resultó sin embargo insuficiente para enfrentar la crisis centroamericana de los años ochenta<sup>60</sup>, ya que los desplazamientos en masa que comenzaron a producirse

<sup>57</sup> HATHAWAY, James - FOSTER, Michelle, *ob. cit.*, p. 392.

<sup>58</sup> KOLB, Robert, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 22-33.

<sup>59</sup> CICR, *Violencia y uso de la fuerza*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2015, pp. 17-24.

<sup>60</sup> La década 1970-1980 fue un período de álgidos conflictos armados internos en Centroamérica: El Salvador, Nicaragua y Guatemala fueron escenarios de enfrentamientos entre las fuerzas armadas y grupos insurgentes. Estos conflictos dejaron más de dos millones de refugiados y personas desplazadas. De esos dos millones, sin embargo, solamente unas 150.000 personas pudieron ser tenidas por refugiadas bajo el espectro de regulación de la Convención de 1951, lo cual sentó las bases de profundos debates respecto de la vigencia y actualización de la definición jurídica universal. Ver TORRES-RIVAS, Edelberto - JIMÉNEZ, Dina, "Informe sobre el estado de las migraciones en Centroamérica", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 11, no. 2, Universidad de Costa Rica, 1985, pp. 25-66.

en esa época no encuadraban en la visión individual del asilo. Atento a ello, un grupo de expertos de varios países de América Latina se reunieron en un Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá que tuvo lugar en Cartagena, Colombia. En ese contexto, el 22 de noviembre de 1984 se emitió la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (en adelante “Declaración de Cartagena”). Este instrumento se caracterizó por dar cuenta de un enfoque regional innovador y creativo para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los refugiados, caracterizado por su integralidad y flexibilidad para encontrar soluciones, donde se reafirma la importancia del derecho de asilo y del principio de no devolución<sup>61</sup>. También se trató de la primera declaración internacional en reconocer que las víctimas de la violencia generalizada, de conflictos internos y de violaciones masivas de los derechos humanos merecían la condición de refugiado<sup>62</sup>. Esta clara orientación humanitaria y de protección condujo entonces a una interpretación inclusiva, evolutiva y flexible del propio concepto de refugiado<sup>63</sup>.

De acuerdo con su naturaleza, la Declaración de Cartagena no es un instrumento jurídicamente vinculante; no obstante su valor radica en el compromiso de aplicación que han asumido numerosos Estados latinoamericanos a partir de su recepción en sus legislaciones nacionales<sup>64</sup>.

Según se establece de modo explícito, la Declaración de Cartagena tomó como base la Convención de 1951 y elaboró una definición ampliada de refugiado que, por un lado, se fundó en el antecedente de la Convención de la OUA de 1969 y, por otro, incorporó la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>65</sup>. Su interpretación, por lo tanto, debe basarse en las normas internacionales y regionales que integran el DIDH y el DIH, en las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto.

<sup>61</sup> REED-HURTADO, Michael, “The Cartagena Declaration on Refugees and the protection of people fleeing: armed conflict and other situations of violence in Latin America”, en TÜRK, Volker - EDWARDS, Alice - WOUTERS, Cornelis, *ob. cit.*, p. 141-182, en p. 141.

<sup>62</sup> Véase CORCUERA CABEZUT, Santiago, “Reflexiones sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiados de la Declaración de Cartagena en los procedimientos para la determinación individual de la condición de refugiado”, *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, San José, ACNUR, 2005, pp. 193-224.

<sup>63</sup> ACNUR, *Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984*, Reunión de expertos, Montevideo, Uruguay 15 y 16 de octubre de 2013, párr. 3, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9651.pdf> [Fecha de última consulta: 1/8/2017].

<sup>64</sup> Un total de 15 Estados han ya incorporado la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena a sus legislaciones nacionales. Estos son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

<sup>65</sup> *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, Conclusión III (3), OEA ser. L/V/II.66, doc. 10, rev. 1, pp. 190-193, disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008> [Fecha de última consulta: 1/8/2017].

Al analizar la Declaración de Cartagena, las *Directrices N° 12* determinan que la definición de refugiado que consagra dicho instrumento ha sido puesta en relieve y valorada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas (1994), la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (2004), la Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano (2010) y la Declaración y Plan de Acción de Brasil<sup>66</sup>. En el corazón de este mosaico normativo a que dio lugar, la Declaración de Cartagena de 1984 resalta la necesidad de considerar la situación objetiva en el país de origen y la situación particular de la persona o grupos de personas que solicitan protección como refugiados<sup>67</sup>. Merece señalarse que el término “persecución” no se contempla en la definición de refugiado provista y no se requiere un elemento intencional o individualizado del daño temido<sup>68</sup>.

Además de contener los elementos de la Convención de 1951, la definición de refugiado que nos ofrece la Declaración incorpora otro tipo de consideraciones (Conclusión III):

... la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público<sup>69</sup>.

Por lo pronto, el texto nos indica con claridad que la persona en cuestión tiene que haber huido de su país<sup>70</sup> y que en este Estado debe haber experimenta-

<sup>66</sup> *Directrices N° 12*, párr. 63. Ver también, FRANCO, Leonardo - SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “La Contribución del Proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina”, en ACNUR, *La protección internacional de refugiados en las Américas*, Quito, 2011, pp. 136-139.

<sup>67</sup> GROS ESPIELL, Héctor - PICADO, Sonia - VALLADARES LANZA, Leo, “Principles and criteria for the protection and assistance to Central American refugees, returnees and displaced people in Latin America”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 2, no. 1, 1990, pp. 83-117.

<sup>68</sup> Se reconoce en la Declaración de Cartagena, al igual que en la Convención de 1951, el concepto de refugiado *sur place* y se descarta la posibilidad de la alternativa de huida. Los argumentos aquí coinciden con los expuestos precedentemente.

<sup>69</sup> Esta Conclusión III de la Declaración de Cartagena hace referencia a la doctrina utilizada en sus informes por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos correspondientes a los primeros años de la década del ochenta. Ver *Conclusiones y Recomendaciones del Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina*, Tlatelolco, Ciudad de México, del 11 al 15 de mayo de 1981, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1430.pdf>.

<sup>70</sup> Cuando la definición hace referencia a la expresión “fuera del país de origen” se interpreta que se indica no sólo el país de nacionalidad o ciudadanía —tal como se consigna también en la Convención de 1951— sino también el de residencia habitual en el caso de las personas apátridas.

do algunos de los eventos situacionales que se describen. Asimismo, la vida, la seguridad o la libertad de la persona deben estar amenazadas a consecuencia de uno o más eventos de los que están indicados en el instrumento. Estos acontecimientos que son tenidos en cuenta se caracterizan por su naturaleza indiscriminada y colectiva con relación a los riesgos que puede sufrir una persona o un grupo de personas (o bien la población en general). A su vez, es preciso destacar que la definición también incluye los efectos indirectos de los eventos situacionales, tales como el deterioro económico, la pobreza, la inseguridad alimentaria o la inflación, lo que denota la gran amplitud que se consagra jurídicamente para identificar los fenómenos que pueden motivar la existencia del fenómeno del asilo<sup>71</sup>.

#### 4.1. *Eventos situacionales de la definición de la Declaración de Cartagena*

##### 4.1.1. *Violencia generalizada*

La Declaración de Cartagena no da una definición de “violencia generalizada”; es por ello que las *Directrices N° 12* interpretan esta expresión de modo amplio como aquellas situaciones que presentan una violencia indiscriminada y generalizada que afecta a grandes grupos de personas o poblaciones enteras que se ven obligadas a huir.

En el documento emanado de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos realizada en la ciudad de Guatemala del 29 al 31 de mayo de 1989 (CIREFCA)<sup>72</sup> se estableció que este concepto debía de ser restringido a los conflictos armados; sin embargo, en la práctica se han relevado indicadores de violencia generalizada que se caracterizan por su extensión, densidad geográfica y durabilidad en el tiempo, que exceden con creces la naturaleza de los hechos que ocurren y se desarrollan en el marco de los conflictos armados internacionales y no internacionales. Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han puesto de relieve estos indicadores —en varios de sus informes y sentencias, respectivamente— y los ha identificado como situaciones de violaciones múltiples y continuas de los derechos humanos que se reflejan en masacres, torturas, ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, tratos crueles inhumanos y degradantes, destinados a crear terror y poner a las personas afectadas en la obligación de huir de sus zonas de residencia<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> *Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984, ob. cit., párr. 9.*

<sup>72</sup> El documento referido se titula “Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina”. Uno de sus objetivos principales es “evaluar los avances logrados en materia de principios de protección y asistencia a refugiados y de repatriación voluntaria, con miras a promover su difusión y cumplimiento” (párr. 1).

<sup>73</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Caracazo v. Venezuela” (Reparaciones y Costas) Sentencia del 29 de Agosto de 2002, párr. 127; Caso “Juan Humberto Sánchez



#### 4.1.2. *La agresión extranjera*

El término “agresión extranjera” se relaciona con los términos correspondientes que han sido elaborados en el marco del derecho internacional público, equiparándose al concepto contenido en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este sentido, coincide en su aproximación a lo planteado en la Convención de la OUA, en tanto considera que un acto de agresión engloba todo ataque armado de un Estado a otro. Por ello, en esta situación se estaría haciendo referencia específicamente a un conflicto armado de carácter internacional; se considera entonces que toda persona que huye de los efectos de este tipo de conflicto estaría comprendida dentro de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena.

#### 4.1.3. *Violaciones masivas de los derechos humanos*

El carácter “masivo” de estas afectaciones de derecho se vincula con el grado o magnitud de las violaciones, ya que en muchas circunstancias no es posible identificar a los titulares de cada uno de los derechos conculcados en razón del carácter colectivo de las acciones y de que, en muchos casos, las violaciones múltiples pueden ser consecuencia de un solo evento. Hay que indicar que tampoco es un aspecto determinante en esta caracterización la duración en el tiempo de esas violaciones. Y por otra parte, se ha interpretado que la violación masiva de los derechos humanos puede planificarse y perpetrarse tanto por parte del Estado como por actores no estatales; en este último caso, se trata de la hipótesis de que el Estado no pueda o no posea la voluntad de proteger a los individuos por cuyos derechos debe velar<sup>74</sup>.

Cuando las violaciones van más allá de las víctimas directas y afectan a toda la sociedad pueden ser consideradas como elemento situacional de la definición de refugiado en el marco de la Declaración de Cartagena. Es por ello que el desplazamiento forzado de la población puede constituir un indicador eficaz de una violación masiva, múltiple y continua de derechos humanos<sup>75</sup>.

v. Honduras” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 7 de junio de 2003, párr. 8; Caso “Comunidad Moiwana v. Surinam” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de julio de 2005, párr. 86-21, 86-24; Caso “Masacres de Río Negro v. Guatemala” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 4 de septiembre de 2012, párr. 173. Véase además Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la CIDH 1981-82, Los refugiados y el sistema interamericano*, Capítulo VI (b), OEA/Ser.L/V/II/57, doc. 6 rev. 1, del 20 septiembre 1982; *Informe sobre Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Capítulo 11, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, del 31 diciembre 2015; *Informe Anual 1981-82, Los refugiados y el sistema interamericano*, Capítulo VI (b), OEA/Ser.L/V/II/57, doc. 6 rev. 1, del 20 septiembre 1982.

<sup>74</sup> *Directrices N° 12, ob. cit.*, párr. 76.

<sup>75</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Chita y Nech y otros v. Guatemala” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 25 de mayo de 2010. Caso “Masacre de Mapiripán v. Colombia”, Sentencia del 15 de septiembre de 2005.

Si bien la Declaración de Cartagena no hace distinción entre los distintos derechos que pueden ser vulnerados a los efectos de la protección, no cabe duda alguna de que esta última se dispensa cuando las violaciones masivas dan lugar a amenazas contra la vida, la seguridad o la libertad de las personas. Los criterios que determinan estas violaciones son de carácter cualitativo —esto es, referidos a la gravedad— y cuantitativo —en orden al aspecto sistémico—. Tal como se indica en las *Directrices N° 12*, los fallos de la Corte IDH en los que se analizan diversas situaciones de violaciones que ponen en relevancia una determinada situación, configuran una clara constatación de la existencia de una situación de violación masiva de los derechos humanos. Sin embargo, se ha sostenido de modo reiterado que la evaluación debe ser realizada por el órgano competente que determina tal condición<sup>76</sup>.

#### 4.1.4. *Otras circunstancias que hayan perturbado el orden público*

La noción de “orden público” puede ser entendida como referencia a la paz y seguridad y al normal funcionamiento de las instituciones del Estado; se vincula el concepto con el contenido del art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>77</sup> y así fue receptado en la jurisprudencia y en opiniones consultivas de la Corte IDH<sup>78</sup>. En cuanto al término “otras situaciones”, se interpreta que se trata de la posibilidad de que los Estados puedan garantizar la protección en circunstancias distintas de las analizadas en la sección anterior, en las cuales no se alcance el umbral de violencia de las situaciones previamente contenidas en la definición de refugiado. Se pueden incluir en esta consideración las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, tal como las califica el DIH y hemos presentado al comienzo de este trabajo<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> *Directrices N° 12, ob. cit.*, párr. 77.

<sup>77</sup> El art. 27, sobre derechos susceptibles de suspensión, determina: “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

<sup>78</sup> La Corte IDH ha tenido oportunidad de interpretar el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en algunas de sus sentencias, como en el Caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 21 de junio de 2002, párr. 101; Caso “Zambrano Vélez y otros v. Ecuador” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 4 de julio de 2007, párr. 42-51; Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 5 de julio de 2006, párr. 78. También al tema se han dedicado algunas Opiniones Consultivas, como la OC-8/87, del 30 de enero de 1987, sobre el hábeas corpus bajo suspensión de garantías (42), y la OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, relativa a las garantías judiciales en estados de emergencia.

<sup>79</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Ponencia presentada en la sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de Estados Americanos sobre temas de actualidad del derecho internacional humanitario, Washington, D. C., 2 de febrero de



#### 4.1.5. Amenaza a la vida, la seguridad o la libertad

Este elemento que se tiene en cuenta para esta expresión presente en la Declaración es el nexo entre los eventos situacionales y el riesgo que supone para la vida, seguridad o libertad de un individuo o grupo de individuos. El riesgo, debe decirse, no presupone de manera necesaria que ha habido un daño efectivo. La proximidad geográfica y/o temporal y la inminencia de la amenaza serán pues suficientes para justificar la necesidad de protección en el marco de la aplicación de la Declaración de Cartagena.

El elemento “amenaza” se percibe distinto del “temor fundado” de la Convención de 1951, ya que exige un menor umbral de prueba; en efecto, la amenaza puede ser evidente por sí misma y sólo se debe establecer la proximidad en cuanto al tiempo y lugar para que se configure el elemento del riesgo.

Dentro del aspecto situacional de la definición de refugiado en la Declaración de Cartagena se incluye la violencia relacionada con las “pandillas”, que puede tener un carácter generalizado y afectar a amplios sectores de la sociedad, en especial en aquellos ámbitos en los que el estado de derecho es débil. Se entiende por “pandillas” los grupos que operan principalmente en las calles, de manera organizada, para quienes el crimen y la violencia es parte integrante de la identidad del grupo. Son grupos delictivos organizados compuestos por individuos para quienes la participación en delitos tiene un beneficio exclusivamente personal. Los miembros de las pandillas comparten características sociales, culturales y psicológicas: suelen provenir de sectores marginados de la sociedad, ser de la misma clase socioeconómica o estar en un cierto rango de edad<sup>80</sup>.

### 5. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO Y DE PRUEBA PARA APLICAR LA DEFINICIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 1951/PROTOCOLO DE 1967 Y LAS DEFINICIONES REGIONALES

Las *Directrices N° 12* interpretan que las distintas definiciones de refugiado no se excluyen entre sí, sino que en la práctica, por lo general, los Estados han seguido un proceso secuencial en la aplicación de la definición de refugiado de la Convención de 1951, la Convención de la OUA y la Declaración de Cartagena teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada país de origen —tanto

2006: “Los disturbios aparecen típicamente en forma de perturbaciones del orden público, acompañadas por actos de violencia. Las tensiones internas pueden darse inclusive sin que haya violencia, pero el Estado recurre a prácticas como la detención masiva de opositores o la suspensión de ciertos derechos humanos, a menudo precisamente para evitar que la situación degeneren en disturbios”.

<sup>80</sup> ACNUR, *Nota de orientación sobre las solicitudes de las condiciones de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*, Marzo 2010, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7786.pdf> [Fecha de última consulta: 10/8/2017].

Ver también WOLA (Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos), *Central American Gangs Related Asylum. A Resource Guide*, mayo de 2008, disponible en: <https://www.wola.org/es/analisis/guia-centroamericana-del-asilo-relacionado-al-problema-del-pandillaje> [Fecha de última consulta: 10/8/2017].

desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo<sup>81</sup>. Estas situaciones concretas resultan de importancia esencial para determinar si la población se encuentra comprendida en las circunstancias mencionadas en cada una de las definiciones analizadas. En otras palabras, en algunos casos el régimen regulatorio parece optar por un enfoque denominado “pragmático” en el que se aplica la definición de refugiado más eficiente para brindar protección a las personas que huyen del país a causa de los eventos relacionados con cada una de las definiciones y en otros un procedimiento “unificado” que prevé un análisis paralelo de las definiciones<sup>82</sup>. Si bien las definiciones no son excluyentes, es preciso reconocer que tampoco deben ser tenidas por acumulativas, de modo que si se rechaza la condición de refugiado ha de justificarse teniendo en cuenta las distintas definiciones.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967 fueron el punto de partida para la protección de las personas que se veían forzadas a huir de sus países por temor a ser perseguidas o por las devastadoras consecuencias de los conflictos armados. La Convención plasma una definición de refugiado de carácter universal que se ha ido adaptando con el transcurso de los años.

Las definiciones regionales de qué debe entenderse por “refugiado” —contenidas en la Convención de la OUA de 1969 y luego en la Declaración de Cartagena de 1984— han incorporado características específicas de realidades locales, en gran medida determinadas por intereses mutuos, compatibilidades culturales, tradiciones comunes, todo lo cual ha llevado a encontrar espacios de diálogo con miras a una armonización política y diplomática<sup>83</sup>. Ello permitió avanzar hacia el logro de consensos no sólo en lo que se refiere a la interpretación del concepto de refugiado, sino también en lo que respecta al procedimiento mismo que ha de llevarse adelante para la determinación del estatuto. En otros términos, ambos instrumentos han receptado y ampliado el concepto de refugiado de la Convención de 1951, adaptándose a las particularidades propias de esos continentes no receptadas en la definición universal.

Si bien no se trata de un documento de naturaleza vinculante, el valor de las *Directrices N° 12* radica en que, gracias a ellas, el ACNUR ha logrado clarificar el contenido de las diversas definiciones tratando de establecer una interpreta-

<sup>81</sup> Según las Directrices N° 12 se entiende por aspectos cualitativos, la evolución de los conflictos armados, los medios y métodos utilizados, los actores involucrados, el desarrollo de las situaciones de violencia generalizada y los efectos que se producen sobre la población y por aspectos cuantitativos los vinculados al número de víctimas civiles, o desplazados.

<sup>82</sup> ACNUR, *Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984*, *ob. cit.*, párr. 31.

<sup>83</sup> Como hemos visto, se trata de dos instrumentos señeros. La Convención de la OUA fue la primera en crear una definición regional; la Declaración de Cartagena logró sistematizar y receptar la costumbre en el ámbito latinoamericano incorporando como elemento novedoso la protección de los derechos humanos.

ción sinérgica donde la complementariedad prime por sobre cualquier exclusión. No se trata pues de una instancia de ampliación de la definición tradicional<sup>84</sup>; corresponde más bien ver en las *Directrices* un interesante ejercicio de interpretación de las cláusulas de los instrumentos internacionales a su mejor luz.

A pesar entonces del carácter no obligatorio de estas previsiones normativas, se trata de un texto que permite brindar una mirada de conjunto acerca del problema actual del fenómeno masivo de los flujos de personas que huyen de situaciones de excesiva violencia. Luego de las distintas respuestas que los países han brindado para aceptar o rechazar a quienes huyen del conflicto del Cercano Oriente, las *Directrices N° 12* consiguen asentar una mirada humanitaria que, sustentada en el principio *pro persona*, tiende a pensar el problema en términos globales. Con ello, en definitiva, se consigue esbozar un nuevo mecanismo de *soft law* destinado a reducir de modo progresivo la excesiva discrecionalidad que los Estados han esgrimido, bajo conveniencias particulares, para determinar políticamente las condiciones en que el asilo debe ser concedido<sup>85</sup>.

### BIBLIOGRAFÍA

ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional N° 12*, “Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el art. 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado”, 2 de diciembre de 2016 (HCR/GIP/16/12).

— *Directrices sobre protección internacional, La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 23 de julio de 2003.

— *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 1979.

— *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (Reedición), diciembre de 2011 (HCR/1P/4/ENG/REV.3).

<sup>84</sup> Cf. LOESCHER, Gil. “The UNHCR and World Politics: State Interests vs. Institutional Autonomy”, en *The International Migration Review*, vol. 35, n. 1, 2001, pp. 33-56.

<sup>85</sup> Los Estados han procurado siempre dejarse un margen de discrecionalidad para identificar y definir a los refugiados; GOODWIN-GILL, Guy S. - MC ADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 15-16. Frente a esta postura estatal, proponemos una interpretación que favorezca la protección humana de los solicitantes de asilo, sustentada pues en este principio *pro persona*; acerca de este principio hermenéutico —clave para comprender el DIDH—, véase BRITO MELGAREJO, Rodrigo, “El principio *pro persona* y la protección de los derechos humanos: alcances e implicaciones”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo 65, no. 264, 2015, pp. 267-285.

- *Nota de orientación sobre las solicitudes de las condiciones de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*, marzo de 2010.
  - *Resumen de Conclusiones sobre la Protección Internacional de Personas que Huyen de Conflictos Armados y otras Situaciones de Violencia*, Mesa redonda (Ciudad del Cabo, 13 y 14 de septiembre de 2012), 20 de diciembre de 2012.
  - *Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984*, Reunión de expertos, Montevideo, Uruguay 15 y 16 de octubre de 2013.
  - *Reunión de Expertos sobre la Complementariedad entre el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Resumen de las conclusiones*, 2011.
- ARBOLEDA, Eduardo, “Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, no. 2, 1991, pp. 185-207.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, “El principio *pro persona* y la protección de los derechos humanos: alcances e implicaciones”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo 65, no. 264, 2015, pp. 267-285.
- BUIS, Emiliano J. “The Implementation of International Humanitarian Law by Human Rights Courts: The Example of the Inter-American Human Rights System”, en ARNOLD, Roberta - QUÉNIVET, Noelle (eds.) *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 269-293.
- CANTOR, David James - DURIEUX, Jean-François (eds.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2014.
- CICR, “La protección de las personas en situaciones de disturbios y tensiones”, Ponencia presentada en la sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de Estados Americanos sobre temas de actualidad del derecho internacional humanitario, Washington, D. C., 2 de febrero de 2006.
- *Ponencia del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en la sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de Estados Americanos sobre temas de actualidad del derecho internacional humanitario*, Washington, D. C., 2 de febrero de 2006.
  - *Violencia y uso de la fuerza*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2015.
- CLARK, Tom - SIMEON, James C., “War, Armed Conflict, and Refugees: The United Nations’ Endless Battle for Peace”, en *Refugee Survey Quarterly*, vol. 35, no. 3, 2016, pp. 35-70.
- CORCUERA CABEZUT, Santiago, “Reflexiones sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiados de la Declaración de Cartagena en los procedimientos para la determinación individual de la condición de refugiado”, en

- Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, San José, ACNUR, 2005, pp. 193-224.
- CRAWFORD, Emily - PERT, Alison, *International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- FRANCO, Leonardo - SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “La Contribución del Proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina”, en ACNUR, *La protección internacional de refugiados en las Américas*, Quito, 2011, pp. 136-139.
- GOODWIN-GILL, Guy S. - MC ADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- GROS ESPIELL, Héctor - PICADO, Sonia - VALLADARES LANZA, Leo, “Principles and criteria for the protection and assistance to Central American refugees, returnees and displaced people in Latin America”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 2, no. 1, 1990, pp. 83-117.
- HATHAWAY, James C. - FOSTER, Michelle, “La alternativa de huida, reubicación o protección interna como un aspecto para determinar la condición de refugiado”, en FELLER, Erika, TÜRK, Volker - NICHOLSON, Frances (eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional*, Barcelona, Icaria, 2010, pp. 391-445.
- *The Law of Refugee Status*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- HOFMANN, Rainer, “Refugee Law in the African Context”, en *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 52, 1992, pp. 318-333.
- HOLZER, Vanessa, *Refugees from Armed Conflicts. The 1951 Refugee Convention and International Humanitarian Law*, Cambridge, Intersentia, 2015.
- “The 1951 Refugee Convention and the protection of people fleeing armed conflict and other situations of violence”, en TÜRK, Volker - EDWARDS, Alice - WOUTERS, Cornelis (eds.), *In Flight from Conflict and Violence. UNHCR’s Consultations on Refugee Status and Other Forms of International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press/UNHCR, 2017, pp. 61-93.
- JACQUES, Melanie, *Armed Conflict and Displacement: The Protection of Refugees and Displaced Persons under International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- KOLB, Robert, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2014.
- LOESCHER, Gil. “The UNHCR and World Politics: State Interests vs. Institutional Autonomy”, en *The International Migration Review*, vol. 35, n. 1, 2001, pp. 33-56.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, “El Concepto de Refugiado en un Contexto de Derecho Internacional General”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 35, no. 2, 1983, p. 337-370.
- PATRNOGIC, Jovica, “Thoughts on the relationship between International Humanitarian Law and Refugee Law, their promotion and dissemination”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 28, no. 265, 1988, pp. 367-378.

- PINTO, Mónica, “La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en *Lecciones y Ensayos*, vol. 78, 2003; pp. 297-310.
- REED-HURTADO, Michael, “The Cartagena Declaration on Refugees and the protection of people fleeing: armed conflict and other situations of violence in Latin America”, en TÜRK, Volker - EDWARDS, Alice - WOUTERS, Cornelis (eds.) *In Flight from Conflict and Violence. UNHCR’s Consultations on Refugee Status and Other Forms of International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press/UNHCR, 2017, pp. 141-182.
- SHARPE, Marina, “The 1969 African Refugee Convention: Innovations, Misconceptions, and Omissions”, en *McGill Law Journal*, vol. 58, no. 1, 2012, pp. 95-147.
- “The 1969 OAU Refugee Convention in the Context of Individual Refugee Status Determination”, en TÜRK, Volker - EDWARDS, Alice - WOUTERS, Cornelis (eds.) *In Flight from Conflict and Violence. UNHCR’s Consultations on Refugee Status and Other Forms of International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press/UNHCR, 2017, pp. 116-140.
- STOREY, Hugo, “Armed Conflict in Asylum Law: The ‘War-Flaw’”, en *Refugee Survey Quarterly*, vol. 31, no. 2, 2012, pp. 1-32.
- TORRES-RIVAS, Edelberto - JIMÉNEZ, Dina, “Informe sobre el estado de las migraciones en Centroamérica”, en *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 11, no. 2, Universidad de Costa Rica, 1985, pp. 25-66.
- VALDEZ ARROYO, Flor de María, *Ampliación del concepto de Refugiado en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Lima, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Fondo Editorial, 2004.
- VINUESA, Raúl E. (2011) “Diferencias y convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (ed.), *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Buenos Aires, Errepar, pp. 313-326.
- VITÉ, Sylvain, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law”, en *International Review of The Red Cross*, vol. 91, 2009, pp. 69-84.
- WOLA, *Central American Gangs Related Asylum. A Resource Guide*, mayo de 2008.
- ZEGVELD, Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 134-136.
- ZIMMERMANN, Andreas - DÖRSCHNER, Jonas - MACHTS, Felix (eds.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary* (Oxford Commentaries on International Law), Oxford, Oxford University Press, 2011.

Recepción: 7/10/2017

Aceptación: 15/11/2017



# ASILO EN LA HAYA: ACERCA DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS EN LOS PROCESOS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Por NATALIA M. LUTERSTEIN<sup>1</sup> y EZEQUIEL RODRÍGUEZ MIGLIO<sup>2</sup>

## **Resumen:**

*El trabajo examina las dificultades relativas al derecho aplicable y a la jurisdicción sobre la detención y el proceso de asilo surgidas en el marco de las solicitudes de asilo de cuatro testigos detenidos y un acusado absuelto por la Corte Penal Internacional en los casos de Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Asimismo, analiza los puntos de encuentro y de desencuentro entre el derecho internacional penal y el derecho internacional de los refugiados. Finalmente, explora las consecuencias que sobre dicha relación puede tener la aplicación del principio de no devolución y su alegada naturaleza de norma imperativa de derecho internacional.*

## **Palabras clave:**

*Corte Penal Internacional, Procedimiento de Asilo, Principio de no devolución, Normas imperativas.*

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Magister en Derecho Internacional Público de The London School of Economics and Political Science. Doctoranda en Derecho (UBA). Profesora adjunta (i) de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal (grado y posgrado) en la Facultad de Derecho de la UBA y profesora de posgrado de la Universidad de Palermo. Asesora jurídica de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación (2006-2014). Actualmente es abogada en la Unidad de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional de la Defensoría General de la Nación. E-mail: nluterstein@derecho.uba.ar.

<sup>2</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires (2003) y maestrando en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Lanús (tesis pendiente). Docente de Derecho Internacional Público en la Universidad de Palermo. Asesor jurídico de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación (2004-2017). Representante alterno del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ante la Comisión Nacional para los Refugiados - Co.Na.Re. (2009-2013) y representante del mismo Ministerio ante la Comisión de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CADIH) (2008-2017). Actualmente es integrante de la Comisión para la Asistencia y Protección Integral del refugiado y solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado de la Defensoría General de la Nación. E-mail: erodriguezmiglio@gmail.com.

## ASYLUM IN THE HAGUE: THE INTERNATIONAL PROTECTION OF REFUGEES IN THE PROCESS BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

### **Abstract:**

*This paper examines the difficulties regarding the applicable law and jurisdictional issues over the detention and the asylum process that arose in the context of the requests for asylum of four detained witnesses and an acquitted accused by the International Criminal Court in the cases of Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga and Mathieu Ngudholo Chui. Moreover, it analyses the points of agreement and disagreement between international criminal law and international law of refugees. Finally, it explores the consequences of applying the non-refoulement principle and its alleged nature as a peremptory norm of international law.*

### **Keywords:**

*International Criminal Court, Asylum Procedure, Principle of non-refoulement, Peremptory norms.*

### INTRODUCCIÓN

La convergencia entre las distintas ramas del derecho internacional público (en adelante, “DIP”) suele promoverse desde los ámbitos académicos como una forma de superar los obstáculos que supone entenderlas como compartimentos estancos, sin conexión entre sí, que, en ocasiones ha sido denominada como “fragmentación del derecho internacional”<sup>3</sup>. Pero esta necesidad puede resultar inadvertida al momento de la creación de las normas de DIP, en tanto se utilicen mecanismos tradicionales que refuerzan la lógica y los fundamentos de cada una de las vertientes, muchas veces fundado en un exagerado énfasis en los distintos orígenes históricos de esas ramas<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> De hecho, en 2002, la Comisión de Derecho Internacional decidió comenzar un estudio sobre la llamada “fragmentación del derecho internacional”, identificando dos aspectos: a) la fragmentación institucional, relacionada con la jurisdicción y competencia de las diversas instituciones que aplican normas jurídicas internacionales y la relación jerárquica entre ellas, y b) la fragmentación sustantiva, que implica la división del derecho internacional en marcos especializados que pretenden tener autonomía, tanto entre sí como respecto del derecho internacional general. Finalmente, la Comisión decidió dejar “deliberadamente de lado” la fragmentación de las instituciones, y se concentró en la fragmentación de las normas sustantivas. Ver ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 58º periodo de sesiones, 2006.

<sup>4</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Fabris Ed., Porto Alegre, vol. I, 1997, p. 270, citado en VIEIRA DE PAULA, Bruna, “O Princípio do non-refoulement, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugia-



El presente artículo intentará dar cuenta de algunas dificultades que se advierten en la práctica sobre la base de tres casos que nos servirán como ejemplo de ello, en particular, a los fines de examinar la relación entre el derecho internacional penal (en adelante, “DIPenal”), el derecho internacional de los refugiados (en adelante, “DIR”) y el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, “DIDH”). Así, se analizarán situaciones en las que personas que se encontraban bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”), con sede en La Haya, Holanda, intentaron presentar una solicitud de asilo en ese Estado, con el argumento de que, en el caso de ser retornados a su país de origen, correrían riesgo de ser sometidos a torturas. En la discusión intervinieron tres actores: la CPI —a través de sus diversos órganos—, Holanda (país anfitrión) y la República Democrática del Congo (en adelante, “RDC”, el país de origen de los solicitantes) quienes plantearon sus argumentos respecto de las distintas cuestiones involucradas, que aquí se analizarán.

Este trabajo comenzará entonces por desarrollar los argumentos referidos a cuál era el derecho que debía aplicar la CPI en los casos. En segundo lugar, se analizarán temas relativos al ejercicio de la jurisdicción, sobre los solicitantes, tanto en relación con la pertinencia de abrir un procedimiento de asilo, como así también respecto de su detención. Por último, se examinarán las más recientes discusiones relativas al contenido y los alcances del principio de no devolución y de qué manera éste podría ser la llave que destrabe, al menos en términos del DIP, las situaciones planteadas.

### 1. DE TESTIGOS DETENIDOS Y DE ACUSADOS ABSUELTOS

El 27 de marzo de 2011, un testigo de la defensa de Thomas Lubanga Dyilo fue transferido a la sede la CPI en la ciudad de La Haya, Holanda, por las autoridades de la República Democrática del Congo (en adelante, “RDC”) junto con otros tres testigos<sup>5</sup> de la defensa en el caso “Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”<sup>6</sup>. Las autoridades congoleesas autorizaron su transferencia a pe-

---

dos”, en *Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana del Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios Brasília*, vol. 16, N° 31, 2008, pp. 430- 439.

<sup>5</sup> Para que uno de los tres testigos pudiera viajar, el Comité establecido por la Resolución 1533 (2004) del Consejo de Seguridad debió levantar la prohibición de viaje que recaía sobre él, de conformidad con las Resoluciones 1596 (2005) y 1649 (2005). Cf. “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Urgent Order to provide further assurances regarding the security of DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-2952, 24 de mayo de 2011, párr. 9.

<sup>6</sup> El caso, que fue unido al caso contra Mathieu Ngudjolo Chui el 9 de junio de 2008 (cf. Sala de Apelaciones, “Judgment on the Appeal Against the Decision on Joinder rendered on 10 March 2008 by the Pre-Trial Chamber in the Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui Cases”, ICC-01/04-01/07-573) fue luego, nuevamente dividido en dos, concluyendo en la condena de Germain Katanga y en la absolución de Mathieu Ngudjolo Chui (cf. Sala de Primera Instancia II, “Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing

sar de que se encontraban detenidos en espera de juicio por el homicidio de miembros de la Misión de las Naciones Unidas en el Congo (MONUC). Al llegar a Holanda, los testigos fueron llevados a la Unidad de Detención de las Naciones Unidas donde permanecieron detenidos a pedido de la Corte durante el tiempo que duró su testimonio. Una vez finalizado, los testigos manifestaron ante la Sala de Primera Instancia correspondiente que temían por su seguridad personal y la de su familia en la RDC debido a que en sus declaraciones habían involucrado al presidente, Joseph Kabila, y a personas vinculadas con él en crímenes de competencia de la Corte, y que, por eso, a su vuelta serían sometidos a persecución y malos tratos<sup>7</sup>. En consecuencia, además de solicitar medidas de protección a la Corte, de conformidad con el art. 68(1) del Estatuto y la Regla 88(1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante, “RPP”) que incluía la suspensión de su regreso a la RDC, pidieron asistencia del tribunal para presentar una solicitud de asilo<sup>8</sup>. Sin embargo, sus solicitudes fueron finalmente rechazadas por Holanda y fueron regresados a la RDC<sup>9</sup>.

Por su lado, Mathieu Ngudjolo Chui, luego de ser absuelto el 18 de diciembre de 2012<sup>10</sup> y liberado el 21 de ese mes, manifestó a la Corte que temía ser perseguido en la RDC por su testimonio incriminante contra el presidente, Joseph Kabila<sup>11</sup>, y solicitó ser reconocido como refugiado por Holanda el 25 de diciembre, por lo que fue alojado en un centro de detención administrativa para los solicitantes de asilo. El primer pedido de asilo fue rechazado<sup>12</sup>, así que, lue-

---

the charges against the accused persons”, ICC-01/04-01/07-3319-tENG/FRA, 21 de noviembre de 2012).

<sup>7</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Transcripción de la audiencia del 7 de abril de 2011, ICC-01/04-01/06-T-346-ENG ET WT, y “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête tendant à obtenir présentation des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P.0228 et DRC-D02-P-0350 aux fins d’asile”, ICC-01/04-01/07-2830-Conf, 12 de abril de 2011.

<sup>8</sup> “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête tendant à l’obtention des mesures de protection spéciales au profit du témoin DRC-D01-WWWW-0019”, ICC-01/04-01/06-2745-Conf, 1 de junio de 2011.

<sup>9</sup> EASTERDAY, Jennifer, “Witnesses Returned to DRC”, en *International Justice Monitor*, 2014, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2014/07/witnesses-returned-to-drc/> (último acceso: 20 de agosto de 2017).

<sup>10</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-02/12-4, 18 de diciembre de 2012.

<sup>11</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête urgente de la Défense en vue de solliciter la relocalisation internationale de Mathieu Ngudjolo Chui hors du continent africain et sa présentation devant les autorités d’un des Etats parties au Statut de la Cour pénale internationale aux fins de diligenter sa procédure d’asile”, ICC-01/04-02/12-15, 21 de diciembre de 2012.

<sup>12</sup> THEEUWEN, Wieteke, “Asylum Proceedings in the Ngudjolo Case: What happened in the Dutch Courts?”, *International Justice Monitor*, 2015, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2015/03/asylum-proceedings-in-the-ngudjolo-case-what-happened-in-the-dutch-courts/> (último acceso: 21 de agosto de 2017).

go de que su absolución fuera confirmada por la Sala de Apelaciones, presentó una segunda solicitud, que corrió la misma suerte<sup>13</sup>.

## 2. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE LAS RAMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Los casos brevemente descriptos dan cuenta del grado de complejidad de las cuestiones involucradas en la relación entre el DIPenal y el DIR que, si bien incluyen discusiones acerca de la llamada “cláusula de exclusión”<sup>14</sup>, van más allá y entrañan la participación de actores diferentes a los Estados y sus tribunales domésticos, como, por ejemplo, tribunales internacionales y su propia normativa.

En efecto, en virtud de las dificultades que la CPI debió enfrentar para encontrar una solución adecuada —lo que no siempre logró— parecería que la cuestión de las solicitudes de asilo de testigos y de acusados absueltos no fue tenida en cuenta por los Estados que negociaron el Estatuto en Roma<sup>15</sup>, ya que ninguna de sus disposiciones (ni tampoco de las RPP) prevén dicho supuesto<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> IRVING, Emma, “The end of the road for Ngudjolo and the stacked odds against ICC acquitted”, en *Opinio Juris*, 2015, disponible en <http://opiniojuris.org/2015/05/15/guest-post-the-end-of-the-road-for-ngudjolo-and-the-stacked-odds-against-icc-acquitted/> (último acceso: 22 de Agosto de 2017).

<sup>14</sup> De hecho, tanto en el caso de Ngudjolo Chui como en el de los tres testigos del caso “Katanga y Ngudjolo”, las solicitudes de asilo fueron rechazadas porque los tribunales holandeses aplicaron el art. 1(F) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Si bien excede el ámbito de este trabajo, el caso de Ngudjolo Chui resulta particularmente interesante porque se trata de una persona que fue absuelta de la acusación de haber cometido crímenes internacionales y, sin embargo, esa acusación fue utilizada para sostener su exclusión del estatus de refugiado, lo que abre ciertos interrogantes respecto del estándar de prueba empleado en uno y otro caso. En este sentido, el juez Cotte, presidente de la Sala de Primera Instancia que absolvió a Ngudjolo Chui, afirmó que declarar que una persona no es culpable no equivale a decir que la Sala esté convencida de su inocencia, sino que no está convencida de su culpabilidad por los cargos presentados. En efecto, en su decisión, la Sala de Primera Instancia afirmó que la Fiscalía no pudo probar la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, en particular, debido a la debilidad del caso presentado, que se apoyaba, básicamente, en el testimonio de tres testigos, citado en HOLVOET, Mathias y YABASU, Dersim, “Former ICC Defendant —Ngudjolo— applies for Asylum in the Netherlands”, en *Opinio Juris*, 2013, disponible en <https://www.ejiltalk.org/former-icc-defendant-ngudjolo-applies-for-asylum-in-the-netherlands> (último acceso: 22 de agosto de 2017). Al respecto, ver también Mathias Holvoet, “Harmonizing Exclusion under the Refugee Convention by Reference to the Evidentiary Standards of International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 1039-1056.

<sup>15</sup> VAN WIJK, Joris - CUPIDO, Marjolein, “Testifying behind Bars - Detained ICC Witnesses and Human Rights Protection”, en STAHN, Carsten (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 1094.

<sup>16</sup> Sin embargo, cabe señalar que Goran Sluiter (abogado de algunos de los testigos solicitantes de asilo) ha puesto en duda que dicha cuestión no haya sido prevista, ya que dentro de la delegación holandesa que asistió a la Conferencia de Roma se habían planteado ciertas preocupaciones al respecto, haciendo referencia a cierta correspondencia del Parlamento holandés. Cf. SLUITER, Goran (2012), citado en VAN WIJK, Joris - CUPIDO, Marjolein, *ob. cit.*, nota al pie N° 13.

En consecuencia, las diversas Salas de la CPI han debido interpretar la normativa disponible a los fines de resolver los pedidos, tanto de los cuatro testigos como del Sr. Ngudjolo Chui, una vez absuelto.

A diferencia de otros tribunales penales internacionales, el Estatuto de la CPI contiene una disposición que establece cuál es el derecho aplicable por el tribunal, estableciendo una prelación entre sus fuentes. Así, en primer lugar, el párrafo 1º, inciso a), determina que la Corte deberá aplicar su Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las RPP, todos ellos adoptados por los Estados (el primero durante la Conferencia de Roma y los dos últimos por la Asamblea de Estados Partes)<sup>17</sup>. Si bien pareciera que los tres instrumentos se encuentran en pie de igualdad, de una interpretación armónica del Estatuto surge que, por un lado, el art. 9º dispone que los Elementos de los Crímenes deben ser compatibles con el Estatuto y “ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6º, 7º, 8º y 8º bis”, y que, por el otro, el art. 51(5) establece que “en caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto”. En segundo lugar, el artículo hace referencia a las fuentes principales del derecho internacional. El párrafo 1(b) del art. 21 menciona “los tratados y los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”. De esta forma, el Estatuto hace referencia a “las fuentes formales en sentido estricto convencional y consuetudinario”<sup>18</sup>, aun cuando se utilice una terminología distinta de la del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A través de este inciso es posible pensar en la aplicación de normas relativas a DIR, como, por ejemplo, la Convención de 1951 y el principio de no devolución. Asimismo, el inciso c) del mismo párrafo menciona “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen”. Por su lado, el art. 21(2) le permite a la Corte —sin que ello resulte una obligación— “aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Finalmente, el tercer párrafo de esta norma dispone que “[l]a aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, es decir, no se trata del derecho aplicable —como en los párrafos anteriores— sino de una pauta de interpretación, lo que ha sido considerado en los casos en estudio.

En efecto, el art. 21(3) ha sido clave en la interpretación de la normativa de la CPI para hacer frente a las situaciones planteadas, tanto por los cuatro tes-

<sup>17</sup> *Los Elementos de los Crímenes* (ICC-ASP/1/3 [part II-B]) y las *Reglas de Procedimiento y Prueba* (ICC-ASP/1/3 [part.II-A]) fueron adoptados el 9 de septiembre de 2002.

<sup>18</sup> GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires, Editorial de los Cuatro Vientos, 2006, p. 41.

tigos como por Mathieu Ngudjolo Chui. A través de esta disposición es posible incorporar elementos del DIDH, incluyendo reglas relativas a la protección internacional y el instituto del asilo. Así, por ejemplo, el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona de buscar asilo en cualquier país en caso de persecución. De forma similar, el art. 22(7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone el derecho de toda persona de “buscar y recibir asilo en territorio extranjero”. Asimismo, dentro de esta rama del derecho internacional puede incluirse el principio de no devolución, también conocido como principio de *non refoulement*, que, si bien tiene su origen en el DIR, su naturaleza lo acerca al DIDH<sup>19</sup>. Un claro ejemplo de ello, resulta de la íntima relación existente entre la prohibición de la tortura, el derecho a buscar y recibir asilo y el principio de no devolución. Ello se desprende de la recepción de este último en la Convención de 1951 (art. 33), en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 3º), en la Convención contra la Tortura (art. 3º) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7º). De hecho, en el régimen del DIDH el principio de *non refoulement* ha adquirido mayor envergadura toda vez que, a diferencia del aquel establecido en la Convención de 1951, éste no admite excepciones<sup>20</sup>.

En la primera decisión sobre la solicitud de asilo de un testigo de la defensa de Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Primera Instancia I sostuvo que el párrafo tercero del art. 21 requería que la Corte le facilitara al testigo el acceso a un abogado para que tuviera una oportunidad real —y no solo teórica— de presentar su solicitud<sup>21</sup>. En consecuencia, y como se desarrollará en el presente trabajo, el análisis realizado por las distintas Salas de la CPI está atravesado por consideraciones de DIDH, lo que surge de forma manifiesta respecto del principio de no devolución, que será examinado en la sección 4.

Con relación a la normativa específica del Estatuto, es necesario trazar una distinción entre el caso de los testigos de las Defensas de Thomas Lubanga Dyilo y de Germain Katanga y de Mathieu Ngudjolo Chui, que se encontraba detenidos en la RDC al momento de su citación<sup>22</sup>, y el caso de la absolución del Sr. Ngudjolo Chui.

<sup>19</sup> IRVING, Emma, “Protecting Witnesses at the International Criminal Court from *Refoulement*”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, p. 1143.

<sup>20</sup> DUFFY, Aoife, “Expulsion to face torture? *Non-refoulement* in international law”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, N° 3, 2008, pp. 373-390.

<sup>21</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia, “Decision on the request by DRC-DOI-WWW-0019 for special protective measures relating to his asylum application”, ICC-01/04-01/06-2766-Conf. 4 de julio de 2011. Una versión pública editada fue publicada el 5 de agosto de 2011, ICC-01/04-01/06-2766-Red, párr. 86.

<sup>22</sup> Si bien excede el presente trabajo, cabe mencionar que también dos testigos que no se encontraban detenidos antes de ser transferidos a la sede de la CPI para brindar testimonio, solicitaron asilo en 2011. En este supuesto, no entra en discusión el alcance del art. 93(7) del Estatuto. Para más información, ver IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, pp. 1152-1153.

En la primera situación, concurren dos obligaciones que parecen estar en conflicto. Por un lado, la obligación de la Corte de devolver sin dilación a los testigos una vez cumplido su testimonio —(*cf.* art. 93[7][b])—, que habían sido transferidos al tribunal sobre la base del art. 93(7)(a) que, entre diversas formas de cooperación entre los Estados y la Corte, prevé el supuesto en el que los primeros deban trasladar provisionalmente una persona que se encuentre detenida en un Estado para brindar testimonio. Por otro lado, debe tomarse en cuenta la obligación de la CPI de proteger la seguridad y bienestar físico y psicológico de los testigos que comparecen ante la Corte, dispuesta en el art. 68(1) del Estatuto. En efecto, en el caso de los testigos detenidos, luego de finalizados sus testimonios, los cuatro solicitaron a la Corte medidas de protección especiales, conforme la Regla 88(1) de las RPP que incluían la suspensión de su regreso a la RDC y la asistencia de la Corte con respecto a las solicitudes de asilo. Tanto en el caso de Lubanga Dyilo como en el caso de Katanga y Njugdolo Chui, las Salas se apoyaron en los informes de la Unidad de Víctimas y Testigos<sup>23</sup> (en adelante “UVT”) para considerar satisfecha su obligación de protección, señalando que era resorte exclusivo de Holanda la determinación acerca de si el examen de riesgos realizado por la UVT de la Corte cubría todas las cuestiones a analizar en el marco de un proceso de solicitud de asilo<sup>24</sup>. La UVT sostuvo en ambos casos de manera similar que el riesgo respecto de la seguridad física de los testigos no había aumentado en función de sus testimonios ante la Corte y que, en todo caso, se seguiría monitoreando su situación una vez de vuelta en la RDC<sup>25</sup>.

Asimismo, y dado que la interpretación del art. 93(7)(b) debía hacerse de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, las Salas identificaron como problemática la demora del procedimiento de solicitud

<sup>23</sup> La UVT forma parte de la Secretaría de la CPI de conformidad con el art. 43(6) del Estatuto de la Corte que dispone que “en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado”. Una de sus funciones es administrar el Programa de Protección de la CPI (Norma 96 del Reglamento de la Secretaría). Para un análisis sobre el funcionamiento del Programa, ver, entre otros, IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, pp. 1141-1160, quien compara el alcance de este Programa con la protección brindada por el instituto del asilo.

<sup>24</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párr. 69 y “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Njugdolo Chui”, “Decision on an Amicus Curiae application and on the ‘Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile’ (articles 68 and 93[7] of the Statute)”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, 9 de junio de 2011, párrs. 62-63.

<sup>25</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párrs. 63-64 y “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Njugdolo Chui”, ICC-01/04-01/07-2952, *ob. cit.*, párrs. 32-33. Al respecto, cabe señalar el riesgo que entrañaría que un Estado hiciera propio el análisis de riesgo que efectuará la UVT (u otro organismo internacional) y lo utilizara como base de determinación de la existencia del temor fundado en los procedimientos de asilo, ya que ello configuraría una delegación indebida de responsabilidad del país anfitrión a la CPI. Asimismo, se ha sostenido que los riesgos protegidos por dichos regímenes son diferentes. Para mayor desarrollo, ver IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, pp. 1157-1159.



de asilo, ya que durante dicho procedimiento, los testigos continuaban detenidos en el Centro de Detención de la CPI<sup>26</sup>. En tal sentido, la Sala de Apelaciones señaló que la falta de implementación del art. 93(7)(b) y la detención de los testigos no era una solución apropiada<sup>27</sup> debido a que, de conformidad con el art. 21(3), la CPI debía garantizar el derecho a solicitar asilo junto con el principio de no devolución y el derecho a un remedio efectivo<sup>28</sup>. Asimismo, afirmó que la Corte no podía actuar como una unidad de detención administrativa de solicitantes de asilo y que el párrafo 3 del art. 21 no le permitía prolongar la detención de los testigos más allá de lo previsto en el Estatuto<sup>29</sup>. En consecuencia, una vez garantizada su seguridad personal de conformidad con el informe de la UVT, ordenó su liberación y transferencia a la RDC. Sin embargo, cuatro meses después, la Sala de Apelaciones expresó su preocupación debido a que los testigos aún continuaban detenidos en el Centro de la CPI<sup>30</sup>.

El caso de Mathieu Ngudjolo Chui es diferente, ya que se trata de una persona que fue absuelta por la CPI, por lo que no se encontraría en juego el art. 93(7) ni tampoco se trataría de una persona privada de libertad, aunque, como se verá, el Sr. Ngudjolo Chui continuó detenido hasta la confirmación de su absolución por parte de la Sala de Apelaciones. El art. 81(3)(c) del Estatuto de la CPI prevé que cuando una persona es absuelta, será puesta en libertad de inmediato, salvo que, en “circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta entre otras cosas, el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación, la Sala de Primera Instancia, a solicitud del Fiscal”, decrete que continúe privada de la libertad mientras dure la apelación. Asimismo, la Regla 185 de las RPP dispone que cuando una persona es puesta en libertad luego de su absolución, la Corte deberá adoptar a la brevedad posible “las disposiciones que considere apropiadas para su traslado, teniendo en cuenta sus observaciones, a un Estado que esté obligado a recibirla, a otro Estado que consienta en recibirla o a un Estado que haya solicitado su extradición, previo el consentimiento del Estado que haya hecho inicialmente la entrega. En este caso, el Estado anfitrión facilitará el traslado”.

Como ha sido mencionado *supra*, si bien el Sr. Ngudjolo Chui fue liberado luego de su absolución, debido a su temor de ser perseguido a su vuelta

<sup>26</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Republic of the Congo concluded pursuant article 93(7) of the Statute”, ICC-01/04-02/12-158, 20 de enero de 2014, párr. 23.

<sup>27</sup> *Id.*, párr. 25.

<sup>28</sup> *Id.*, párr. 24.

<sup>29</sup> *Id.*, párr. 27.

<sup>30</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on the ‘Registry’s urgent request for guidance’ and further order in relation to the Appeal’s Chamber’s ‘Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Republic of the Congo concluded pursuant article 93(7) of the Statute’”, ICC-01/04-02/12-179, 21 de mayo de 2014.

a la RDC, presentó dos solicitudes de asilo que suspendieron su regreso. La interpretación de la Regla 185 a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos implica que la persona absuelta no podría ser trasladada a un Estado en el que su integridad física o psicológica se encontrara en riesgo. Esta obligación recae sobre la CPI, que debe celebrar los acuerdos necesarios con los Estados que expresen su consentimiento en recibir a estas personas. En particular, en virtud del art. 21(3) debería tomarse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) sobre el art. 3º, que prohíbe las transferencias de personas hacia países en donde exista riesgo de que sean sometidos a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>31</sup>.

La problemática de aquellas personas absueltas por un tribunal penal internacional que han expresado temor de ser perseguidas si retornasen a su país de origen no es exclusiva de la CPI. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, “TPIR”) debió hacer frente a situaciones similares diez años antes pero tampoco encontró una solución definitiva adecuada, más allá de trasladar a dichas personas a una llamada casa segura (*safe house*) en Arusha, Tanzania, donde estaba ubicada la sede del TPIR<sup>32</sup>. Si bien no puede afirmarse que esta situación sea una característica común de todos los tribunales penales internacionales<sup>33</sup> es, sin lugar a dudas, una cuestión que necesita ser reglamentada y resuelta de forma sistemática para evitar respuestas *ad hoc*, que no siempre satisfacen completamente las exigencias de los actores involucrados y que, como en el caso de Matheu Ngudjolo Chui, se encuentran en un limbo legal. En efecto, a pesar de la pertinencia de la aplicación de normas de tres ramas del DIP, estas no son suficientes para ofrecer una solución adecuada y definitiva.

### 3. LA DISCUSIÓN DE LA JURISDICCIÓN

Una de las cuestiones más complejas que presentan los casos descriptos es quién tiene jurisdicción sobre los testigos y sobre las personas absueltas que

<sup>31</sup> VAN WIJK, Joris, “When International Criminal Justice collides with Principles of International Protection: Assessing the consequences of ICC Witnesses seeking Asylum, Defendants being Acquitted, and Convicted being Released”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 177-178.

<sup>32</sup> IRVING, Emma, 2015, *ob. cit.* Hacia fines de 2014, esta casa albergaba 11 personas que habían sido juzgadas por el TPIR (9 de ellas habían sido absueltas y 2 habían completado su condena). La Secretaría del TPIR logró relocalizar a, por lo menos, cinco personas absueltas en países de Europa Occidental junto con sus familias. Cf. VAN WIJK, Joris, 2013, *ob. cit.*, p. 185. Ver también, HELLER, Kevin Jon, “What happens to the Acquitted?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 663-680.

<sup>33</sup> Las personas que fueron absueltas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no han tenido problemas para regresar a sus países. Cf. BUISMAN, Caroline - GIBSON, Kate, “Acquitted by Law, prosecuted by propaganda”, en *Justice in Conflict*, 2014, disponible en <https://justiceinconflict.org/2014/03/31/acquitted-by-law-prosecuted-by-propaganda> (último acceso: 22 de agosto de 2017) y VAN WIJK, Joris, 2013, *ob. cit.*, pp. 183-184.



solicitan asilo, tanto con relación a su detención como con el procedimiento de asilo y la obligación de protección internacional.

### 3.1. *¿Quién detiene a los solicitantes de asilo? La jurisdicción sobre la detención*

En el caso de los cuatro testigos que fueron transferidos a la CPI a los efectos de brindar testimonio y luego ser devueltos a la RDC donde se encontraban detenidos en espera de juicio, pueden identificarse, por lo menos, tres sujetos que podrían ejercer la jurisdicción: la CPI, la RDC o el Estado anfitrión, es decir, Holanda. Esta cuestión no se encuentra regulada específicamente por ningún documento de aplicación por el tribunal internacional, ni siquiera por el Acuerdo de Sede entre Holanda y la Corte<sup>34</sup>. En su Decisión del 4 de julio de 2011 en el caso “Lubanga Dyilo”, la Sala de Primera Instancia I examinó dicho Acuerdo y observó que el art. 46(1) dispone que el Estado receptor cooperará con la Corte para facilitar la detención de personas y permitir que lleve adelante sus funciones dentro del centro de detención. Por su parte, el art. 44 del Acuerdo establece que el transporte de los individuos en custodia de la Corte desde el punto de arribo a Holanda a la sede del tribunal (y desde allí, al punto de partida) será llevado adelante por las autoridades competentes holandesas. Dicho traslado se realizará a solicitud y en consulta con la Corte, de conformidad con la Regla 192, que establece que ello será organizado por las autoridades del Estado concernido junto con la Secretaría y las autoridades del Estado receptor<sup>35</sup>. Finalmente, la Sala señaló que el art. 51 del Acuerdo de Sede limita el ejercicio de jurisdicción del Estado anfitrión y determina que éste no ejercerá su jurisdicción o procederá con una solicitud de asistencia o extradición de otro Estado referidas a una persona entregada a la Corte, personas con libertad provisional o personas que comparecen voluntariamente o como consecuencia de una citación por actos, omisiones o condenas previas a su entrega, transferencia o comparecencia ante la Corte<sup>36</sup>. La Sala afirmó, sin embargo, que el Acuerdo nada dice respecto de las obligaciones del Estado receptor en materia de derechos humanos.

Con respecto a la situación de la RDC, la Sala manifestó que, si bien las autoridades congoleesas sostenían que, en virtud del acuerdo adoptado con la Secretaría de la Corte, solamente habrían transferido la custodia del testigo, y no los poderes generales de detención. Dicho acuerdo no podría excluir las obligaciones del Estado anfitrión, y, por lo tanto, no podía ser usado para regular la situación de la jurisdicción en el contexto de una solicitud de asilo<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> UNTC 1272, vol. 2283, ICC-BD/04-01-08, adoptado el 7 de junio de 2007. Entrada en vigor: 1 de marzo de 2008.

<sup>35</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párr. 77.

<sup>36</sup> *Id.*, párr. 78.

<sup>37</sup> *Id.*, párr. 80.

En consecuencia, la Sala concluyó que el testigo de la defensa de Lubanga Dyilo se encontraba *de facto* en el territorio de Holanda con relación a su solicitud de asilo, bajo la supervisión de las autoridades holandesas hasta su regreso a la RDC pero, al mismo tiempo, bajo en control y en la sede de la Corte<sup>38</sup>. Así, el testigo continuaría alojado en el Centro de Detención de la CPI mientras Holanda resolvía su solicitud de asilo<sup>39</sup>.

De forma similar, la Sala del caso “Katanga y Ngudjolo Chui” determinó que mientras estuviera pendiente la solicitud de asilo de los tres testigos, no podía cumplir con su obligación de regresarlos a su país de origen, lo que, a su vez, no podía tener una duración indefinida a la luz del art. 21(3)<sup>40</sup>. En efecto, como los testigos se encontraban detenidos en el centro de la CPI, en virtud de su Estatuto, las Salas se mostraron preocupadas por la extensión de dicha detención, ya que existía una tensión entre su obligación de regresarlos a la RDC y sus derechos a la luz del art. 21(3).

El TEDH, quien también intervino en la discusión en virtud de una presentación realizada por el testigo de Lubanga Dyilo el 1 de junio de 2012, sostuvo, en la misma línea, que el hecho de que el solicitante se encontrara en suelo holandés no era suficiente para que cuestiones relativas a la legalidad de su detención en el Centro de la CPI estuvieran dentro de la jurisdicción de dicho Estado, de conformidad con el art. 1º del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Asimismo, afirmó que mientras el solicitante no regresara a la RDC ni fuera entregado a las autoridades holandesas por pedido de estas, las razones jurídicas de su detención se encontraban en el acuerdo entre la CPI y la RDC. En consecuencia, el TEDH sostuvo que no tenía competencia personal para resolver la petición<sup>41</sup>.

Parecía entonces configurarse una situación sin salida, en la cual, los distintos actores sostenían posiciones encontradas y ninguno de ellos podía, por sí solos, resolver la cuestión. Los testigos se encontraban en suelo holandés, en custodia de un tribunal internacional, detenidos por orden de un tribunal doméstico de la RDC. En virtud del art. 88 de la Ley holandesa de Cooperación con la CPI, la legislación de dicho Estado no es aplicable para revisar medidas de detención ejecutadas por la CPI<sup>42</sup>. Al mismo tiempo, la Sala afirmó que no era competente

<sup>38</sup> *Id.*, párr. 82.

<sup>39</sup> *Id.*, párr. 88.

<sup>40</sup> “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, *ob. cit.*, párr. 85.

<sup>41</sup> TEDH, “Bède Djokaba Lambi Longa v. Países Bajos”, Application no. 33917/12, decisión del 9 de octubre. Si bien el peticionario había retirado su solicitud de asilo el día 4 de ese mes, el TEDH emitió de todas formas su decisión ya que consideraba que la petición se refería a aspectos esenciales del funcionamiento de los tribunales penales internacionales con asiento en el territorio de Estados parte del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

<sup>42</sup> HOLVOET, Mathias - YABASU, Dersim, “Seeking Asylum before the International Criminal Court. Another Challenge for a Court in need of Credibility”, en *International Criminal Justice Review*, vol. 13, 2013, p. 738.

para revisar la necesidad de la continuación de la detención, ya que ello se relacionaba con el proceso penal en la RDC, aclarando que la detención basada en el art. 93(7) no equivalía a una orden de detención judicial sino a una determinación sobre la custodia de una persona, cuya detención había sido ordenada por un Estado<sup>43</sup>. En consecuencia, aun cuando la Sala de Apelaciones consideraba que se daban las condiciones de seguridad para que los testigos regresaran a la RDC, debía esperar a que Holanda resolviera sus solicitudes de asilo. Por lo tanto, a la luz del art. 21(3) la cuestión versaba sobre si los testigos debían permanecer detenidos, y, en ese caso, bajo la custodia de quién<sup>44</sup>. Así, por ejemplo, el 28 de mayo de 2014, sus abogados informaron a la Sala de Apelaciones que dos días antes, en una audiencia ante el Consejo de Estado holandés —el órgano superior en materia de asilo— Holanda había solicitado permiso para expulsarlos inmediatamente. Asimismo, dicho Estado les había solicitado a los abogados que firmaran un documento en el que los testigos reconocían que, respecto del traslado a la sala de audiencias, se encontraban bajo jurisdicción de la CPI y no del Estado holandés y que la Secretaría de la Corte se había negado a trasladarlos oportunamente<sup>45</sup>. La Sala de Apelaciones afirmó que la evaluación de la existencia de garantías adecuadas era resorte de la Secretaría de la Corte y que ésta había ofrecido la alternativa de la participación a través de una videoconferencia<sup>46</sup>.

El caso de Mathieu Ngujolo Chui introduce una cuestión diferente ya que se trata de una persona que fue absuelta por la CPI y que, por lo tanto, tenía derecho a ser puesta en libertad, lo que, como fuera mencionado *supra*, no ocurrió. De conformidad con la Regla 185, la CPI debía liberarlo luego de su absolución. Debido a que pesaba sobre él una prohibición de viaje basada en la Resolución 1596 (2005) de Consejo de Seguridad por haber sido comandante en jefe del Frente de Nacionalistas e Integracionistas y ex comandante en jefe de la Fuerza de Resistencia Patriótica en Ituri<sup>47</sup>, la Secretaría de la Corte había previsto alojarlo en un hotel en La Haya hasta que dicha prohibición fuese levantada<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> “Fiscal v. Germain Katanga”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on the application for the interim release of detained Witnesses DRCD02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-3405-tENG, 1 de octubre de 2013, párrs. 27-28.

<sup>44</sup> “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngujolo Chui”, “Decision on the Security Situation of witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-3128, 24 de agosto de 2011, párrs. 15-16.

<sup>45</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngujolo Chui”, “Urgent Application for an Order to the Registrar to allow the Three Detained Witnesses to be present at the Hearing before Dutch Courts”, ICC-01/04-02/12-181, 28 de mayo de 2014.

<sup>46</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngujolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on the ‘Application for an Order to the Registrar to allow the Three Detained Witnesses to be present at the Hearing before Dutch Courts’”, ICC-01/04-02/12-184, 4 de junio de 2014.

<sup>47</sup> THEEUWEN, Wieteke, *ob. cit.*, 2015.

<sup>48</sup> KILENDA KAKENGI BASILA, Jean-Pierre, “The case of Mathieu Ngujolo Chui: A challenge for the International Criminal Court, the Host State and State Parties”, en Annex D, ICC-01/04-02/12-147-AnexD-tENG, 20 de diciembre de 2013.

Sin embargo, el Sr. Ngudjolo Chui fue llevado al aeropuerto de Schiphol para ser transferido a la RDC, momento en el cual presentó su solicitud de asilo, quedando detenido en un centro de detención del aeropuerto. El 3 de mayo de 2013 la Corte de Ámsterdam ordenó su liberación, afirmando que no se habían demostrado causas que justificaran la detención excepcional mientras durara el procedimiento de asilo. En consecuencia, se le entregó un documento que le permitía residir legalmente en territorio holandés<sup>49</sup>. Durante todo ese tiempo, el Sr. Ngudjolo Chui sostuvo que ni Holanda ni la Secretaría de la CPI habían cumplido con la sentencia de absolución y, en consecuencia, que su arresto por las autoridades holandesas era arbitrario e ilegal y que debía ser entregado a la CPI para alcanzar un acuerdo respecto de su localización mientras estuviera pendiente la solicitud de asilo y la apelación de su absolución. Asimismo, afirmó que su detención creaba condiciones complicadas de trabajo para su defensa, en violación de los estándares internacionales en la materia<sup>50</sup>. El 24 de abril de 2013, la Sala de Apelaciones sostuvo que el Sr. Ngudjolo Chui se encontraba bajo jurisdicción holandesa y, por lo tanto, no era competente para revisar las condiciones de detención. De todas maneras, observó que dichas condiciones, según fueran descriptas por el solicitante, no violaban las garantías de un juicio justo con relación al procedimiento ante la CPI<sup>51</sup>. La Sala también afirmó que una persona solicitante de asilo se encuentra bajo la jurisdicción del Estado anfitrión y, por lo tanto, no podía revisar la legalidad de su detención u ordenar que sea liberado<sup>52</sup>. En este caso, si bien la cuestión de la libertad aparece también como un grave problema en materia de DIDH, la discusión sobre quién ejerce la jurisdicción parece más clara ya que, dejando de lado el proceso de asilo —que se examinará a continuación— Mathieu Nugdjolo Chui no se encontraba detenido por la CPI y la decisión de privarlo de su libertad fue exclusivamente de Holanda.

<sup>49</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Registry’s update on the situation in relation to Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-02/12-69-Red, 3 de junio de 2013.

<sup>50</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête Urgente de la Défense de Mathieu Ngudjolo sollicitant les instructions de la Chambre d’appel sur les modalités de préparation de la procédure d’appel au regard de la situation actuelle de Mathieu Ngudjolo (Article 67 du Statut de Rome)”, ICC-01/04-02/12-40, 20 de marzo de 2013.

<sup>51</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on ‘urgent application by Mathieu Ngudjolo’s Defence seeking the Appeals Chamber’s instruction on the modalities of preparation for the appeals procedure in view of Mathieu Ngudjolo’s current situation (Article 67 of the Rome Statute)”, ICC-01/04-02/12-67, 24 de abril de 2013.

<sup>52</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Decision on Mr. Nugdjolo’s request to order the Victims and Witness Unit to execute and the Host State to comply with the acquittal judgment on 18 December 2012 issued by Trial Chamber II of the International Criminal Court”, ICC-01/04-02/12-74-Red, 12 de junio de 2013, párr. 10.

### 3.2. *¿Quién tiene la obligación de otorgar protección internacional? La jurisdicción en materia de asilo*

En el marco del proceso seguido contra Lubanga Dyilo, el 3 de junio de 2011 la Sala de Primera Instancia I suspendió provisionalmente la orden de regreso del testigo y solicitó observaciones a las partes y a la Secretaría sobre la situación de riesgo que enfrentaría en el caso de retornar a su país y sobre si tenía derecho a solicitar asilo<sup>53</sup>.

El 28 de septiembre de ese año, el Servicio de Inmigración y Naturalización holandés sostuvo que como el solicitante no se encontraba bajo jurisdicción del Estado, no era posible tramitar su solicitud de asilo, sino que su pedido sería tratado como una solicitud de protección a la luz del principio de no devolución. El 15 de diciembre, la Sala afirmó que no tenía facultades para revisar la decisión de las autoridades holandesas y solicitó a la Secretaría de la Corte que preparase la vuelta del testigo una vez que éste estuviese en condiciones de viajar<sup>54</sup>.

Por su parte, con respecto a los tres testigos del caso de Germain Katanga y Ngudjolo Chui, el 12 de abril de 2011 manifestaron que las medidas de protección propuestas por la UVT de la Corte no eran suficientes y, en consecuencia, requirieron a la Sala de Primera Instancia II ser presentados ante las autoridades holandesas para solicitar asilo. Sin embargo, sus solicitudes fueron rechazadas el 6 de junio de 2011 y en su decisión en apelación del 28 de diciembre, la Corte Regional ordenó al Ministerio para la Inmigración y el Asilo que dictara una decisión dentro de un plazo de seis meses. El 11 de junio de 2012, el Ministerio informó su intención de rechazar la solicitud sobre la base del art. 1(F) de la Convención de 1951 sosteniendo que los solicitantes eran sospechosos de haber cometido crímenes contra la humanidad, por el asesinato de miembros de la Misión de Naciones Unidas. El 4 de octubre de 2013, una Corte de Distrito de Ámsterdam decidió que, a pesar de no reconocer el estatus de refugiado a los tres testigos, estos habían estado detenidos de forma ilegal en la RDC desde 2007 porque las razones de la detención nunca habían sido revisadas por un tribunal, ni habían sido nunca acusados formalmente de un delito y que, por lo tanto, había que otorgarles cierta protección. En consecuencia, consideró que si volviesen a la RDC se configuraría una violación del art. 6º del Convenio Europeo, examinando la cuestión a la luz del principio de no devolución y, por lo tanto, autorizó a los testigos a permanecer en Holanda, aunque en detención en el Centro de la CPI.

<sup>53</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia, “Order on the application from DRC-D01-WWWW-0019 of 1 June 2011”, ICC-01/04-01/06-2749-Conf, 3 de junio de 2011.

<sup>54</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia, “Decision on the observations submitted by counsel representing defense Witness 19 in the Dutch asylum proceedings”, ICC-01/04-01/06-2835, 15 de diciembre de 2011.

La solicitud de asilo de Matieu Ngujolo Chui fue rechazada el 1 de julio de 2013, su solicitud de asilo fue rechazada por el Viceministro de Seguridad y Justicia y se le ordenó abandonar el país de forma inmediata, decisión que fue apelada, pero confirmada el 15 de octubre de 2014. El 26 de febrero de 2015, sus abogados presentaron una medida cautelar ante el TEDH de conformidad con la Regla 39, que fue rechazada el día 27. Ese mismo día, la CPI confirmó su absolución<sup>55</sup> e inmediatamente después, las autoridades holandesas lo llevaron al aeropuerto para retornarlo a la RDC<sup>56</sup>. No obstante, presentó un nuevo pedido de asilo cuyo rechazo fue confirmado el 23 de abril de 2015 por la Corte Regional de La Haya. Luego, el Sr. Ngujolo Chui solicitó una visa por razones humanitarias a Suiza, que también fue rechazada<sup>57</sup>. Finalmente, el 11 de mayo de 2015, Mathieu Ngujolo Chui fue deportado de Holanda<sup>58</sup>.

En lo que aquí interesa, resulta relevante analizar la decisión de la Sala de Primera Instancia I que determinó la aplicación de la jurisdicción holandesa para los casos bajo análisis<sup>59</sup>, toda vez que se encontraba en juego el derecho a la jurisdicción en materia de asilo. Debe recordarse que de las obligaciones emanadas de la Convención de 1951 se advierte la de “dar acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado a las personas que lo solicitan (derecho de petición), y determinar si califican o no como refugiados, de conformidad con las disposiciones de los instrumentos internacionales”<sup>60</sup>.

La posición inicial del gobierno holandés respecto de los testigos detenidos no presentaba objeciones a que la solicitud de asilo procediera como cualquiera otra, de acuerdo con las normas nacionales. Pero algunos meses más tarde la postura estatal se modificó radicalmente, al considerar que el procedimiento de asilo no resultaba aplicable y que la solicitud debía ser canalizada a través de un requerimiento de protección<sup>61</sup>. Así, se sostuvo que debido a que los testigos se encontraban bajo custodia de la CPI no resultaba aplicable el procedimiento

<sup>55</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngujolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Trial Chamber II entitled ‘Judgment pursuant to article 74 of the Statute’”, ICC-01/04-02/12-271, 27 de febrero de 2015.

<sup>56</sup> IRVING, Emma, 2015, *ob. cit.*

<sup>57</sup> THEEUWEN, Wieteke, “Ngujolo’s Asylum Proceedings: the Saga continues”, *International Justice Monitor*, 2015, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2015/04/ngujolos-asylum-proceedings-the-saga-continues> (último acceso: 21 de agosto de 2017).

<sup>58</sup> IRVING, Emma, 2015, *ob. cit.*

<sup>59</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párr. 82; “Fiscal v. Mathieu Ngujolo Chui”, ICC-01/04-02/12-67, *ob. cit.*, y “Fiscal v. Mathieu Ngujolo Chui”, ICC-01/04-02/12-74-Red, párr. 10.

<sup>60</sup> HANLAN, Hope, *Prefacio*, en FRANCO, Leonardo (comp.), *El asilo y la protección internacionales de los refugiados en América Latina*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2003, p. 10.

<sup>61</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, “*Amicus Curiae* Observation by Mr. Schuller and Mr. Sluiter, Counsel in Dutch asylum proceedings of witness 19”, ICC-01/04-01/06-2827, 23 de noviembre de 2011, párrs. 7-8, citado en IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, p. 1155.



de asilo local, sino que se aplicaría un procedimiento *sui generis* de protección bajo el amparo del principio de *non refoulement*.

La cuestión llegó a conocimiento de la Corte Distrital de Ámsterdam, quien analizó los argumentos esgrimidos por el Estado holandés respecto de la alegada falta de jurisdicción sobre los testigos. Dicha postura se basaba en que estos se encontraban bajo la custodia de la CPI con el consentimiento de las autoridades congolesas y que nunca habían estado bajo la custodia holandesa, razón por la cual Holanda no tenía jurisdicción sobre ellos. Sin embargo, la Corte distrital de Ámsterdam decidió que, a pesar de que los solicitantes se encontraban bajo la jurisdicción del tribunal internacional, resultaba plenamente aplicable el procedimiento ordinario de asilo, ya que la CPI carece de territorio propio que garantice la protección requerida<sup>62</sup>. Asimismo, concluyó que no existía ninguna base legal que sirva de fundamento para denegar la aplicación del procedimiento holandés de asilo<sup>63</sup>.

De la decisión mencionada se advierte que, en materia de jurisdicción, no resulta aceptable la existencia de un vacío legal: los solicitantes se encontraban efectivamente en territorio holandés y, si no pueden solicitar asilo allí, no podrán hacerlo en ningún otro lugar<sup>64</sup>.

De esta manera, la Corte distrital ponderó adecuadamente la tensión existente entre una situación *de facto* (los solicitantes se encontraban en territorio holandés) y una ficción jurídica (la sujeción a la jurisdicción de la CPI), al entender que Holanda debía garantizar el acceso al procedimiento de asilo a fin de no malograr el derecho a la jurisdicción.

Esta decisión, acorde con la jurisprudencia del TEDH en la materia<sup>65</sup>, ha asegurado el derecho a ser oído (parte integrante del derecho al debido proceso) y el acceso a la protección internacional de los solicitantes.

#### 4. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN Y EL *JUS COGENS*

Como ha sido afirmado *supra*, para resolver las situaciones que se les presentaron, las Salas de la CPI han interpretado el derecho aplicable a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de conformidad con el

<sup>62</sup> En igual sentido se pronunció la CPI. Ver “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, *ob. cit.*, párr. 64.

<sup>63</sup> Corte Distrital de La Haya, con asiento en Ámsterdam, Decisión del 28 de diciembre de 2011, LJN:BU9492, citado en VAN WIJK, Joris, 2013, *ob. cit.*, pp. 175-176; en IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, pp. 1155-1156; y en HOLVOET, Mathias - DERSIM, Yabasun, “*Seeking asylum before the International Criminal Court...*”, 2013, *ob. cit.*, pp. 725-745.

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> Para un mayor desarrollo acerca de la jurisprudencia del TEDH en materia de jurisdicción, ver HOLVOET, Mathias - DERSIM, Yabasun, “*Seeking asylum before the International Criminal Court...*”, *ob. cit.*, 2013, pp. 740-741.

art. 21(3) del Estatuto<sup>66</sup>. Ello incluye, sin dudas, una referencia al principio de no devolución. En consecuencia, es necesario determinar cuál es el alcance de este principio a los fines de identificar las consecuencias de su aplicación en las solicitudes de asilo de personas relacionadas con procedimientos penales ante la CPI.

Tal y como se ha sostenido reiteradamente<sup>67</sup>, el principio de no devolución constituye la piedra angular de la protección internacional de los refugiados y representa un componente esencial e inderogable de ella<sup>68</sup>. Como tal, no existen dudas acerca de la pertenencia del principio al derecho consuetudinario: constituye una norma obligatoria para la comunidad internacional con independencia de la ratificación o adhesión de un Estado en particular a la Convención de 1951 o al Protocolo Adicional de 1967. En ese sentido existe acuerdo generalizado<sup>69</sup> respecto de que la práctica estatal evidenciada —y la falta de objeciones al respecto— ha demostrado la existencia de una costumbre internacional de carácter general<sup>70</sup> y, en consecuencia, una norma obligatoria para todos los Estados.

Pero una vez sentado ello, cabría reflexionar si resulta aventurado sostener que el principio de no devolución ha alcanzado además la consideración de los Estados en cuanto a su carácter *jus cogens*, es decir, una “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”<sup>71</sup>.

La importancia de responder este interrogante radica en la posibilidad de determinar el impacto que ello tendría en la resolución de los casos bajo análi-

<sup>66</sup> “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, *ob. cit.*, párrs. 73 y ss.; “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párr. 72; y “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-02/12, *ob. cit.*, párrs. 23 y ss.

<sup>67</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Familia Pacheco Tineo v. Bolivia”, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párr. 151, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, “ACNUR”), Comité Ejecutivo, *Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados*, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991, párr. c.; ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, párr. 5, Ginebra, 26 de enero de 2007; Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984, conclusión quinta.

<sup>68</sup> ACNUR, *Opinión Consultiva*, *ob. cit.*, párr. 12, Ginebra, 26 de enero de 2007; Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984, conclusión quinta.

<sup>69</sup> ACNUR, *Opinión Consultiva*, *ob. cit.*, párr. 15, Ginebra, 26 de enero de 2007; GOODWIN-GILL, Guy S, *The Refugee in International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, pp. 117-118; ALLAIN, Jean, “The *jus cogens* nature of non-refoulement”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13 N° 4, 2001, pp. 533-558; LAUTERPACHT, Elihu - BETHLEHEM, Daniel, “The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion”, en FELLER, Erika - TÜRK, Völker - NICHOLSON, Frances (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 158, entre otros.

<sup>70</sup> “Costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, *cf.* Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.

<sup>71</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, UNTC 18232, art. 53.



sis. En efecto, en el supuesto de hallarnos frente a una norma *jus cogens*, el principio de no devolución deberá prevalecer por sobre toda la normativa que aquí se ha analizado<sup>72</sup> (tanto de carácter convencional como consuetudinario) y, en consecuencia, nos llevaría a repensar las obligaciones emergentes del Estatuto de Roma en materia de cooperación estatal con la Corte y las mejores maneras de continuar con dicha cooperación, respetando el derecho de buscar y solicitar asilo para todas las personas sujetas a jurisdicción de un Estado.

En primer lugar, debemos efectuar una aclaración en torno a la extensión del reconocimiento del carácter *jus cogens* de este principio. Tradicionalmente se ha entendido que solamente podría ser considerada como norma imperativa la obligación de no devolución cuando el retorno, expulsión o rechazo de una persona hacia un país cuando existiera riesgo de ser sometida a tortura<sup>73</sup>.

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que el principio en toda su extensión se ha incorporado al elenco de normas imperativas<sup>74</sup>. Así ha sido en el ámbito interamericano, en donde la conceptualización del principio de no devolución como norma imperativa del derecho internacional general se ha visto más desarrollada. En la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, los Estados de la región han coincidido en que el “principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*”. Veinte años después, en ocasión del Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, se adoptó una Declaración que reafirma lo sostenido en Cartagena y reconoce el carácter de *jus cogens* del principio de no devolución<sup>75</sup>. Asimismo, en su voto concurrente de la Opinión Consultiva OC 18/2003, el juez Cançado Trindade recordó las distintas “manifestaciones doctrinales que sostienen el proceso de gradual formación del derecho individual

<sup>72</sup> GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, “Fuentes y normas del derecho internacional”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 1ª. ed., Buenos Aires, Errepar, 2015, p. 85 y ss.

<sup>73</sup> ACNUR, *Los derechos humanos y la protección de los refugiados, Módulo auto formativo 5, vol. I*, Ginebra, 2008, p. 12.

<sup>74</sup> Por ejemplo, ALLAIN, Jean, 2001, *ob. cit.*, pp. 533-558; FARMER, Alice, “Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection”, en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23, N° 1, 2008, p. 1; ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006; VIEIRA DE PAULA, Bruna, 2008, *ob. cit.*, pp. 430-439.

<sup>75</sup> El párrafo preambular 7 dice: “Reconociendo el carácter de jus cogens del principio de la no devolución (non-refoulement), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del derecho internacional de los refugiados, recogido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, y afirmado asimismo en el art. 22 (8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 3º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y el compromiso de los países de América Latina con el mantenimiento de fronteras abiertas para garantizar la protección y seguridad de quienes tienen el derecho a la protección internacional”. Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, 2004.

de asilo, al mismo tiempo en que afirman el carácter de *jus cogens* del principio del *non-refoulement*<sup>76</sup>.

Si bien es en el ámbito interamericano en donde puede observarse de manera más clara el reconocimiento del carácter *jus cogens* de este principio, ello no debería conducirnos a la idea de que dicho principio haya alcanzado el carácter imperativo sólo regionalmente. En tal sentido, debemos recordar que las normas imperativas reconocen su existencia en la convicción de toda la comunidad internacional, por lo que no podría sostenerse la existencia bilateral o regional de este tipo de normas<sup>77</sup>. De manera que resultará importante señalar si también de manera concordante en el ámbito europeo y en el universal se han producido diversas manifestaciones que dan cuenta del carácter inderogable de dicho principio.

En materia de jurisprudencia del TEDH, se ha sostenido el carácter incondicional del art. 3º del Convenio Europeo<sup>78</sup>, en cuanto prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes con independencia de la conducta de la víctima<sup>79</sup>. Así, ha avanzado en la protección contra la devolución respecto del art. 33 de la Convención de 1951, que establece excepciones en su aplicación consagradas en las cláusulas de exclusión<sup>80</sup>. En el caso “Soering”, el TEDH ha establecido que la deportación de una persona hacia un país en donde existía el riesgo de sufrir tratos crueles e inhumanos resultaba contrario al espíritu y la intención del art. 3º antes mencionado<sup>81</sup>. Al respecto, se ha sostenido que el TEDH ha admitido el carácter *jus cogens* del principio de *non refoulement*<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 18/03, *Condición jurídica de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, párr. 41.

<sup>77</sup> GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, 2015, *ob. cit.*, p. 85; ORAKHELASHVILI, Alexander, 2006, *ob. cit.*; VIEIRA DE PAULA, Bruna, 2008, *ob. cit.*, p. 59, Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Primer Informe sobre *Jus Cogens* del Relator Especial, Dire Tladi, 8 de marzo de 2016, A/CN.4/693, párr. 68, entre otros.

<sup>78</sup> El art. 3º dice: “Prohibición de la tortura Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

<sup>79</sup> TEDH, Caso “Irlanda v. Reino Unido”, sentencia del 18 de enero de 1978, Serie A, Nº 25.

<sup>80</sup> El art. 1(F) de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 sostiene: “Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

<sup>81</sup> TEDH, Caso “Soering v. Reino Unido”, sentencia del 7 de julio de 1989, Serie A, Nº 161. Para un mayor desarrollo sobre la jurisprudencia del TEDH y de otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos, ver DUFFY, Aoife, 2008, *ob. cit.*, y VIEIRA DE PAULA, Bruna, 2008, *ob. cit.*

<sup>82</sup> LAMBERT, Hélène, “Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 516-518 y 544, citado en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario”, en *ACNUR, Me-*

En el ámbito universal, por otro lado, podemos destacar que la Asamblea General de Naciones Unidas ha efectuado un llamamiento a los Estados a respetar dicho principio, sosteniendo que “no está sujeto a derogación”<sup>83</sup>.

Por su parte, el Comité Ejecutivo del ACNUR<sup>84</sup> (en adelante, “EXCOM”) ha observado el desarrollo progresivo del principio, desde una norma consuetudinaria aceptada de manera general, hasta ser considerado una norma de carácter inderogable. En efecto, en 1977, el EXCOM se limitó a manifestar que “el principio humanitario de no devolución se ha expresado en varios instrumentos internacionales aprobados a nivel universal y regional y es generalmente aceptado por los Estados”<sup>85</sup>. Luego, en la Conclusión Nro. 17 señaló “el carácter fundamental del principio de no devolución universalmente reconocido”<sup>86</sup>. Ya en el año 1982, en la Conclusión Nro. 25, sostuvo “la importancia de los principios básicos de la protección internacional y, en especial, del principio de no devolución, que estaba adquiriendo progresivamente el carácter de una norma perentoria del derecho internacional”<sup>87</sup>. Finalmente, en la Conclusión Nro. 79 del año 1996, se recalcó que “el principio de no devolución no puede ser objeto de derogación”<sup>88</sup>.

Ahora bien, cabría preguntarse si el hecho de que una norma sea considerada como “inderogable” debe conducirnos necesariamente a la conclusión de que estamos ante la presencia de una norma de carácter *jus cogens*. Se ha señalado que la inderogabilidad es a la vez un elemento de las normas imperativas y una consecuencia<sup>89</sup>. En este sentido, a la luz de los ejemplos citados, se ha sostenido que los Estados han concluido por consenso que el principio de no devolución era de hecho una norma perteneciente al *jus cogens* toda vez que ninguna derogación resultaba permitida<sup>90</sup>. En otras palabras, el hecho de que hayan sido los propios Estados parte de la Convención de 1951 y de la Asamblea General de Naciones Unidas quienes así se hubieran manifestado, da cuenta de forma

---

moria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, San José de Costa Rica, Editorama, 2005, pp. 153-154.

<sup>83</sup> A/RES/51/75 del 12 de febrero de 1997, párr. 3 y A/RES/52/132 del 12 de diciembre de 1997, párrafo. preambular 12.

<sup>84</sup> El Comité Ejecutivo del ACNUR es un órgano subsidiario de la Asamblea General, creado en 1958 por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) a solicitud de la Asamblea General. Disponible en <http://www.acnur.org/el-acnur/excom/documentos-del-excom> [último acceso 10 de agosto de 2017].

<sup>85</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión Nro. 6 (XXVIII) No devolución (1977), párr. a).

<sup>86</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión Nro. 17 (XXXI) Problemas de extradición que afectan a los refugiados (1980), párr. b).

<sup>87</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión Nro. 25 (XXXIII) Conclusiones Generales (1982), párr. b).

<sup>88</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión Nro. 79 (XLVII) Conclusiones Generales (1996), párr. i).

<sup>89</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Primer Informe sobre *Ius Cogens* del Relator Especial, *ob. cit.*, párr. 62.

<sup>90</sup> ALLAIN, Jean, 2001, *ob. cit.*, p. 539.

clara de la postura de la comunidad internacional. En la misma línea, la Sala de Primera Instancia II de la CPI entendió que el principio de no devolución constituía una norma fundamental del derecho internacional consuetudinario cuya perentoriedad encontraba un creciente reconocimiento entre los Estados y sobre la cual no se admitía derogación alguna, incluyendo una referencia explícita al término “*jus cogens*”. De allí, se advierte entonces que la Sala trazó un paralelismo entre ambos conceptos<sup>91</sup>. Por su parte, Orakhelashvili advierte que la caracterización de un derecho como no derogable, nos ofrece evidencia para clarificar si el derecho en cuestión se trata o no de una norma *jus cogens*<sup>92</sup>.

Y es justamente en este contexto en el que se advierte la aceptación del principio de no devolución como, por lo menos, una emergente norma imperativa del derecho internacional<sup>93</sup>.

### 5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Los casos aquí analizados nos ofrecen una oportunidad para reflexionar acerca de la interacción de las diferentes ramas del DIP. Al tratarse de supuestos que no están expresamente regulados por la normativa aplicable en un proceso ante la CPI, su discusión nos obliga a pensar en cómo compatibilizarla con las diversas obligaciones que surgen del DIR, del DIDH y, por supuesto, del DIP general.

En materia de jurisdicción, el análisis realizado demostró que no es posible arribar a una solución única para todos los casos, sino que es necesario examinarlos por separado. Así, en el caso de los testigos transferidos por la RDC, la jurisdicción sobre su detención en Holanda recaía en la CPI, que ejercía la custodia con el consentimiento de la RDC, que mantenía, a su vez, la jurisdicción sobre el origen y continuación de la detención. Ello, a su vez, se diferenciaba del caso de Mathieu Ngudjolo Chui, cuya detención había sido decisión exclusiva de Holanda. Las posiciones encontradas de los actores involucrados dan cuenta de la existencia de vacíos legales respecto de las modalidades, condiciones y duración de la detención que dificultaron la resolución de las situaciones de forma adecuada y que impactan en la libertad de aquellos involucrados.

Por otro lado, en materia de jurisdicción sobre el proceso de solicitud de asilo, la existencia de un vacío legal sería inaceptable. En primer lugar, si bien es cierto que un tribunal internacional se asienta en un territorio que pertenece a un Estado sobre la base de un Acuerdo de Sede, y que debe respetar el derecho internacional, incluidos los derechos en materia de asilo, en términos prácticos, le sería imposible garantizar materialmente dicha protección internacional. En segundo lugar, en virtud del DIR, un Estado no puede negar el acceso al procedimiento de

<sup>91</sup> “Fiscal v. Germain Katanga”, ICC-01/04-01/07-3405-tENG *ob. cit.*, párr. 30.

<sup>92</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, 2006 *ob. cit.*; VIEIRA DE PAULA, Bruna, 2008, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>93</sup> FARMER, Alice, 2008, *ob. cit.*, pp. 23 y ss.

asilo en función de las razones por las cuales la persona se encuentra efectivamente en su territorio, en el caso, por la orden de un tribunal internacional.

Finalmente, el hecho de considerar que el principio de no devolución es, al menos, una norma emergente de carácter imperativo, nos lleva a plantear ciertos interrogantes que, dependiendo de su respuesta, podrían resultar en conclusiones diversas respecto de las cuestiones aquí examinadas. Así, si entendemos que una norma imperativa prevalece por sobre cualquier otra norma dispositiva de derecho internacional, quedaría fuera de toda duda el deber de Holanda de, como mínimo, ejercer la jurisdicción abriendo un procedimiento de asilo. En el supuesto de que Holanda considerara que las solicitudes no podrían ser aceptadas por aplicación de la cláusula de exclusión<sup>94</sup>, lo que de hecho ha ocurrido en los casos en estudio, si, de todas maneras, concurrieran los requisitos para aplicar el principio de no devolución, el Estado debería haber autorizado a los testigos y al Sr. Ngudjolo Chui a permanecer en territorio holandés.

### BIBLIOGRAFÍA

#### *Doctrina*

- ALLAIN, Jean, “The jus cogens nature of non-refoulement”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, N° 4, 2001, pp. 533-558.
- BUISMAN, Caroline - GIBSON, Kate, “Acquitted by Law, prosecuted by propaganda”, en *Justice in Conflict*, 2014, disponible en <https://justiceinconflict.org/2014/03/31/acquitted-by-law-prosecuted-by-propaganda>.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Fabris Ed., vol. I, 1997.
- “Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario”, en ACNUR, *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, San José de Costa Rica, Editorama, 2005, pp. 139-191.
- DUFFY, Aoife, “Expulsion to face torture? *Non-refoulement* in international law”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, N° 3, 2008, pp. 373-390.
- EASTERDAY, Jennifer, “Witnesses Returned to DRC”, en *International Justice Monitor*, 2014, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2014/07/witnesses-returned-to-drc>.
- FARMER, Alice, “Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection”, en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23, N° 1, 2008, pp. 1-38.

<sup>94</sup> Ello sin perjuicio de considerar que la prohibición de cometer los crímenes internacionales mencionados en el art. 1(F) también poseen carácter de norma imperativa.

- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, “Fuentes y normas del derecho internacional”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 1ª. ed., Buenos Aires, Errepar, 2015, pp. 75-90.
- GOODWIN-GILL, Guy S., *The Refugee in International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1998.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires, Editorial de los Cuatro Vientos, 2006.
- HANLAN, Hope, “Prefacio”, en FRANCO, Leonardo (comp.), *El asilo y la protección internacionales de los refugiados en América Latina*, 1ª. Ed., Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2003, pp. 9-11.
- HELLER, Kevin Jon, “What happens to the Acquitted?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 663-680.
- HOLVOET, Mathias, “Harmonizing Exclusion under the Refugee Convention by Reference to the Evidentiary Standards of International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 1039-1056.
- HOLVOET, Mathias - YABASU, Dersim, “Former ICC Defendant –Ngudjolo– applies for Asylum in the Netherlands”, en *Opinio Juris*, 2013, disponible en <https://www.ejiltalk.org/former-icc-defendant-ngudjolo-applies-for-asylum-in-the-netherlands>.
- “Seeking Asylum before the International Criminal Court. Another Challenge for a Court in need of Credibility”, en *International Criminal Justice Review*, vol. 13, 2013, pp. 725-745.
- IRVING, Emma, “Protecting Witnesses at the International Criminal Court from Refoulement”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 1141-1160.
- “The end of the road for Ngudjolo and the stacked odds against ICC acquitted”, en *Opinio Juris*, 2015, disponible en <http://opiniojuris.org/2015/05/15/guest-post-the-end-of-the-road-for-ngudjolo-and-the-stacked-odds-against-icc-acquitted>.
- KILENDA KAKENGI BASILA, Jean-Pierre, “The case of Mathieu Ngudjolo Chui: A challenge for the International Criminal Court, the Host State and State Parties”, Annex D, ICC-01/04-02/12-147-AnexD-tENG, 20 de diciembre de 2013.
- LAMBERT, Hélène, “Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 515-544.
- LAUTERPACHT, Elihu - BETHLEHEM, Daniel, “The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion”, en FELLER, Erika - TÜRK, Volker - NICHOLSON, Frances (eds.) *Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 87-137.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.



- THEEUWEN, Wieteke, “Asylum Proceedings in the Ngudjolo Case: What happened in the Dutch Courts?”, *International Justice Monitor*, 2015, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2015/03/asylum-proceedings-in-the-ngudjolo-case-what-happened-in-the-dutch-courts>.
- “Ngudjolo’s Asylum Proceedings: the Saga continues”, *International Justice Monitor*, 2015, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2015/04/ngudjolos-asylum-proceedings-the-saga-continues>.
- VAN WIJK, Joris, “When International Criminal Justice collides with Principles of International Protection: Assessing the consequences of ICC Witnesses seeking Asylum, Defendants being Acquitted, and Convicted being Released”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 173.191.
- VAN WIJK, Joris - CUPIDO, Marjolein, “Testifying behind Bars - Detained ICC Witnesses and Human Rights Protection”, en STAHN, Carsten (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1084-1103.
- VIEIRA DE PAULA, Bruna, “O Princípio do non-refoulement, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugiados”, en *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana del Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios Brasília*, vol. 16, Nº 31, 2008, pp. 51-67.

### *Jurisprudencia y documentos judiciales*

#### Corte Penal Internacional

- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Transcripción de la audiencia del 7 de abril de 2011, ICC-01/04-01/06-T-346-ENG ET WT.
- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “Order on the application from DRC-D01-WWWW-0019 of 1 June 2011”, ICC-01/04-01/06-2749-Conf, 3 de junio de 2011.
- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “Decision on the request by DRC-DOI-WWW-0019 for special protective measures relating to his asylum application”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, 4 de julio de 2011.
- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, “*Amicus Curiae* Observation by Mr. Schuler and Mr. Sluiter, Counsel in Dutch asylum proceedings of witness 19”, ICC-01/04-01/06-2827, 23 de noviembre de 2011.
- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “Decision on the observations submitted by counsel representing defense Witness 19 in the Dutch asylum proceedings”, ICC-01/04-01/06-2835, 15 de diciembre de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Judgment on the Appeal Against the Decision on Joinder rendered on 10 March 2008 by the Pre-Trial Chamber in the Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui Cases”, ICC-01/04-01/07-573, 9 de junio de 2008.

- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête tendant á obtenir présentation des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 aux fins d’asile”, ICC-01/04-01/07-2830-Conf, 12 de abril de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Urgent Order to provide further assurances regarding the security of DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-2952, 24 de mayo de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête tendant à l’obtention des mesures de protection spéciales au profit du témoin DRC-D01-WWWW-0019”, ICC-01/04-01/06-2745-Conf, 1 de junio de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on an Amicus Curiae application and on the ‘Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile’ (articles 68 and 93[7] of the Statute)”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, 9 de junio de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on the Security Situation of witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-3128, 24 de agosto de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons”, ICC-01/04-01/07-3319-tENG/FRA, 21 de noviembre de 2012.
- Fiscal v. Germain Katanga, Sala de Primera Instancia II, “Decision on the application for the interim release of detained Witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-3405-tENG, 1 de octubre de 2013.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-02/12-4, 18 de diciembre de 2012.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête urgente de la Défense en vue de solliciter la relocalisation internationale de Mathieu Ngudjolo Chui hors du continent africain et sa présentation devant les autorités d’un des Etats parties au Statut de la Cour pénale internationale aux fins de diligenter sa procédure d’asile”, ICC-01/04-02/12-15, 21 de diciembre de 2012.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête URGENTE de la Défense de Mathieu Ngudjolo sollicitant les instructions de la Chambre d’appel sur les modalités de préparation de la procédure d’appel au regard de la situation actuelle de Mathieu Ngudjolo (Article 67 du Statut de Rome)”, ICC-01/04-02/12-40, 20 de marzo de 2013.



- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on ‘URGENT application by Mathieu Ngudjolo’s Defence seeking the Appeals Chamber’s instruction on the modalities of preparation for the appeals procedure in view of Mathieu Ngudjolo’s current situation (Article 67 of the Rome Statute)”, ICC-01/04-02/12-67, 24 de abril de 2013.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Registry’s update on the situation in relation to Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-02/12-69-Red, 3 de junio de 2013.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on Mr. Nugdjolo’s request to order the Victims and Witness Unit to execute and the Host State to comply with the acquittal judgment on 18 Decemeber 2012 issued by Trial Chamber II of the International Criminal Court”, ICC-01/04-02/12-74-Red, 12 de junio de 2013.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Republic of the Congo concluded pursuant article 93(7) of the Statute”, ICC-01/04-02/12-158, 20 de enero de 2014.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on the ‘Registry’s urgent request for guidance’ and further order in relation to the Appeal’s Chamber’s ‘Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Republic of the Congo concluded pursuant article 93(7) of the Statute’”, ICC-01/04-02/12-179, 21 de mayo de 2014.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Urgent Application for an Order to the Registrar to allow the Three Detained Witnesses to be present at the Hearing before Dutch Courts”, ICC-01/04-02/12-181, 28 de mayo de 2014.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on the ‘Application for an Order to the Registrar to allow the Three Detained Witnesses to be present at the Hearing before Dutch Courts’”, ICC-01/04-02/12-184, 4 de junio de 2014.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Trial Chamber II entitled ‘Judgment pursuant to article 74 of the Statute’”, ICC-01/04-02/12-271, 27 de febrero de 2015.

#### Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Familia Pacheco Tineo v. Bolivia”, de excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C N° 272.

Opinión Consultiva OC 18/03, *Condición jurídica de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18.

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Bède Djokaba Lambi Longa v. Países Bajos, Application no. 33917/12, decisión del 9 de octubre.

Irlanda v. Reino Unido, sentencia del 18 de enero de 1978, Serie A, N° 25.

Soering v. Reino Unido, sentencia del 7 de julio de 1989, Serie A, N° 161.

### *Instrumentos internacionales*

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, A/RES/51/75 del 12 de febrero de 1997.

— A/RES/52/132 del 12 de diciembre de 1997.

ACNUR, Comité Ejecutivo, Conclusión Nro. 17 (XXXI) Problemas de extradición que afectan a los refugiados (1980).

— Comité Ejecutivo, Conclusión Nro. 25 (XXXIII) Conclusiones Generales (1982).

— Comité Ejecutivo, Conclusión Nro. 6 (XXVIII) No devolución (1977).

— Comité Ejecutivo, Conclusión Nro. 79 (XLVII) Conclusiones Generales (1996).

— Comité Ejecutivo, *Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados*, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991.

— *Los derechos humanos y la protección de los refugiados, Módulo auto formativo 5, vol. I*, Ginebra, 2008.

— *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, Ginebra, 26 de enero de 2007.

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984.

Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, 2004.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Primer Informe sobre *Ius Cogens* del Relator Especial, Dire Tladi, 8 de marzo de 2016, A/CN.4/693.

— “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 58° período de sesiones, 2006.

Recepción: 6/9/2017

Aceptación: 15/11/2017

## DESPLAZADOS SIN NOMBRE: DIFICULTADES Y DESAFÍOS EN TORNO A UNA DEFINICIÓN UNIVERSAL DE “REFUGIADOS CLIMÁTICOS”

Por IGNACIO ODRIOZOLA<sup>1</sup>

### **Resumen:**

*Adentrados en el siglo XXI, los desastres naturales y el cambio climático constituyen factores que provocan el mayor número de personas desplazadas a nivel global, inscribiéndose como nuevas amenazas al goce de los derechos humanos. En este contexto, el concepto de “migración ambiental” abarca tanto a quienes se desplazan dentro de los límites territoriales de su país, como a aquellos que superan la frontera de un Estado en busca de protección internacional. Sin embargo, mientras en el ámbito internacional se han establecido mecanismos para proteger a los desplazados internos a causa de motivos ambientales, no ha ocurrido lo mismo con los denominados “refugiados climáticos”. De allí que el objetivo de este trabajo será, por un lado, examinar cuáles son las dificultades y los desafíos para establecer una definición universal para las personas que se ven forzadas a abandonar su país de origen o de residencia habitual producto de los desastres naturales y el cambio climático, y por otro, las propuestas que han surgido en pos de superar este vacío legal.*

### **Palabras clave:**

*Refugiados climáticos, desastres naturales, cambio climático, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984.*

<sup>1</sup> Abogado con orientación en Derecho Internacional Público (UBA), Maestrando en Relaciones Internacionales (UBA), Certificado en Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (American University). E-mail: nacho\_odriozola@hotmail.com.

DISPLACED WITHOUT NAME:  
DIFFICULTIES AND CHALLENGES AROUND A UNIVERSAL  
DEFINITION OF “CLIMATE REFUGEES”

**Abstract:**

*In the twenty-first century, natural disasters and climate change are the factors that cause the greatest number of displaced people at a global level, registering as new threats to the enjoyment of human rights. In this context, the concept of “environmental migration” covers both those who move within the territorial limits of their country and those who cross the border of a State seeking international protection. However, while mechanisms have been put in place at the international level to protect the internally displaced because of environmental reasons, the so-called “climate refugees” have not. Hence, the objective of this work will be, on the one hand, to examine the difficulties and the challenges to establish a universal definition for people who are forced to leave their country of origin or habitual residence due to natural disasters and climate change, and on the other, the proposals that have emerged in order to overcome this legal vacuum.*

**Keywords:**

*Climate Refugees, Natural Disasters, Climate Change, Convention relating to the Status of Refugees of 1951, Cartagena Declaration on Refugees 1984*

INTRODUCCIÓN

Los desastres naturales y el cambio climático representan motivos de promoción de la migración. Anualmente millones de personas huyen para sobrevivir a ellos o se desplazan, a raíz de condiciones medioambientales difíciles y deterioradas, en busca de sitios que permitan el desarrollo de condiciones de vida digna, garanticen medios de subsistencia y el acceso a servicios básicos. Por lo tanto, al observar estas repercusiones, puede decirse sin rodeos que los factores climáticos representan una de las principales amenazas al goce de derechos humanos.

La movilidad humana causada por motivos ambientales, si bien tiende a generar flujos migratorios principalmente dentro de los límites territoriales del Estado afectado, también puede provocar el desplazamiento de personas más allá de las fronteras de su país de origen o de residencia habitual. En este último supuesto, suele identificarse a estos grupos como “refugiados climáticos”, “refugiados ambientales”, “desplazados externos”, siendo sólo algunos de los términos utilizados para referirse a las personas que buscan protección internacional como consecuencia de los desastres naturales y el cambio climático.

A diferencia de lo acontecido en 1951, cuando en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial se acordó en Ginebra la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y en ella se precisó a quiénes correspondería otorgarle la

condición de tal, a la fecha la comunidad internacional no ha logrado consensuar una definición universalmente aceptada que determine quiénes conforman la categoría de personas desplazadas fuera de las fronteras de su Estado por motivos ambientales. Ello, no sólo impide identificar a esta categoría de personas, sino que también obstaculiza el abordaje de respuestas integrales en el orden jurídico, operativo y político, mientras que dificulta el establecimiento de los derechos que protegen a estas personas y las obligaciones que frente a ellas deben asumir los Estados.

Desde ya, la ausencia de una definición universalmente válida no implica asumir que la cuestión no haya sido abordada. Prueba de ello son los prolíferos trabajos académicos elaborados sobre la materia, las diversas propuestas impulsadas por la sociedad civil, las estadísticas confeccionadas por organismos internacionales e incluso ciertas iniciativas apoyadas por algunos Estados. Sin embargo, lo cierto es que la relación entre el medioambiente y el desplazamiento de personas plantea un reto de orden metodológico que entorpece el arreglo de una definición universal.

Por lo tanto, el objetivo de este trabajo será indagar en las dificultades y en los desafíos que subyacen al consenso respecto del concepto de “refugiado climático”.

A tal efecto, luego de establecer el contexto en que se inscribe la movilidad humana por motivos ambientales, haré hincapié en la diferencia entre los desplazados internos por desastres naturales y el cambio climático, junto con su marco de protección, y el limbo jurídico en que se encuentran los “refugiados climáticos”. Una vez ello, se examinarán las discusiones en torno a la inclusión de este último grupo en la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Convención de 1951), como así también en las definiciones regionales de América Latina y de África, que amplían los presupuestos previstos en la precitada Convención. Luego se analizarán diferentes propuestas y desafíos tendientes a establecer un marco jurídico, institucional u operativo como respuesta a esta problemática y, a modo de conclusión, ofreceré algunas reflexiones.

### *1. MIGRACIÓN, DESASTRES NATURALES Y CAMBIO CLIMÁTICO*

La movilidad humana constituye una temática que representa, en la agenda mundial, uno de los principales desafíos del siglo XXI.

De hecho, al realizar un somero sondeo de las principales inquietudes que hoy atraviesa la comunidad internacional se advierte con facilidad que, de uno u otro modo, los Estados y sus respectivas administraciones han adoptado políticas o posicionamientos en torno a las migraciones internacionales. Donald J. Trump, Presidente de los Estados Unidos, a poco de asumir el cargo dictó la Orden Ejecutiva N° 13.769 que prohíbe el ingreso al país de personas prove-

nientes de Siria, Iraq, Irán, Libia, Yemen, Somalia y Sudán<sup>2</sup>; por su parte Justin Trudeau, Primer Ministro canadiense, propuso públicamente dar la bienvenida a todo aquél que busque asilo en Canadá<sup>3</sup>, mientras que la Canciller alemana, Ángela Merkel, ha promovido enérgicamente una alianza con África para aliviar la presión migratoria en Europa y reducir el tráfico de personas hacia dicho continente<sup>4</sup>. Incluso en nuestra región se observan claras manifestaciones en esta dirección: el Congreso brasileño sancionó la nueva “Ley de Migraciones” que derogó la antigua Ley de Extranjería, adoptada durante la última dictadura militar<sup>5</sup>; Michelle Bachelet, Presidenta chilena, en aras de eliminar la apatridia lanzó el Proyecto “Chile Reconoce”<sup>6</sup> y el Presidente Mauricio Macri, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017 amplió el espectro de impedimentos para el ingreso de extranjeros al país a la par en que acotó los plazos en los procesos de expulsión de aquellos migrantes en situación de irregularidad administrativa<sup>7</sup>.

En palabras de Catherine Dauvergne, nunca antes los temas relativos a la migración estuvieron en el centro de la escena política en tantos lugares al mismo tiempo, nunca antes la atención política a la migración había suscitado respuestas tan legalizadas y nunca antes la hostilidad hacia los migrantes ha sido tan generalizada como desagradable<sup>8</sup>.

Sin embargo, la migración de personas, que se aprecia como un fenómeno coyuntural, lejos de serlo, encierra una característica inherente al ser humano presente desde tiempos inmemoriales. Desde sus orígenes, hombres y mujeres

<sup>2</sup> “Donald Trump firma una orden ejecutiva que suspende la entrada a EE.UU. de refugiados y de los ciudadanos de ciertos países musulmanes”, *BBC Mundo, Sección Internacionales*, 28 de enero de 2017, disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38776156> (consultado el 4 de julio de 2017).

<sup>3</sup> “Bienvenidos a Canadá”: la respuesta del primer ministro Justin Trudeau a la orden ejecutiva de Trump que bloquea la llegada de refugiados a EE.UU.”, *BBC Mundo, Sección Internacionales* 30 de enero de 2017, disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38793098> (consultado el 4 de julio de 2017).

<sup>4</sup> VALERO, Carmen, “Angela Merkel pide una alianza con África que alivie la presión migratoria en Europa”, *El Mundo, Sección Internacional*, 12 de junio de 2017, disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2017/06/12/593ed0dce5fdea2f0a8b4574.html> (consultado el 4 de julio de 2017).

<sup>5</sup> “Brasil aprueba por unanimidad una ley de migración aperturista”, *Sputnik, Mundo, América Latina*, 19 de abril de 2017, disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201704191068487005-brasil-ley-migracion> (consultado el 4 de julio de 2017).

<sup>6</sup> “Lanzamiento del proyecto ‘Chile reconoce’”, *Prensa Presidencia*, 25 de mayo de 2017, disponible en: <https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=54290#> (consultado el 4 de julio de 2017).

<sup>7</sup> “Mauricio Macri firmó el decreto que modifica la Ley de Migraciones: cuáles son sus principales puntos”, *La Nación*, 30 de enero de 2017, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1980189-mauricio-macri-firmo-el-decreto-que-modifica-la-ley-de-migraciones-cuales-son-sus-principales-puntos> (consultado el 4 de julio de 2017).

<sup>8</sup> DAUVERGNE, Catherine, *The New Politics of Immigration and the End of Settler Societies*, Cambridge University Press, 2016, p. 1.

han migrado en busca de mejores condiciones de vida, ya sea para poblar otros lugares del planeta, para huir y sobrevivir a la violencia causada por conflictos armados o para evitar situaciones de racismo, persecución y discriminación.

Entre estos motivos, también debemos mencionar a la migración motivada por desastres naturales y el cambio climático, que se inscribe como una de las nuevas amenazas al goce de los derechos humanos<sup>9</sup>.

Ello no implica que esta última tipología de migración se trate de un fenómeno novedoso. Por el contrario, al retrotraernos en el tiempo se advierte que la historia cuenta con numerosos ejemplos de desplazamientos masivos de personas provocados por motivos ambientales. Probablemente, y a modo de disparador, uno de los primeros casos documentados puede encontrarse en las cartas que Plinio El Joven remitió a su amigo Cornelio Tácito atestiguando la erupción del Volcán Vesubio, que en el año 79 d.C. sepultó la ciudad de Pompeya, donde narró con extraordinario detalle cómo aquellas personas que rehuían a la caída de piedra pómez y a las cenizas, se movilizaron a lo largo de las playas cercanas a la ciudad con el objetivo de escapar en busca de protección<sup>10</sup>.

Pues bien, el hecho de que la movilidad humana motivada por desastres naturales y el cambio climático represente una amenaza actual obedece a que la coyuntura demuestra que “la mano del hombre” ha inducido a la aceleración y consecuente generación de repercusiones severas en el medioambiente, en particular en el aumento de ciertos fenómenos naturales<sup>11</sup>. De hecho, según estadísticas de la ONU, fenómenos como las sequías, las inundaciones, la degradación del suelo, la polución del agua, el aumento del nivel de los mares, el incremento de las olas de calor o las modificaciones en los patrones de las lluvias, han contribuido a provocar el 90% de los desastres ocurridos en los últimos veinte años<sup>12</sup>.

En este contexto, la migración impulsada por motivos ligados al medioambiente —sean naturales o inducidos por el hombre— surge como “parte normal de la adaptación al cambio, proveyendo un medio para escapar al peligro e incrementar la resiliencia”<sup>13</sup>. El desplazamiento de personas representa una estrategia razonable de supervivencia frente a la amenaza que los desastres naturales y el cambio climático imponen a la vida, a la seguridad y a otros derechos

<sup>9</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, “Hacia un cambio de paradigma en el abordaje de los desastres naturales”, en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Año II, N° 2, Buenos Aires, Noviembre, 2013, p. 101.

<sup>10</sup> *The Last Day of Pompeii, Pliny's Letters*, disponible en: <https://www.awesomestories.com/pdf/make/143571> (consultado el 5 de junio de 2017).

<sup>11</sup> Panel Internacional sobre el Cambio Climático, *Cambio Climático 2007: Informe de Síntesis*, disponible en: [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4\\_syr\\_sp.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf).

<sup>12</sup> “El 90% de los desastres tiene relación con el clima, revela nuevo estudio de la ONU”, *Centro de Noticias ONU*, disponible en: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=33888#.WWaJA-vyvcc>.

<sup>13</sup> MC ADAM, Jane, “Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is not the Answer”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, N° 1, 2011, p. 1.



fundamentales de las personas<sup>14</sup>. A su vez, esta migración “conlleva falta de consentimiento, la negación o una disminución de la libertad de agencia”<sup>15</sup> y, por esta razón, tiene un carácter inminentemente forzado.

En rigor, mientras se estima que los desastres naturales y el cambio climático podrían constituir la mayor causal de migraciones en el futuro<sup>16</sup>, un reciente informe calcula que, al menos entre 2008 y 2016, 227,6 millones de personas se han desplazado como consecuencia de desastres naturales<sup>17</sup>. Más aún, de ceñirnos a las cifras correspondientes al año 2016 se entrevé que un total de 24,8 millones de personas —pertenecientes a 118 países diferentes— han abandonado sus hogares a raíz de desastres naturales repentinos<sup>18</sup>, representando un número superior a los 22,5 millones de refugiados por conflictos armados o violencia que estimó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en el mismo año<sup>19</sup>. Incluso ACNUR ha considerado que para el año 2050 un total de 200 millones de personas habrán abandonado su lugar de origen o de residencia habitual para reasentarse, ya sea dentro de las fronteras de su país o por fuera de ellas<sup>20</sup>.

Desde ya, no resulta una tarea fácil precisar la relación entre el medioambiente y el desplazamiento de personas. Ello plantea importantes desafíos puesto que los efectos del clima pueden potenciar un conjunto de factores complejos que tornan difusas las razones para determinar las causales del desplazamiento<sup>21</sup>. Entre estos pueden mencionarse los problemas económicos, sociales y políticos, la incidencia a la hora de profundizar algunos conflictos existentes y generar situaciones propicias para la ocurrencia de nuevos conflictos u otras circunstancias vinculadas al deterioro gradual de las condiciones medioambien-

<sup>14</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, *ob. cit.*, nota 2, p. 127.

<sup>15</sup> CORLET, David, *Stormy Weather. The Challenge of Climate Change and Displacement*, Sidney, University of New South Wales, 2008, p. 43.

<sup>16</sup> PICCHI, Marta, “Climate Change and the Protection of Human Rights: the issue of ‘Climate Refugees’”, en *US-China Law Review*, vol. 13, USA, 2016, p. 579.

<sup>17</sup> Internal Displacement Monitoring Center, *Global Report on Internal Displacement*, Mayo 2016, p. 32. Informe disponible en: <http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2017/pdfs/2017-GRID.pdf>.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>19</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2016*, Julio 2016, p. 13. Informe disponible en: <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/tendencias-globales-2016/>.

<sup>20</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Desplazamiento Forzoso en el contexto del Cambio Climático: Desafíos para los Estados en virtud del Derecho Internacional*, 20 de mayo, 2009, disponible en: [http://www.acnur.es/PDF/clima\\_desplazamientoforzoso\\_2009\\_20120910105221.pdf](http://www.acnur.es/PDF/clima_desplazamientoforzoso_2009_20120910105221.pdf).

<sup>21</sup> TRAORE CHAZALNOEL, Mariam - MOKHNACHEVA, Daria, “Environmental Migration: Human Rights and Legal Issues”, en *Insights on Law & Society*, American Bar Association, vol. 14.3, Washington, Spring 2014, p. 25.



tales, como la desertificación o la escasez de agua, que pueden afectar la subsistencia e impulsar la migración de personas<sup>22</sup>.

Sea del modo en que sea, lo cierto es que “la influencia del cambio medioambiental en la movilidad humana es ostensible y creciente”<sup>23</sup> y, en este marco, “el calentamiento global y el cambio climático son probablemente los más importantes nuevos factores [del desplazamiento]”<sup>24</sup>.

## 2. DESPLAZADOS INTERNOS Y ¿REFUGIADOS CLIMÁTICOS?

El concepto de “migrante medioambiental”, es definido por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) como:

personas o grupos de personas que debido a cambios repentinos, o progresivos, en el medio ambiente que afectan de manera adversa su vida, o sus condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus hogares o deciden hacerlo por voluntad propia, temporal o permanente, trasladándose a otro lugar dentro de su propio país o al extranjero<sup>25</sup>.

Ahora bien, la definición es clara en cuanto a que podrían distinguirse dos categorías de desplazados: aquellos que lo hacen dentro de las fronteras de su país y aquellos que las superan, abandonando el Estado en que se encuentran.

Según afirma ACNUR, “la mayoría de las personas que huyen de desastres repentinos y de evolución lenta permanece en su propio país, convirtiéndose en personas desplazadas internamente”<sup>26</sup>. De allí que las personas que, como consecuencia de desastres naturales y el cambio climático se desplazan dentro del territorio de su propio Estado o de aquél en que poseen su lugar de residencia habitual, encuadran en la definición de “desplazados internos” de conformidad con los Principios Rectores de los Desplazados Internos de 1998 (en adelante, Principios Rectores):

<sup>22</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, “Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzoso”, en LETTIERI, Martín (ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Universidad Nacional de Lanús, 2012, p. 132.

<sup>23</sup> GUTERRES, Antonio, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en *In Search of Shelter: Mapping the effects of Climate Change on Human Migration and Displacement*, mayo de 2009.

<sup>24</sup> GUTERRES, Antonio, *The Coming Storm*, Perspective, N° 1, 2010.

<sup>25</sup> Organización Internacional para las Migraciones, “Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático: Terminología, conceptos y estado de la cuestión para formuladores de políticas”, *Serie Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático*, Módulo 1, 2011, p. 2. Disponible en: <http://www.environmentalmigration.iom.int/iom-publications>.

<sup>26</sup> Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados de Naciones Unidas, “Desplazamiento por cambio climático y desastres”, *Guía Rápida del ACNUR*, mayo 2017, p. 2. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11175>.

Las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera internacional<sup>27</sup>.

Los Principios Rectores aseguran igualdad de trato a las personas internamente desplazadas por distintos motivos, entre ellos, los efectos del clima. Si bien “carece de fuerza vinculante, pues cae en el ámbito del *soft law*”<sup>28</sup>, este documento recoge principios y estándares elementales del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y, por analogía, del derecho internacional de los refugiados. En otras palabras, los Principios Rectores no reconocen nuevos derechos humanos a las personas desplazadas, por el contrario, tal como indica Juan Pablo Terminiello, “reafirman el hecho de que [los desplazados internamente] continúan gozando de los derechos reconocidos en los catálogos internacionales de derechos humanos (como el PIDCYP y PIDESC)”. Así, agrega el precitado autor, que su aporte fundamental radica en que clarifican el alcance y contenido de los deberes de los Estados, actuando de reaseguro para que respeten y garanticen las obligaciones asumidas en las distintas etapas que se dan en el desplazamiento interno<sup>29</sup>.

A su vez, los Principios Rectores han sido reconocidos en el seno de distintas organizaciones internacionales<sup>30</sup> y han sido llevados a la práctica, siendo legislados en diferentes Estados y en agencias humanitarias o aplicados al momento de regular situaciones de desplazamiento interno. Por su parte, la Unión Africana ha ido más allá al adoptar en 2009 un instrumento de carácter vinculante como lo es la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos —Convención de Kampala<sup>31</sup>.

Al tener presente que los Principios Rectores prevén la protección de las personas desplazadas internamente a causa de los desastres naturales y el cam-

<sup>27</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Principios Rectores de los desplazados internos*, E/CM.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

<sup>28</sup> ATAPATTU, Sumudu, “Climate change, human rights, and forced migration: implications for International Law”, en *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, Fall 2009, p. 7.

<sup>29</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, *ob. cit.*, nota 22, p. 155. Para mayor desarrollo, véase: COHEN, Roberta, *Introduction to the Guiding Principles on Internal Displacement*, International Conference on Kurdish Refugees and Internally Displaced Kurds, September 23, 2001.

<sup>30</sup> *Ibid.* En este punto, el autor cita distintos órganos, órganos subsidiarios u organizaciones que han reconocido, a través de sus resoluciones, los Principios Rectores de los desplazamientos internos. Entre otros, menciona al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y al Consejo Económico y Social (ECOSOC), a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) y una recomendación del Comité de Ministros de la Unión Europea (UE).

<sup>31</sup> Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos, adoptada por la Cumbre Extraordinaria de la Unión Africana, Kampala, Uganda, 22 de octubre de 2009.

bio climático, parecería que la comunidad internacional ha sido cuanto menos consciente de la incidencia que tienen estos factores en la generación de afluentes migratorios dentro de los límites del territorio de un Estado.

Sin embargo, como se ha dicho, hasta el momento no se ha logrado consensuar un instrumento que establezca obligaciones que garanticen el respeto y la protección de los derechos humanos de las personas desplazadas forzadamente que, a causa de desastres naturales y el cambio climático, cruzan una frontera internacional convirtiéndose *de facto* en refugiados.

Es un hecho que ha habido propuestas a tal fin, como aquella fomentada por Suiza y Noruega, conocida como la Iniciativa Nansen, o extensos documentos elaborados por organismos internacionales especializados, como la OIM o el ACNUR, que han llevado adelante el debate relativo a la protección y el estatuto de las personas desplazadas por razones medioambientales. Sin embargo, a nivel multilateral y en términos de instrumentación, no ha habido avances significativos en la materia sino referencias tímidas que aluden marginalmente a este asunto.

Entre los progresos más recientes puede mencionarse el Acuerdo de París<sup>32</sup>, tratado a partir del cual la comunidad internacional se ha concientizado definitivamente en combatir las consecuencias del cambio climático. En él, se han establecido una serie de obligaciones destinadas, principalmente, a reducir los efectos del calentamiento global a la par en que se ha reconocido que, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, los Estados deberán respetar, promover y tener presente las obligaciones asumidas en materia de derechos humanos y, entre otros, respecto de los migrantes. A su vez, los países que han firmado y ratificado el Acuerdo en cuestión, se han obligado a observar el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, entre cuyos objetivos se busca mitigar los desastres que provocan la migración masiva de personas<sup>33</sup>. Entonces, el Acuerdo de París tan sólo refiere a “migrantes”, sin hacer ninguna distinción entre quienes se desplazan dentro del país de origen o de residencia habitual y entre quienes cruzan una frontera internacional en busca de protección.

Por su parte, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas se adoptó, en septiembre de 2016, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes. Allí, de manera clara y por unanimidad, los Estados se comprometieron a atacar los factores que provocan o exacerban los grandes desplazamientos y con ello, asumieron la tarea de combatir la degradación del medio ambiente y asegurar la eficacia de las respuestas a los desastres naturales y los

<sup>32</sup> En vigor desde el 4 de noviembre de 2016, el Acuerdo de París se enmarca en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

<sup>33</sup> Marco de Sendai para la Reducción de Riesgos de Desastres 2015-2030, Tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas, 18 de marzo de 2015, disponible en: [https://www.unisdr.org/files/43291\\_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf](https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf).

efectos adversos del cambio climático<sup>34</sup>. Igualmente, los Estados hicieron notar “la Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático, aprobada en el marco de la Iniciativa Nansen”<sup>35</sup>. No obstante, en el sexto apartado de la Declaración, titulado “Compromisos en relación con los Refugiados”, no se advierte propuesta alguna respecto de cómo responder en favor de las personas desplazadas fuera de su país por motivos medioambientales.

En otras palabras, y sin perder de vista que los desastres naturales y el cambio climático desafían muchos de los mecanismos conceptuales, legales y organizacionales de larga data que se emplean para lidiar con el desplazamiento forzado de personas<sup>36</sup>, ninguno de los instrumentos multilaterales mencionados ha atinado a precisar una definición que ayude a categorizar a los desplazados fuera de su país de origen por motivos ambientales.

Por lo tanto, al considerar que los Principios Rectores de los Desplazados Internos representan el principal documento a la hora de establecer los derechos que corresponden a este grupo de personas, el desafío actual radica en acordar un instrumento que establezca quiénes son, cuáles son sus derechos y cómo deben los Estados proteger a las personas que abandonan su país de origen o de residencia habitual, intentando huir de los efectos adversos del clima. Estas personas carecen de un marco legal que atienda a sus necesidades de protección y al ingresar a otro Estado suelen permanecer en un “limbo legal” en detrimento de la vigencia y el respeto de sus derechos<sup>37</sup>.

Crear una categoría jurídica para estas personas y, con ella, un marco de protección específico y superador a las políticas migratorias que tienden a desvalorizar o a no considerar las causas medioambientales como una razón para emigrar, aunque necesario, no parece fácil. La determinación de una categoría jurídica significa precisar límites, establecer los elementos que la componen y para ello acordar una definición; sin embargo, la terminología utilizada cuando se debate la migración con relación a desastres naturales y cambio climático evoluciona de manera constante en respuesta al desarrollo político y legal en la materia, junto con la producción y proporción de información actualizada. Es por ello que, para hacer referencia a estos grupos, hoy día contamos con expresiones doctrinarias que, además de no tener ningún efecto jurídico, demuestran cómo la ausencia de consenso en torno a una definición refleja la complejidad de la discusión<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes*, A/71/L.1, 13 de septiembre de 2016, párr. 43.

<sup>35</sup> *Ibid.*, párr. 50.

<sup>36</sup> COHEN, Roberta - BRADLEY, Megan, “Disasters and Displacement: Gaps in protection”, *Journal of International Legal Studies*, vol. 1, Arlington, 2010, p. 3.

<sup>37</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, *ob. cit.*, nota 22, p. 135.

<sup>38</sup> TRAORE CHAZALNOEL, Mariam - MOKHNACHEVA, Daria, *ob. cit.*, nota 21, p. 27.

En tal sentido, puede rescatarse el aporte de Essam El-Hinnawi, académico egipcio que en torno a su trabajo *Environmental Refugees* (1985), preparado para el Programa de Desarrollo de Naciones Unidas, ha sido considerado el primero en acuñar —e introducir en el uso habitual— el concepto de “refugiado ambiental”. Esta noción, hace referencia a aquellas personas que se han visto forzadas a abandonar su hábitat tradicional, sea de manera temporaria o permanente, como consecuencia de una alteración ambiental marcada (natural y/o provocada por personas) que pone en peligro su existencia y/o que afecta seriamente su calidad de vida<sup>39</sup>.

Por su parte, Norman Myers, del *Climate Institute*, definió tempranamente a los “refugiados ambientales” como las personas que ya no pueden obtener un medio de vida seguro en sus países de origen debido a la sequía, la erosión del suelo, la desertificación u otros problemas ambientales, y por lo tanto están obligados a trasladarse a otro lugar, por más peligroso que sea el esfuerzo<sup>40</sup>.

En otro orden, Biermann y Boas han propuesto el término “refugiados climáticos” como una categoría separada de los “refugiados ambientales”, entendiendo que el camino para acordar una definición y categorizar a estos grupos debe comenzar por la exclusión de aquellos factores que no pueden reputarse como causales directas para determinar el desplazamiento. Así, consideran que no puede hacerse alusión a los “refugiados climáticos” en aquellos casos en que 1) el impacto climático tiene un vínculo marginal con la migración forzada, 2) cuando las medidas adoptadas para mitigar o adaptarse al cambio climático generan desplazamientos forzados, 3) cuando otros factores, como los accidentes industriales o los desastres naturales no inducidos por la actividad humana provocan que las personas abandonen sus hogares y 4) cuando la migración es, indirectamente, causada por conflictos suscitados en torno a la escasez de recursos naturales producto del impacto del cambio climático<sup>41</sup>.

Tal como se ha dicho, ninguna de estas definiciones tiene alcance legal o fuerza vinculante, e incluso han sido criticadas por ser conceptualmente pobres y confusas<sup>42</sup>. Por ello, si bien a lo largo de esta presentación he empleado —y emplearé— la noción de “refugiado climático” con el único fin de unificar en este término a todas las personas que buscan protección y cruzan una frontera internacional como consecuencia de los desastres naturales y el cambio climá-

<sup>39</sup> KEANE, David, “The environmental Causes and Consequences of Migration: a search for the meaning of ‘Environmental Refugees’”, en *International Environmental Law Review*, vol. 209, Georgetown, 2004, p. 210.

<sup>40</sup> MYERS, Norman, *Environmental exodus: an emergent crisis in the global arena*, Climate Institute, Washington DC, June 1995, p. 14.

<sup>41</sup> BIERMANN, Frank - BOAS, Ingrid, “Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees”, en *Global Governance*, Working paper N° 33, November 2007, pp. 6-7.

<sup>42</sup> KIBREAB, Gaim, “Migration, environment and refugeehood”, en ZABA, Basia - CLARKE, John (eds.), *Environment and Population Change*, International Union for the Scientific Study of Population, Belgium, Derouaux Ordina Editions, pp. 115-129.

tico, debe aclararse que generalmente los conceptos de “refugiado ambiental” y “refugiado climático” son utilizados de manera intercambiable para hacer referencia a cuestiones de protección, pero su uso es inapropiado<sup>43</sup>.

### 3. DIFICULTADES Y DESAFÍOS EN TORNO A UNA DEFINICIÓN UNIVERSAL DE “REFUGIADOS CLIMÁTICOS”

Las personas desplazadas forzosamente como consecuencia de los desastres naturales y el cambio climático, si bien son sujetos de derecho amparados por las normas del derecho internacional de los derechos humanos, como señalé con anterioridad se encuentran en un limbo legal. Carecen de cualquier estatuto jurídico que determine el alcance de sus derechos y obligaciones. La ausencia de protección, además de profundizar la situación de vulnerabilidad de este grupo de personas, puede traducirse en una mayor exposición a expulsiones o deportaciones, en obstáculos para ejercer el derecho a residir, al riesgo de detenciones migratorias, indocumentación, o en el impedimento al acceso a derechos básicos como la salud, el trabajo y la educación<sup>44</sup>.

No obstante, mientras subsiste la falta de un instrumento internacional que aborde esta problemática, las posiciones respecto de la utilización del término “refugiados climáticos”, varían entre quienes consideran que representa “una acepción vaga o un mito”<sup>45</sup> y quienes entienden que es necesario desarrollar un término que establezca específicamente quién migra por razones vinculadas al clima pues, como ya hemos señalado, resulta sumamente dificultoso categorizar entre quienes pueden desplazarse por motivos económicos, sociales o políticos<sup>46</sup>. Es evidente que el consenso respecto de la definición de una categoría unívoca y universalmente aceptada cuenta con numerosos obstáculos que dificultan un acuerdo, mientras que plantean un verdadero desafío metodológico.

Ahora bien, recordemos que la definición de “refugiado” prevista en el art. 1º de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, conforme su Protocolo de 1967<sup>47</sup>, establece que puede ser incluido en dicha definición aquel:

<sup>43</sup> Organización Internacional para las Migraciones, “Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático: Terminología, conceptos y estado de la cuestión para formuladores de políticas”, *ob. cit.*, nota 19, p. 3.

<sup>44</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, *ob. cit.*, nota 22, p. 158.

<sup>45</sup> BLACK, Richard, *Environmental Refugees: myth or reality?*, UNHCR Working Paper N° 34, March 2001.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 21-26.

<sup>47</sup> Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. El principal aporte del Protocolo en cuestión, es que excluye las limitaciones temporales y geográficas que establecía la Convención de 1951, en donde señalaba que sería considerado refugiado todo aquél que hubiese abandonado su país de origen o de residencia habitual antes del 1º de enero de 1951 y dentro del continente europeo.



Que debido a fundados temores de ser perseguido 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<sup>48</sup>.

Al indagar en los debates en torno a la creación de la categoría de “refugiados climáticos”, razonablemente la primera de las opciones que suele considerarse para abarcar a este grupo de personas es la ampliación de la precitada definición de “refugiado”. Desde el año 2001 se ha intensificado esta idea, a la par en que se ha criticado la rigidez de la definición convencional<sup>49</sup>.

Aquellos a favor de esta postura entienden que la definición de la Convención de 1951 es anticuada y no contempla muchos de los desafíos presentes en la actualidad. Más aún, consideran que una definición de “refugiado” con enfoque en derechos humanos resultaría superadora a la vigente, por cuanto el derecho de los derechos humanos ofrece una protección mayor a las personas y que una versión ampliada ofrecería protección también a quienes se ven obligados a emigrar como consecuencia de causas ambientales como los desastres naturales, la degradación ambiental, etc.<sup>50</sup>.

Otros, como Stephen Castles, han propuesto que se establezca un régimen de protección más amplio que abarque todas las categorías de personas desplazadas forzosamente, incluidas aquellas que lo hacen por desastres naturales y el cambio climático<sup>51</sup>.

Quienes resisten esta iniciativa creen que ello podría traer efectos negativos. En este sentido, se especula con que la expansión del estatuto de refugiado podría debilitar la concepción actual del derecho al asilo, en tanto derecho humano reconocido universalmente, pues ampliaría las discreciones de los gobiernos para garantizar o denegar el asilo. En esta misma línea, utilizar el término “refugiado climático” en el marco del art. 1º de la Convención del 1951, para referirse a todas las personas forzadas a abandonar sus hogares como consecuencia de desastres naturales y del cambio climático, sólo favorecería la

<sup>48</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 1 a), Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

<sup>49</sup> PICCHI, Marta, *ob. cit.*, nota 16, p. 579.

<sup>50</sup> HAVARD, Brooke, “Seeking Protection: Recognition of Environmentally Displaced Persons under International Human Rights Law”, *Villanova Environmental Law Journal*, vol. 18, Issue 1, Villanova, 2007, p. 15.

<sup>51</sup> CASTLES, Stephen, “Environmental Change and Forced Migration: making sense of the debate”, en *Evaluation & Policy Analysis Unit, United Nations High Commissioner for Refugees*, Working Paper N° 70, October 2002, p. 10.

perdida de distinción que torna a los refugiados merecedores de protección. Del mismo modo, se cree que empañaría la responsabilidad de los gobiernos nacionales e incluso, podría obstaculizar la prestación de una atención significativa de soluciones y acciones en favor de los diferentes grupos ya contemplados en la definición vigente<sup>52</sup>.

Las críticas a la extensión de la definición de “refugiado” parecerían más bien fundadas en percepciones —o presunciones— relacionadas con el impacto que semejante medida traería en términos de política migratoria y en la respuesta de los gobiernos en detrimento de aquellas personas ya reconocidas por el estatuto.

Sin embargo, mencionamos con anterioridad que esta tipología de migración desafía, entre otras cosas, el andamiaje jurídico vigente. Ello obedece a que, como veremos a continuación, la definición provista por el art. 1º de la Convención de 1951, no cuenta con resquicios legales que permitan “elastizar” o flexibilizar sus términos para incorporar a los “refugiados climáticos”.

Inicialmente, la expresión “fundados temores de ser perseguido” es esencial en el entramado metodológico de la definición, pues representa el elemento principal para gozar la condición de refugiado. El “temor”, como aspecto subjetivo, exige una base objetiva que resulta de la motivación que genera este sentimiento. De allí se deduce que, el temor, debe estar “fundado” en una razón ecuánime<sup>53</sup>. Asimismo, la palabra “persecución” si bien no cuenta con una definición universalmente válida, conforme el ACNUR comprende “abusos o daños graves de los derechos humanos, a menudo pero no siempre con elemento sistemático o repetitivo”<sup>54</sup>, que provengan de agentes estatales o no estatales. Esta última debe estar asociada a la raza, religión, nacionalidad, a un grupo social determinado u opinión política.

El “Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado” del ACNUR, destaca que la persecución resulta de la actuación de las autoridades de un país o de sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país<sup>55</sup>. De allí que esta afirmación excluye la posibilidad de que, los desastres naturales y el cambio climático, actúen como agentes de persecución.

De todos modos, aun cuando pudiéramos aceptar que estos factores representan un agente de persecución, se advierte otro obstáculo que es el de

<sup>52</sup> OGATA, Sadako, “United Nation High Commissioner for Refugees, Statement at the Swiss Peace Foundation”, Geneva, October 30, 1992, disponible en: <http://www.unhcr.org/admin/ADMIN/3ae68fad20.html>.

<sup>53</sup> ACNUR, *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2001, párr. 11.

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>55</sup> ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1992, párr. 65.



establecer la relación causal entre el motivo que genera un temor fundado y la persecución sufrida, pues el primero debe ser un determinante para que el refugiado en cuestión experimente la persecución. Por lo tanto, los desastres naturales o el cambio climático no se aprecian como amenazas concretas, sino más bien generales, que afectan indiscriminadamente a la población de un área específica pero sin establecer distinciones particulares<sup>56</sup>.

Cuando se analizan los motivos por los cuales una persona podría sufrir un temor fundado de persecución, es claro que la raza, la religión, la nacionalidad y la opinión política no justificarían la inclusión de las personas desplazadas forzosamente por desastres naturales y el cambio climático. A su vez, la suposición de que cabría incluirlos en la noción de “grupo social determinado”, no resulta admisible. Al respecto, el ACNUR ha establecido que este motivo “suele comprender personas de antecedentes, costumbres o condición social similares”, mientras que destaca que podrían “coincidir con sus temores de serlo también por otros, por ejemplo, su raza, su religión o su nacionalidad”<sup>57</sup>. Incluso, el mero hecho de pertenecer a determinado grupo social puede no ser suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado, pues debe demostrarse que, como grupo, no se confía en la lealtad a los poderes públicos o porque se considera que las opiniones políticas, los antecedentes o la actividad económica de sus miembros, o la existencia misma del grupo social como tal, son un obstáculo a la política gubernamental<sup>58</sup>.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, la Declaración de Cartagena de 1984 (en adelante, Declaración) establece aquella que se conoce como la definición ampliada o regional de refugiado, la cual indica que corresponde la condición de tal, a “las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”<sup>59</sup>.

La Declaración, si bien en principio no es vinculante para los Estados ha sido receptada en las distintas normativas nacionales de Centroamérica y Sudamérica en materia de refugiados, e incluso algunos autores afirman que existiría una costumbre regional respecto a otros contenidos de la Declaración<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, *ob. cit.*, nota 22, pp. 160-161.

<sup>57</sup> ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1992, párr. 77.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 78-79.

<sup>59</sup> Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Conclusión Tercera, Documento Adoptado por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

<sup>60</sup> LETTIERI, Martín - PÉREZ PÉREZ, Alberto, “Uruguay, ‘País de refugio y reasentamiento’”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, N° 27, Montevideo, 2008-2009, p. 125.

Como mencionaba, la definición asentada en la Declaración de Cartagena amplía aquella de la Convención de 1951, brindando nuevos elementos para determinar cuándo podrá concederse la condición de refugiado a aquellas personas cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas. En este contexto, se ha intentado encuadrar a los desplazados forzosamente por desastres naturales y el cambio climático aludiendo la causal de “otras circunstancias que perturben gravemente el orden público”. Sin embargo, al abordar los antecedentes que han examinado cuáles son los alcances de este motivo en particular, el documento presentado por el Grupo de Expertos para la Conferencia Internacional sobre Refugiados de América Central (CIREFCA) parecería echar por tierra esta idea. En este sentido, estableció que la definición que propone la Declaración de Cartagena contiene cuatro elementos del derecho internacional humanitario: los conceptos de violencia generalizada, agresión externa, conflictos internos y otras circunstancias que perturben seriamente el orden público, que, deben comprenderse a la luz del derecho humanitario relativo a los conflictos armados<sup>61</sup>. En concreto, el Grupo de Expertos precisó que las “otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”, deben ser resultado de “actos del hombre y no de desastres naturales”, por cuanto este concepto incluye “disturbios y tensiones internas, tales como motines, actos de violencia aislados y esporádicos u otros actos de naturaleza similar”<sup>62</sup>.

Más cercano en el tiempo, en el marco de la Reunión de Expertos para la Interpretación de la Definición Ampliada de Refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, llevada a cabo en Montevideo, Uruguay, en octubre de 2013, se propuso un nuevo enfoque sobre la noción de “otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. Al respecto, se consideró que la inclusión de la expresión “otras” podría reflejar la intención de proporcionar a los Estados cierta flexibilidad para garantizar protección en situaciones que “o bien no alcanzan el umbral de violencia de las otras cuatro situaciones reflejadas en la definición de refugiado de Cartagena, o no coinciden con el carácter de las otras”. Seguidamente, se indicó que si bien “queda

<sup>61</sup> CIREFCA/89/9, *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, en Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989, párr. 29-34. Este documento fue presentado en la reunión celebrada en Antigua, Guatemala, los días 25 y 26 de enero de 1989 al Comité Preparatorio de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, y fue preparado por el Grupo de Expertos integrado por el Dr. Héctor Gros Espiell, vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la Dra. Sonia Picado, jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y directora ejecutiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; y el Dr. Leo Valladares Lanza, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Comité Preparatorio decidió presentarlo a la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, la que en su reunión del 12 al 14 de abril de 1989, llevada a cabo en Guatemala, consideró “que puede servir como marco de referencia y orientación a los Estados, en el tratamiento de los problemas de los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos”.

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 33.

a discreción de los Estados adoptar como interpretación que la definición de refugiado de Cartagena puede proporcionar protección a las personas que huyen de desastres naturales, por ejemplo, se aceptó que tal enfoque no está vedado”<sup>63</sup>.

De lo expuesto se deduce que, en la región latinoamericana, la noción de “otras circunstancias que perturben gravemente el orden público”, podría favorecer —aunque no fuera lo más recomendable— la concesión del estatuto de refugiado a aquellas personas desplazadas forzosamente a causa de desastres naturales y el cambio climático. En rigor, países como México y Perú lo han hecho con relación a los haitianos que, masivamente, abandonaron la isla caribeña luego del terremoto suscitado en enero de 2010. Sin embargo, esta no parecería la respuesta adecuada al complejo desafío que plantea esta modalidad de desplazamiento.

Por su parte, también debe mencionarse que en el ámbito africano, los países de la región han implementado de manera amplia la definición propuesta en el art. 1.2 de la Convención sobre Refugiados de la Unión Africana de 1969<sup>64</sup>, que ha inspirado a la acordada en la Declaración de Cartagena de 1984. En tal sentido, durante las sequías suscitadas entre 2011 y 2012 en el Cuerno de África, los Estados regionales aplicaron la definición para las personas que huyeron de Somalia. Esta determinación se basó en el reconocimiento de que la hambruna ponía en riesgo la vida de quienes se desplazaban, que no existían autoridades nacionales con la capacidad de ayudarles y que el conflicto en curso y la violencia limitaban considerablemente la capacidad de las organizaciones internacionales de brindar protección y asistencia a los somalíes durante la hambruna. Por consiguiente, la situación se consideró como un acontecimiento que “perturba gravemente el orden público parcial o total” del país que “obligaba” a las personas a buscar protección en el extranjero<sup>65</sup>.

Sin embargo, el hecho de que en la Declaración de Cartagena o en la Convención sobre Refugiados de la Unión Africana se encuentren respuestas a la situación de personas desplazadas fuera de un Estado como consecuencia de los desastres naturales y el cambio climático, además de postergar un enrevesado

<sup>63</sup> ACNUR, Reunión de Expertos. Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, Montevideo, Uruguay, 15 y 16 de octubre de 2013, *Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984*, párr. 26.

<sup>64</sup> Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los Refugiados en África, Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones, en Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969. El art. 1.2 define a los refugiados como: 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.

<sup>65</sup> “Agenda para la protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático, Resumen Ejecutivo, Iniciativa Nansen”, marzo de 2015, párr. 56.

y necesario debate respecto del deber y alcance de esa protección, favorece la implementación de políticas parciales y temporales que no abordan acabadamente los diferentes escenarios que pueden presentarse en los desplazamientos provocados por el medioambiente como por ejemplo, la situación de aquellos que se desplazan como consecuencia de los efectos del proceso lento del cambio climático<sup>66</sup>.

Ahora bien, entre los desafíos en la materia encontramos diferentes propuestas que podrían, en primer lugar, definir a quiénes corresponde incluir en la categoría de “refugiados climáticos”, y en segundo lugar, no menos importante, establecer un instrumento que indique los principios, directrices y derechos que corresponderían a estas personas junto con los mecanismos estatales para proteger a estos grupos en situación de vulnerabilidad.

Inicialmente uno de los desafíos planteados ha sido ampliar los mencionados Principios Rectores de los Desplazados Internos de 1998 con el objetivo de incluir a las “migraciones motivadas por el medioambiente” y con ello incluir a los “refugiados climáticos”. No obstante, la crítica recurrente a esta propuesta radica en la carencia de fuerza vinculante del instrumento en cuestión y la discrecionalidad que su implementación supone pues dependerá de la voluntad estatal respetar los lineamientos allí asentados, ya sea actuando directamente o incorporando los estándares fijados en el ámbito doméstico. Pocos han sido los gobiernos que lo han hecho y, a menudo, mediante leyes o políticas incompletas<sup>67</sup>. Sin embargo, ello no quita fuerza a la idea de que, establecer un conjunto de principios directrices o guías “pueda ser la vía más prometedora a fin de fortalecer el consenso acerca de los derechos de los desplazados ambientales que cruzan una frontera”<sup>68</sup>.

En otro orden, contamos con aportes como el de Dana Falstrom, quien ha propuesto la creación de una nueva convención para personas desplazadas por los efectos adversos del medioambiente. Así, la autora destaca que para lograr tal cometido debería tomarse como modelo la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes pues provee un balance equilibrado entre las obligaciones positivas que deben asegurar los Estados y los derechos garantizados a los individuos. Al respecto, señala que la combinación de actos afirmativos, incluyendo medidas legislativas, administrativas y judiciales, investigaciones prontas e imparciales, iniciativas de educación y entrenamiento, sumado al requerimiento de informes exhaustivos, han contribuido al éxito de dicha Convención. Por lo tanto, Falstrom sostiene que, para lograr su objetivo, una convención para personas desplazadas por los efectos adversos del medioambiente debe contar con los siguientes elementos: a) una definición que establezca quiénes podrían resultar protegidos por dicha Convención, b)

<sup>66</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, *ob. cit.*, nota 22, p. 161.

<sup>67</sup> PICCHI, Marta, *ob. cit.*, nota 16, p. 580.

<sup>68</sup> COHEN, Roberta - BRADLEY, Megan, *ob. cit.*, nota 36, p. 26.

protección temporaria, c) derechos para las personas protegidas por el tiempo en que dure su permanencia en el país de acogida, d) obligaciones estatales positivas, e) establecer ciertas conductas ilegales en el derecho doméstico —como por ejemplo, actos de sabotaje ambiental como aquellos causados por compañías petroleras en Nigeria-, y f) programas de educación que faciliten la instrucción en prácticas como la agricultura sustentable o la conservación del agua<sup>69</sup>.

De igual manera, en el contexto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, se ha debatido la opción de agregar un Protocolo específico que aborde la cuestión de la migración inducida por el cambio climático, y que sirva de instrumento para reconocer, proteger y reasentar a los “refugiados climáticos”. De hecho, en el marco de las negociaciones del Acuerdo de París, el Parlamento Europeo adoptó una Recomendación en que hizo notar con preocupación que los “refugiados climáticos” (sic) deberían recibir protección efectiva y el apoyo de la comunidad internacional. Así, señalaron que los efectos del cambio climático han obligado a millones de personas a desplazarse y que, por tanto, los países desarrollados deberían encontrar los medios para hacer frente a esta problemática, ya que el estatuto de “refugiado climático” aún no está reconocido y ante el vacío legal, no pueden beneficiarse de la condición de refugiado<sup>70</sup>.

Estas opciones, aunque razonables, tienen obstáculos significativos, siendo la voluntad política el principal. A ello debe agregarse que la mayor cantidad de Estados receptores de afluentes masivos de refugiados, tienden a apoyar políticas de neto corte restrictivo, y en el contexto actual, de crecientes medidas de “securitización”<sup>71</sup>, la tendencia no es justamente aquella que busca mejorar la protección de estos grupos<sup>72</sup>.

Por otra parte, se ha avanzado en el intento de atribuir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Consejo de Seguridad) un mandato específico, bajo el presupuesto de que los desastres naturales y el cambio climático representan una amenaza a la paz y a la seguridad internacional. No obstante, se ha criticado esta moción por cuanto la introducción de la problemática relativa al

<sup>69</sup> FALSTROM, Dana Z., “Stemming the Flow of Environmental Displacement: Creating a Convention to Protect Persons and Preserve the Environment”, en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 18, Colorado, 2001, pp. 9-11.

<sup>70</sup> Parlamento Europeo, *Hacia un nuevo acuerdo internacional sobre el clima en París*, Resolución (2015/2112[INI]), 14 de octubre de 2015, párr. 66-71.

<sup>71</sup> En palabras de Lelio Mármora, el modelo de “securitización” como eje de políticas migratorias, tiene a la seguridad nacional, social, cultural y laboral del país en el foco. Dentro de esta visión, el migrante es visto como una amenaza potencial debido a su posible vinculación con el terrorismo internacional o bien al narcotráfico, a la delincuencia en general. De allí que se restringen sus derechos, bajo una perspectiva que se focaliza en la condición de regularidad o la nacionalidad. Para mayor información sobre este punto, véase: MÁRMORA, Lelio, “Modelos de gobernabilidad migratoria. La perspectiva política en América del Sur”, en *REMHU - Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, vol. 18, N° 35, Julio-Diciembre, 2010, pp. 76-77.

<sup>72</sup> BIERMANN, Frank - BOAS, Ingrid, *ob. cit.*, nota 41, p. 10.

cambio climático en la agenda del Consejo de Seguridad, ha despertado la inquietud de varios países en desarrollo que temen que, aludiendo a este mandato, el órgano en cuestión extienda su influencia a los asuntos internos de los Estados, más precisamente con relación a sus políticas migratorias. A su vez, se cree que el Consejo de Seguridad carecería de legitimidad para llevar adelante esta tarea, toda vez que sus cinco miembros permanentes (Estados Unidos, China, Rusia, Reino Unido y Francia), a la par en que contribuyen con la mayor producción de gases de efecto invernadero, tienen poder de veto para obstaculizar cualquier medida que se tome en este entorno. Por último, dado que las funciones del Consejo de Seguridad son preservar la paz y la seguridad internacional y, de ser necesario, autorizar el uso de la fuerza, no parecería justificado potenciar el rol del Consejo de Seguridad cuando las cuestiones relacionadas con el ambiente poseen una naturaleza completamente diferente a las atribuciones que les han delegado los Estados a este órgano<sup>73</sup>.

Asimismo, se han sugerido ideas más innovadoras, como la efectuada por Biermann y Boas. Ellos entienden que la situación de los “refugiados climáticos” está relacionada esencialmente al desarrollo económico y, por ende, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) junto con el Banco Mundial deberían encargarse de la protección de sus derechos en coordinación con la adaptación de programas específicos para cada país. Los autores consideran que, en tal caso, la labor del ACNUR debería limitarse a la coordinación de repuestas ante una emergencia y la provisión de asistencia a aquellos países que no pueden absorber los impactos del cambio climático, como los pequeños Estados insulares<sup>74</sup>.

Por último, una de las propuestas más reveladora, ya mencionada con anterioridad, ha surgido con la Iniciativa Nansen, un proceso consultivo lanzado en octubre de 2012 y liderado por Suiza y Noruega, cuyo propósito es identificar prácticas eficaces en torno a la respuesta que se brinda a las personas desplazadas forzadamente por los desastres naturales y el cambio climático, en miras a generar consenso respecto a principios y elementos fundamentales para responder a las necesidades de protección y asistencia<sup>75</sup>.

En tal sentido, la Iniciativa Nansen ha confeccionado la Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de fronteras en el contexto de Desastres y Cambio Climático (Agenda), donde se destaca que al menos 50 países en décadas recientes han acogido a personas tras la ocurrencia de desastres, o se han abstenido de devolverlas, especialmente en casos de desastres ocasionados por tormentas tropicales, inundaciones, sequías, tsunamis y terremotos. Sin embargo, revela que al explorar las leyes que en tales casos se implementan,

<sup>73</sup> PICCHI, Marta, *ob. cit.*, nota 16, p. 580.

<sup>74</sup> BIERMANN, Frank - BOAS, Ingrid, *ob. cit.*, nota 41, pp. 17-18.

<sup>75</sup> “Agenda para la protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático”, *ob. cit.*, nota 65, p. 1.



la actuación de las instituciones competentes o las repuestas operativas, existe falta de preparación técnica y en la mayoría de los casos esto da lugar a respuestas ad hoc<sup>76</sup>.

Finalmente, en la Agenda se ha conceptualizado un enfoque integral para abordar el desplazamiento, se han propuesto medidas para manejar el riesgo de que estos desplazamientos ocurran, se ha compilado una amplia gama de prácticas eficaces y se han identificado los ámbitos prioritarios de actuación por parte de los Estados, las organizaciones subregionales, la comunidad internacional y la sociedad civil. Sin embargo, la Iniciativa Nansen deja en claro que no apunta a “proponer una nueva convención internacional vinculante para el desplazamiento a través de fronteras internacionales” y, tampoco, pretende ampliar las obligaciones legales de los Estados bajo las leyes internacionales sobre refugiados y las normas internacionales de derechos humanos, para incluir a las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres naturales y el cambio climático<sup>77</sup>. Por lo tanto, puede concluirse que la Iniciativa Nansen actúa de guía, como instrumento *soft law*, para brindar un mejor abordaje a las situaciones de desplazamiento a través de fronteras en el contexto de desastres naturales y cambio climático.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

Las personas desplazadas como consecuencia de los desastres naturales y el cambio climático, como categoría jurídica, no tienen nombre. A pesar de que la comunidad internacional ha tomado nota de la problemática, los “refugiados climáticos” se encuentran indefinidos e (in)defendidos, pues al margen de los derechos humanos que alcanzan a toda persona, no cuentan con un catálogo de derechos específicos provistos por un instrumento de derecho internacional. No pueden pedir asilo bajo las reglas vigentes pues no encuadran en la definición universal de “refugiado” y en términos regionales, la protección que se ha brindado no resulta suficiente para abordar integralmente la situación de quienes se desplazan por razones medioambientales y cruzan una frontera internacional.

Desde ya, puede argüirse que toda definición como tal excluye. Sin embargo, es crucial llegar a un acuerdo sobre las definiciones y términos apropiados para referirse a los “refugiados climáticos” por cuanto ello ayudará no sólo a brindar los medios jurídicos adecuados para garantizar la protección de sus derechos humanos, sino a mejorar las políticas y las respuestas operativas a los movimientos de población y generará estadísticas apropiadas que dependen de las definiciones para identificar quiénes de los que migran lo hacen por razones ambientales.

Por lo pronto, creo que la falta de una definición universal vinculante de los “refugiados climáticos” y la consecuente laguna jurídica existente a la fecha,

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ibid.*, pp. 2-3.

debe cubrirse con instrumentos *soft law* por cuanto representan un primer paso, tal vez insuficiente pero necesario, para hacer aún más visible la problemática. Esta propuesta, debería verse potenciada con los avances logrados en esta dirección por la agenda global en proceso, que ha alcanzado resultados sumamente alentadores. La Iniciativa Nansen es una prueba de ello, puesto que, en un escenario internacional cada vez más reactivo a nuevas convenciones, ha enseñado prácticas eficaces de ciertos Estados o ha delineado estrategias de gobernabilidad migratoria que servirán de herramienta para disminuir el impacto de los desplazamientos transfronterizos causados por motivos ambientales.

Con esto en miras, la comunidad internacional deberá seguir avanzando hacia la concreción de proyectos con carácter jurídico obligatorio. En tal sentido, las propuestas mencionadas en el texto, junto con otras manifestaciones tangibles como el proyecto de artículos sobre la Protección de las Personas en Casos de Desastre de la ONU o el proyecto de Convención sobre el Estatuto de los Desplazados Ambientales impulsado por la Université de Limoges, resultan demostraciones que cuanto menos invitan a pensar que, un instrumento de esta índole, no es una mera expresión de deseos.

La Revolución Rusa de 1917 representó el primer hito de la historia moderna que hizo visible la situación de los refugiados quienes, huyendo de la naciente Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de un contexto de violencia y persecución, buscaban asilo en tierras ajenas. Este evento, que motivó la intervención de la Sociedad de las Naciones, terminaría siendo el puntapié para que, años más tarde, se creara el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y, luego, se firmara la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. A un siglo de aquel evento y en un mundo que afronta otros desafíos, como los desastres naturales y el cambio climático, es momento de que los Estados sean conscientes de esta realidad que exigirá del involucramiento de todos para arribar a un acuerdo que, guiado por los principios fundamentales de derechos humanos, de humanidad, de dignidad humana y de cooperación internacional, por fin, logre definir a los “refugiados climáticos” y, con ello, establecer su derecho a tener derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

### *Doctrina*

- ATAPATTU, Sumudu, “Climate change, human rights, and forced migration: implications for International Law”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, Wisconsin, Fall 2009.
- BIERMANN, Frank y BOAS, Ingrid, “Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees”, en *Global Governance*, Working paper N° 33, November 2007.



- BLACK, Richard, *Environmental Refugees: myth or reality?*, UNHCR Working Paper N° 34, March 2001.
- CASTLES, Stephen, “Environmental Change and Forced Migration: making sense of the debate”, *Evaluation & Policy Analysis Unit, United Nations High Commissioner for Refugees*, Working Paper N° 70, October 2002.
- COHEN, Roberta - BRADLEY, Megan, “Disasters and Displacement: Gaps in protection”, en *Journal of International Legal Studies*, vol. 1, Arlington, 2010.
- CORLET, David, *Stormy Weather The Challenge of Climate Change and Displacement*, Sidney, University of New South Wales, 2008.
- CHAZALNOEL, Mariam Traore - MOKHNACHEVA, Daria, “Environmental Migration: Human Rights and Legal Issues”, en *Insights on Law & Society*, American Bar Association, vol. 14.3, Washington, Spring 2014.
- DAUVERGNE, Catherine, *The New Politics of Immigration and the End of Settler Societies*, Cambridge University Press, 2016.
- FALSTROM, Dana Z., “Stemming the Flow of Environmental Displacement: Creating a Convention to Protect Persons and Preserve the Environment”, en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 18, Colorado, 2001.
- GUTERRES, Antonio - Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *In Search of Shelter: Mapping the effects of Climate Change on Human Migration and Displacement*, Ginebra, mayo de 2009.
- HAVARD, Brooke, “Seeking Protection: Recognition of Environmentally Displaced Persons under International Human Rights Law”, en *Villanova Environmental Law Journal*, vol. 18, Issue 1, Pennsylvania, 2007.
- KEANE, David, “The environmental Causes and Consequences of Migration: a search for the meaning of ‘Environmental Refugees’”, en *International Environmental Law Review*, vol. 209, Georgetown, 2004.
- KIBREAB, Gaim, “Migration, environment and refugeehood”, en ZABA, Basia Yaba - CLARKE, Johnlarke (eds.), *Environment and Population Change*, International Union for the Scientific Study of Population, Belgium, De-rouaux Ordina Editions, 1994.
- LETTIERI, Martin - PÉREZ PÉREZ, Alberto, “Uruguay, ‘País de refugio y reasentamiento’”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, N° 27, Montevideo, 2008-2009.
- MÁRMORA, Lelio, “Modelos de gobernabilidad migratoria. La perspectiva política en América del Sur”, en *REMHU – Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, vol. 18, N° 35, Julio-Diciembre, 2010.
- MC ADAM, Jane, “Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is not the Answer”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, N° 1, The Hague, 2011.
- MYERS, Norman, *Environmental exodus: an emergent crisis in the global arena*, Washington DC, Climate Institute, June 1995.

OGATA, Sadako, United Nation High Commissioner for Refugees, Statement at the Swiss Peace Foundation, Geneva, October 30, 1992, disponible en: <http://www.unhcr.org/admin/ADMIN/3ae68fad20.html>.

PICCHI, Marta, “Climate Change and the Protection of Human Rights: the issue of ‘Climate Refugees’”, en *US-China Law Review*, vol. 13, Illinois, 2016.

TERMINIELLO, Juan Pablo, “Hacia un cambio de paradigma en el abordaje de los desastres naturales”, en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Año II, N° 2, Buenos Aires, noviembre, 2013.

— “Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzoso”, en LETTIERI, Martín Lettieri (ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Universidad Nacional de Lanús, 2012.

### *Informes*

ACNUR, *Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2001.

— *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1992, párr. 65.

— Reunión de Expertos. Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, Montevideo, Uruguay, 15 y 16 de octubre de 2013, *Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984*.

— *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2016*, Julio 2016. Informe disponible en: <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/tendencias-globales-2016>.

— *Desplazamiento Forzoso en el contexto del Cambio Climático: Desafíos para los Estados en virtud del Derecho Internacional*, 20 de mayo, 2009, disponible en: [http://www.acnur.es/PDF/clima\\_desplazamiento-forzoso\\_2009\\_20120910105221.pdf](http://www.acnur.es/PDF/clima_desplazamiento-forzoso_2009_20120910105221.pdf).

— “Desplazamiento por cambio climático y desastres”, *Guía Rápida del ACNUR*, mayo 2017. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11175>.

CIREFCA/89/9, *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989.

INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTER, *Global Report on Internal Displacement*, Mayo 2016. Informe disponible en: <http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2017/pdfs/2017-GRID.pdf>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, “Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático: Terminología, conceptos y estado de la cuestión para formuladores de políticas”, *Serie Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático*, Módulo 1, 2011.

PANEL INTERNACIONAL SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, *Cambio Climático 2007: Informe de Síntesis*, disponible en: [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4\\_syr\\_sp.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf).

### *Instrumentos*

Acuerdo de París, Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 4 de noviembre de 2016.

Agenda para la protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático, Resumen Ejecutivo, Iniciativa Nansen, marzo de 2015.

Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes*, A/71/L.1, 13 de septiembre de 2016.

Comisión de Derechos Humanos, *Principios Rectores de los desplazados internos*, E/CM.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos, adoptada por la Cumbre Extraordinaria de la Unión Africana, Kampala, Uganda, 22 de octubre de 2009.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951.

Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los Refugiados en África, Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

Marco de Sendai para la Reducción de Riesgos de Desastres 2015-2030, Tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas, 18 de marzo de 2015.

Parlamento Europeo, *Hacia un nuevo acuerdo internacional sobre el clima en París*, Resolución (2015/2112[INI]), 14 de octubre de 2015.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, Nueva York, 31 de enero de 1967.

### *Información periodística*

“Donald Trump firma una orden ejecutiva que suspende la entrada a EE.UU. de refugiados y de los ciudadanos de ciertos países musulmanes”, *BBC Mundo, Sección Internacionales*, 28 de enero de 2017, disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38776156> (consultado el 4 de julio de 2017).

“Bienvenidos a Canadá”: la respuesta del primer ministro Justin Trudeau a la orden ejecutiva de Trump que bloquea la llegada de refugiados a EE.UU.”,

- BBC Mundo, Sección Internacionales* 30 de enero de 2017, disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38793098> (consultado el 4 de julio de 2017).
- “Angela Merkel pide una alianza con África que alivie la presión migratoria en Europa”, Carmen Valero, *El Mundo, Sección Internacional*, 12 de junio de 2017, disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2017/06/12/593ed0dce5fdea2f0a8b4574.html> (consultado el 4 de julio de 2017).
- “Brasil aprueba por unanimidad una ley de migración aperturista”, *Sputnik, Mundo, América Latina*, 19 de abril de 2017, disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201704191068487005-brasil-ley-migracion> (consultado el 4 de julio de 2017).
- “Lanzamiento del proyecto ‘Chile reconoce’”, *Prensa Presidencia*, 25 de mayo de 2017, disponible en: <https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=54290#> (consultado el 4 de julio de 2017).
- “Mauricio Macri firmó el decreto que modifica la Ley de Migraciones: cuáles son sus principales puntos”, *La Nación*, 30 de enero de 2017, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1980189-mauricio-macri-firmo-el-decreto-que-modifica-la-ley-de-migraciones-cuales-son-sus-principales-puntos> (consultado el 4 de julio de 2017).
- “The Last Day of Pompeii, Pliny’s Letters”, disponible en: <https://www.awesomestories.com/pdf/make/143571> (consultado el 5 de julio de 2017).
- “El 90% de los desastres tiene relación con el clima, revela nuevo estudio de la ONU”, *Centro de Noticias ONU*, disponible en: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=33888#.WWaJA-vyvcc> (consultado el 7 de julio de 2017).

Recepción: 14/8/2017

Aceptación: 15/11/2017

## LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS DESPLAZADAS EN CONTEXTO DE DESASTRES CAUSADOS POR FENÓMENOS NATURALES

Por MARCOS NELIO MOLLAR<sup>1</sup>

### **Resumen:**

*El desplazamiento forzoso de personas en contexto de desastres es una realidad y constituye uno de los mayores retos de índole humanitaria que enfrentan los Estados y la comunidad internacional en el siglo XXI. Las personas se ven forzadas u obligadas a dejar su lugar de origen o residencia habitual a raíz de un desastre o para evitar ser afectados por los impactos de una amenaza natural inmediata y previsible. El desplazamiento en el contexto de desastres genera desafíos de índole humanitaria, afecta los derechos humanos, perjudica el desarrollo y, en algunas situaciones, puede afectar la seguridad. Resulta necesario conocer y evaluar la eficacia de los instrumentos internacionales existentes que contribuyen con la protección de las personas desplazadas internamente y aquellos desplazados que cruzan fronteras.*

### **Palabras clave:**

*Desplazados internos, desplazados transfronterizos, desastres naturales, derecho internacional de los refugiados, derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos.*

<sup>1</sup> Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor. Profesor de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales en la Universidad Católica Argentina, Facultad de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina. Jefe de Trabajos Prácticos en la asignatura de Derecho Internacional Público y Profesor Adjunto (i) en la asignatura Desastres naturales y derecho internacional, en Facultad de Derecho de la U.B.A. Miembro del Instituto de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (C.A.R.I.). E-mail: mmollar@derecho.uba.ar - mnmollar@hotmail.com.

## INTERNATIONAL PROTECTION OF DISPLACED PERSONS IN THE CONTEXT OF DISASTERS CAUSED BY NATURAL PHENOMENA

### **Abstract:**

*Forced displacement in the context of disaster is a reality and is one of the greatest humanitarian challenges facing States and the international community in the 21st century. People are forced or compelled to leave their homes or places of habitual residence as a result of a disaster or in order to avoid the impacts of an immediate and foreseeable natural hazard. Disaster displacement creates humanitarian challenges, affects human rights, impairs the development, and may in some situations affect security. It is necessary to know and evaluate the effectiveness of existing international instruments that contribute to the protection of internally displaced persons and those cross-border disaster displaced persons.*

### **Keywords:**

*Internally displaced persons, cross-border displaced persons, natural disasters, international refugee law, international humanitarian law, international human rights law.*

## INTRODUCCIÓN

El desplazamiento forzoso, relacionado con desastres y los efectos adversos del cambio climático, es una realidad y constituye uno de los mayores retos de índole humanitaria que enfrentan los Estados y la comunidad internacional en el siglo XXI. Cada año, millones de personas se ven obligadas a desplazarse a causa de desastres ocasionados por amenazas naturales como inundaciones, tormentas tropicales, terremotos, derrumbes, sequías, intrusiones de agua salada, el deshielo de los glaciares e inundaciones por desbordamientos, o motivadas por la amenaza y riesgo que suponen tales eventos y la imposibilidad de sobreponerse y superar tales situaciones.

El presente trabajo tiene por objeto analizar los instrumentos internacionales que brindan protección a las personas desplazadas en el contexto de desastres ocasionados por fenómenos naturales.

Primeramente, se abordarán algunas precisiones conceptuales respecto de los términos desastre, desplazamiento y protección, necesarias, para luego examinar los instrumentos internacionales que contribuyen con la protección de las personas desplazadas internamente y aquellos desplazados que cruzan fronteras. Finalmente se señalarán algunas reflexiones sobre el tema.

## 1. DESASTRE, DESPLAZAMIENTO Y PROTECCIÓN

### 1.1. Desastre

Las situaciones de desastre surgen como consecuencia de la vulnerabilidad de los seres humanos que quedan expuestos a una amenaza<sup>2</sup>.

En el Marco de Acción de Hyogo 2005-2015<sup>3</sup> la “amenaza” se define como:

Un evento físico, fenómeno o actividad humana potencialmente perjudicial que puede causar pérdida de vidas o lesiones, daños materiales, grave perturbación de la vida social y económica o degradación ambiental. Las amenazas incluyen condiciones latentes que pueden materializarse en el futuro. Pueden tener diferentes orígenes: natural (geológico, hidrometeorológico y biológico) o antrópico (degradación ambiental y amenazas tecnológicas)<sup>4</sup>.

En la doctrina existe cierto debate sobre la división de las causas de los desastres. Algunos autores siguen la división clásica de desastres de origen antrópico (causados por el hombre, por ejemplo derrames de petróleo, accidentes nucleares, conflictos armados, contaminación) o causados por fenómenos naturales, sean éstos geofísicos (como terremotos, tsunamis o erupciones volcánicas), hidrometeorológicos y climatológicos (inundaciones, tornados, ciclones, sequías, intrusiones de agua salada y el deshielo de los glaciares) o biológicos (marea roja, pestes, epidemias, infecciones). Otros, se niegan a utilizar esta división argumentando que las causas de los desastres raramente están influenciadas por un solo factor.

Algunos de estos fenómenos son repentinos u ocurren en períodos breves (por ejemplo, huracanes, inundaciones, terremotos, tsunamis y erupciones volcánicas), por lo que son fácilmente perceptibles; otros, en cambio, suceden lentamente y su comprobación requiere del auxilio de instrumentos técnicos (como las sequías, desertificación, escasez de alimentos y pérdidas de cosechas, aumento del nivel del mar).

El término “desastre”, sin embargo, no es un término jurídico. No existe una definición generalmente aceptada de ese concepto en derecho internacional.

<sup>2</sup> Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, presentado por el Sr. Eduardo Valencia Ospina, Relator Especial, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), Doc. A/CN.4/598, 5/5/2008, p. 17. Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, aprobado el 22/1/2005 en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres (A/CONF.206/6, cap. I, Res. 2).

<sup>3</sup> El Marco de Acción de Hyogo 2005-2015 fue adoptado en la Conferencia Mundial celebrada en Kobe, Hyogo, Japón del 18 al 22 de enero de 2005 y fue el primer plan de 10 años para explicar, describir y detallar el trabajo necesario de los diferentes sectores y actores para reducir las pérdidas por desastres (A/Res/60/195).

<sup>4</sup> Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, Kobe, Hyogo (Japón), 18 a 22 de enero de 2005, Doc. A/CONF.206/6, Res. 2, nota 2.



Mientras que algunos instrumentos internacionales optan por no definir en absoluto el término<sup>5</sup>, en otros se da una definición de amplio alcance.

Un ejemplo de este último caso lo ofrece el Convenio de Tampere de 1998, que define una catástrofe como “...una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad que suponga una amenaza considerable y generalizada para la vida humana, la salud, los bienes o el medio ambiente, con independencia de que el desastre sea ocasionado por un accidente, la naturaleza o las actividades humanas y de que sobrevenga súbitamente o como el resultado de un proceso dilatado y complejo”<sup>6</sup>.

El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) sobre Protección de las personas en casos de desastre, define “desastre” como “un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad”<sup>7</sup>.

Por su parte, el Comité Permanente entre Organismos (IASC, por sus siglas en inglés)<sup>8</sup> entiende por “desastre natural”:

Las consecuencias de hechos desencadenados por peligros naturales como terremotos, erupciones volcánicas, desprendimientos de tierras, tsunamis, inundaciones, sequías que desbordan la capacidad local de respuesta. Esos desastres trastocan gravemente el funcionamiento de una comunidad o una sociedad provocando pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales generalizadas, que superan la capacidad de la comunidad o la sociedad afectada de hacerles frente utilizando sus propios recursos<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Por ejemplo, la Convención Interamericana para facilitar la asistencia en casos de desastre de la Organización de los Estados Americanos del 7/6/1991, que entró en vigor el 16/10/1996.

<sup>6</sup> Véase el art. 1(6), del Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe, adoptado en Tampere (Finlandia) el 18/6/1998. Véase también el art. 1(3) del Acuerdo de la ASEAN sobre la gestión de los desastres y la respuesta a las emergencias, en el que se establece que por “desastre” se entenderá una alteración grave el funcionamiento de una comunidad o sociedad que cause pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales de gran alcance.

<sup>7</sup> Proyectos de artículos sobre Protección de las personas en casos de desastre, capítulo IV del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/71/10). p. 14.

<sup>8</sup> El Comité Permanente de las Naciones Unidas entre Organismos (IASC) fue establecido mediante la Res. 46/182 de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1991 y es el órgano que reúne a las organizaciones internacionales que trabajan en la provisión de asistencia humanitaria a las poblaciones afectadas como consecuencia de desastres de origen natural y emergencias relacionadas con conflictos, la crisis alimentaria mundial y pandemias.

<sup>9</sup> Directrices operacionales del Comité Permanente entre Organismos sobre derechos humanos y desastres naturales, aprobadas por el Grupo de Trabajo del Comité el 9/6/2006 sobre la base de una propuesta preparada por el Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kälin; publicadas por el Proyecto Brookings-Bern sobre desplazamientos internos, Washington, D.C., 2006, Introducción, p. 8.

La Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de las Naciones Unidas (UNISDR, por sus siglas en inglés)<sup>10</sup> define como desastre natural a “una seria interrupción en el funcionamiento de una comunidad o sociedad a causa de un proceso o fenómeno natural que ocasiona una gran cantidad de muertes al igual que pérdidas e impactos materiales, económicos y ambientales que exceden la capacidad de la comunidad o la sociedad afectada para hacer frente a la situación mediante el uso de sus propios recursos”<sup>11</sup>.

Tomando en consideración las definiciones de desastres anteriormente mencionadas, entre otras<sup>12</sup>, podemos señalar que todas poseen elementos en común, cuya determinación puede ser útil para comprender adecuadamente el concepto.

Un primer aspecto que puede señalarse es que lo que determina la existencia de un desastre es el grado de disfunción o vulnerabilidad del Estado, región o sociedad de que se trate (que perturbe gravemente el funcionamiento de una sociedad). Un segundo elemento tiene que ver con el sufrimiento o el daño inherente que puede resultar de la amenaza a la vida, la salud, la propiedad o el medio ambiente. En tercer lugar, cabe destacar que el concepto de desastre no distingue si tal hecho debe producirse en un solo país o en varios para ser considerado internacional. En otras palabras, no es necesario que exista un componente internacional (es decir, que se produzcan efectos transfronterizos). La dimensión internacional del hecho quizás radique en que el Estado, región o sociedad que sufre el desastre no puede o no quiere hacerle frente utilizando exclusivamente sus propios recursos<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres en diciembre de 1999 y estableció la Oficina para la Reducción de Riesgos de Desastres de las Naciones Unidas, cuyo mandato es servir como punto focal para la coordinación de la reducción de riesgos desastres y asegurar las sinergias entre las actividades de reducción de desastres en el sistema de Naciones Unidas y las organizaciones regionales (Res. AG 56/195).

<sup>11</sup> Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de las Naciones Unidas 2009 (UNISDR), Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres, Ginebra, Suiza, mayo del 2009, p. 13, disponible en [http://www.unisdr.org/files/7817\\_UNISDRTerminologySpanish.pdf](http://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologySpanish.pdf).

<sup>12</sup> Acuerdo entre los Estados miembros y los Miembros asociados de la Asociación de Estados del Caribe para la cooperación regional en materia de desastres naturales, 17/4/1999, art. 1(1): “Daño causado por cualquier fenómeno natural (huracán, tornado, tormenta, plenamar, inundación, tsunami, terremoto, erupción volcánica, deslizamiento de tierra, incendio forestal, epidemia, epizootia, plagas agrícolas y sequía, entre otras), que afecta a las poblaciones, infraestructura y a los sectores productivos de diferentes actividades económicas con tal severidad y magnitud que supera la capacidad de respuesta local y que requiere el auxilio regional, a solicitud de una o varias de las partes afectadas, para suplementar los esfuerzos y los recursos disponibles en ellas, a fin de mitigar daños y pérdidas”. Acuerdo sobre cooperación en materia de prevención y gestión en casos de desastre y seguridad civil, Francia-Malasia, 25/5/1998, art. 1(b) “Inundaciones, desprendimientos de tierra, terremotos, vientos de gran intensidad, incendios forestales, esmog, sequías y hambruna”. Para mayor abundamiento, consultar el glosario incorporado como Anexo I en el Memorando de la Secretaría sobre el tema Protección de las personas en casos de desastre, Doc. A/CN.4/590/Add.1., 26/2/2008, pp. 6-10.

<sup>13</sup> Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, presentado por el Sr. Eduardo Valencia Ospina, Relator Especial, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), Doc. A/CN.4/598, 5/5/2008, pp. 17-18.

## *1.2. Desplazamiento*

Los fenómenos naturales pueden desencadenar situaciones de desastre susceptibles de provocar serias consecuencias tanto para el territorio del Estado como para su población. En cuanto a los efectos sobre la población, se suelen incluir problemas vinculados con la prestación de la asistencia (acceso a bienes y materiales necesarios para operaciones de socorro en caso de desastre natural, que suelen consistir en alimentos, ropa, medicamentos, refugios temporales y equipos para hospitales, etc., así como el acceso a servicios básicos); discriminación en la prestación de asistencia; falta de seguridad y protección; violencia por motivos de género; abuso, rechazo y explotación infantil; separación de las familias; pérdida o destrucción de documentación y dificultades para reemplazarla; pérdida o destrucción de viviendas; falta de mecanismos adecuados para la aplicación de la ley, acceso restringido a un sistema judicial imparcial y eficiente; acceso desigual al empleo y oportunidades de sustento; falta de restitución de la propiedad y acceso a la tierra, entre otras.

Ante la incapacidad de sobreponerse y superar las situaciones adversas y para escapar de los riesgos reales para su vida y salud y obtener acceso a protección y asistencia humanitaria básica, la población afectada por desastres naturales puede desplazarse voluntaria o forzosamente a otro lugar fuera de la zona de desastre. A su vez, pueden producirse otra serie de inconvenientes vinculados con el desplazamiento, como la reubicación forzosa y el regreso o reasentamiento peligroso o involuntario de personas desplazadas por el desastre. Aunque muchas personas desplazadas logran regresar a su hogar después de poco tiempo, decenas de millones de ellas requieren protección y asistencia continuas, así como apoyo en la búsqueda de soluciones duraderas para poner fin a su desplazamiento.

Algunos utilizan indistintamente los términos movilidad humana, desplazamiento o migración ambiental para referirse a este universo de personas afectadas por los desastres naturales. Resulta pues conveniente identificarlas adecuadamente y conocer sus necesidades y características, a fin de poder determinar los mecanismos de protección que resulten más apropiados.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define el término “migrante ambiental” de la siguiente manera: “Los migrantes ambientales son personas o grupos de personas que, debido a cambios ambientales repentinos o graduales que tienen un efecto adverso en su vida o condiciones de vida, se ven obligadas a dejar sus lugares de residencia habitual o deciden hacerlo, ya sea de forma temporal o permanente, y que se desplazan dentro del territorio de su país o hacia otro país”<sup>14</sup>. Este concepto incluye a diversos grupos de personas que se desplazan en diferentes contextos: de manera voluntaria o involuntaria, temporal o permanente, en su propio país o en el extranjero.

<sup>14</sup> Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Discussion Note: Migration and the Environment (MC/INF/288 - 1 de noviembre de 2007 - 94ª Sesión), pp. 1-2.

En el párrafo 14(f) del Acuerdo de Cancún 2010 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, se distinguen tres tipos de movimientos de personas afectadas por el cambio climático, a saber, desplazamiento (entendido como el movimiento de personas primordialmente forzoso), migración (entendida como el movimiento de personas primordialmente voluntario) y reubicación planificada (entendida como el proceso planificado de asentamiento de personas individuales o grupos de personas en un sitio nuevo)<sup>15</sup>.

En la Decisión de Doha 2012 sobre pérdidas y daños asociados a las repercusiones de cambio climático se utilizan los términos “patrones de migración, desplazamiento y movilidad humana”<sup>16</sup>. El Marco de Acción de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030<sup>17</sup> exige una acción más efectiva para prevenir y mitigar el desplazamiento y abordar los riesgos relacionados con el desplazamiento a nivel interno y a través de fronteras<sup>18</sup>. Por su parte, la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas reconoce que los desafíos a nivel mundial amenazan con “revertir una gran parte del avance del desarrollo logrado en décadas recientes” e incluye “desastres naturales más frecuentes e intensos” así como “el desplazamiento forzoso de personas”<sup>19</sup>.

La Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de las fronteras en el contexto de desastres y cambio climático (en adelante Agenda de Protección), elaborada bajo los auspicios de la Iniciativa Nansen<sup>20</sup> se re-

<sup>15</sup> Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, Decisión 1/CP.16. Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 16º período de sesiones, celebrado en Cancún del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010, FCCC/CP/2010/7/Add.1, párrafo 14 (f).

<sup>16</sup> Informe de la Conferencia de las Partes en su decimoctava sesión, llevada a cabo en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2012, Decisión 3/CP.18, Enfoques para hacer frente a las pérdidas y los daños asociados a las repercusiones del cambio climático en los países en desarrollo que son particularmente vulnerables a sus efectos adversos con el fin de mejorar la capacidad de adaptación, FCCC/CP/2012/8/Add.1., párrafo 7 a) vi).

<sup>17</sup> El Marco de Acción de Sendai es un instrumento no vinculante sucesor del Marco de Acción de Hyogo.

<sup>18</sup> Marco de Sendai para la reducción de desastres 2015-2030, adoptado por la Tercera Conferencia Mundial sobre la Reducción del Riesgo de Desastres en Sendai, Japón, el 18 de marzo de 2015 (UN Doc. A/CONF.224/CRP.1).

<sup>19</sup> Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “Transformando nuestro Mundo: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, párrafo 14. Disponible en <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>.

<sup>20</sup> La Iniciativa Nansen es un proceso consultivo de abajo hacia arriba, liderado por los Estados, cuyo propósito es identificar prácticas eficaces y generar consenso con respecto a principios y elementos clave para responder a las necesidades de protección y asistencia de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres, lo que incluye los efectos de adversos del cambio climático. La Iniciativa Nansen se fundamenta en la promesa de los gobiernos de Noruega y Suiza, apoyados por varios otros países, de cooperar con los Estados interesados y otros interesados pertinentes y se lanzó en 2012. Luego de una serie de consultas regionales —en la Región del Pacífico, América Central, América del Sur, el este de África, el sur de Asia y el sudeste de Asia—, y en ocasión de una consulta global (Ginebra, octubre de 2015), 109 delegaciones gu-

fiere a los movimientos de personas en términos genéricos como “movilidad humana”<sup>21</sup> y, en particular, utiliza el término “desplazamiento en el contexto de desastres” para referirse a:

Situaciones donde las personas se ven forzadas u obligadas a dejar su lugar de origen o residencia habitual a raíz de un desastre o para evitar ser afectados por los impactos de una amenaza natural inmediata y previsible. Este tipo de desplazamiento es originado por el hecho que las personas afectadas están (i) expuestas a (ii) una amenaza natural en una situación donde (iii) son demasiado vulnerables y carecen de la resiliencia para resistir el impacto de esa amenaza. Los efectos de las amenazas naturales (incluidos los efectos adversos del cambio climático) son lo que puede superar la resiliencia o capacidad de adaptación de una comunidad o sociedad afectada y de esta manera provocar un desastre que, a su vez, puede ocasionar el desplazamiento<sup>22</sup>.

El desplazamiento en el contexto de desastres genera desafíos de índole humanitaria, afecta los derechos humanos, perjudica el desarrollo y en algunas situaciones, puede afectar la seguridad. La mayoría de las personas desplazadas en el contexto de desastres permanecen en sus países de origen. Sin embargo, algunos desplazados atraviesan fronteras para llegar a un lugar seguro y/u obtener protección y asistencia en otro país. Aunque no existe una recolección y análisis exhaustivos y sistemáticos de información sobre el desplazamiento a través de fronteras en el contexto de desastres, se ha identificado que África, Centroamérica y Sudamérica son las regiones con los índices más elevados de desplazamientos a través de fronteras en el contexto de desastres<sup>23</sup>.

Así como los desastres son complejos y tienen múltiples causas, también lo son los desplazamientos. Además de la exposición a una amenaza natural, existe un sinnúmero de factores demográficos, políticos, sociales, económicos y otros factores de desarrollo<sup>24</sup> que también determinan en gran medida si las personas tienen la capacidad de resistir los efectos adversos de la amenaza o si

---

bernamentales avalaron la “Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de las fronteras en el contexto de desastres y cambio climático” (en adelante “Agenda de Protección”). En la cumbre Mundial Humanitaria, celebrada en Estambul, Turquía, en mayo de 2016, se produjo el lanzamiento de la Plataforma sobre Desplazamiento por Desastres, cuyo objetivo principal es la implementación de la “Agenda de Protección” preparada por la Iniciativa Nansen.

<sup>21</sup> “Agenda para la protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático (Agenda de Protección), Iniciativa Nansen”, diciembre de 2015, p. 18. La Agenda de Protección ofrece a los Estados una serie de herramientas para prevenir y prepararse mejor para los desplazamientos antes de que ocurra un desastre, así como dar una mejor respuesta a las situaciones en las que las personas se ven forzadas a desplazarse, ya sea dentro de su propio país o cruzando fronteras internacionales. Para un mayor detalle consultar en <https://www.nanseninitiative.org> y <http://disasterdisplacement.org>.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>24</sup> La explosión demográfica, el subdesarrollo, la gobernanza deficiente, el conflicto armado y la violencia, así como la mala planificación urbana en ciudades en rápida expansión.

se verán obligadas a dejar sus hogares. De allí que en la Agenda de Protección se reconoce que el desplazamiento ocasionado por desastres ocurre en el contexto de los desastres y los efectos adversos del cambio climático en lugar de ser provocado exclusivamente por los desastres<sup>25</sup>.

El desplazamiento en el contexto de desastres puede asumir la forma de una huida espontánea, una evacuación ordenada o impuesta por las autoridades o un proceso involuntario de reubicación planificada. Este desplazamiento puede ocurrir —como ya adelantamos— dentro de un país, desplazamiento interno, o a través de fronteras internacionales, desplazamiento a través de fronteras en el contexto de desastres.

El desplazamiento como tal influye también en el riesgo futuro de desastres y pone a las personas en mayor riesgo de empobrecimiento, abusos contra los derechos humanos, aparición de nuevas preocupaciones y exacerbación de cualquier vulnerabilidad preexistente<sup>26</sup>.

### 1.3. Protección

La Agenda de Protección de la Iniciativa Nansen, adoptó una amplia definición del término “protección”, al designar:

A cualquier acción positiva, sin importar si está basada en obligaciones legales o no, emprendida por los Estados en beneficio de las personas desplazadas en el contexto de desastres o personas en riesgo de ser desplazadas, cuyo fin es obtener el pleno respeto de los derechos de la persona, de conformidad con la letra y el espíritu de los cuerpos legales aplicables, a saber, normas de derechos humanos, derecho internacional humanitario y leyes sobre refugiados<sup>27</sup>.

Anteriormente, el Comité Permanente de Organismos de las Naciones Unidas (IASC) había adoptado esta definición, acordada en los talleres del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Esta protección puede incluir actividades cuyo propósito es prevenir o detener violaciones y poner fin a daños, proporcionar remedios cuando han ocurrido violaciones de los derechos y promover un ambiente general propicio para el respeto de estos derechos y, por lo tanto, puede ser receptivo, correctivo y crear un ambiente propicio<sup>28</sup>.

También es usual la utilización del término “medidas de protección humanitaria” para referirse a las leyes, políticas y prácticas aplicadas por los Estados para autorizar la admisión y estadía en su territorio de personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> “Agenda de Protección, Iniciativa Nansen”, *doc. cit.*, p. 6.

<sup>26</sup> Resumen del presidente de la Cuarta Sesión de la Plataforma Global para la Reducción de Riesgo de Desastres, Ginebra, 21-23 de marzo de 2013, p. 12.

<sup>27</sup> “Agenda de Protección, Iniciativa Nansen”, *doc. cit.*, p. 6.

<sup>28</sup> Ver IASC, “Protection of Internally Displaced Persons”, Policy Paper Series, Nueva York, diciembre de 1999. Disponible en: <https://interagencystandingcommittee.org/node/6122>.

<sup>29</sup> “Agenda de Protección, Iniciativa Nansen”, *doc. cit.*, p. 17.



La protección abarca también el marco regulatorio internacional aplicable a los desplazamientos en el contexto de desastres, compuesto por normas jurídicas e instrumentos no vinculantes que se aplican directa o indirectamente a estas situaciones.

## 2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS EN CONTEXTO DE DESASTRES CAUSADOS POR FENÓMENOS NATURALES

El desplazamiento de la población afectada por un desastre causado por fenómenos naturales suele darse inicialmente dentro de los límites del propio Estado. Las personas que protagonizan estos tipos de desplazamientos son denominadas “desplazados internos”.

El número de los desplazados internos alrededor del mundo es alto. Según los datos del Observatorio sobre el Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados (IDMC-NRC), a finales de 2016 hubo 24,2 millones de nuevos casos de desplazamientos internos en el contexto de desastres naturales en 118 países y territorios, sumando un total de 227,6 millones de personas desplazadas internamente en contexto de desastres naturales durante el período 2008-2016 en todo el mundo<sup>30</sup>.

Actualmente no existe a nivel global un instrumento jurídicamente vinculante que regule especialmente la situación de los desplazados internos. Sin embargo, las normas y principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario pueden considerarse una fuente inmediata de aplicación, incluso por analogía, a los fines de asegurar la protección de las personas desplazadas internamente por desastres naturales.

El derecho internacional de los derechos humanos, el cual es aplicable en tiempos de paz y en situaciones de conflicto armado, puede proporcionar una importante protección para los desplazados internos; puede contribuir a prevenir el desplazamiento y asegurar los derechos básicos de las personas desplazadas<sup>31</sup>.

En efecto, varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos garantizan la protección de ciertos derechos humanos de especial importancia que pueden resultar afectados en ocasión de desplazamientos internos en contexto de desastres naturales, como el derecho a la vida<sup>32</sup>, el derecho a la alimen-

<sup>30</sup> Informe Global sobre desplazamiento interno (GRID-2017) del Observatorio sobre el Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados (IDMC-NRC), 22 de mayo de 2017. Disponible en <http://internal-displacement.org/global-report/grid2017/#download>.

<sup>31</sup> WARSZAWA, Magdalena Silska, “Protection of Internally Displaced Persons: An International Legal Obligation?”, en *Polish Yearbook of International Law*, vol. 34, n. 249, 2014, p. 6.

<sup>32</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art. 3º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 6º; Convención sobre los Derechos del Niño (1989), art. 1º; Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), art. 2º; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), art. 4º; Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (1948), art. 1.



tación<sup>33</sup>, el derecho a la salud y a servicios médicos<sup>34</sup>, el derecho al abastecimiento de agua<sup>35</sup>, el derecho a la vivienda<sup>36</sup>, vestido y saneamiento adecuados<sup>37</sup>, el derecho a no ser discriminado<sup>38</sup>.

Estos derechos están claramente estatuidos en el derecho internacional consuetudinario y puede decirse que han alcanzado el grado de *jus cogens*<sup>39</sup>.

De acuerdo con las previsiones del Manual sobre la práctica en materia de desplazados internos<sup>40</sup> de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas (OCHA, por sus siglas en inglés), las personas desplazadas internamente no sólo son víctimas necesitadas de protección sino, además, sujetos de derechos ante quienes las autoridades nacionales e internacionales están obligadas<sup>41</sup>.

Prestar asistencia y respetar estos derechos en caso de desastre natural es una responsabilidad fundamental del Estado afectado<sup>42</sup>.

Las víctimas de desastres naturales siguen estando protegidas por las obligaciones respecto de los derechos humanos en vigor en el Estado que ostenta la soberanía territorial. Si bien la mayoría de los instrumentos de derechos humanos no hacen referencia directa al contexto de los desastres —y menos aún a los

<sup>33</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art. 11; Declaración de los Derechos del Niño, Res. 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959; Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, Res. 3348 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1974; Problemas de la Alimentación y Agricultura, Res. 39/166 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1984, Principio 6.

<sup>34</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art. 12.

<sup>35</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), art. 14(2)(h); Convención sobre los Derechos del Niño (1989), art. 24(2)(c); Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (1990), secc. C, n. 39, art. 14(2)(c).

<sup>36</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art. 11.

<sup>37</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art. 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art. 12.

<sup>38</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 2.

<sup>39</sup> Según Shaw, el derecho a la vida puede ser caracterizado como un principio de *jus cogens*: SHAW, Malcolm, *International Law*, 3rd ed., Cambridge, Grotius, 1991, p. 240.

<sup>40</sup> Manual sobre la práctica en materia de desplazados internos de OCHA.

<sup>41</sup> FISHER, David, *Guide to International Human Rights Mechanisms for Internally Displaced Persons and their Advocates*, Brookings Institution-University of Bern Project on Internal Displacement, June 2006, pp. 24-25.

<sup>42</sup> Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales, Res. 49/22 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 13/12/1994, Preámbulo; Fortalecimiento de la capacidad del sistema de las Naciones Unidas para responder en situaciones de desastres naturales y de otra índole, Res. 36/225 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 17/12/1981, Principio 2; Asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares, Res. 43/131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 8/12/1988, Principio 2; Asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares, Res. 45/100 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14/12/1990, Principio 2; Beigbeder, Yves, *The role and status of international humanitarian volunteers and organizations: The right and duty to humanitarian assistance*, Londres, Martinus Nijhoff, 1991, p. 9.

desplazados internos-, la protección que en ellos se establece sería aplicable de manera general<sup>43</sup>.

Asimismo, existe un vasto entramado de normas jurídicas del derecho internacional humanitario que regulan la asistencia en situaciones de conflicto que pueden no sólo servir de inspiración para las normas sobre la protección de las personas, inclusive desplazadas en contexto de desastre, sino aplicarse, incluso por analogía, en la medida en que una norma sea pertinente para situaciones de desastre distintas de un conflicto armado. Por ejemplo, las normas básicas que regulan la prestación de socorro a la población civil en situaciones de conflicto armado, esto es, la asistencia humanitaria, consagradas en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977<sup>44</sup>.

Además, los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad —a partir de los cuales se elaboraron normas de conducta específicas, en particular con respecto a la asistencia internacional en caso de conflictos armados— también se constituyen en principios fundamentales presentes en los instrumentos jurídicos relacionados con las actividades de socorro en casos de desastre. Por ejemplo, en el anexo de la Resolución 46/182 de la Asamblea General se afirma que “la asistencia humanitaria deberá proporcionarse de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad”<sup>45</sup>; de manera similar se pronuncian las resoluciones de la Asamblea General 43/131 y 45/100 sobre asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares<sup>46</sup>, los Principios rectores de los desplazamientos internos de 1998<sup>47</sup>; entre otros<sup>48</sup>.

A pesar de no ser un norma de carácter legalmente vinculante para los Estados como lo sería un tratado, la validez de legal de los Principios Rectores de los desplazamientos internos, aprobados en el marco de las Naciones Unidas (1998)<sup>49</sup>, ha sido ampliamente reconocida en resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) y, principalmente, por la práctica y la legislación de los Estados y agen-

<sup>43</sup> *Doc. cit.*, A/CN.4/590, p. 167.

<sup>44</sup> *Doc. cit.*, A/CN.4/598, pp. 9-10.

<sup>45</sup> Res. 46/182 de la Asamblea General, 19/12/1991, anexo, párr. 2.

<sup>46</sup> Res. 43/131 de la Asamblea General, 8/12/1988, preámbulo, y Res. 45/100 de la Asamblea General, 14/12/1990, preámbulo.

<sup>47</sup> Principio 24.

<sup>48</sup> Para mayor abundamiento véase: Res. 57/150 de la Asamblea General, 27/2/2003, preámbulo; Convenio marco de asistencia en materia de protección civil (2000), art. 3º; Carta Humanitaria y normas mínimas de respuesta humanitaria en casos de desastre del Proyecto Esfera, Ginebra: Proyecto Esfera (2000), revisadas en 2004, pp. 16 y 17; Res. 48/57 de la Asamblea General, 14/12/1993, párr. 18; Res. 54/233 de la Asamblea General, 22/12/1999, preámbulo; y Marco unificado de políticas del Programa Mundial de Alimentos (PMA), Doc. WFP/EB.2/2005/4-D/Rev.1, 14/11/2005, párrafo 42. *Doc. cit.*, A/CN.4/590, p. 16.

<sup>49</sup> Dicho documento fue preparado a instancias de la otrora Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General de Naciones Unidas (véanse las resoluciones 50/195 de 22 de diciembre de 1995 y 1996/52 de 19 de abril de 1996, respectivamente).

cias humanitarias que los han aplicado a la hora de regular o adoptar medidas para prevenir y responder al desplazamiento interno<sup>50</sup>.

Los Principios Rectores contemplan la protección de los desplazados, entre otros motivos, como resultado de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano.

En dicho marco:

Se entiende por Desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida<sup>51</sup>.

Los Principios Rectores tienen por objeto tratar las necesidades específicas de los desplazados internos de todo el mundo, determinando derechos y garantías necesarios para su protección: a disfrutar en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país; a no ser objeto de discriminación alguna; a no ser sometidos a desplazamientos arbitrarios; al derecho a la vida; al derecho a la dignidad y a la integridad física, mental y moral; al derecho a la libertad y a la seguridad personales; a la libertad de circulación y de escoger su residencia; a conocer el destino y paradero de sus familiares desaparecidos; a que se respete su vida familiar; a un nivel de vida adecuado (libre acceso a los alimentos esenciales y agua potable, alojamiento y vivienda básicos, vestido adecuado y servicios médicos y de saneamiento esenciales); al reconocimiento de su personalidad jurídica; a no ser privado arbitrariamente de su propiedad o sus posesiones; a la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia, opinión y expresión; a buscar libremente oportunidades de empleo y participar en las actividades económicas; a asociarse libremente; a la educación; a la asistencia humanitaria. Además, ciertos desplazados internos, como los niños, las mujeres embarazadas, madres con hijos pequeños, mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, así como los pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma, gozan de una protección especial, teniendo en cuenta sus necesidades particulares.

<sup>50</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, “Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzado”, en LETTIERI, Martín (ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Remedios de Escalada, Universidad Nacional de Lanús, 2012, p. 152.

<sup>51</sup> “Principios rectores de los desplazamientos internos de ONU”, 11 de febrero de 1998, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2.

Los Principios reflejan y no contradicen la normativa internacional de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En particular, establecen expresamente que las autoridades nacionales tienen la responsabilidad primaria de proporcionar protección y asistencia y que los desplazados internos tienen el derecho a solicitar y recibir protección y asistencia de ellas.

A nivel regional, en el ámbito de la Unión Africana, la “Convención para la protección y asistencia de desplazados internos en África” (Convención de Kampala), que entró en vigor el 6 de diciembre de 2012, tiene como objetivo establecer un marco jurídico para evitar el desplazamiento interno y proteger y ayudar a las personas desplazadas internamente en África.

La Convención de Kampala reproduce la definición de desplazados internos enunciada en la Guía de Principios Rectores de Naciones Unidas, así como los derechos y garantías allí contemplados para su protección.

En particular, entre las obligaciones de los Estados Parte, se contemplan: el establecimiento de sistemas de alerta temprana en zonas potenciales de desplazamiento, el establecimiento y aplicación de estrategias de reducción de riesgo de desastres, las medidas de preparación y gestión de desastres, así como la prohibición de evacuaciones forzadas en casos de desastres naturales o producidos por el ser humano u otras causas si las evacuaciones no son necesarias por razones de seguridad o salud de aquellos afectados (art. 4º); la adopción de medidas para proteger y ayudar a las personas que han sido desplazadas internamente debido a los desastres naturales o producidos por el ser humano, incluyendo el cambio climático (art. 5º); la indemnización a las personas desplazadas internas por daños ocurridos cuando un Estado Parte se abstenga de proteger y brindar asistencia a los desplazados internos en el caso de catástrofes naturales (art. 12).

Corresponde también destacar la labor del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cuyo Estatuto se ha interpretado con cierta flexibilidad para permitirle el trabajo con los desplazados internos<sup>52</sup>. Bajo la coordinación del IASC y la OCHA, el ACNUR lidera los grupos temáticos relativos a la respuesta a las necesidades de protección y alojamiento de los desplazados internos, así como la coordinación y gestión de algunos campamentos<sup>53</sup>. Otras agencias realizan funciones similares en áreas de salud, logística, nutrición, agua y saneamiento, alimentación, seguridad alimentaria, educación, recuperación temprana y telecomunicaciones.

<sup>52</sup> El art. 9º del Estatuto de la Oficina del ACNUR, adoptado por la Asamblea General en su resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950, establece que el Alto Comisionado puede, además de trabajar con los refugiados, comprometerse con dichas actividades, según lo determine la Asamblea General, dentro de las limitaciones de los recursos puestos a su disposición.

<sup>53</sup> El ACNUR trabaja para ofrecer asistencia a las de personas que han sido obligadas a dejar su hogar a raíz de desastres naturales —desplazados internos— en circunstancias excepcionales, como el tsunami en el Océano Índico en 2004, el terremoto en Pakistán en 2005, el ciclón Nargis en Myanmar en 2008, las inundaciones en Pakistán en 2010 y el tifón Haiyan en Filipinas en 2013, el terremoto en Nepal en 2014 y el terremoto en Ecuador en 2015.

### 3. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DESPLAZADOS TRANSFRONTERIZOS EN CONTEXTO DE DESASTRES CAUSADOS POR FENÓMENOS NATURALES

En situaciones de desastres repentinos, el desplazamiento a través de fronteras puede ser la alternativa más razonable (o la única) para buscar seguridad, protección o asistencia. Por ejemplo, en las regiones fronterizas la ruta más cercana hacia la seguridad puede ser un país vecino; y en otras situaciones, quizás en el país afectado no haya protección y asistencia para salvar vidas a raíz de la destrucción generalizada de la infraestructura y los servicios básicos. O puede ocurrir que la magnitud del desastre simplemente supere la capacidad de respuesta de las comunidades afectadas, las autoridades locales y nacionales, los actores humanitarios internacionales y la sociedad civil por igual. Especialmente en situaciones donde un desastre ocurre en medio de un conflicto armado, puede resultar muy difícil brindar asistencia humanitaria a causa de la inseguridad, falta de confianza en las autoridades o discriminación contra ciertos grupos de población, lo cual, una vez más, podría impulsar a las personas afectadas por el desastre a buscar asistencia y protección fuera del país<sup>54</sup>.

Las amenazas naturales de evolución lenta suponen un mayor desafío, ya que en los movimientos que ocurren como consecuencia del debilitamiento gradual de la resiliencia o como medida de adaptación a condiciones ambientales difíciles, usualmente hay una cierta posibilidad de elección y, por consiguiente, pueden calificarse con más facilidad como migración (primordialmente voluntaria). Sin embargo, cuando las amenazas naturales de evolución lenta que se han desarrollado durante muchos meses o años llegan a convertirse en una emergencia en poco tiempo, por ejemplo, cuando la sequía contribuye “repentinamente” a una hambruna, puede ser que las personas no vean otra opción más que buscar obtener alimentos y asistencia fuera del país<sup>55</sup>.

Este tipo de desplazamiento puede ser temporario, es decir aquel que ocurre cuando las personas se ven forzadas a desplazarse transnacionalmente por un período corto de tiempo, debido a un desastre natural, pero luego pueden retornar a sus hogares; tal es el caso de los más de 18 millones de pakistaníes que buscaban refugio durante las inundaciones del 2010. En otras circunstancias, el desplazamiento puede ser permanente. En este último caso, la población puede verse obligada a cruzar las fronteras del Estado de su nacionalidad en busca de protección, debido a los cambios irreversibles en el medioambiente (como el aumento del nivel del mar, las inundaciones constantes, la ausencia de agua potable —tal es el caso de algunos Estados insulares como Kiribati, Tuvalu y Maldivas—) o en las instituciones del Estado (como es el caso de Haití, eliminando la posibilidad de que el Estado pueda brindarle algún tipo de protección

<sup>54</sup> “Agenda de Protección, Iniciativa Nansen”, *doc. cit.*, p. 25.

<sup>55</sup> *Ibid.*

a las personas afectadas) que puede provocar el desastre natural o los efectos adversos del cambio climático<sup>56</sup>.

La protección, en un país extranjero, de personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres puede asumir dos formas: los Estados pueden admitir a estas personas en el territorio del país receptor y permitirles permanecer en él al menos temporalmente o pueden abstenerse de devolver a un país afectado por un desastre a los extranjeros que ya se encontraban en el país receptor cuando ocurrió el desastre<sup>57</sup>.

El derecho internacional no estipula explícitamente si las personas desplazadas en el contexto de desastres serán admitidas a otro país en el contexto de un desastre repentino o de evolución lenta o bajo qué circunstancias serán admitidas y tampoco especifica qué condición legal deberán obtener una vez que se les haya admitido, qué derechos tienen durante su estadía y bajo qué condiciones se podrá devolverlas o encontrar otra solución duradera. Sin embargo, varios Estados han admitido a personas desplazadas por desastres, ya sea sobre la base de sus leyes nacionales o mediante el ejercicio de la facultad discrecional de los oficiales de inmigración. La autoridad para regular la admisión de extranjeros en territorio nacional es un derecho inherente de todos los Estados y un atributo de su soberanía. Por consiguiente, los Estados pueden ejercer su autoridad con un amplio margen de discrecionalidad, lo que permite a los países autorizar a los extranjeros afectados por desastres a viajar al país, ser admitidos y permanecer en este de forma temporal<sup>58</sup>.

Sin embargo, la discrecionalidad de los Estados en materia de inmigración no es ilimitada y debe ejercitarse con respeto de las normas nacionales e internacionales aplicables que pueden limitar su uso en circunstancias particulares. El derecho internacional puede proteger a una persona desplazada en contexto de desastre contra la devolución en ciertas situaciones limitadas<sup>59</sup>. Las normas regionales de derechos humanos pueden ir más allá y prohibir el retorno a un país

<sup>56</sup> GRACIA, María Belén, “La Protección de las personas internacionalmente desplazadas por desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales”, en *Respuestas del Derecho Internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, Avellaneda, SGN ed., 2015, p. 58.

<sup>57</sup> “Agenda de Protección, Iniciativa Nansen”, *doc. cit.*, p. 24.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Por ejemplo, ver el art. 6º, párrafo 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que obliga a los Estados partes a no solo respetar el derecho a la vida sino además, proteger la vida; lo cual el Comité de Derechos Humanos ha interpretado como la obligación de evitar que los Estados partes que han abolido la pena de muerte extraditen a una persona a un Estado donde enfrentaría la pena capital (ver “Kindler v. Canada”, Comunicación N° 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 [1993]) o devolver a los solicitantes de asilo cuya solicitud ha sido rechazada a países donde enfrentarían un riesgo real para su vida. A la fecha, los Estados no se han basado explícitamente en las obligaciones bajo las normas internacionales de derechos humanos o mecanismos de protección complementaria como la base legal para admitir a las personas desplazadas en el contexto de desastre, sino más bien se han basado en su facultad discrecional, en muchos casos por “razones humanitarias”. Ver MC ADAM, Jane, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 49.



en los casos cuando la falta de protección y asistencia humanitaria conduciría a una situación considerada inhumana<sup>60</sup>. Igualmente, por lo menos una Corte ha interpretado el principio del “interés superior del niño” (art. 3º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) como un “aspecto fundamental” en los procedimientos de retorno, lo que significa que, en principio, no se puede devolver a un niño, niña o adolescente a un país si esto no es en su interés superior, lo que incluye los casos cuando el niño, niña o adolescente enfrentaría un riesgo real de violación de sus derechos humanos<sup>61</sup>. Las normas sobre refugiados protegen a las personas contra el retorno forzoso (*refoulement*)<sup>62</sup> cuando hay motivos pertinentes de persecución en el contexto de un desastre. Las personas afectadas por desastres también siguen beneficiándose de la protección correspondiente bajo las normas internacionales, regionales o nacionales en materia de víctimas de la trata de personas<sup>63</sup>. Sin embargo, en el contexto de desastres estas garantías de no devolución existentes, únicamente se aplican de manera excepcional y limitada<sup>64</sup>.

Las convenciones sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes no brindan protección adicional relacionada con la admisión y no devolución<sup>65</sup>. Sin embargo, los Estados pueden estar obligados por acuerdos bilaterales o regionales que garantizan la libre movilidad a ciertas categorías de personas, los cuales también podrían ser aplicables en situaciones de desastre<sup>66</sup>. Adicionalmente, en algunos países se ha empezado preliminarmente a discutir

<sup>60</sup> Por ejemplo, ver los casos “M.S.S. v Belgium and Greece”, TEDH, no. 30696/10 (2011), y “Sufi and Elmi v United Kingdom” del TEDH, N° 8319/07 y 11449/07 (2011).

<sup>61</sup> *Opinión consultiva sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, Serie A, N° 21.

<sup>62</sup> La norma pertinente en relación con los refugiados es el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Las disposiciones de protección complementaria relacionadas con la devolución (*refoulement*) usualmente se derivan de las disposiciones de los tratados de leyes internacionales de derechos humanos.

<sup>63</sup> Por ejemplo, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 2000, en el art. 7º sobre la condición de las víctimas de trata de personas en el Estado receptor, que dice que “cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda” y “dará la debida consideración a factores humanitarios y personales”.

<sup>64</sup> “Agenda de Protección, Iniciativa Nansen”, *doc. cit.*, p. 26.

<sup>65</sup> Ver la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, Doc. A/RES/45/158, 18 de diciembre de 1990.

<sup>66</sup> En respuesta a la necesidad de los pastores de desplazarse en tiempos de sequía y situaciones ambientales difíciles para obtener acceso a agua y tierras de pastoreo que son fundamentales para la sobrevivencia de su ganado, algunos Estados africanos desarrollaron acuerdos bilaterales, multilaterales o (sub)regionales para permitir o facilitar el movimiento a través de fronteras internacionales a lo largo de rutas tradicionales (CEDEAO, CEEAC). Tales arreglos pueden incluir la provisión de certificados u otros documentos complementarios para asegurar que las personas que atraviesan una frontera puedan llevar consigo bienes tales como vehículos y animales. “Agenda de Protección, Iniciativa Nansen”, *doc. cit.*, p. 29.



un posible “derecho a migrar” que podría eventualmente cobrar relevancia en situaciones de desastre<sup>67</sup>.

Dada la ausencia de disposiciones claras en el derecho internacional, algunos Estados (particularmente en las Américas, algunas regiones de África y unos cuantos países europeos) han desarrollado numerosas medidas que les permiten admitir en su territorio a las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres. Estas medidas de protección humanitaria pueden estar basadas en las leyes migratorias regulares (que establecen por ejemplo criterios por razones humanitarias, supresión de requisitos o tarifas de solicitud, excepción de visado cuando extranjeros residentes patrocinen familiares de países afectados por desastres, ampliación de cuotas preexistentes para trabajadores temporales en beneficio de personas provenientes de zonas afectadas por desastres), en categorías migratorias excepcionales (“visa humanitaria”, “protección temporal” o medidas similares, limitadas a ciertas categorías de personas) o normas relacionadas con la protección de refugiados o normas internacionales de derechos humanos similares<sup>68</sup>, en especial cuando los efectos de un desastre puedan generar preocupaciones de protección internacional relacionadas con la violencia y persecución; por ejemplo, cuando se producen disturbios y violencia tras el colapso de las autoridades gubernamentales debido al desastre<sup>69</sup> o cuando un gobierno utiliza un desastre como pretexto para perseguir a sus opositores<sup>70</sup>.

En los últimos años se ha propiciado la discusión sobre la inclusión o no de los desplazados ambientales en la categoría de refugiado y la protección internacional que debería otorgárseles<sup>71</sup>. Si bien el ACNUR brinda cierta asistencia y protección a estos desplazados<sup>72</sup>, dicho órgano ha expresado que el uso de

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ SERNA, Nicolás, “Informe de resultados de la Consulta Regional de la Iniciativa Nansen, realizada en América del Sur”, Quito, Ecuador, 15-16 de julio de 2015.

<sup>68</sup> “Agenda de Protección, Iniciativa Nansen”, *doc. cit.*, pp. 27 y ss.

<sup>69</sup> En algunos países (Panamá, Perú) se identificó a solicitantes de asilo de Haití que tenían un “temor fundado de ser perseguidos por parte de agentes no estatales, que surgió a partir de la falta de autoridad gubernamental después del terremoto en Haití” y, por lo tanto, se aplicó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

<sup>70</sup> En Nueva Zelanda, el Órgano de Apelación sobre la Condición de Refugiado identificó a una activista de Myanmar que tenía razones fundadas para temer ser aprehendida y sentenciada porque tras el ciclón Nargis había distribuido ayuda humanitaria adquirida por extranjeros que apoyaban a un partido de la oposición. Apelación de Refugiado N° 76374, decisión del 28 de octubre de 2009 (B. L. Burson [miembro]), disponible en línea en [https://forms.justice.govt.nz/search/IPT/Documents/RefugeeProtection/pdf/ref\\_20091028\\_76374.pdf](https://forms.justice.govt.nz/search/IPT/Documents/RefugeeProtection/pdf/ref_20091028_76374.pdf) (visita más reciente realizada el 4 de marzo de 2015). Citado en “Agenda de Protección, Iniciativa Nansen”, *doc. cit.*, p. 29.

<sup>71</sup> Documento de discusión de la Conferencia sobre “Cambio climático y desplazamiento: identificación de vacíos y respuestas”, organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en febrero de 2011.

<sup>72</sup> El mandato del ACNUR incluye la protección de los refugiados, es decir, una persona que satisface la definición de refugiado contenida en el art. 1A (2) de la Convención de 1951 o que está fuera de su país de origen o de residencia habitual y es incapaz de regresar a él a causa

términos como “refugiados ambientales” o “refugiados climáticos” es incorrecto y no tiene basamento jurídico en el derecho de los refugiados<sup>73</sup>, posición que es compartida por parte de la doctrina<sup>74</sup>. De este modo, el Alto Comisionado ha optado por utilizar la denominación de “personas ambientalmente desplazadas” entendiendo que son personas desplazadas en su propio país o a través de fronteras internacionales debido a la degradación, el deterioro o la destrucción del medio ambiente<sup>75</sup>.

En efecto, de conformidad con la Convención del Estatuto del Refugiado de 1951 y su Protocolo de 1967, se considera refugiado a:

toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de: a) raza, b) religión, c) nacionalidad, d) pertenencia a determinado grupo social, u e) 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 residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Esta definición presenta algunos aspectos principales que dificultan la incorporación de los desplazados a causa de desastres dentro de la categoría de refugiado<sup>76</sup>.

Ello sin perjuicio de considerar que, en caso de emergencia como un desastre, se produzcan situaciones de persecución contempladas en la Convención, lo que sí puede ser un motivo jurídico para conceder el estatuto de refugiado. Asimismo, las partes en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 están obligadas, conforme el art. 23, a conceder a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio el mismo trato que a sus nacionales en

---

de amenazas serias e indiscriminadas a la vida, la integridad física o la libertad, resultantes de la violencia generalizada o de eventos que perturban gravemente el orden público.

<sup>73</sup> GUTERRES, Antonio, *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados, 23/10/2008.

<sup>74</sup> KEANE, David, “The Environmental Causes and Consequences of Migration: A Search for the Meaning of Environmental Refugees”, en *Georgetown International Environmental Law Review*, Washington, 2004, p. 215; MC ADAM, Jane - SAUL, Ben, “Displacement with Dignity: International Law and Policy Responses to Climate Change. Migration and Security in Bangladesh”, en *University of New South Wales, Faculty of Law Research Series*, Paper n. 63, 2010.

<sup>75</sup> ACNUR, *The State of the World's Refugees: The Challenge of Protection*, 1/1/1993, disponible en: <http://www.unhcr.org/4a4c6da96.html>; ACNUR, *The State of the World's Refugees: In Search of Solutions*, 1/1/1995, disponible en <http://www.unhcr.org/4a4c70859.html>.

<sup>76</sup> KLEIN SOLOMON, Michele - WARNER, Koko, “Protection of Persons Displaced as a Result of climate Change. Existing Tools and Emerging Framework”, en GERRARD, Michael - WANNIER, Gregory (eds.), *Threatened Island Nations. Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 256.

lo que respecta a asistencia y a socorro públicos, incluso en casos de desastres naturales.

La Convención para el Gobierno de Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de la Organización de la Unión Africana de 1969 y la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, si bien adoptan la definición de refugiado de la Convención de 1951 y su Protocolo, definen una categoría más amplia de personas como refugiados. El primer instrumento considera refugiados a aquellas personas que se han visto obligadas a dejar su país “debido a agresión externa, ocupación, dominación extranjera o eventos que perturben gravemente el orden público ya sea en parte o en todo su país de origen o de nacionalidad”<sup>77</sup>.

La Declaración de Cartagena, por su parte, reconoce como refugiados a aquellas que han huido de su país “porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”<sup>78</sup>.

Las expresiones “eventos u otras circunstancias que perturben gravemente el orden público” podrían dar lugar a la inclusión de los desplazados medioambientales como refugiados. Sin embargo, en el documento final de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) se concluyó que las “otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” a las que hace mención la Declaración de Cartagena “deben ser resultado de la acción del hombre y no de desastres naturales”<sup>79</sup>.

A pesar de lo expuesto, en los últimos años ciertos Estados latinoamericanos han resuelto en la práctica realizar una interpretación amplia de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena para extender la protección a personas que habían huido de los efectos de desastres naturales. A raíz del desplazamiento masivo de haitianos a la región después del terremoto de 2010, México y Perú los consideró refugiados, argumentando que la definición ampliada de la Declaración de Cartagena permitía otorgarles este estatus<sup>80</sup>. Sin embargo, Estados como Brasil y Argentina se inclinaron por aceptarlos como migrantes, encuadrándolos en alguna categoría migratoria especial<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Convención para el Gobierno de aspectos específicos de problemas de Refugiados en África, art. 1.2.

<sup>78</sup> Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, conclusión tercera.

<sup>79</sup> Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), Guatemala, 29-31 de mayo de 1989, *Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina*, p. 11.

<sup>80</sup> TERMINIELLO, Juan Pablo, *ob. cit.*, p. 161.

<sup>81</sup> GRACIA, María Belén, *ob. cit.*, p. 65.

En los últimos años la preocupación de los Estados insulares por los efectos adversos del cambio climático se ha incrementado<sup>82</sup>. El crecimiento del nivel del mar, el aumento de la acidez de los océanos, el incremento de la intensidad y la frecuencia de las tormentas, el aumento de la salinidad del agua y del suelo y las modificaciones en los recursos marinos son algunos factores relacionados con el cambio climático que amenazan a estos Estados<sup>83</sup>. En algunos de ellos —como en las Islas Maldivas, Kiribati, Vanuatu y Tuvalu—, la posibilidad de que la totalidad o parte de su territorio quede sumergido o se torne inhabitable es cada vez más real. De hecho, algunas comunidades de Vanuatu y del Golfo de Bengala ya se han visto obligadas a trasladarse como consecuencia del aumento del nivel del mar y la erosión de la costa<sup>84</sup>.

En el caso de que un Estado pierda todo su territorio —elemento constitutivo de la personalidad del Estado— debido a un desastre natural o a los efectos adversos del cambio climático, algunos autores sostienen que podría perder su condición de Estado. Si esto sucediera, existe el riesgo de que su población se convierta en apátrida<sup>85</sup>.

Ante esta posibilidad, algunos Estados ya están considerando mecanismos para facilitar el desplazamiento de la población de los Estados insulares cuyo territorio puede quedar completa o parcialmente sumergido o tornarse inhabitable en los próximos años y prevenir la condición de apátridas de esa población. Estados como Nueva Zelanda, Tuvalu, Fiji, Tonga y Kiribati han celebrado un acuerdo, el “Pacific Access Category” (PAC), que autoriza a algunos nacionales de esas islas afectadas por los efectos adversos del cambio climático a migrar a zonas más seguras dentro de Nueva Zelanda<sup>86</sup>.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

Durante las últimas décadas, los efectos adversos de los desastres ocasionados por fenómenos naturales han contribuido a incrementar el desplazamiento forzado de personas, tanto dentro del Estado como a través de las fronteras nacionales.

<sup>82</sup> CAMPBELL, John, “Climate Change and Population Movement in Pacific Island Countries”, en BURSON, Bruce (ed.), *Climate Change and Migration in the South Pacific Region: Policy Perspectives*, Institute for Policy Studies, Victoria University of Wellington, 2010, p. 29.

<sup>83</sup> NURSE, Leonard *et al.*, “Small Islands”, en *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part B: Regional Aspects, Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 1619-1622; FERRIS, Elizabeth *et al.*, *On the Front Line of Climate Change and Displacement Learning from and with Pacific Island Countries*, The Brookings Institution, London School of Economics Project on Internal Displacement, septiembre de 2011, p. 15.

<sup>84</sup> KELMAN, Ilan, “La evacuación de las islas”, en *Revista Migraciones Forzadas*, n. 31, noviembre de 2008, pp. 20-21.

<sup>85</sup> KLEIN SOLOMON, Michele - WARNER, Koko, *ob. cit.*, p. 275.

<sup>86</sup> NURSE, Leonard *et al.*, *ob. cit.*, p. 1625.

Las personas huyen motivadas por el temor ante la amenaza o el riesgo que supone enfrentar una situación de desastre y frente a la incapacidad de los Estados afectados de proveer herramientas para resistir el impacto de tal amenaza.

Actualmente no existe a nivel global un instrumento jurídicamente vinculante que regule especialmente la situación de las personas desplazadas en contexto de desastre.

Los Principios Rectores de los desplazados internos de las Naciones Unidas, constituyen un importante marco legal para la protección internacional de los desplazados, pero resultan insuficientes para asegurar el respeto de los derechos y garantías básicas de las personas afectadas.

En cuanto a la protección de los desplazados a través de las fronteras nacionales, en su mayoría, los mecanismos que existen a nivel nacional dependen de la facultad discrecional de las autoridades competentes en lugar de la obligación legal de admitir a personas desplazadas a raíz de un desastre o autorizar su estadía.

Además, a nivel regional la coordinación o armonización de tales medidas de protección humanitaria es limitada, si es que existe.

Adicionalmente, no queda claro en qué medida son aplicables los instrumentos regionales tales como la Convención sobre Refugiados de la Unión Africana de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984. Por consiguiente, el carácter impredecible de las medidas existentes crea incertidumbre acerca de cuándo se admitirá a las personas desplazadas en el contexto de desastres.

Las normas y principios de derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, derecho de las migraciones y derecho internacional de los refugiados pueden aplicarse, incluso por analogía, a los fines de asegurar la protección de las personas desplazadas en contexto de desastres.

La opción de celebrar acuerdos bilaterales o regionales que regulen el otorgamiento de visas humanitarias o de otros mecanismos relacionados con el derecho de las migraciones es, todavía hoy, una alternativa más factible.

El desplazamiento en el contexto de desastres genera desafíos de índole humanitaria, afecta los derechos humanos, perjudica el desarrollo y, en algunas situaciones, puede afectar la seguridad.

La realidad nos interpela a fortalecer los mecanismos de cooperación y coordinación internacional entre los Estados, las organizaciones y agencias internacionales y otros actores pertinentes involucrados, con el fin de asegurar respuestas efectivas al desplazamiento de personas en el contexto de desastres, así como a reforzar la participación en foros internacionales —tal como la Plataforma sobre Desplazamiento por Desastres y la Plataforma Mundial sobre Reducción de Riesgos de Desastres— para fomentar el diálogo entre los Estados interesados.

BIBLIOGRAFÍA

- BEIGBEDER, Yves, *The role and status of international humanitarian volunteers and organizations: The right and duty to humanitarian assistance*, Londres, Martinus Nijhoff, 1991.
- CAMPBELL, John, "Climate Change and Population Movement in Pacific Island Countries", en BURSON, Bruce (ed.) *Climate Change and Migration in the South Pacific Region: Policy Perspectives*, Institute for Policy Studies - Victoria University of Wellington, 2010.
- FERRIS, Elizabeth *et al.*, *On the Front Line of Climate Change and Displacement Learning from and with Pacific Island Countries*, The Brookings Institution, London School of Economics Project on Internal Displacement, septiembre de 2011.
- FISHER, David, *Guide to International Human Rights Mechanisms for Internally Displaced Persons and their Advocates*, Brookings Institution-University of Bern Project on Internal Displacement, June 2006.
- GRACIA, María Belén, "La Protección de las personas internacionalmente desplazadas por desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina *et al.*, *Respuestas del Derecho Internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, Avelaneda, SGN ed., 2015.
- KEANE, David, "The Environmental Causes and Consequences of Migration: A Search for the Meaning of Environmental Refugees", en *Georgetown International Environmental Law Review*, Washington, 2004.
- KELMAN, Ilan, "La evacuación de las islas" en *Revista Migraciones Forzadas*, N° 31, noviembre de 2008.
- MC ADAM, Jane, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- MC ADAM, Jane - SAUL, Ben, "Displacement with Dignity: International Law and Policy Responses to Climate Change. Migration and Security in Bangladesh", en *University of New South Wales, Faculty of Law Research Series*, Paper N° 63, 2010.
- NURSE, Leonard *et al.*, "Small Islands", en *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part B: Regional Aspects*, Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, 3rd ed., Cambridge, Grotius, 1991.
- TERMINIELLO, Juan Pablo, "Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzado", en LETTIERI, Martin (ed.) *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Remedios de Escalada, Universidad Nacional de Lanús, 2012.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS DESPLAZADAS EN CONTEXTO DE  
DESASTRES CAUSADOS POR FENÓMENOS NATURALES  
MARCOS NELIO MOLLAR

WARSZAWA, Magdalena Silska, “Protection of Internally Displaced Persons:  
An International Legal Obligation?”, en *Polish Yearbook of International  
Law*, vol. 34, N° 249, 2014.

Recepción: 20/8/2017

Aceptación: 17/11/2017



PARTE II  
LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS REFUGIADAS  
EN EUROPA HOY



# EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO. FUNCIONAMIENTO BÁSICO Y EVALUACIÓN ANTE LOS ACTUALES ÉXODOS DE POBLACIÓN<sup>1</sup>

Por NURIA ARENAS-HIDALGO<sup>2</sup>

## **Resumen:**

*El presente trabajo ofrece un análisis crítico del funcionamiento básico del sistema europeo común en materia de asilo, a la luz de las deficiencias observadas especialmente durante la llamada “crisis migratoria”, acaecida tras el estallido del conflicto en Siria y el recrudecimiento de otros de larga data y que ha dado lugar al mayor éxodo de personas en el mundo, desde la Segunda Guerra Mundial. En esta investigación se pone especial énfasis en el estudio del procedimiento de determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de protección internacional, los instrumentos jurídicos disponibles para casos de desplazamientos masivos de personas, así como las claves en materia de procedimiento y contenido del estatuto de protección en la Unión Europea.*

## **Palabras clave:**

*Personas refugiadas, Sistema Europeo Común de Asilo, flujos masivos de población, Derecho Internacional de las Personas Refugiadas, Política Europea de Asilo.*

<sup>1</sup> El presente estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Las Respuestas del Derecho Internacional y Europeo a los Nuevos Riesgos y Amenazas contra la Seguridad Humana (RASEGUR)”, Plan Nacional de I+D+I (Ref: DER2015-65906-P) y de la Red de Excelencia sobre “Los Actuales Desafíos del Derecho Internacional”, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

<sup>2</sup> Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva (España). Miembro del Equipo Directivo del CIM (Centro de Investigación en Migraciones), del Grupo de Investigación DERGO (Derecho Público para la Gobernanza) y editora del *Refugee Law Reader* ([www.refugeelaawreader.org](http://www.refugeelaawreader.org)). E-mail: [nuria@uhu.es](mailto:nuria@uhu.es).

## THE COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM. RESPONSES AND CHALLENGES IN THE CURRENT CONTEXT OF PEOPLE'S DISPLACEMENT

### **Abstract:**

*The present work offers a critical analysis of the basic functioning of the common European asylum system, in light of the deficiencies observed especially during the so-called "migration crisis", occurred after the outbreak of the conflict in Syria and the resurgence of other long-term conflicts which has led to the largest exodus of people in the world since the Second World War. In this research, special emphasis is placed on the analysis of the procedure for determination of the State responsible for the examination of the asylum claim, the existing legal framework for cases of massive displacement, as well as on main characteristics of procedures and content of refugee protection in the European Union.*

### **Keywords:**

*Refugees Common European Asylum System; massive influx; International Refugee Law; European Asylum Policy.*

## INTRODUCCIÓN

Tras más de veinte años trabajando en la construcción de un sistema de normas comunes en materia de asilo, el proceso de integración europeo ha permitido que nos hallemos a las puertas de la creación de una *jurisdicción exclusiva* en una materia que ha pertenecido tradicionalmente a la esfera más íntima de la soberanía estatal. Se trata de un área que ha sufrido una evolución exponencial, en un periodo relativamente corto de tiempo, habida cuenta de que ni siquiera se mencionaba en los Tratados constitutivos de las originarias Comunidades Europeas. Como ha señalado Santolaya, "no es imposible que dentro de unos años (...) haya que explicar que (los Estados miembros de la Unión) han perdido su capacidad para determinar quién tiene derecho de asilo y que es una especie de Oficina de asilo europea la que lo hará, desde la consideración del asilo como un derecho fundamental que se ejerce en la totalidad del espacio de libertades"<sup>3</sup>.

A la espera de la consecución de ese proceso, hoy día la Política de Asilo sigue siendo una competencia compartida entre las Instituciones de la Unión y los Estados miembros (EM) y uno de los elementos constitutivos del objetivo de la Unión Europea de establecer progresivamente un "Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia" (Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión

<sup>3</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, "El sistema europeo común de asilo y su recepción en España", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 12, 2006, p. 88.

Europea) en el cual, el derecho de asilo se ha consagrado al más alto nivel, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 18 de la CDFUE)<sup>4</sup>.

En todo caso, es verdad que la Unión Europea no tenía como objetivo primigenio desarrollar una política común en materia de asilo sino que el interés de los Estados surge de la necesidad de crear un *mercado interior*, definido como un espacio sin fronteras interiores donde quedara garantizada la libertad de circulación de capitales, servicios, mercancías y personas. La iniciativa jurídica no surge, pues, del interés en desarrollar normativamente en Europa un derecho jurídicamente imperfecto a la luz de los textos internacionales (véase el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) sino de la necesidad de conformar la llamada *fortress Europe*, una Europa fortaleza que garantizara seguridad en ese espacio interior de libertades. La atención recibida, pues, es altamente deudora de este objetivo y, por tanto, caracterizada por su vinculación con la eliminación de la inmigración irregular, el control de la frontera exterior común, la delincuencia internacional o el terrorismo. En 1991, la propia Comisión Europea advertía que las cuestiones relativas al asilo y la inmigración debían atenderse de forma separada, pues “Although both matters are linked and interrelated, they are each governed by specific policies and rules which reflect fundamentally different principles and preoccupations. ...*the right of asylum is first and foremost a right and a humanitarian challenge*”<sup>5</sup>. Sin embargo, hoy día es un lugar común que se preste una atención jurídica interrelacionada o indisoluble<sup>6</sup>. Ello ha dado lugar a un modelo normativo dictado bajo el prisma o al servicio de políticas indiscriminadas de *non entrée* —en particular aquellas relativas a la lucha contra la inmigración irregular— que tiene como consecuencia la anulación del efecto útil del derecho de asilo, seriamente restringido y, por ende, de la efectividad del propio Tratado ginebrino del que trae causa<sup>7</sup>.

Superada la etapa en que estas cuestiones se abordaban en una esfera puramente intergubernamental —sin control democrático ni judicial—, tras la comunitarización de la materia y los avances producidos especialmente luego de la firma del Tratado de Ámsterdam en 1999, la incorporación de esta área

<sup>4</sup> Art. 18 CDFUE: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

<sup>5</sup> Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el derecho de asilo*. SEC (91) 1857 final. 11.10.1991. La cursiva es de la autora.

<sup>6</sup> El texto que pretende ser la última hoja de ruta donde se definen los futuros objetivos del SECA se titula “Agenda Europea de Migración”. Comisión Europea. *Una Agenda Europea de Migración*. COM (2015) 240 final, 13/5/2015.

<sup>7</sup> La aplicación de la “alternativa de huida interna”, la utilización de conceptos como “país seguro de origen”, “tercer país seguro”, solicitudes “manifiestamente infundadas”, la llamada “externalización del asilo” unido a una estricta política de visados, sanciones a transportistas o el uso arbitrario de los acuerdos de readmisión han convertido la posibilidad de solicitar asilo en Europa en una odisea a menudo insalvable. ARENAS HIDALGO, N., “El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización”, en *Revista de Estudios Europeos*, N° 50, 2008, p. 128.

en la disciplina comunitaria, el papel del Parlamento Europeo como auténtico colegislador (al mismo nivel que el Consejo), y la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han coadyuvado a incorporar garantías al sistema que, no obstante, se encuentra en mitad de una crisis sin precedentes.

Las disposiciones del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) se adoptan con objeto de guiar a las autoridades competentes de los Estados Miembros (EM) en la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, sobre la base de conceptos y criterios comunes, y de conformidad con los derechos fundamentales y la observancia de los principios reconocidos, en particular, por la CDFUE<sup>8</sup>. En este marco normativo se regula el más amplio derecho a la *protección internacional* que incluye el derecho de asilo para las personas que obtengan el *estatuto de refugiado* y el derecho a la “protección subsidiaria” para las personas beneficiarias de *protección subsidiaria*, dando así cobertura jurídica a colectivos que no habían sido contemplados en el Convenio ginebrino. Este desarrollo normativo se ha producido en dos fases: la primera (1999-2005) dio lugar a la adopción de una serie de “normas mínimas” en diferentes ámbitos del sector y la segunda —completada en 2013— ha supuesto la refundición de estas normas de Derecho derivado. La conformación del sistema persigue arbitrar un “procedimiento común” así como un “estatuto uniforme” para todos aquellos que se hallen en necesidad de protección internacional, con objeto de evitar los “movimientos secundarios” de solicitantes de asilo y refugiados/as entre Estados, auténtico *leitmotiv* y obsesión recurrente.

Básicamente, el SECA comprende: un mecanismo para la asignación de la responsabilidad entre los Estados parte en relación al examen de una demanda de protección internacional (Reglamento Dublín III y Reglamento EURODAC); normas comunes en materia de procedimientos como paso previo al establecimiento de un procedimiento común de asilo en la Unión (Directiva 2013/32), normas para la acogida de solicitantes de protección internacional (Directiva 2013/33), disposiciones relativas a los requisitos para la identificación de las personas necesitadas de protección internacional, así como un estatuto uniforme para las mismas (Directiva 2011/95) y un procedimiento especial para los casos de afluencia masiva de personas desplazadas (Directiva 2001/55). El SECA dispone de una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (más conocida como EASO, por sus siglas en inglés<sup>9</sup>), pero ésta no dispone de competencias respecto de las decisiones que las autoridades de asilo de los Estados miembros adopten sobre las solicitudes concretas de protección internacional (art. 2.6 del Reglamento 439/2010). La Oficina se dedica más bien a mejorar la cooperación operativa de los Estados a fin de que se apliquen eficazmente las normas comunes (define

<sup>8</sup> STJUE, Asunto “X y Otros”, C-199/12 a C-201/12, apartado 39 y jurisprudencia citada.

<sup>9</sup> Reglamento UE N° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo, DO L 132, de 29 de mayo de 2010.

buenas prácticas en materia de asilo, adopta informes sobre país de origen, desarrolla acciones de formación, promueve y facilita el reasentamiento, etc.) y coordina actuaciones de apoyo a los Estados miembros sujetos a presiones especiales.

Los Reglamentos son directamente vinculantes desde su entrada en vigor, pero las Directivas requieren de la transposición de las mismas en los ordenamientos jurídicos de los Estados, con objeto de adquirir eficacia directa. De esta forma, las Directivas permiten a los Estados incorporar *normas más favorables*, por lo que en Europa la aplicación del Derecho Internacional y Europeo de las Personas Refugiadas es, así, plural y diversa y ha estado históricamente condicionada por opciones interpretativas y concepciones de la propia cultura jurídica<sup>10</sup>.

Si bien el sistema debe ajustarse a la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo Adicional (art. 78 TFUE) ello no implica que el SECA sea la traducción europea de *todas* las obligaciones incorporadas en el Convenio ni que aborde de forma integral todos los aspectos relacionados con el derecho de asilo. Como decimos, los Estados conservan determinadas competencias<sup>11</sup>.

Este ámbito de materias, además, se ve afectada por la llamada “geometría variable”, en virtud de la cual, tanto Reino Unido, como Irlanda y Dinamarca pueden elegir quedar vinculados o no por las normas que conforman el SECA. Asimismo, algunos otros instrumentos del Derecho Europeo de las Personas Refugiadas se aplican también a ciertos Estados que no son miembros de la Unión, a saber, Islandia, Liechtenstein, Noruega y/o Suiza.

La actual crisis humanitaria de carácter migratorio que se sufre en nuestras fronteras ha puesto en evidencia alguna de las más importantes deficiencias del sistema, por lo que se considera un momento oportuno para dar cuenta, en este trabajo, de las particularidades básicas del mismo. Así, en el primer capítulo, se analizará qué ocurre desde que se presenta una solicitud de protección internacional en la frontera europea y cómo se determina qué Estado será responsable de su estudio. En el capítulo segundo, se estudiarán los mecanismos disponibles para casos de afluencia masiva de personas, como las que se han estado sufriendo en Europa, especialmente desde 2015. Y en el tercer capítulo, se informa sobre las características básicas del procedimiento y del contenido de la

<sup>10</sup> La transposición en España de las normas de Derecho derivado que conforman el SECA se ha realizado a través de la *Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*. Publicación en el Boletín Oficial del Estado: *BOE*, N° 263, de 31 de octubre de 2009.

<sup>11</sup> Como las relacionadas con la sanción a las personas refugiadas por su entrada o presencia ilegal (prohibidas por el art. 31 de la Convención de Ginebra: STJUE de 17/6/2014, Asunto “Mohammad Ferooz Qurbani”); las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las embajadas o legaciones diplomáticas de los EM en el exterior; la concesión de visado por razones humanitarias (STJUE, de 7/3/2017, Asunto “X y X”) o la regulación de otras vías de acceso seguro a la protección, así como cuestiones tan relevantes en el ámbito de la solidaridad internacional como la figura del reasentamiento. Todas ellas quedan a instancias de la normativa nacional.



protección ofrecida. El trabajo finaliza con un breve epílogo sobre las reformas previstas en el llamado “nuevo paquete de asilo”.

*1. UN SISTEMA COMÚN QUE ASIGNA LA RESPONSABILIDAD  
EN LA DETERMINACIÓN DE LAS NECESIDADES DE  
PROTECCIÓN A UN SOLO ESTADO. EL SISTEMA DUBLÍN  
Y LA AUSENCIA DE UN REPARTO EQUITATIVO DE LA  
RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE ASILO*

La normativa de la UE en materia de asilo sólo se aplica desde el momento en que el individuo ha llegado a la frontera, incluyendo las aguas territoriales y las zonas de tránsito (art. 3.1 de la Directiva 2013/32/EU). El SECA no dispone de normas que permitan un acceso seguro al territorio de la Unión desde los países en conflicto o países vecinos al mismo, por lo que la concesión de visados humanitarios o la posibilidad de solicitar protección en las embajadas de los EM forman parte de la soberanía de los Estados; el SECA ni lo regula ni lo fomenta<sup>12</sup>. Así las cosas, las personas necesitadas de protección internacional han de llegar a Europea y una vez en ella, pueden solicitar protección a la autoridad o autoridades competentes que hayan designado los Estados, los cuales están obligados a registrar las solicitudes de protección internacional en un plazo de tres días laborables, o de seis días si la solicitud se presenta ante otras autoridades distintas de las responsables de tal registro (art. 6.1 de la Directiva 2013/32/EU). La presentación de la solicitud da lugar a la activación de la Directiva sobre condiciones de acogida (Directiva 2013/33/UE), en virtud de la cual se les proporcionará alojamiento, alimentación, y una asignación para gastos diarios<sup>13</sup>, así como del Sistema Dublín que determinará cuál de los Estados miembros de la Unión será responsable de examinar la solicitud.

El llamado “Sistema de Dublín” fue el primer mecanismo del que se dotaron los Estados miembros de la actual UE para gestionar en común aspectos relativos al asilo<sup>14</sup>. Se trata de un conjunto de normas cuyo objetivo es disponer de un procedimiento para la *determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional*. A diferencia de toda lógica jurídica, el sistema no nace priorizando la búsqueda de consenso sobre cuáles habrían de

<sup>12</sup> STJUE, “Asunto X e X v. Estado de Bélgica”, de 7 de marzo de 2017 (c-638/16PPU).

<sup>13</sup> El art. 2º g) de la Directiva dispone que esas condiciones de acogida pueden otorgarse en especie o en forma de asignaciones financieras o de vales, o una combinación de los tres.

<sup>14</sup> El 15 de junio de 1990 se adoptó un Convenio, en Dublín, con este objetivo que luego –gracias a la comunitarización de la materia– ha visto la luz en forma de Reglamentos. El Reglamento 343/2003 que sería conocido como “Dublín II” fue enmendado por el actualmente vigente Reglamento 604/2013 (Dublín III). *Reglamento UE N° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida* (texto refundido), DO L 180, de 29 de junio de 2013 (en adelante, Reglamento Dublín III).

ser los requisitos comunes para la obtención del estatuto de refugiado en Europa o los derechos asociados al mismo sino que persigue resolver el fenómeno de los llamados “refugiados en órbita” (solicitantes de protección que iban de un Estado a otro sin que ninguno se hiciera responsable del estudio de su caso) y el de las “solicitudes múltiples” (*asylum shopping* aquellas presentadas en más de un Estado). No es, por consiguiente, un sistema de reparto equitativo de la responsabilidad respecto de las personas que llegan al continente europeo en busca de protección y que pudieran ser distribuidas en los mismos sino que se trata de un sistema de *asignación de la responsabilidad* con el objetivo de que sea sólo uno el Estado que proceda al estudio de la demanda de protección (*one-chance only*) y su decisión sea vinculante para todos los demás. Así, en el momento en el que las personas son interceptadas tratando de acceder de forma irregular a territorio europeo o cuando presentan su solicitud de protección, son tomados sus datos dactiloscópicos y enviados a una base informática a la que tienen acceso las autoridades de los Estados (sistema regulado por el Reglamento EU-RODAC<sup>15</sup>). Cualquier intento de presentar la solicitud en otro Estado miembro (llamado “movimiento secundario”) sería detectado con la mera comprobación del registro de sus huellas dactilares y sería devuelto al país responsable de su solicitud. Este Sistema Dublín es el que actualmente se considera la piedra angular del SECA<sup>16</sup>.

La asignación de la responsabilidad no depende de unas cuotas previamente establecidas, ni atiende a las características del EM designado como responsable (que éste cumpla fielmente con las obligaciones internacionales y europeas en materia de asilo, que disponga de capacidad de acogida, etc.) ni se toma en consideración el destino elegido por la persona demandante de protección sino que los criterios del Sistema Dublín son *objetivos*, están *jerarquizados* y, según ellos (capítulo III), salvo que la persona tenga algún miembro de su familia nuclear residiendo en un Estado miembro, en calidad de solicitante de protección o como beneficiario de la misma —la unidad familiar sería el criterio prioritario—, depende de por dónde haya entrado el demandante de protección a territorio de la Unión. El Estado responsable, pues, será aquel que haya otorgado un visado o documento de residencia al demandante o aquel que haya

<sup>15</sup> *Reglamento UE N° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) N° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición)*, DO L 180, de 29 de junio de 2013.

<sup>16</sup> Véase el considerando 7 del Reglamento Dublín III (Reglamento UE 604/2013).

permitido su entrada irregular<sup>17</sup>. Se trata de un sistema al servicio de un efectivo control de la frontera exterior común, de tal forma que la determinación de la protección internacional se convierte en una especie de “sanción” para aquellos Estados que “permitieron” la entrada en el territorio del nacional del tercer país, en lugar de establecer criterios de reparto equitativos basados en las mejores opciones de integración del nacional del tercer país en alguno de los Estados de la Unión o Estados asociados al sistema. El sistema se completa con unos elementos de flexibilidad, como son la cláusula humanitaria (que permite a un Estado no responsable asumir una demanda de asilo para la preservación de la unidad familiar más allá de lo que establecen los criterios del sistema), o la cláusula de soberanía (que permite a los Estados examinar cualquier demanda de asilo que le sea presentada), ambas escasamente utilizadas.

Como puede comprobarse, no se toma en consideración la voluntad del demandante de protección, es decir, el *solicitante no podrá elegir el país de acogida*. El mutuo reconocimiento de actos de Estado se privilegia por encima del derecho a la protección del individuo que tampoco verá reconocido su derecho a desplazarse libremente por el resto de países de la Unión, pues aunque las decisiones de rechazo de las solicitudes de protección son válidas en todo el territorio común y gozan de efecto extraterritorial, no ocurre lo mismo con las decisiones positivas cuyas ventajas solo se pueden disfrutar en el territorio del Estado que concede la protección.

Ese reconocimiento mutuo se fundamenta en la presunción de que todos los Estados participantes comparten estándares equivalentes en materia de protección y son países *seguros*. Sin embargo, se ha observado una importante diferencia de criterio en el reconocimiento de personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria procedentes de las mismas regiones o países de origen y en cuanto al tipo de protección concedida<sup>18</sup>. Así las cosas, si el sistema no garantiza una respuesta común independientemente del país responsable del examen de la solicitud, si tampoco se garantiza un acceso rápido y efectivo al procedimiento dada la complejidad del mismo (se puede llegar a demorar hasta

<sup>17</sup> Tras la adopción de la sentencia del TJUE de 6 de junio de 2013 (*Asuntos acumulados MA.BT.DA.*) se disponen reglas especiales para el caso de los menores no acompañados (arts. 6º y 8º del Reglamento), en cuyo caso será indiferente la entrada irregular y se primará la reagrupación familiar en interés superior del menor.

<sup>18</sup> Por ejemplo, en el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2015, los índices de reconocimiento de los solicitantes de asilo procedentes de Afganistán variaron de casi un 100% en Italia a un 5,88% en Bulgaria. *Vid.* Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo “Hacia una Reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una Mejora de las Vías Legales a Europa”*, COM (2016) 197 final, Bruselas 6/4/2016, p. 5.

La profesora Morgades considera falsa la asunción de que los sistemas de asilo en los EM son comparables tanto en lo que se refiere a la obtención de la protección como al contenido de la misma. MORGADES GIL, Silvia, “The discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What remains of the sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJEU?”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, issue 3, p. 436.

diez u once meses<sup>19</sup>) y la escasa confianza mutua demostrada entre los EM ante determinados indicios<sup>20</sup>, unido a que se ejecuta solo una cuarta parte de los traslados<sup>21</sup> y siguen produciéndose altos niveles de movimientos secundarios<sup>22</sup>, hace que el sistema se haya completamente deslegitimado.

Por ende, los efectos de la aplicación del sistema Dublín pueden hallarse, en parte, en el origen de la actual crisis de personas refugiada en Europa. Los Estados de la UE con fronteras exteriores terrestres tendrían una probabilidad más alta que los demás de convertirse en Estados responsables de examinar las demandas de asilo presentadas en otros EM<sup>23</sup>. Esta circunstancia unida al incremento de los flujos migratorios en los últimos años ha supuesto el colapso de las estructuras de asilo para algunos EM —como Grecia—, y con ello el cuestionamiento de las bases del sistema.

Así, tras la sentencia del TEDH en el caso “M.S.S. v. Belgique et Grèce” de 21 de enero de 2011 y la sentencia del TJUE, en el asunto “N. S. y M. E. y otros” de 21 de diciembre de 2011 resulta contrario a Derecho que un Estado miembro pueda aplicar *automáticamente* las reglas del sistema Dublín, cuando el Estado responsable padece *deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida*. El art. 4º de la CDFUE (prohibición de

<sup>19</sup> “Con el sistema actual, los aspirantes pueden esperar hasta diez meses (en el caso de las peticiones de readmisión de un solicitante de asilo) u once meses (en el caso de peticiones de toma a cargo) antes de que comience el procedimiento de examen de la solicitud de protección internacional. Esto va en detrimento del objetivo de Dublín de garantizar un acceso rápido al procedimiento de asilo”. Comisión Europea: *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)*. COM (2016) 270 final, 2016/0133, Bruselas 4.5.2016 (en adelante: *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*), p. 9.

<sup>20</sup> “Varios Estados miembros señalaron que las interpretaciones de lo que se considera como prueba aceptable por parte de las autoridades del país receptor hacían recaer una carga de la prueba desproporcionada en el país de envío”. *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*, p. 10.

<sup>21</sup> Comisión Europea. *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*, p. 11.

<sup>22</sup> La Comisión Europea ha calculado que hasta un 24% de las solicitudes de protección ya habían sido presentadas antes en otro Estado, por lo que la incidencia del Sistema Dublín en el problema de los movimientos secundarios es nimia. Además, reconoce que “el Reglamento podría haber contribuido, de forma no intencionada, a aumentar la incidencia de otros tipos de movimientos secundarios, ya que las diferencias nacionales en la calidad de los sistemas de acogida y asilo siguen existiendo y continúan fomentando los movimientos secundarios”. Comisión Europea. *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*, p. 13.

<sup>23</sup> La Comisión Europea ha reconocido que “un número limitado de Estados miembros ha tenido que ocuparse de la gran mayoría de los solicitantes de asilo que llegan a la Unión, lo que ha generado una gran presión sobre las capacidades de sus sistemas de asilo y provocado una cierta inobservancia de la normativa de la UE”. “Los criterios aplicados con más frecuencia como motivo para los traslados han sido los relativos a la documentación y a la entrada (arts. 12 y 13), lo que ha llevado a la atribución de una parte sustancial de la responsabilidad a los Estados miembros con fronteras exteriores”. Comisión Europea: *Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín III*, pp. 3 y 10.

la tortura y tratos inhumanos o degradantes) debe interpretarse en el sentido que incumbe a los EM, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al EM responsable en el sentido del Reglamento Dublín, cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo en ese EM constituyan motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición (fallo incorporado al actual art. 3º del Reglamento Dublín). El colapso del sistema en Grecia provocó, en cumplimiento de esta sentencia, la suspensión de los traslados vía Dublín a este país, así como la adopción, inédita en Europa, de un *sistema de reubicación de emergencia de personas solicitantes de protección internacional*, desde Grecia e Italia al resto de EM, muestra clara de las deficiencias de Dublín y precario remedio de la negativa a asumir la necesidad de un sistema de reparto equitativo de la responsabilidad en materia de asilo.

A pesar de las evidentes deficiencias, reconocidas por la propia Comisión Europea, la reforma prevista de Dublín tan sólo supone una huida hacia delante que no se compadece con las obligaciones que dimanarían de la incorporación del derecho de asilo al más alto nivel, en el art. 18 de la CDFUE, y que obliga a una lectura del mismo de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951. La Convención ginebrina no impide la aplicación de un sistema de asignación de la responsabilidad, pero siempre y cuando sea conforme con sus principios básicos: principio de solidaridad (preámbulo de la Convención) que obligaría a un reparto equitativo de las obligaciones en materia de asilo, el principio de unidad familiar que no puede limitarse a un concepto a todas luces excesivamente limitado y la necesidad de atender adecuadamente al “perfil social” del demandante a la hora de seleccionar el Estado responsable de examinar su solicitud<sup>24</sup>.

El Sistema Dublín es un claro ejemplo de como las normas del SECA nacieron y continúan sometidas al paradigma de contención de flujos fuera de las fronteras y la lucha contra la inmigración irregular, en lugar de atender a su genuino sentido humanitario.

## 2. EN CASO DE AFLUENCIA MASIVA: EL SISTEMA DE REUBICACIÓN DE EMERGENCIA

El SECA dispone de un *sistema de intervención de emergencia* para situaciones de “afluencia repentina de nacionales de terceros Estados” (art. 78.3 TFUE). El dispositivo nunca se había activado, pero desde principios de 2015, a la vista de las llegadas masivas y la presión sin precedentes que éstas estaban

<sup>24</sup> Véase *Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas de 28 de julio de 1951*: principio de unidad familiar (apartado B: principio de unidad de la familia), principio de solidaridad (apartado D: cooperación internacional en las áreas de asilo y reasentamiento y preámbulo de la Convención).

causando en los sistemas de asilo de países como Grecia o Italia, parece que se daban las condiciones materiales para hacerlo efectivo<sup>25</sup>. El 20 de abril de 2015, tras producirse el naufragio con mayor número de víctimas mortales de todas las sucedidas en el Mediterráneo, se celebra una reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores donde la Comisión Europea presenta un Plan de 10 puntos que luego se desarrollarían en la “Agenda Europea de Migración” y donde se reconoce que la política europea “no ha estado a la altura” y se debían adoptar acciones prioritarias para hacer frente a la crisis, entre otras, “activar el sistema de emergencia para distribuir mejor a los solicitantes de asilo en Europa”<sup>26</sup>. De entrada, el Consejo Europeo dispone ayuda financiera de emergencia y medi-

<sup>25</sup> Según datos de Frontex, en 2014 la ruta del Mediterráneo central y oriental fue la principal zona de cruce irregular de fronteras en la UE, sumando más del 75% del total de tales cruces. Ese año, sólo a Italia llegaron más de 170.000 inmigrantes en situación administrativa irregular, lo que representa un aumento del 277% en comparación con los datos registrados en 2013. También se asistió a un aumento constante en Grecia, con más de 50.000 llegadas, lo que equivale a un aumento del 153% en comparación con 2013. Los datos de los primeros meses de 2015 confirman esta tendencia clara en el caso de Italia. Además, Grecia afrontó en los cuatro primeros meses de 2015 un importante aumento del número de cruces irregulares de fronteras, equivalente a más del 50% del total de 2014 (casi 28.000 en estos cuatro primeros meses de 2015, en comparación con un total de 55.000 en 2014). Estas cifras llevan a la Comisión a afirmar que: “Ningún otro Estado miembro se encuentra actualmente en una situación de emergencia como la vivida por Italia y Grecia, con máximos similares en los números de llegadas irregulares y una gran proporción de personas que tienen manifiestamente necesidad de protección internacional, todo ello acompañado por una grave vulnerabilidad de sus sistemas de asilo. Por consiguiente, la actual situación de la inmigración en Italia y Grecia es única en la UE y la presión sobre su capacidad para tramitar las solicitudes de protección internacional y ofrecer unas condiciones adecuadas de recepción y perspectivas de integración a las personas que tienen manifiestamente necesidad de protección internacional exige que todos los demás Estados miembros muestren su solidaridad”. Comisión Europea: *Propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Grecia e Italia*: COM (2015) 286 final, 27/5/2015, p. 3.

<sup>26</sup> La Comisión reconoce que la reacción europea estaba siendo insuficiente y, por ello, propone medidas a corto plazo para estabilizar la situación, así como medidas a más largo plazo con objeto de disponer de un sistema sólido que resistiera la prueba del tiempo. La lista incluye medidas clave inmediatamente necesarias que podrían dividirse en: i) medidas operativas; ii) ayuda presupuestaria y iii) aplicación del Derecho de la Unión y de acción exterior (en la que se incluye incluso una operación militar de gestión de crisis). Estas son: Triplicar la capacidad y los activos de las operaciones conjuntas de la Agencia Frontex (Tritón y Poseidón) en 2015 y 2016; la activación del sistema de emergencia en virtud del art. 78, apartado 3, del Tratado para distribuir mejor a los solicitantes de asilo en Europa; crear “puntos calientes” o “Hotspot” coordinados por la Comisión, en los cuales tanto la Agencia Europea de Apoyo al Asilo, como Frontex y Europol trabajarán sobre el terreno en los Estados miembros que se hallan en primera línea con objeto de identificar, registrar y tomar las huellas dactilares de las personas migrantes, con la mayor celeridad posible, y de coordinar el retorno; movilizar 60 millones de euros adicionales de financiación de emergencia para los Estados miembros de primera línea; disponer un programa de reasentamiento dotado con 50 millones de euros y destinado a transferir 20.000 personas a Europa de forma segura y legal; asignar 30 millones de euros para los programas regionales de desarrollo y protección empezando por los del norte de África y el Cuerno de África en 2015 y 2016; recopilar información por parte de Europol con la contribución de todas las agencias de la UE con objeto de dismantelar las redes delictivas; establecer operaciones de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) en el Mediterráneo para la captura y destrucción de embarcaciones; establecer un centro polivalente piloto en Níger en colaboración con la OIM y ACNUR; desplegar agentes



das de apoyo operativo por parte de la EASO, mientras se estudiaban opciones para organizar una reubicación de personas necesitadas de protección internacional. Ante la necesidad inmediata de ayudar a los Estados más afectados por la crisis a cumplir con sus obligaciones en materia de protección internacional, las Instituciones de la Unión adoptan medidas que inciden en lo que podemos denominar “solidaridad financiera”, esto es, ayuda de emergencia de carácter económico, así como “solidaridad operativa”, es decir, medidas de soporte práctico como la activación de equipos de apoyo a la gestión de la migración en los “puntos críticos” (*hotspots*) en Grecia e Italia o del mecanismo de protección civil para Serbia, Eslovenia y Croacia. Estas medidas podían ayudar en la agilización de la tramitación de las solicitudes, así como de los retornos o en la creación de mejores infraestructuras para dar acogida a las personas, sin embargo, las llegadas son de tal magnitud que se hacía imperioso proceder a la adopción de una auténtica medida de solidaridad intracomunitaria. Téngase en cuenta que el Derecho de la UE exige que las políticas europeas en el ámbito de los controles fronterizos, el asilo y la inmigración y su aplicación —incluida las medidas adoptadas en caso de “situación de emergencia”— se rijan por el principio de “solidaridad” y “reparto equitativo de la responsabilidad” (art. 80 TFUE). Por tanto, un cumplimiento escrupuloso de esta obligación solo podía lograrse con la reubicación de solicitantes de protección internacional desde Grecia e Italia hacia el resto de Estados miembros. El 28 de abril de 2015, el Parlamento Europeo insta al Consejo a que considere seriamente la posibilidad de activar el art. 78.3 TFUE. Con la aprobación del Parlamento, reunido de urgencia, el Consejo adopta dos Decisiones: la *Decisión 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015* por la que se decide reubicar a 40.000 personas en los próximos dos años, es decir, hasta el 17 de septiembre de 2017<sup>27</sup> y en aplicación de la *Decisión 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015*, se reubicarían 120.000 personas en los próximos dos años, por tanto, hasta el 26 de septiembre de 2017<sup>28</sup>.

Se dispone así de un *sistema de reubicación de emergencia*, de carácter temporal, por el que se establece el traslado de un total de 160.000 personas manifiestamente necesitadas de protección internacional desde Grecia e Italia, a través de una norma obligatoria en todos sus términos<sup>29</sup>. Esta medida inédita

---

migratorios europeos en las Delegaciones de la UE en los países clave de tránsito. Comisión Europea. *Agenda Europea de Migración*. COM (2015) 240 final, 13.05.2015.

<sup>27</sup> Decisión 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015 relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia. DO L 239, 15.09.2015. En adelante, Decisión 2015/1523.

<sup>28</sup> Decisión 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015 por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia. DO L 248, 24.09.2015. En adelante, Decisión 2015/1601.

<sup>29</sup> La “reubicación” es definida como el: “traslado de un solicitante hasta el territorio del Estado miembro de reubicación desde el territorio del Estado miembro que los criterios estable-



en la Unión supone, de inmediato, la suspensión del art. 13 del Reglamento Dublín, esto es, no todas las demandas de protección de personas que hubieran entrado de forma irregular en Grecia e Italia serían responsabilidad de estos países sino que aquellas que entraran en el ámbito de aplicación de las Decisiones serían trasladadas a otros EM donde se procedería a la determinación de su estatus de protección. Se garantizaría así la participación equitativa y equilibrada de todos los Estados Miembros, en este esfuerzo común, a través de un dispositivo de carácter vinculante, temporal (para solventar una crisis concreta), basado en criterios objetivos (ámbito de aplicación personal, material, temporal, excepciones, etc.), incluida una clave de reparto<sup>30</sup>, por lo que el criterio de distribución y el número de personas que serían trasladadas a cada Estado no queda sujeto a la voluntad de cada Estado sino que se establece con carácter previo; un salto cualitativo en relación a otros instrumentos jurídicos anteriores<sup>31</sup>. Eso sí, no se trata de un mecanismo automático que pudiera activarse ante la evidencia de determinados indicios ni a petición del Estado afectado sino que requiere la decisión del Consejo (por mayoría cualificada<sup>32</sup>), a propuesta de la Comisión, tras la consulta al Parlamento Europeo.

A un mes de la finalización del plazo de ejecución, el sistema de reubicación de emergencia se ha saldado con la decepcionante cifra de 24.600 personas reubicadas (16.803 desde Grecia y 7.873 desde Italia) desde diciembre de 2015 a agosto de 2017 y la apertura de tres procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la UE, por el incumplimiento de estas decisiones por parte de Hungría que se ha negado a participar en el sistema de reubicación de crisis, Polonia que no notifica plazas de reubicación desde diciembre de 2015 y la República Checa que no ha reubicado a ninguna persona desde agosto de 2016<sup>33</sup>. Salvo países

---

cidos en el capítulo III del Reglamento (UE) no 604/2013 señalen como responsable de examinar su solicitud de protección internacional”. (art. 2º e] de ambas Decisiones).

<sup>30</sup> En el anexo de la “Agenda Europea de Migración” figura una clave de redistribución basada en los criterios establecidos: PIB, población, tasa de desempleo y número histórico de solicitantes de asilo y de refugiados reasentados.

<sup>31</sup> La Directiva 2001/55/CE disponía también una obligación de acogida en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, pero carecía de un mecanismo obligatorio y objetivo que estableciera la cuota a satisfacer por cada Estado, quedaba en cambio a disposición de lo que éstos dispusieran en cada momento. La *Directiva del Consejo de 20 de julio de 2011 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida* no se ha aplicado hasta el momento.

<sup>32</sup> La Decisión 2015/1523 se adopta por unanimidad en el Consejo, sin embargo, la Decisión 2015/1601 se adopta con los votos en contra de Eslovaquia, República Checa y Hungría; así como con la abstención de Dinamarca. Hungría y Eslovaquia presentaron un recurso de anulación de la segunda decisión que ha sido rechazado por el Tribunal de Justicia de la Unión: STJUE: Asuntos acumulados c-643/15 y c-647/15 “Eslovaquia y Hungría v. Consejo”: 6/9/2017.

<sup>33</sup> Austria tampoco ha cumplido con la cuota que le corresponde, pero ha enviado compromisos formales, en mayo, junio y julio de 2017 para reubicar a 50 personas desde Italia. Comisión Europea. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo.*

como Malta, Letonia y Noruega que han cumplido con las cuotas asignadas<sup>34</sup>, el resto no han logrado cumplir con sus compromisos. La primera vez en la historia de la Unión que se aplicaba el principio de solidaridad y reparto equitativo de las responsabilidades en una situación de éxodo masivo ha dado muestras de las debilidades de una Unión altamente comprometida con el control de la inmigración irregular y el control fronterizo, pero escasamente fusionada y con una importante dosis de desconfianza mutua cuando el objetivo es proporcionar cauces para un ejercicio efectivo del derecho de asilo.

Los escollos para tan insolidaria falta de diligencia no deberían hallarse en las personas seleccionadas para ser reubicadas, pues no serán todas las que se han registrado en Grecia o Italia como demandantes de protección internacional sino que el sistema permite llevar a cabo una *criba previa*. Serán reubicadas solo aquellas que las Decisiones han designado como personas con “necesidad manifiesta de protección”, esto es, los solicitantes de nacionalidades respecto de las cuales se hayan dictado resoluciones de concesión de protección internacional en primera instancia, en al menos un 75% de los casos según los últimos datos trimestrales actualizados por Eurostat, (art. 3.2), es decir, en un primer momento, las personas nacionales de Eritrea, Iraq, República Centro Africana y Siria. Una vez realizado el traslado, los Estados miembros de reubicación procederán a conceder el estatuto de refugiado/a o el de beneficiario/a de protección subsidiaria según los casos, pero ya hay una “presunción de reconocimiento positivo” a favor de estos colectivos<sup>35</sup>. Además, aunque a los Estados se les impone un número y un plazo de tiempo para reubicar, lo cierto es que no se les impone una lista de personas con nombre y apellidos sino que los funcionarios de enlace de los Estados miembros junto con los de Italia, Grecia y la EASO determinan qué solicitantes concretos pueden reubicar —debiendo dar prioridad a los más vulnerables y teniendo en cuenta sus competencias lingüísticas y otras indicaciones, como lazos familiares, culturales o sociales que puedan facilitar su integración (criterio de selección incluido a instancias del Parlamento Europeo<sup>36</sup>)— y aprueban la lista final (art. 5.4 de las Decisiones). Los Estados disponen así de un claro margen de maniobra legal respecto a las personas que pueden acoger en sus territorios que, no obstante, han incrementado al utilizar

---

*Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento*. COM (2017) 405 final, 26.07.2017 (en adelante, *Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento julio 2017*), p. 3.

<sup>34</sup> Finlandia, Lituania y Luxemburgo ya han reubicado al 80% de la cifra asignada y Suecia el 60%. Comisión Europea. *Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento julio 2017*, p. 4.

<sup>35</sup> ARENAS-HIDALGO, Nuria, “Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo”, en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, Nº 36, segundo semestre de 2016, p. 365.

<sup>36</sup> Parlamento Europeo. *Informe sobre la Propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia*. Comisión de libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. A8/0245/2015, 28.07.2015.

de forma incorrecta las preferencias que no se han centrado en las personas más vulnerables sino en aquellos colectivos cuya acogida los Estados consideraran menos incómoda: véase la renuencia a reubicar a menores no acompañados o el uso laxo y no motivado de las referencias a la seguridad u orden público como fórmula de exclusión<sup>37</sup>. El pragmatismo demostrado por la Comisión al limitarse a denunciar estas prácticas ilegales y recomendar vías alternativas, pero no abrir expedientes sancionadores de las mismas puede avocarnos a la eliminación por vía de hechos consumados de criterios clave en materia de reubicación como la prioridad a los colectivos vulnerables, del mayor interés del menor o de la integración.

En todo este proceso queda claro que las personas reubicadas son las que no tienen derecho a elegir el Estado responsable de su acogida. La voluntad de la persona demandante de protección no tiene cabida en la ecuación —motivo por el cual Dinamarca se abstuvo en la votación en el Consejo—, en línea con la doctrina asentada al respecto por el Sistema Dublín que no permite al demandante la elección del foro y que ya es un dogma en el sistema europeo común de asilo.

A pesar de la cuasi unanimidad mostrada respecto a la a todas luces inevitable adopción de esta medida, la lentitud en la activación del proceso —que a los seis meses desde su adopción sólo había logrado reubicar a 937 personas y que ha necesitado un año para lograr una media de 1.000 reubicaciones al mes<sup>38</sup>— se compadece poco con la supuesta situación de emergencia que forzó la aplicación del art. 78.3 TFUE y, en consecuencia, no ha conseguido aliviar la presión que aún sufren tanto Grecia como Italia, a cuyas costas siguen llegando personas con nacionalidades elegibles y que se sumarán a aquellas que aún están pendientes de registro o que llevan un año esperando su traslado.

<sup>37</sup> La Comisión Europea denuncia estas prácticas desde el primer informe sobre reubicación y reasentamiento. Resulta llamativo como hasta abril de 2016 no se reubicaron los primeros menores no acompañados a Finlandia. Comisión Europea. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Segundo Informe sobre Reubicación y Reasentamiento*. COM (2016) 222 final. Estrasburgo, 12.04.2016, p. 4. Problemas jurídicos respecto a aquellos/as que estuvieran casados o exigencias al margen de las dispuestas en las Decisiones, como la de Alemania que solo reubica a aquellos/as que tengan vínculos con el Estado y que implica restrictivas pruebas de los vínculos familiares que recaen en las autoridades griegas o italianas y que no hallan base jurídica en las Decisiones. Igualmente común entre los Estados resulta el establecimiento de preferencias ajenas a los criterios establecidos legalmente, como el caso de Francia que solo acepta familias o mujeres solas con hijos. *Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento julio 2017*, pp. 5 y 7.

<sup>38</sup> En el primer informe de la Comisión Europea sobre reubicación y reasentamiento se confirma que: “Mientras que en 2016 los flujos continúan, hasta ahora solo 937 personas han sido reubicadas desde Italia y Grecia, y solo 4.555 han sido reasentadas. El insatisfactorio nivel de ejecución de ambos programas se debe a una serie de factores, entre ellos la falta de voluntad política de los Estados miembros para cumplir plena y puntualmente sus obligaciones legales de reubicación”. Comisión Europea: *Primer Informe sobre Reubicación y Reasentamiento*, COM (2016) 165 final, Bruselas 16.03.2016, p. 2 (en adelante: *Primer Informe sobre Reubicación marzo 2016*).

Con independencia de la mayor o menor diligencia mostrada por los Estados en el cumplimiento de las Decisiones, el sistema de reubicación de emergencia ha adolecido de disfunciones notables: la nacionalidad de las personas beneficiarias podía cambiar cada tres meses, en función de las estadísticas de la EASO, lo que ha provocado una enorme incertidumbre en Estados y personas afectadas y la ausencia de garantías respecto a que efectivamente fueran reubicados los colectivos que mayor presión pudieran ejercer en los sistemas de asilo de Grecia e Italia<sup>39</sup>; la lentitud debido a las debilidades de los procedimientos nacionales o la falta de plazas de acogida incluso cuando ya habían sido seleccionadas y aceptadas las personas para su traslado; la ausencia de confianza mutua al no confiar en los controles de seguridad realizados en los Estados y exigir la realización de otros extra por parte de los Estados de acogida, debido al celo en la lucha antiterrorista exacerbada tras los últimos atentados.

Falta de flexibilidad, renuencia a la cumplir con las obligaciones y dificultades técnicas lógicas a un sistema complejo donde se ha acusado la falta de experiencia y que se ha ido construyendo sobre la marcha bajo el marco jurídico de unas Decisiones que no se detenían en los específico<sup>40</sup>.

Ante las evidentes deficiencias del sistema Dublín —especialmente patentes en caso de éxodos masivos—, se ha presentado una propuesta para que, en estas situaciones, se disponga de un *mecanismo automático de asignación correctora de la responsabilidad*. Así, en la propuesta de refundición del Reglamento Dublín III (futuro Dublín IV) se incorpora una cláusula en función de la cual, siempre y cuando un Estado miembro hubiera superado el 150% de la cifra de referencia que le corresponde en número de solicitudes de asilo<sup>41</sup>,

<sup>39</sup> En marzo de 2016 entre las nacionalidades elegibles se encontraban algunas como Costa Rica, San Vicente y las Granadinas o Maldivas. Algunas de estas nacionalidades suponen menos de 200 solicitantes de protección internacional en la UE en el periodo de referencia, pero como las Decisiones sobre reubicación del Consejo no incluyen disposiciones sobre el número mínimo de decisiones para calcular la media de la UE, las nacionalidades con muy pocas decisiones, pero todas positivas, entran fácilmente en el ámbito de aplicación de las Decisiones sobre reubicación del Consejo. *Primer Informe sobre Reubicación marzo 2016*, p. 7.

<sup>40</sup> En la práctica se trata de un procedimiento de cierta complejidad que implica la participación de diversos actores. Primero se ha de realizar un registro previo de las personas, luego Italia y Grecia proceden al registro que equivale a la presentación de la solicitud de protección internacional de todos los participantes en el registro previo, incluidas las personas que podrían optar a la reubicación. El Servicio de Asilo griego se encarga de las notificaciones; el ACNUR del transporte desde diferentes partes de Grecia a Atenas y los correspondientes alojamientos en la capital; la EASO ayuda en la preparación y seguimiento de los expedientes; y la OIM organiza los controles sanitarios, la información previa a la salida, y los vuelos. *Decimocuarto Informe sobre Reubicación y Reasentamiento julio 2017*, p. 4.

<sup>41</sup> La cifra toma en consideración el número de solicitudes de protección de las que ha sido responsable el Estado, así como el número de personas reasentadas por el mismo, ponderada al 50% por dos variables: población y PIB. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)* (en adelante, futuro Reglamento Dublín IV). Bruselas, 4/5/2016, COM (2016) 270 final, pp. 20-21.

dejaría de ser responsable de las mismas, de manera que las nuevas demandas de protección pasarían a ser evaluadas por el resto de Estados que no hubieran alcanzado tal umbral. Con independencia de que los Estados afectados deben realizar un control de admisibilidad previo de esas demandas, por lo que se les asigna nuevas responsabilidades que no casan en absoluto con el objetivo de la propuesta, lo cierto es que esta disposición no termina de convertirse en un mecanismo de distribución equitativa de la responsabilidad sino un mero corrector del Sistema Dublín para casos extremos (150% del número de solicitudes que el procedimiento considera que le corresponden) que vuelve a confiar en criterios automáticos que resultan útiles a la seguridad jurídica, pero no casan con el análisis individual de las condiciones de Estados cuyos sistemas de asilo no están igualmente preparados para afrontar un 150% más de demandas de las que se considera que están acondicionado para atender ni con la obtención de garantías individuales de que los derechos de las personas afectadas serán respetados.

### 3. GARANTÍAS PROCEDIMENTALES Y DERECHO A LA “PROTECCIÓN INTERNACIONAL”. QUIÉN TIENE DERECHO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL. GARANTÍAS PROCEDIMENTALES Y ESTATUTO BÁSICO

Una vez asignada la evaluación de la solicitud de asilo a un Estado miembro, las autoridades designadas por éste darán inicio al procedimiento de examen con una *entrevista* que será realizada por la persona responsable que informará al/la solicitante de cómo efectuarla y le ayudará a cumplimentarla con objeto de establecer los hechos relevantes. En el curso del procedimiento, la persona tiene derecho a los servicios de intérprete, la posibilidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR u otras organizaciones que prestan asesoramiento a las personas solicitantes de protección internacional, a que se le comunique en debida forma la decisión junto con su motivación de hecho y de derecho, la oportunidad de consultar a asesores jurídicos, a ser informado de su situación en los momentos decisivos del procedimiento en una lengua que entienda o razonablemente se pueda suponer que entiende y, en caso de decisión negativa, el derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional. Durante la deliberación de la autoridad decisoria, la persona tiene garantizado el derecho de estancia y, por ende, el principio de *non refoulement*.

Desde el momento en que se presenta la solicitud, la persona es considerada “solicitante de protección internacional” y le resulta aplicable la Directiva 2013/33 que le garantizará un nivel de vida digno durante todo el proceso de determinación de su estatuto, incluida la fase previa en que se procede al establecimiento del Estado responsable de examinar la solicitud<sup>42</sup>. El alojamiento, alimentación y vestido se puede proporcionar en especie o a través de asigna-

<sup>42</sup> STJUE, de 27/9/2012, Asunto “CIMADE y GISTP”, c-179/11.

ciones, las cuales en todo caso, deben ser suficientes para garantizar atención sanitaria y un nivel de vida digno y adecuado que asegure la subsistencia de las personas solicitantes<sup>43</sup>.

Se establecen tres tipos de procedimientos: “en primera instancia”, “de recurso” y “para la retirada de la protección internacional”. De igual modo, se prevén tres procedimientos especiales: para las solicitudes presentadas en frontera, el procedimiento de admisibilidad y un procedimiento acelerado. De esta forma, los Estados pueden disponer una fase de admisión a trámite en la cual se puede inadmitir una solicitud cuando otro EM ha concedido protección internacional, cuando un tercer Estado es “primer país de asilo” (un país donde el solicitante ha sido reconocido como refugiado o goza de protección suficiente), o por la aplicación de conceptos tan controvertidos como el de “tercer país seguro” (cuando proceda de un país en el que su vida y su libertad no están amenazadas por algunos de los motivos contemplados en la Convención de Ginebra, donde no existe riesgo de daño grave, se respeta el principio de no devolución y la prohibición de expulsión de conformidad con el Derecho europeo y existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado). Si la solicitud es admitida a trámite, pasa a ser analizada en profundidad para lo cual disponen de seis meses, salvo que las autoridades apliquen el procedimiento acelerado, cuyos plazos se reducen a la mitad. Son igualmente controvertidos los motivos que pueden dar lugar a la aplicación de un procedimiento acelerado o de urgencia: cuando sea probable que la solicitud sea infundada (porque plantee cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para ser beneficiario de protección internacional; porque la persona proceda de un “país seguro de origen”...) o por motivos graves de seguridad nacional u orden público. Se trata de conceptos que permiten un amplio margen de discrecionalidad al Estado y aunque se trata de presunciones que pueden ser refutadas, la inclusión en la Directiva de la posibilidad de enviar al solicitante a un tercer país seguro (art. 27 Directiva 2013/32) y de establecer listas de países de origen seguro a los efectos del examen de la solicitud (definido en el anexo II de la Directiva) han sido ampliamente denunciadas por la doctrina pues predisponen a cierto automatismo en la respuesta del Estado, aumentan la carga de la prueba en el demandante y, sobre todo, ponen en riesgo el principio de no devolución.

Como contrapartida, el SECA no sólo garantiza el asilo sino el concepto más amplio de “protección internacional” que incluye el estatuto de refugiado y el estatuto de protección subsidiaria (art. 2º Directiva 2011/95). Con independencia de lo que haya alegado la persona, se trata de un *sistema descendente* en virtud del cual primero se ha de analizar si la persona reúne los requisitos para ser refugiada de conformidad con la Convención de 1951 y, de no ser así, se determinará si tienen derecho a la protección subsidiaria. Se concibe, pues, la protección subsidiaria como una protección *complementaria y adicional* a la consa-

<sup>43</sup> STJUE de 27/2/2014, Asunto “Saciri” c-79/13.



grada en la Convención de Ginebra<sup>44</sup>. Las demandas de protección por motivos relacionados con el género o la orientación sexual o emocional e identidad de género de la persona se deben tomar en consideración a efectos de determinar la pertenencia a “determinado grupo social” (art. 10.1.d Directiva 2011/95), por tanto, la Unión no aumenta el número de razones tasadas en Ginebra en virtud de las cuales se puede solicitar el estatuto de refugiado/a sino que opta —como en estos casos— por realizar una interpretación de las cinco razones clásicas.

La base jurídica de la *protección subsidiaria* deriva de las obligaciones internacionales y las prácticas existentes en los EM sobre derechos humanos. Estas obligaciones disponen que si un nacional de un tercer país o un apátrida, que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se dan motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o residencia, se enfrentaría a un *riesgo real* de sufrir alguno de los tres *daños graves* establecidos tendría derecho al estatuto de beneficiario de protección subsidiaria (art. 2º f Directiva 2011/95). El nivel de exigencia probatoria es el de riesgo real, por alguno/s de los tres daños graves consensuados: la condena a la *pena de muerte* o su ejecución; la *tortura* o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen; o las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de *conflicto armado* internacional o interno (art. 15 Directiva 2011/95).

El daño grave relacionado con la situación de conflicto armado resulta una aportación genuina del Derecho de la Unión, por lo que se ha de atender a la jurisprudencia del TJUE dictada en aras de su interpretación uniforme (asunto “Elgafagi”, sentencia TJ [Gran Sala], 17 febrero de 2009 y Asunto “Diakité”, sentencia TJ, de 30 de enero de 2014), así como a las directrices elaboradas por la EASO para deducir sus particularidades.

Lo primero que llama la atención es que los conceptos de “conflicto armado internacional o interno” no son equiparables a los dispuestos en el Derecho Internacional Humanitario sino que tienen un significado propio. Según el Tribunal de Justicia en el Asunto “Diakite”, basta que las tropas regulares de un Estado se enfrenten a uno o varios grupos armados o cuando dos o más grupos armados se enfrenten entre sí.

En términos generales, se trata de un daño grave que abarca un riesgo “más general” que los relativos a la pena de muerte o al riesgo de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes. No se ha de probar que se han sufrido, o se pueden llegar a sufrir, actos concretos de violencia sino que el conflicto armado se caracterice por una violencia indiscriminada de un nivel tan intenso que los *civiles* corran un riesgo real de sufrir daños graves, *por el mero hecho de su presencia*

<sup>44</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión considera que constituye “un complemento de la protección de los refugiados consagrada en la Convención de Ginebra”. STJUE, de 8/5/2014, asunto “H. N.”, c-604/12, para. 32.



*en el territorio de estos.* De esta forma, la capacidad de obtención de protección subsidiaria es inversamente proporcional a la individualización del daño. Para valorar la gravedad del conflicto armado, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo considera que se podrían tomar en consideración variables como: las partes en el conflicto y su fuerza militar relativa; el uso de métodos y tácticas bélicas (riesgo de víctimas civiles); el tipo de armamento utilizado; el ámbito geográfico de los combates (localizado o generalizado); o el número de civiles muertos, heridos y desplazados como consecuencia de los combates<sup>45</sup>. Los órganos jurisdiccionales de los EM también han tomado en consideración: la capacidad o incapacidad del Estado para proteger a sus ciudadanos de la violencia; las condiciones socioeconómicas (que deben incluir una valoración de las formas de asistencia económica y de otra índole de las organizaciones internacionales y ONG); o los efectos acumulados de los conflictos armados de larga duración.

Tanto en el procedimiento de determinación del estatuto de personas refugiada como en el relativo a la protección subsidiaria se prevén unas cláusulas de exclusión (arts. 12 y 17 Directiva 2011/95) para los casos en los que la persona no necesite o merezca la protección que demanda y, en caso contrario cuando existe una decisión positiva, el SECA garantiza —salvo excepciones— que tanto los beneficiarios del estatuto de refugiado como los de la protección subsidiaria se les concedan los mismos derechos y prestaciones: beneficios en materia de empleo, protección social, educación (en igual de condiciones que las personas nacionales del Estado en caso de menores), asistencia sanitaria (tanto física como psíquica, teniendo especial atención por aquellos/as que presenten necesidades especiales: art. 30 Directiva 2011/95), acceso a la vivienda (en condiciones equivalentes a las de personas nacionales de terceros Estados que residan legalmente) e instrumentos de integración (como formación lingüística). El acceso al empleo se garantiza a más tardar a los nueve meses de haber presentado la solicitud de protección internacional, por tanto, no se requiere la obtención efectiva del estatuto (art. 15 Directiva 2013/33).

#### 4. EPÍLOGO. CRISIS DEL SECA Y PROCESO ACTUAL DE REFORMA

La demora en los plazos de transposición de las Directivas que conforman el SECA, la calidad de dichas transposiciones llegando en algunos casos incluso a bajar los estándares de exigencia marcados, las diferencias que se observan en los porcentajes de concesión y denegación del estatuto, en el tratamiento jurídico de las solicitudes, así como en el reconocimiento de determinados derechos o las desiguales condiciones de acogida y prestaciones sociales ponen en evidencia la dificultad de alcanzar un sistema de protección común. Así las cosas,

<sup>45</sup> EASO: *The Implementation of Article 15 c QD EU Member States*, July 2015. Disponible en: [https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO\\_The-Implementation-of-Art-15c-QD-in-EU-Member-States.pdf](https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO_The-Implementation-of-Art-15c-QD-in-EU-Member-States.pdf).

no sorprende que las consecuencias de la actual crisis humanitaria de carácter migratorio haya agudizado las deficiencias del sistema.

En palabras de la Comisión Europea, la crisis humanitaria ha puesto de manifiesto que existen *carencias estructurales y deficiencias importantes en el diseño y la aplicación de la política europea de asilo y migración*, por lo que se ha propuesto una reforma global del sistema en aras a obtener una “política de asilo humana y eficiente”, así como “un sistema europeo común de asilo más equitativo, eficiente y sostenible”<sup>46</sup>.

En todo caso, la crisis del asilo en Europa puede causar estupor, pero no sorpresa, pues tanto la concepción del SECA como el desarrollo normativo responden a una concepción de la Política de Asilo supeditada a la consecución de un más eficaz control de la inmigración irregular, lo que puede verse como un vicio consustancial al sistema. En sus orígenes, la Comisión Europea alertaba sobre las consecuencias de este vínculo en apariencia indisoluble y sobre cómo el asilo debía ser considerado ante todo un derecho y una cuestión de índole humanitaria (véase la nota al pie N° 4). Sin embargo, desde entonces no se ha cuestionado esta política que somete tanto el asilo como la migración al paradigma de contención de flujos fuera de las fronteras europeas. Desde la realidad de los movimientos mixtos, resulta lógico que haya cuestiones que afecten de manera similar a ambos ámbitos, piénsese en el tráfico o en la trata de personas, lacras que utilizan de forma indistinta a potenciales refugiados y personas migrantes. No obstante y a pesar de la obviedad de que se trata de ámbitos materiales íntimamente relacionados, abogamos por rectificar la premisa inicial y que la reforma del SECA asuma de entrada que se trata de un derecho fundamental consagrado en la CDFUE y se deje de abordar bajo la lupa de las necesidades de una gestión de las migraciones eficaz.

Esta errónea perspectiva conduce un mal diagnóstico del problema y, por ende, a una, de nuevo, equivocada receta para el mismo. Así, las deficiencias estructurales que la Comisión Europea reconoce se resuelven en una especie de huida hacia adelante: con la consagración del Sistema Dublín como piedra angular del SECA que sólo sufre enmiendas menores; con una vuelta de tuerca en las premisas más restrictivas, hasta el punto de incorporar nuevas sanciones para los solicitantes de protección que pudieran incurrir en movimientos secun-

<sup>46</sup> El 6 de mayo de 2016 se presentó el primer paquete de medidas que abordaban la reforma del sistema Dublín, EURODAC y la transformación de la actual Oficina Europea de Apoyo al Asilo en una auténtica Agencia Europea para el Asilo. El 13 de julio de 2016 se presentó el segundo paquete de medidas con la creación de un procedimiento común de protección internacional, unas normas uniformes para la protección y los derechos concedidos a los beneficiarios de protección internacional y una mayor armonización de las condiciones de acogida. Todas las normas —salvo la relativa a la acogida— estarían reguladas por Reglamento, una norma de carácter obligatorio en todos sus aspectos y que no requiere de la transposición de la misma en los ordenamientos internos, por lo que no deja margen a la apreciación nacional al respecto de sus disposiciones. Se pretende, así, lograr una mayor convergencia entre los Estados al evitar las disposiciones de carácter discrecional.

darios (de nuevo la obsesión por evitar el *forum shopping*); y una apuesta por la utilización de criterios axiomáticos que faciliten una respuesta cuasi automática que permita una devolución lo más rápida de aquellos/as que no sean merecedores de la protección internacional<sup>47</sup>. Todo ello, además, obviando la regulación en común de la creación de vías de acceso seguro a territorio europeo y las medidas de reparto equitativo de la responsabilidad en materia de protección, auténticos desafíos del sistema que se encuentran en la base para la garantía de un ejercicio efectivo del asilo no sólo en Europa sino en el mundo.

### BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS-HIDALGO, Nuria, “Derecho Internacional y Europeo de las Personas Refugiadas”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando F. (dir.), *Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*, 2ª ed. revisada y ampliada, Editorial Trotta, 2017, pp. 177-202.
- “El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización”, en *Revista de Estudios Europeos*, Nº 50, 2008, pp. 125-146.
- “Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo”, en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, Nº 36, segundo semestre de 2016, pp. 339-372.
- BOLLO AROCENA, M. D., “*Push back*, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso ‘Hirsi Jamaa y otros contra Italia’”, en GÓMEZ BERNÁNDEZ, Santiago (coord.) *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI, Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, 2013, pp. 647-666.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel, “TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. v. Italia, 27765/09 – ‘Artículos 3º y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo Nº 4 – tortura y tratos inhumanos y degradantes – derecho a un recurso efectivo – prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros’. El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 17, Nº 46, 2013, pp. 1119-1135.
- GARCÍA ANDRADE, Paula, “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los derechos fundamentales: comentario a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N. S. y M. E. y otros”, en *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 27, pp. 1-34, Mayo 2012.

<sup>47</sup> Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Hacia una Reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las Vías Legales a Europa*, COM (2016) 197 final, Bruselas, 6/4/2016.

- GOODWIN-GILL, G. - MC ADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2007.
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, “La protección de los refugiados por causa de la guerra y la respuesta de la Unión Europea”, *Sal Terrae*, 105, 2017, pp. 391-404.
- HATHAWAY, James - FOSTER, Michelle, *The Law of the Refugee Status*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2014.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen, “La Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado en el marco del sistema común de asilo de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 11, 2006, pp. 1696-9634.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “El sistema europeo común de asilo y su recepción en España”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 12, 2006, pp. 83-88.
- SOLANES CORELLA, Ángeles, “Entre Schengen y Dublín: reivindicar el asilo como un derecho en la Unión Europea”, en *Documentación Social*, N° 180, 2016, pp. 149-166.

Recepción: 29/9/2017

Aceptación: 15/11/2017



## LOS REFUGIADOS, UN TEST DE LA NECROPOLÍTICA

Por JAVIER DE LUCAS<sup>1</sup>

### Resumen:

*Los presupuestos ideológicos del actual modelo europeo de políticas migratorias y de asilo, dejan abierto el riesgo de evolución regresiva de Estados social-liberales hacia Estados penal-policiales. Ello supone un retroceso extremadamente peligroso de los estándares básicos de la democracia y del Estado de Derecho, y la institucionalización de diversas manifestaciones de exclusión y subdiscriminación, que parecen resucitar una lógica colonial. De ese modo, se confirmarían las tesis básicas de la “necropolítica” propuestas por Mbembé tras las huellas de Foucault.*

### Palabras clave:

*Necropolítica, refugiados, derechos, igualdad, inclusión democracia.*

## REFUGEES: A NECROPOLITICS TEST

### Abstract:

*The ideological assumptions of the current European model of migration and asylum policies leave open the risk of a regressive evolution of social-liberal states towards penal-police states. This would lead to an extremely dangerous setback of the basic standards of democracy and the rule of law and the institutionalization of various manifestations of exclusion and subdiscrimination, which seem to follow a colonial*

<sup>1</sup> Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía política en el Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València (IDHUV) del que fue fundador (2004) y primer director. Ha sido Director del Colegio de España en la *Cité internationale universitaire de Paris* (2005-12), Presidente de *CEAR* —Comisión Española de Ayuda al Refugiado— (2008-09) y Miembro de la Comisión de seguimiento del Plan Nacional de derechos humanos (2010-2012). Actualmente, es Vocal del Consejo Asesor del Mecanismo Nacional español para la Prevención de la Tortura. Ha publicado veinte libros y más de 300 artículos en revistas científicas nacionales e internacionales. Trabaja sobre problemas de derechos humanos, legitimidad, democracia, ciudadanía y obediencia al Derecho. En especial, desde 1990, sobre políticas migratorias, de asilo y derechos humanos. E-mail: Javier.de-Lucas@uv.es.

*logic. In this way, the basic theses of “necropolitics” proposed by Mbembé in the footsteps of Foucault would be confirmed.*

**Keywords:**

*“Necropolitics”, refugee, rights, equality, inclusion, democracy.*

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo propone una interpretación de algunos de los presupuestos ideológicos, económicos, culturales y políticos que subyacen a las políticas migratorias y de asilo europeas, que encontraron un punto de inflexión en la gestión de la mal denominada “crisis de refugiados” por parte de la UE y de los Gobiernos de sus Estados miembros entre 2013 y 2017, sobre todo a partir de 2015, cuando la Comisión Europea propuso una “Nueva agenda migratoria y de Asilo”.

Como es sabido, la propia Comisión Europea tuvo que reconocer el fracaso estrepitoso de esa propuesta en marzo de 2017, tras la enconada oposición de los Gobiernos europeos, pero no sólo los del Este, sino también buena parte de los Gobiernos de las ricas democracias del norte (de Dinamarca a Austria, pasando por Francia, Países Bajos o incluso Alemania). Ese fracaso supone el incumplimiento de deberes jurídicos elementales que obligan a los Estados-parte de la Convención de Ginebra de 1951 sobre los refugiados y, a mi juicio, devela cómo los solicitantes potenciales de refugio (de asilo o de la protección internacional subsidiaria) y los denominados inmigrantes irregulares (en realidad, los inmigrantes no cualificados, no convocados expresamente por los países del norte y del centro) son construidos como infrasujetos desde el punto de vista jurídico y político y forman parte de lo que Bauman ha denominado “industria del desecho humano”.

La interpretación que aquí se sostiene relaciona esas políticas migratorias y de asilo con la quiebra de principios básicos del Estado de Derecho y de las exigencias de una democracia inclusiva y pluralista, como consecuencia de la imposición de tesis que podemos vincular a lo que conocemos como necropolítica o, en otros términos, con el proceso de degradación de la democracia que, al mismo tiempo que instaura en el orden interno (estatal) una lógica colonial que estrecha el pluralismo e incrementa la desigualdad, hace verosímil el riesgo de que las democracias occidentales desempeñen la función de poderosas máquinas de exclusión en el orden internacional.

El concepto de *necropolítica* no es nuevo y son evidentes sus fuentes, que remiten sobre todo a la noción de *biopolítica* de Foucault. Muy concretamente, habría que hablar del curso de Foucault en el Collège de France, entre 1975 y 1976, con el título “Il faut défendre la société” y que se publicó en caste-



llano como “Genealogía del racismo”, primera piedra de su *biopolítica*<sup>2</sup>. Pero la noción de necropolítica se enriquece también con la crítica al colonialismo impulsada por F. Fanon, G. Deleuze y, en otra perspectiva, por Z. Bauman o B. Santos<sup>3</sup>, precisamente porque los estudios postcoloniales le han proporcionado un importante impulso. Quiero recordar las que, probablemente, son dos de las corrientes que han producido las aportaciones más relevantes a ese respecto. De un lado, la nueva generación de estudios críticos postcoloniales, que denuncian la esencia discriminatoria del modelo del pretendido *melting pot* de los EEUU, sobre todo a partir del impulso que recibe esa crítica desde el movimiento *black lives matter*<sup>4</sup>. De otra parte, la revisión —asimismo crítica— del concepto de *negritud*, y de una visión filosófico-política y geopolítica autónoma africana, en la que la aportación de Mbembé me parece relevante.

Respecto a lo primero, rozamos lo obvio al recordar que la sociedad norteamericana conserva aún hoy buena parte de los rasgos de toda sociedad segregacionista y colonial (que ya fueron objeto de temprana crítica desde Montaigne y Las Casas), y que por lo que se refiere a la ficción de la fórmula del *melting pot*, fue analizada ya y desmontada por la Escuela de sociología urbana de Chicago, con Robert Ezra Park, entre 1925 y 1940. Ya entonces, se constataba el profundo racismo que permanece todavía hoy en los EEUU, pese al sin duda trascendental acontecimiento que significó la elección del primer presidente afroamericano, Barack Obama. La crítica se ha desarrollado en buena medida de la mano de los estudios de crítica cultural, con una fuerte denuncia de la ideología del colonialismo, que arranca de los ensayos de Edward Said que, a justo título, pueden considerarse fundacionales, desde su seminal *Cultura e*

<sup>2</sup> Desde la convicción profundamente nietzscheana de que la tarea intelectual a abordar es la genealogía, Foucault aborda el racismo como aspecto clave de la biopolítica, que a su entender es en realidad contrahistoria.

<sup>3</sup> La referencia habitual es la obra del filósofo Achille Mbembé. Concretamente, su ensayo *Necropolitique*, publicado en 2006 en la revista *Raisons Politiques*, N° 21/2006, pp. 29-60. Este trabajo, junto con uno anterior, “Du gouvernement privé indirect”, que había aparecido en la revista *Politique africaine*. N° 73/1999 (pp. 103-121) fue publicado en castellano con el título *Necropolítica*, Barcelona, Melusina, 2011. Sin las referencias propias de la perspectiva africanista de Mbembé, hay que remitir a las tesis de SASSEN, Saskia, *Expulsiones. Brutalidad y complejidad de la economía global*, Buenos Aires, Katz, 2011 y de BAUMAN, Zygmunt, *Archipiélago de excepciones*, Barcelona, Katz, 2008. Desde una perspectiva diferente, el diagnóstico de las consecuencias del modelo del capitalismo global es compartido por Susan GEORGE, por ejemplo en su *Usurpadores. Cómo las empresas transnacionales toman el poder*, Barcelona, Icaria, 2015, o KLEIN, Naomi, en *La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre*, Barcelona, Planeta, 2012. Sobre la noción de “necropolítica” puede verse, en un tono divulgativo, VALVERDE, Clara, *De la necropolítica liberal a la empatía radical*, Barcelona, Icaria, 2016.

<sup>4</sup> Este movimiento nace en 2014, después de los asesinatos de Michael Brown y Eric Gardner por parte de la policía y encabeza en la actualidad la lucha por la igualdad de derechos de los negros en los EEUU, frente a la violencia policial y los abusos de los que son víctimas, lo que les lleva a señalar que, sin ese elemento clave de la justicia que es la igualdad, o la igual libertad, si se prefiere, no habrá paz.

*Imperialismo*<sup>5</sup>. Desde el punto de vista filosófico jurídico quizá el trabajo más relevante de los últimos años sea el de la jurista afroamericana Michelle Alexander, que ha denunciado el racismo estructural de los EEUU (racismo como sistema racial de castas) en su ensayo *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness* (2010)<sup>6</sup>. Son también muy interesantes los ensayos de escritor y periodista de *The Atlantic*, Ta-Nehisi Coates, autor entre otros, del impactante monólogo escrito como carta a su hijo con el título *Between the World and Me*<sup>7</sup>.

En relación con lo segundo, es obligado recordar la crítica que representan clásicos como Frantz Fanon y Aimée Césaire<sup>8</sup> y hoy el filósofo Achille Mbembe<sup>9</sup>, al que ya nos hemos referido anteriormente como autor de la fórmula “necropolítica”, y que ha ido situando la crítica anticolonial como un eje básico de

<sup>5</sup> Si nos referimos a la relación entre cultura, política y colonialismo, además del clásico de Said, *Cultura e Imperialismo*, Barcelona, Anagrama, 1993, son básicos los trabajos de Deleuze y Guattari, los de Negri y Hardt, y, más recientemente, el de NAIR, Sami, *El imperio frente a la diversidad del mundo*, Madrid, DeBolsillo, 2004 y los de DE SOUSA SANTOS, B., como su *Para descolonizar el occidente. Más allá del pensamiento abismal*, San Cristóbal de las Casas, Chiapas, Editorial Cideci Unitierra, y *Descolonizar el saber. Reinventar el poder*, Montevideo, Trilce, 2010. En una nota posterior me referiré a la aportación del filósofo camerunés Achille Mbembé, ya mencionado en la nota 1.

<sup>6</sup> Hay traducción castellana, *El color de la justicia: la nueva segregación racial en Estados Unidos*, Capitán Swing, 2014. Con la expresión “leyes Jim Crow” se alude al conjunto de leyes estatales y locales que institucionalizaron el segregacionismo entre 1860-1877 en los EEUU, en particular en el Sur y que derivaban de los llamados “Códigos Negros” (*Black Codes*) que, tras la victoria de la Unión en la guerra de Secesión y la obligatoriedad de acatar la 13ª Enmienda que abolió la esclavitud, fueron el instrumento a través del cual los Estados del Sur mantuvieron el segregacionismo. El espíritu de estas leyes se resume en el lema “separados pero iguales”, que mantuvo la ficción de la no discriminación en una realidad dominada jurídicamente por el espíritu segregacionista y mantenían un sistema de clases, de base racial, que implicaba una discriminación educativa, económica, social. Las “leyes Jim Crow” institucionalizaron, por ejemplo, la segregación en las escuelas públicas, lugares públicos, transporte público, baños y restaurantes e incluso en el ejército.

<sup>7</sup> *Between the World and Me*, Nueva York, Spiegel & Grau, 2015. Ya había analizado la extensión y arraigo de la discriminación en los Estados Unidos en su *The Beautiful Struggle. A Father, two Sons, and a unlikely Road to Manhood*, Nueva York, Spiegel & Grau, 2008. Puede leerse también su ensayo en *The Atlantic*, july/august 2015, “There is not a post-racial America”.

<sup>8</sup> Sigue siendo imprescindible la lectura de los dos clásicos de FANON, *Piel negra, máscaras blancas* (1952) y *Los condenados de la tierra* (1961), tanto como el *Discurso sobre el colonialismo* (1950) de Aimée CÉSAIRE. El senegalés Leopold Sédar SENGHOR es la figura clave en la comprensión del concepto de *negritud*, al que dedicó numerosos ensayos, reunidos entre otros en su *Ce que je crois: Négritude, francité, et civilisation de l'universel*, Grasset, 1988.

<sup>9</sup> El filósofo camerunés Achille MBEMBE ha renovado la crítica con su ensayo *Critique de la raison nègre* (2013) (hay versión castellana, *Crítica de la razón negra*, Buenos Aires, Ned Ediciones, 2016), que se suma a obras anteriores como *De La Postcolonie, essai sur l'imagination politique dans l'Afrique contemporaine* (2005), y *Sortir de la grande nuit - Essai sur l'Afrique décolonisée* (2010), en los que, tras las huellas de Fanon y Freud, realiza una importante aportación a los estudios postcoloniales desde lo que se denomina necropolítica. Es útil consultar también su *On Private Indirect Government*, Dakar, CODESRIA, 2000; Su última obra es *Politiques de l'inimitié*, Paris, Editions La Découverte, 2016.

su trabajo<sup>10</sup> En realidad, como apunté inicialmente y trataré de hacer ver a lo largo de estas páginas, la idea de “necropolítica” desarrolla una de las tesis básicas de Foucault. Se trata de una concepción de la política en la que la vida de los otros es objeto de cálculo y por tanto carece de valor intrínseco en la medida en que no resultan rentables o dejan de serlo. En rigor, como trataré de señalar en los epígrafes siguientes, lo que interesa de esta noción es aquello en lo que coincide con las tesis de Sassen y de Bauman, sobre el advenimiento de una etapa del capitalismo en el que el proyecto de la democracia inclusiva queda orillado, reforzándose por el contrario los mecanismos no sólo de desigualdad, sino de exclusión y expulsión de una parte de la población respecto a los beneficios del crecimiento económico. Ese es el rasgo, la exigencia más notable del modelo de capitalismo neoliberal en esta etapa de la evolución del proyecto del mercado global, que trata de obtener una desregulación que permita liberarse incluso de la sujeción a normas básicas como las que responden a la garantía de derechos humanos elementales entendidos como universales. La vida también: la condición del precariado es la de caducidad u obsolescencia programada, al igual que la de las mercancías. Por eso, el acierto de la fórmula de Bauman “industria del desecho humano”, sobre la que volverá más tarde.

### 1. SOBRE EL MODELO DE GESTIÓN POLÍTICA DE LAS MIGRACIONES FORZADAS

Como señalé al comienzo, uno de los terrenos más interesantes en los que, a mi juicio, se puede tratar de verificar algunas de las tesis de la necropolítica a las que me acabo de referir, es el que proporciona el examen de la gestión de lo que podemos denominar como “migraciones forzadas”, concepto en el que incluyo obviamente a los refugiados, pero también a una buena parte de los movimientos migratorios que suelen ser clasificados como migraciones económicas o laborales. La clave —el núcleo mínimo— que permite proponer estas políticas como test para las tesis de la necropolítica la constituye, en mi opinión, el respeto (la violación) a las exigencias de los derechos humanos que son a su vez el contenido mínimo del Estado de Derecho.

En ese marco es evidente el papel de test que ha adquirido el fenómeno que podemos considerar como “vergüenza del Mediterráneo” (y no sólo en él: pensemos en lo que sucede en las rutas migratorias desde el África subsahariana o desde el cuerno de África hasta las costas de Libia, Marruecos: pensemos en los muertos abandonados en esos desiertos...), pues en sus aguas, como propuse

<sup>10</sup> Además de los trabajos citados en la nota anterior, pueden verse sus artículos de 2006, “Qu’est-ce que la pensée postcoloniale?”, *Esprit*, N° 330/2006, pp 117-133 y “La colonie: son petit secret et sa part maudite”, *Politique Africaine*, N° 102/2006, pp. 101-112.

en un trabajo anterior<sup>11</sup>, estamos asistiendo al naufragio del Estado de Derecho, si no a su perversión, es decir, *a la utilización del Derecho* (leyes, decisiones administrativas y, en menor medida, jurisprudenciales) *contra los derechos*, por ejemplo, mediante la contraposición entre las exigencias del mantenimiento del espacio europeo de justicia libertad y seguridad y el respeto de los derechos de quienes llegan a nuestras fronteras y quieren entrar en ese espacio. El mensaje que el Derecho migratorio y de asilo europeo está enviando a los propios ciudadanos europeos es el de una disyuntiva entre “nuestros derechos”, es decir, nuestro nivel de bienestar, de libertad, de seguridad y justicia, y los derechos de esos otros. Los dirigentes europeos, en el debate que se ha producido en torno a la mal denominada “crisis de los refugiados”, desde 2013 y sobre todo entre 2015 y 2017, han enviado un mensaje inequívoco (idéntico al que se ha utilizado a propósito de las políticas migratorias): si los ciudadanos europeos queremos extender los derechos a esos otros, tendremos que recortar los nuestros, recortar nuestro bienestar, nuestra seguridad, nuestras libertades.

En definitiva, estamos reproduciendo lo que en otros trabajos denominé “síndrome de Atenas”, la construcción de una sociedad con estándares de excelencia en cuanto a la verdad, a la belleza, a la vida buena entendida como bienestar, pero con el coste de la exclusión de quienes no son *los nuestros*, como lo pone de relieve la reaparición de formas de la esclavitud. Hemos redescubierto la esclavitud y hemos vuelto a practicar, como denunciara Foucault y tras sus huellas Achille Membé, la necropolítica.

En efecto, ante nuestras puertas, admitimos la existencia de mercados de esclavos, de malos tratos, de violaciones y torturas (es el caso libio) e incluso la fomentamos por la vía de la externalización de la política migratoria y de asilo entendidas básicamente como políticas de control policial y de orden público, que incluso llegan a plantearse como políticas de Defensa, con recursos militares frente a un enemigo que nos amenaza. Y dentro de nuestras fronteras, practicamos un estrechamiento del acceso y de las garantías de los derechos como la vida, la salud, la educación, o el asilo, para categorías enteras de personas, estrechamiento que nos obliga a violentar las normas del estado de Derecho so pretexto de la condición administrativa de esas personas, definida de nuevo como condición *peligrosa*, rescatando el discurso del miedo, impropio del Estado de Derecho, de la democracia plural e inclusiva.

La creación de un imaginario patológico de inmigrantes y demandantes de asilo, presentados no ya como un desafío imposible de aceptar, sino como un riesgo para el espacio de libertad, seguridad y justicia del que gozan los ciudadanos europeos, y para su bienestar, la formulación en términos de disyuntiva entre la opción de mantenimiento del *standard* del que gozan los europeos y la opción por la extensión de derechos a esos otros, es la clave. El mensaje para los

<sup>11</sup> DE LUCAS, Javier, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. Hay 2ª ed., corregida y ampliada, 2016.

ciudadanos europeos es claro: si quieres reconocer derechos a esos que llaman a nuestras puertas, tendrás que *apretarte el cinturón*. Y la conclusión es no menos clara: esos pretendidos derechos de los otros en realidad no son derechos, son limosnas de las que han de ocuparse las buenas gentes, las ONGs, pero sin exagerar.

La imposición de este mensaje ha exigido la estigmatización de esas categorías de seres humanos (inmigrantes y en particular inmigrantes irregulares; demandantes de asilo), fruto de la utilización de fobotipos a través de los instrumentos jurídicos de esas políticas y de la complicidad de los medios de comunicación. Hemos pasado de una mirada de indiferencia, a otra de menosprecio etnicista, típico del colonialismo que volvemos a descubrir. La mirada que nos señala a nosotros como civilizados y a los otros como bárbaros o salvajes: esos otros no son iguales que nosotros. Nada de igualdad de derechos; nada de deberes exigibles erga omnes.

Todo ello en realidad encubre a una sociedad decadente, consumidora pasiva de esos fobotipos, de la necropolítica, cuyo alimento fundamental es el miedo. Pagamos por quitarnos de encima ese miedo, esa carga que no queremos ver: externalizamos, como ya se pretendió en el Consejo Europeo de Sevilla de 2002, o con los acuerdos bilaterales con Gadafi que son el precedente del supuesto acuerdo con Erdogan, del acuerdo de La Valetta de 2016, del plan África, de una política de cooperación hipócrita que sólo persigue seguir dominando a los supuestos ayudados, corrompiendo a sus élites y obligando a esos Gobiernos a violar los derechos de sus propias poblaciones y de las poblaciones que tratan de transitar por esos Estados.

## 2. NECROPOLÍTICA, REFUGIADOS, DERECHOS. EL MODELO EUROPEO

Insistiré. Si hay un emblema de la necropolítica, este es el de la negación de la condición de sujeto a quienes son construidos, en todo caso, como objeto pasivo, cuando no pretexto, de un discurso de explotación y subdiscriminación. En el caso de los refugiados, ello comienza por un discurso que les niega su existencia, a través de la utilización de falacias y mentiras, de perversiones del lenguaje cuyo primer resultado es una modificación profunda del concepto normativo que se propone en la Convención de Ginebra de 1951. Veamos tres ejemplos de esas alteraciones.

La primera es que hablamos de “refugiados”, cuando la realidad es que no llegan a serlo, porque todo nuestro esfuerzo jurídico se centra en tratar de dificultar o impedir que adquieran esa condición normativa: *en el mejor de los casos no son refugiados sino que son asylum seekers*. Insisto, buena parte de nuestro empeño, buena parte del arsenal jurídico y comunicativo, está orientado a que no lleguen a serlo nunca, es decir, a privarles de la protección de derechos que es el núcleo de la cuestión: si existe un derecho, quién es su titular y quié-

nes son los titulares del deber correspondiente, esto es, de su reconocimiento y garantía. Luego les pongo algunos ejemplos de la destrucción, del vaciamiento del derecho de asilo.

La segunda es que quienes, como refugiados, son víctimas a proteger, se han convertido en amenazas contra las que hay que protegerse. Sí, la estigmatización de los refugiados como sospechosos, que acumulan otros estigmas previos (por ejemplo, etnoculturales, como la islamofobia), esto es, la suma de ignorancia y prejuicio que, desde Allport, sabemos que está en la base de la construcción del fobotipo, no es obra de Trump y de sus insidiosos intentos por ahora contenidos gracias a la resistencia de la sociedad civil norteamericana y la fortaleza de su sistema de división de poderes. La UE, los Gobiernos de la UE, con la ayuda de una determinada interpretación de las herramientas jurídicas del derecho de asilo (por ejemplo, la atrabiliaria Sentencia del pasado 4 de marzo de la Corte de Luxemburgo a favor de Bélgica en el asunto de visados humanitarios, por no hablar, evidentemente del malhadado Convenio entre la UE y Turquía, del uso de la noción de país seguro y de otros mecanismos del sistema de Dublín, etc.) es decir, con lo que algunos juristas venimos denunciando desde hace años como xenofobia institucional, y con el inestimable concurso de los medios de comunicación, han conseguido lo intolerable: destruir la presunción de inocencia y el *favor libertatis* a favor de los demandantes de asilo.

La tercera, el *vaciamiento del contenido jurídico del derecho de asilo* tal como se había definido desde la Declaración del 48 y, sobre todo, en el marco convencional de Ginebra y Nueva York del que son Estados parte —y por tanto sujetos obligados— todos los Estados de la UE. Señal de ese vaciamiento es la adopción de un mecanismo de deportación disfrazado de devolución a país seguro mediante el Convenio con Turquía, un país que, legalmente, no acepta como refugiados al 99% de los que reenviamos como tales. O el novedoso principio procedimental *one in, one out*, contenido en ese Convenio y que sería inaceptable para cualquier derecho fundamental, la vida o la libertad de expresión, por ejemplo, el escándalo de la transformación de los campos de acogida conforme a ese sistema convencional, en campos de concentración, como los actuales *hotspot*. Señal de ese vaciamiento es la mercantilización adoptada por el noble y democrático Parlamento de Dinamarca que ha impuesto el copago de las prestaciones que reciben los titulares de asilo que quieran quedarse en Dinamarca. Señal de ese vaciamiento es lo que está sucediendo en Ceuta y Melilla con una aplicación selectiva y discriminatoria de quienes son admitidos a la presentación de demanda de asilo, donde brillan por su ausencia los subsaharianos: de nuevo, nada que envidiar a Trump. El colmo de este vaciamiento es la conversión de los centros de acogida de refugiados en centros de internamiento, en manifiesta violación de lo dispuesto en la Convención de Ginebra (los demandantes de asilo no son delincuentes a quienes se pueda privar de la libertad deambulatoria) como se ha hecho en Grecia, volviendo a convertir en real las



tesis de Arendt sobre el carácter emblemático de los centros de internamiento para nuestro tiempo<sup>12</sup>.

Pero quizá lo más grave es la “*naturalización*” de un discurso de defensa y seguridad (patente en los Consejos Europeos de Bratislava y Malta de 2016), por encima del discurso de policía y orden público, por encima del discurso de derechos y del espacio de libertad, justicia y seguridad. Se comenzó por la típica y falaz contraposición de derechos, ya utilizada en la justificación de políticas migratorias, “o ellos o nosotros”, pero ya estamos abiertamente en un discurso de guerra, con el recurso a la presencia de la OTAN en las operaciones en el Egeo y en el canal central del Mediterráneo y con la pretendida justificación del recurso a Libia en la operación de externalización de las expulsiones de los *desechados* (insisto en la pertinencia de la fórmula de Bauman, “industria del desecho humano”) en los *hotspots*, centros en los que se lleva a cabo ese *triage* presentado como procedimiento técnico, acelerada con la vuelta de tuerca del Plan de Retorno anunciado el 4 de marzo de 2017, que incrementa los riesgos de la denostada directiva de retorno del 2008, que contribuyó a reforzar el papel de los CIE, con el aliciente de incentivar hoy lo que ya intentó la presidencia española de la UE, con el Gobierno Aznar, el 22 de julio de 2002, en el Consejo Europeo de Sevilla: externalizar esos campos y así, desentendernos, lavarnos las manos, respecto a la suerte de los derechos humanos de esos desechos.

Me parece necesario insistir, desde el punto de vista jurídico, en la gravedad de las consecuencias de esa orientación ideológica que desemboca en una lógica colonial y bélica, que vacía de sentido tres derechos fundamentales en relación con buena parte de los protagonistas de las migraciones forzadas, en particular los *asylum seekers* y los inmigrantes irregulares:

a. El derecho a la vida: cometemos continuamente delitos de omisión de socorro y las vidas que se pierden quedan como datos estadísticos sin que nadie se preocupe de averiguar responsabilidades por cada una de esas muertes.

b. El derecho a la igualdad y la prohibición de toda forma de discriminación: es evidente que hablamos, como en la famosa reformulación del principio revolucionario en *Animal Farm* (“todos los animales son iguales y hay animales que son más iguales que los otros animales”).

c. El derecho de asilo: nuestras políticas se orientan a dificultar su ejercicio, impidiendo vías legales y seguras, dificultando al máximo la posibilidad de plantear la demanda y aun modificando, como veremos, el “contenido esencial” de las prestaciones en que consiste el derecho de asilo. Véase los casos de Dinamarca, España, Grecia e Italia.

A la vista de lo anterior, parece difícilmente refutable la tesis que aquí se propone: el núcleo discriminatorio que hay en la mirada que construye a esos infrasujetos jurídicos a partir de una condición administrativa, evidente tanto

<sup>12</sup> Sigue siendo imprescindible, a mi juicio, la lectura de las páginas que dedicó a esa institución en el capítulo IX de su *Los orígenes del totalitarismo*.



en el caso de los inmigrantes irregulares como en el de los refugiados. En la mayoría de los supuestos históricos de discriminación, especialmente en los ligados con el esclavismo, el colonialismo, que reaparecen hoy en el trato que se depara a los inmigrantes (en particular, a los irregulares) es evidente, además, que esta concepción tiene el refuerzo de su funcionalidad desde el punto de vista económico, esto es, sirve para alimentar el negocio de la explotación laboral, que muestra toda su cruel ambigüedad en los dos extremos de la política de sobreexplotación, propia del capitalismo de casino. Todo ello muestra a las claras la extrema condición de precariedad —el epítome de la condición de “desechables”, de su “liquidez”— que se atribuye a los inmigrantes. En cierto modo, como se ha denunciado, esa utilización de los inmigrantes apunta al vínculo entre la nueva forma de esclavitud que afecta a los inmigrantes (como trabajadores) y las políticas migratorias (también de asilo). La tesis es bien conocida. Del mismo modo que hablamos de racismo y xenofobia institucionales, la otra cara del racismo y la xenofobia, las políticas migratorias (y de asilo) son el marco institucional que propicia nuevas formas de esclavitud que afectan a los inmigrantes (y asilados). Esas políticas forman parte de una concepción que muestra cómo los movimientos migratorios son piezas estructurales de un sistema, y no oleadas espontáneas, salvajes, incomprensibles: invasiones. No, las migraciones se integran en un sistema económico global, al que llamamos proceso de globalización, regido por la lógica neofundamentalista del capitalismo de mercado global que, a lomos de la pretendida movilidad y libre curso del mercado, extiende la desigualdad y la explotación. La negación de la igualdad (la negación al otro de su reconocimiento como persona), se concreta en la ausencia de un status jurídico de seguridad y en la quiebra de los principios de legalidad y de igualdad ante la ley, de la garantía de la igual libertad y la reducción de esos sujetos (infrasujetos si no propiamente no-sujetos) a propiedad. Es decir, lo que se instrumentaliza mediante ese *Derecho de excepción* que es el Derecho migratorio (más que Derecho de extranjería) que, como advierte Lochak, en coincidencia con Agamben y Bauman, opta por el “estado de sitio”, en lugar del Estado de Derecho y convierte en permanente la situación excepcional, provisional, extra-ordinaria que es un “estado de excepción”.

Lo cierto es que todo ello sucede, claro está, en un contexto histórico preciso: el nuestro de las primeras décadas del siglo XXI cuando, a diferencia de lo que ocurría en 1951, los refugiados ya no son predominantemente europeos. ¿Cómo no ver un prejuicio etnocentrista en la actual mirada sobre los refugiados? Estos otros refugiados no importan tanto como preocupaban los refugiados europeos; directamente, ya no importan. La verdadera noción de refugiados hoy, parece más bien la propuesta por el Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, Zaid Ra’ad al Hussein, en su intervención ante la Asamblea General de la ONU el 30 de marzo de 2016 para denunciar nuestra indiferencia y nuestro paternalismo incongruente: “These are people with death at their back and a wall in their face”. Esa descripción hace real, a mi juicio, el dictum de

Bauman sobre el presupuesto ideológico que permite entender nuestra mirada de indiferencia y aun de menosprecio frente a esos millones de seres humanos: lo que él denomina “industria del desecho humano”.

Para ello, como señalé más arriba, no hemos dudado en pervertir el lenguaje jurídico mediante falacias que vacían de sentido la noción misma de asilo, que estigmatizan a los inmigrantes frente a los refugiados, que hacen de los refugiados fuente de peligro, amenazas, cuando son ellos los que huyen del peligro que les amenaza. Aún más, se hace del refugio una cuestión de moralina, de buena conciencia, de mal entendida solidaridad, que ya no es un derecho ni un deber, sino una cuestión de bondad, de generosidad, de altruismo no exigible. Por eso, su lugar no es el de la exigencia de respeto de derechos, sino el del altruismo de las ONGs y de la limosna. Lo que no impide el giro de estigmatización de las ONGs, cuando no son dóciles, presentándolas como cómplices objetivos de las mafias. Primero se produjeron unas torpes declaraciones del ministro español de interior, Sr. Zoido, advirtiendo a las ONGs que debían ser muy cuidadosas para no incurrir en complicidad con las mafias, declaraciones por las que tuvo que excusarse tras ser interpelado en el Congreso de los Diputados español. Pero más relevante fue la decisión del Gobierno italiano, en la primera semana de julio de 2017, de imponer un código de conducta de trece preceptos<sup>13</sup> a todas las ONGs que actúan en operaciones de salvamento y rescate en lo que se conoce como “canal de Sicilia” o ruta central del Mediterráneo<sup>14</sup>, de modo que quien no lo haga será considerado cómplice de las mafias que trafican con seres humanos. Solo cuatro de las nueve ONGs que operan en el Canal de

<sup>13</sup> El Código incluye 13 puntos con normas sobre transparencia financiera, junto a la prohibición de entrar en aguas libias, no apagar el radar, no enviar señales luminosas a las pateras que estén por zarpar de Libia y que las naves y personal de las ONGs estén preparadas para llevar a cabo tareas de socorro y de traslado de cadáveres sacados del mar. Especialmente polémica es la exigencia de la presencia a bordo de agentes de policía armados, encargados de realizar las investigaciones para descubrir a los traficantes de personas, que con frecuencia viajan en las balsas. Otro de los puntos que no ha contado con el visto bueno de algunas de las ONGs se refiere al traspaso de los emigrantes rescatados a las naves Frontex-Sophia de la UE y a las lanchas de la Guardia Costera italiana. Este punto había sido matizado durante las negociaciones y había quedado como algo excepcional, a discreción del comandante italiano del dispositivo. La firma del Código coincide con una decisión ya tomada por el Gobierno de Roma y que el Parlamento debe ratificar el Código antes de enviar entre dos y seis navíos de guerra frente a las costas de Libia, como apoyo a la Guardia Costera del país magrebí. Esta ayuda -que al principio preveía la entrada en aguas libias- la había pedido por escrito el Gobierno de Trípoli, aunque solo será posible hasta la “frontera” de las 12 millas marítimas. Sería la primera vez que Italia se acerca (oficialmente) a Libia desde la desastrosa aventura colonial de Benito Mussolini, por la que Italia está aún pagando los daños de guerra. Recientemente se ha sabido por filtraciones de prensa que la ayuda del gobierno italiano incluiría el envío de tropas que actuarían en territorio libio, infringiendo el límite reiteradamente enunciado por la Alta representante Mogherini en relación con la tercera fase de la operación EUNAVFOR MED en la que se enmarcan todas estas actuaciones: *no boots on the ground*.

<sup>14</sup> Los barcos de estas ONGs han salvado desde enero de 2017 un tercio aproximado de los 95.000 emigrantes desembarcados en Italia, según fuentes del propio Ministerio italiano del Interior.

Sicilia salvando emigrantes y refugiados han firmado el Código de conducta elaborado por el Ministerio del Interior italiano para regular la actividad de las asociaciones humanitarias. Entre las firmantes no está Médicos sin Fronteras (MSF)<sup>15</sup>, mientras sí que han firmado la catalana Proactiva Open Arms, Save the Children y la alemana-maltesa Moas<sup>16</sup>. Queda por saber qué sucederá ahora, si los barcos de las ONGs no firmantes abandonarán la zona o si seguirán en ella sin respetar el Código. También es una incógnita saber cuál será en este caso la reacción de las autoridades italianas.

### 3. LOS RIESGOS PARA EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA PLURAL E INCLUSIVA

He avanzado ya que lo más grave del arsenal jurídico del que se ha dotado la UE para sus políticas migratorias y de asilo es la creación de un *estado de excepción permanente* que, por otro lado, es perfectamente funcional al estadio de evolución del capitalismo global en el que vivimos, como han sabido señalar Saskia Sassen<sup>17</sup>, Zygmunt Bauman (especialmente en diálogo con G. Agamben<sup>18</sup>, donde ambos retoman la línea de análisis de D. Lochak, aunque sin citarla) y como insiste también, desde su habitual tono de provocación, Žižek<sup>19</sup>. Y así, nosotros, europeos, caminamos por la senda de una política, una antipolítica en realidad, que traspasa todas las líneas rojas de la democracia y del Estado de Derecho.

Sassen, en su trabajo más reciente y antes mencionado, subraya la profunda relación entre tres elementos clave de nuestras sociedades aquí y ahora: las

<sup>15</sup> “En ningún país del mundo trabajamos con presencia de armas”, ha explicado Gabriele Eminent, director general del MSF, al referirse a una de las condiciones más controvertidas que Italia quería imponer a las organizaciones humanitarias: la presencia a bordo de agentes de policía encargados de realizar las investigaciones para descubrir a los traficantes de personas, que con frecuencia viajan en las balsas. “Hábilamos pedido que se suprimiera esta condición porque pone en riesgo toda la operación de salvamento”, ha dicho. Las ONGs plantearon la posibilidad de que los agentes subieran desarmados o que entregasen antes las armas al jefe de la embarcación, los que las autoridades italianas no han aceptado.

<sup>16</sup> Inicialmente, las alemanas Jugend, Sea Watch y Sea Eye, y la española Proactiva, eran también reacias.

<sup>17</sup> Vid. SASSEN, Saskia, *Expulsions. Brutality and Complexity in the Global Economy*, Harvard University Press, 2014 (trad. français, Gallimard, 2016). Hay traducción española, *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Buenos Aires, Katz, 2015.

<sup>18</sup> *Archipiélago de excepciones*, una conferencia impartida en el CCCB de Barcelona, en diálogo con Giorgio Agamben y que fue luego publicada en Katz Ediciones, 2008. Más recientemente, BAUMAN, Zygmunt, *Strangers at our Door*, Cambridge, Polity Press, 2016, en el que trata de analizar las raíces de lo que considera una de las patologías dominantes, “el miedo a inmigrantes y refugiados” y ofrecer alternativas.

<sup>19</sup> Cfr. por ejemplo, su artículo “What our Fear to Refugees says about Europe”, en la revista *NewStatesman*: <http://www.newstatesman.com/politics/uk/2016/02/slavoj-zizek-what-our-fear-refugees-says-about-europe>. Más específicamente, su *Refugees, Terror and other Troubles with the Neighbors. Against the Double Blackmail*, 2016.

migraciones, la desigualdad en las relaciones internacionales impuesta por la economía globalizada y el proceso de construcción del vínculo social y político. Así lo explica en su mencionado libro reciente, *Expulsiones*, en el que sostiene que el grado actual de violencia (devenida en ordinaria) del capitalismo en su estadio global, se explica por esa lógica de expulsión, que es como deberíamos llamar a la lógica que preside la economía globalizada. Para Sassen, asistimos al final de la lógica inclusiva que ha gobernado la economía capitalista a partir de la Segunda Guerra Mundial y la afirmación de una nueva y peligrosa dinámica, la de la expulsión. Una lógica que hace culminar la contradicción ya advertida por Adam Ferguson en 1767 en su *Ensayo sobre la sociedad civil*, entre la lógica de lo público y la lógica del mercado o, por decirlo de otra manera, entre la lógica de la universalidad de los Derechos y la expansión del Estado de Derecho, y aquella otra del beneficio y la “mano invisible”, que postula el regreso al más radical *hands-off* del Derecho y los poderes públicos en el ámbito que reclama para sí (desregulado), el mercado.

Pues bien, a mi juicio, la constante más destacable en la inmensa mayoría de los proyectos de gestión del fenómeno migratorio, en las políticas migratorias y de asilo de los países que somos destinatarios de migraciones, es el empeño en olvidar, en ocultar una verdad evidente: la inevitable dimensión política de esas manifestaciones de movilidad humana (inmigrantes y, con mayor claridad aún, refugiados), su condición de *res politica*, tanto desde el punto de vista estatal como desde las relaciones internacionales. Frente a ello hemos impuesto una mirada sectorial, unilateral, cortoplacista que se concreta en la construcción de una categoría jurídica de inmigrante que, en realidad, es un concepto demediado o, como propone Bauman, un paria<sup>20</sup>: el inmigrante es sólo el trabajador necesario en un determinado nicho laboral en el mercado de trabajo formal (como si no se le utilizara en el mercado clandestino o informal) y mientras se someta a un estatuto precario guiado por la maximalización del beneficio de su presencia. Es una herramienta, ni siquiera un trabajador igual al asalariado nacional. Por eso, su condición precaria, parcial, de sospecha<sup>21</sup>.

Todo eso, se acentúa aún más en el caso de los refugiados. El mismo Bauman, en línea con las tesis desarrolladas por Agamben desde su conocido *Homo sacer*, ha explicado cómo se crea un estado de suspensión del orden jurídico, ausencia de ley, desigualdad y exclusión social, que hace posible que mujeres y hombres pierdan su condición de ciudadanos, de seres políticos y su identidad, dentro de las fronteras mismas del Estado-Nación.

Lo que me parece más relevante y criticable, desde el punto de vista jurídico y político, es cómo, en aras de esa mirada, en el Derecho de migración y

<sup>20</sup> Nuevos parias, de condición precaria e intercambiable, con fecha de caducidad, tal y como sostiene en su mencionado *Archipiélago de exclusiones*.

<sup>21</sup> Es lo que explica la conocida paradoja enunciada por el dramaturgo Max Frisch y que ignoran esos modelos de políticas migratorias: queríamos mano de obra y nos llegan personas, sociedades, visiones del mundo.

asilo, se convierte en regla la excepción, contraviniendo principios básicos del Estado de Derecho. Ese es un *motto* crítico que encontramos expresa y cabalmente formulado en los trabajos de la jurista francesa, defensora de los derechos de inmigrantes y refugiados Danièle Lochak<sup>22</sup>. La constante, a mi juicio, más destacable y criticable: el estado de excepción permanente que hemos creado para los inmigrantes y que recientemente estamos trasladando, contra toda evidencia del Derecho vigente, a los refugiados. De ese modo hemos negado la condición misma de inmigrante, una categoría universal, a la vez que hemos vaciado un derecho fundamental, el derecho a ser inmigrante, a escoger el propio plan de vida, a circular libremente, que es un corolario indiscutible del principio (por cierto, liberal) de autonomía. Pero rizando el rizo, estamos desproveyendo a los refugiados de un estatuto jurídico vigente, el propio del *standard* normativo vinculante que es la Convención de Ginebra de 1951, so pretexto de una “crisis” tan urgente como inabordable.

Hemos creado políticas migratorias y de asilo, pues, que niegan su objeto, que lo deforman, lo sustituyen por una categoría vicaria: nos negamos a aceptar al inmigrante *tout court* y lo sustituimos por aquel que queremos recibir. Por eso, para nosotros, no todo el mundo tiene derecho a ser inmigrante, de forma que nuestra lógica inevitablemente produce inmigrantes “ilegales”, no-inmigrantes. Así lo explica una de las mejores expertas en política de migraciones, Catherine Wihtol der Wenden en un artículo publicado el año pasado sobre las novedades o las constantes en políticas migratorias<sup>23</sup>.

Por su parte, Bauman, en diálogo con Agamben, ha insistido una y otra vez en la interpretación de la regresión evolutiva que ha sufrido el modelo de Estado social de Derecho en los últimos 20 años, que ha devenido en algo próximo a un Estado policial. Como explica con gran agudeza en su ya mencionado *Archipiélago de excepciones* —en el que no es difícil advertir la impronta de Foucault-, se trata de un proceso que, por mor de la lógica de esta fase del capitalismo global, transforma a buena parte de los que fueron Estados sociales en

<sup>22</sup> Cfr. *Face aux migrants: Etat de Droit ou état de siège*, París, Textuel, 2007.

<sup>23</sup> “La réponse aux flux migratoires ressemble ainsi à un vaste Far West, où les États les plus puissants du monde font la loi par les règles qu’ils édictent en matière de droit à la mobilité, et n’acceptent pas que des normes mondiales s’imposent à l’exercice de leur souveraineté que constitue la gestion des flux migratoires. Si l’on est Danois, on peut circuler dans 164 pays; si on est Russe dans 94; si on est subsaharien, cette possibilité peut se limiter aux doigts d’une seule main si le pays où l’on est né, et dont on a la nationalité, est considéré comme un pays à risque. Le droit à la mobilité est donc l’une des plus grandes inégalités du monde aujourd’hui, dans un contexte où il devrait constituer un des droits essentiels du XXI<sup>e</sup> siècle. Les riches des pays pauvres peuvent, eux, migrer, car beaucoup de pays d’immigration ont prévu d’attribuer des titres de séjour à ceux qui leur apportent des capitaux, achètent un appartement d’une taille précise, ou créent une entreprise. Les plus qualifiés, les sportifs professionnels, les créateurs et artistes de haut niveau peuvent également migrer, car beaucoup de pays d’accueil ont opté pour une ouverture de leurs frontières à une immigration sélectionnée. Les étudiants se voient aussi entrouvrir les frontières, nombre de pays, européens notamment, ayant compris le risque d’une option sans immigration dans la course à la compétitivité mondiale”: WIHTOL DER WENDEN, Catherine, “Une nouvelle donne migratoire”, *Politique Étrangère*, 3/2015, pp. 95-106.

Estados excluyentes, Estados policiales-penales. Se crean así no ya pequeños espacios de infra-Derecho, zonas de *no-Law's land*, que escapan a la soberanía tradicional del Estado de Derecho y que se encuentran regidos por un estado de excepción permanente, sino toda una red global de esas islas, verdaderos *archipiélagos de la excepción*. La metáfora del *Archipiélago* tiene como emblema, los campos de refugiados y los barrios de inmigrantes<sup>24</sup>. En ellos se puede comprobar cómo, si los “Estados sociales” de Derecho en cierto modo son una reformulación o superación del modelo hobbesiano de legitimidad, por incremento de sus *outputs* (es decir, porque más allá de la garantía de la vida frente a la violencia extienden la seguridad, la certeza en el status de sus ciudadanos, que ya no son meros súbditos), los “Estados penal-policiales” privan a una parte de la población (entre la que se encuentran los que ocupan los márgenes del sistema, lo que fueron consideradas “clases peligrosas”) de esos “beneficios”, los reducen a la condición de precariedad y sólo pueden acudir a una vieja argucia para mantener su adhesión. Es la coartada del agresor externo o del enemigo interior, frente al cual defienden a todos sus ciudadanos, también a los que han golpeado y reducido a la precariedad. Ese recurso, viejo argumento de la lógica del miedo, es el que Bauman denomina “el oscuro espejismo de los otros”: inmigrantes y refugiados. Esos verdaderos “excedentes” de la mano de obra global, y en particular los dos grupos que ejemplifican las migraciones forzadas y que constituyen el emblema de lo que, en términos durísimos, denomina “desecho humano”, producto genuino de la lógica de esta fase del mercado global: los inmigrantes irregulares (mal llamados “ilegales”, que es la forma en que se conoce a los trabajadores extranjeros no expresamente deseados) y los refugiados. “Uno de los resultados más letales del triunfo global de la modernidad es la acuciante crisis de la industria de tratamiento del desecho (humano)”, escribe Bauman<sup>25</sup>. Esa es la razón por la que se ven despojados de todos los elementos de identidad, de los marcadores nacionales: no tienen Estado, no son necesarios/útiles, o han dejado de serlo, no tienen “papeles”. Los Estados de la UE, explica Bauman, no están dispuestos a recibir a esos “excedentes de otros Estados” y acuden al argumento de problemas de orden público, de seguridad y aun de defensa de la soberanía nacional-territorial. Se esgrime sin rubor el argumento de que son ejército de reserva de la delincuencia, de la violencia, del terrorismo. Eso es lo que, a su juicio, explica el inaceptable rechazo de los refugiados. Y así, concluye: “la basura no precisa de distinciones afinadas ni de matices sutiles, salvo que haya que clasificarla para su reciclaje”.

<sup>24</sup> Quizá debiéramos añadir los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE). Bauman escribe que “es posible que la única industria pujante en los territorios de los miembros tardíos del club de la modernidad sea la producción en masa de refugiados. Y los refugiados son el ‘residuo humano’ personificado: sin ninguna función ‘útil’ que desempeñar en el país al que llegan y en el que se quedan, y sin intención ni posibilidad realista de ser asimilados e incorporados” (BAUMAN, Zygmunt, 2008, *ob. cit.*, p. 32).

<sup>25</sup> BAUMAN, Zygmunt, 2008, *ob. cit.*, p. 32.



En definitiva, ¿de qué va todo esto? La respuesta es la misma que podemos dar a la pregunta por la tarea de la política: se trata de establecer quién tiene derecho a qué y por qué. La respuesta de los gobiernos europeos ante el desafío de las migraciones forzadas (peor incluso que la de las instituciones de la UE) ha de entenderse no sólo en los términos de la disputa por los medios para extender nuestros deberes a todos aquellos que son titulares de derechos, pero no son nacionales, sino que tiene una lectura, una interpretación más profunda. Como ha señalado entre nosotros acertadamente Itziar Ruiz Jiménez<sup>26</sup>, habría que reconocer que a lo que asistimos hoy es a un desmantelamiento del ámbito de reconocimiento y garantía de los derechos y a una lucha feroz por recortar el ámbito de los *sujetos del derecho a tener derechos*, que son los indicadores más claros de esa paradoja hacia la que corremos el riesgo de encaminarnos y que expresaríamos con la fórmula *democracias excluyentes*. Primero, so pretexto de la crisis, se ha profundizado en la mercantilización de los derechos económicos, sociales y culturales, las conquistas del siglo XX, a los propios ciudadanos, a las clases más débiles y aun a la clase media a la que se ha pauperizado. Ahora se trata de reducir el ámbito de sujetos que pueden aspirar al reconocimiento mínimo de derechos humanos fundamentales. Esa es la batalla. En ella, las primeras víctimas son esos otros más visibles, los inmigrantes y los refugiados, expulsados de la condición de sujetos de derechos. Asistimos al vaciamiento del concepto y fundamento mismo de los derechos humanos. Se trata de recortar los derechos y recortar los sujetos de los derechos: menos derechos (los sociales y económicos pasan a ser mercancías) y para menos sujetos (sólo los propios nacionales). Como han señalado de forma coincidente y desde diferentes perspectivas Sassen, Bauman o Lochak, se trata de la materialización de la lógica del *individualismo posesivo* denunciada por MacPherson: una visión atomista, más que individualista, que destruye el vínculo social, reduciéndonos a esas mónadas que nos reconduce al síndrome de Caín: yo no soy el guardián de mi hermano y menos aún de aquellos a los que no reconozco como mis hermanos.

### BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Zygmunt, *Archipiélago de excepciones*, Barcelona, Katz, 2008.  
— *Strangers at our Door*, Cambridge, Polity Press, 2016.  
DE LUCAS, Javier, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.  
DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Descolonizar el saber. Reinventar el poder*, Montevideo, Trilce, 2010.

<sup>26</sup> Cfr. Entrevista en la revista digital *Agora*, <http://www.agora-revistaonline.com/#!ENTREVISTAS-Itziar-RuizGim%C3%A9nez-En-Europa-hay-una-batalla-sobre-qui%C3%A9n-tiene-derecho-a-tener-derechos/c112t/5714fb870cf2331db0f847cc>. Consultada el 20/4/2016.



- *Para descolonizar el occidente. Más allá del pensamiento abismal*, San Cristóbal de las Casas - Chiapas, Editorial Cideci Unitierra.
- GEORGE, Susan, *Usurpadores. Cómo las empresas transnacionales toman el poder*, Barcelona, Icaria, 2015.
- KLEIN, Naomi, *La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre*, Barcelona, Planeta, 2012.
- MBEMBÉ, Achille, “Du gouvernement privé indirect”, en *Revista Politique Africaine*. N° 73/1999, pp. 103-121 (publicado en castellano como *Necropolítica*, Barcelona, Melusina, 2011).
- “Necropolitique”, en *Raisons Politiques*, N° 21/2006, pp. 29-60.
- NAÏR, Sami, *El imperio frente a la diversidad del mundo*, Madrid, DeBolsillo, 2004.
- SAID, Edward W., *Cultura e Imperialismo*, Barcelona, Anagrama, 1993.
- SASSEN, Saskia, *Expulsions. Brutality and Complexity in the Global Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 2014 (traducción en español: *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Buenos Aires, Katz, 2015).
- VALVERDE, Clara, *De la necropolítica liberal a la empatía radical*, Barcelona, Icaria, 2016.

Recepción 3/8/2017

Aceptación: 15/11/2017



LA REFORMA (*SUI GENERIS*) DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000  
SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN  
ESPAÑA Y SU DIFÍCIL CONCILIACIÓN CON LA PROTECCIÓN  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS  
Y DE LOS REFUGIADOS

Por ANDREA BERTOMEU NAVARRO<sup>1</sup>

**Resumen:**

*El presente trabajo tiene por objeto analizar de forma sucinta la reforma introducida por el Gobierno en la Ley de Extranjería española con la finalidad de dotar de cobertura legal a las prácticas popularmente conocidas como “devoluciones en caliente”, mediante las que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsan, de forma expedita y sin respetar los procedimientos ni las garantías legales, a los extranjeros a territorio marroquí en la frontera sur española, poniendo de manifiesto la vulneración que ello supone de las normas más elementales en materia de protección internacional de los refugiados y de los derechos humanos. Con este fin, analizaremos los fundamentos jurídicos sobre los que el Gobierno español ha pretendido justificar la legalidad de tales prácticas, tales como el rechazo en frontera y el concepto operativo de frontera, para a continuación ahondar en las razones que nos llevan a concluir que éstas no sólo vulneran la propia normativa española y europea en la materia, sino también el Derecho internacional, tanto regional como universal.*

**Palabras clave:**

*Rechazo en frontera, devolución en caliente, legalidad, asilo, legislación de extranjería.*

<sup>1</sup> Investigadora colaboradora de la Cátedra Jean Monnet UPV/EHU “Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE”. Doctoranda UPV-EHU, Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Donostia-San Sebastián (España). E-mail: abertomeu85@gmail.com / abertomeu002@ikasle.ehu.eus.

THE (*SUI GENERIS*) REFORM OF THE SPANISH ALIENS ORGANIC LAW 4/2000 AND ITS DIFFICULT CONCILIATION WITH THE INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND REFUGEES

**Abstract:**

*The purpose of this paper is to briefly analyze the reform introduced by the Government in the Spanish Aliens Act with the purpose of providing legal coverage to practices popularly known as “hot returns”, through which the Forces and Bodies of State Security expel, in an expeditious manner and without respecting the procedures and legal guarantees, the foreigners to Moroccan territory in the South Spanish border, evidencing the violation of the most basic norms of international protection of refugees and human rights. To this end, we will analyze the legal reasons on which the Spanish Government seeks to support the legality of such practices, such as rejection at border and the operational concept of border, to then delve into the reasons that lead us to conclude that these practices do not only breach Spanish and European legislation but also international law, both regional and universal.*

**Keywords:**

*Rejection at border, hot returns/push-back, legality, asylum, Aliens Act.*

INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE) viene afrontando en los últimos años la mayor “crisis de refugiados” que ha conocido su historia. Ésta, además de constituir un nuevo desafío para sus políticas sobre control de fronteras, asilo e inmigración, parece haber desembocado en una crisis de identidad de la Organización y de sus miembros con respecto a sus propios valores, aquellos sobre los que pretende sustentarse el conjunto del proyecto europeo<sup>2</sup>. La manera en que tanto la Unión como sus Estados miembros han venido haciendo frente a esta grave catástrofe humanitaria, si bien en ocasiones ha puesto de manifiesto las tensiones y la disparidad de posiciones existentes, en último término ha demostrado un mayor grado de convergencia del esperado, de la mano de políticas cada vez más restrictivas y represivas, asentadas con demasiada asiduidad sobre elementos cuya legalidad cabe poner en entredicho.

Un ejemplo especialmente significativo de este actuar lo constituye el gran número de reformas *in peius* en materia de extranjería y asilo, instigadas desde

<sup>2</sup> Art. 2º del Tratado de la Unión Europea: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

la Unión y perpetradas por los Estados miembros en sus legislaciones nacionales en estos últimos años, entre las que nos interesa destacar aquí la llevada a cabo por el Gobierno español a través de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de enero, *de protección de la seguridad ciudadana*, más conocida como “Ley mordaza”, que ha venido a elevar a categoría legal un concepto como el *rechazo en frontera*, difícilmente compatible tanto con los compromisos adquiridos por España a nivel internacional como con la legislación vigente a nivel nacional sobre protección de los derechos humanos y de los refugiados. Al análisis de dicha reforma y a su compatibilidad con los diferentes ordenamientos que regulan dicha protección dedicaremos las siguientes líneas.

### 1. BREVE APROXIMACIÓN A LA REFORMA LEGISLATIVA

La reforma llevada a cabo en el marco de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante LOex)<sup>3</sup> a través de una más que polémica L.O. 4/2015, de 30 de enero, *de protección de la seguridad ciudadana*<sup>4</sup>, no sólo criticada por los recortes de derechos civiles que establece<sup>5</sup> sino también por una irregular tramitación parlamentaria que permitió al gobierno su aprobación ahorrándose los informes de los órganos consultivos que habrían sido indispensables en caso de que la modificación hubiese formado parte del proyecto de ley original<sup>6</sup>, ha venido a introducir la figura del *rechazo en frontera* de inmigrantes como un nuevo supuesto diferenciado de expulsión de extranjeros en España. Si bien la redacción de tal enmienda parece haber maquillado su conformidad a derecho desde una perspectiva meramente jurídico-formal, mediante la introducción de una cláusula de estilo que aboga por una aplicación respetuosa con “la nor-

<sup>3</sup> *Boletín Oficial del Estado*, Nº 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>4</sup> *Boletín Oficial del Estado*, Nº 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>5</sup> Baste citar a estos efectos las observaciones sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana* elaboradas por el Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC) y por Rights International Spain (RIS), en particular, en lo relativo entre otros derechos a la libertad de reunión y de asociación. Disponible en: <http://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/otras-publicaciones/informe-observaciones-sobre-el-anteproyecto-de-ley-organica-sobre-proteccion-de-la-seguridad-ciudadana.php> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017).

<sup>6</sup> A este respecto, véanse, Consejo General del Poder Judicial. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana*, de 27 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Proteccion-de-la-Seguridad-Ciudadana> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017); Fiscalía General del Estado. Consejo Fiscal. *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana*, de 22 de enero de 2014. [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SG-NTJ\\_NFIS/descarga/29141INFORME%20CF.%20PROTECCION%20C3%93N%20DE%20LA%20SEGURIDAD%20CIUDADANA.pdf?idFile=7e150ad1-753e-4435-ab26-6d7200fcc2bd](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SG-NTJ_NFIS/descarga/29141INFORME%20CF.%20PROTECCION%20C3%93N%20DE%20LA%20SEGURIDAD%20CIUDADANA.pdf?idFile=7e150ad1-753e-4435-ab26-6d7200fcc2bd) (Fecha última visita, 3 de agosto de 2017); Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de junio de 2014, sobre el Anteproyecto de *Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana*. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-557> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017).

mativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte”, ésta plantea innumerables dudas desde una perspectiva sustantiva, pues parece innegable, a la luz de la práctica seguida tras su aprobación<sup>7</sup>, la pretensión de dar cobertura en última instancia a la tristemente consolidada praxis de las *devoluciones en caliente*, claramente vulneradora tanto del Derecho internacional de los refugiados como del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>8</sup>.

La redacción final mediante la que se materializa la reforma queda recogida en los siguientes términos en la Disposición adicional décima sobre el Régimen especial de Ceuta y Melilla.

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional<sup>9</sup>.

Se trata ésta de una reforma que se asienta sobre dos conceptos, uno formalmente legal y otro de carácter operativo, como son el propio *rechazo en frontera* y el *concepto operativo de frontera*, a los que el Gobierno ha pretendido dotar de cobertura legal<sup>10</sup>. El primero de ellos encontraría tal fundamento legal en la reformada LOex<sup>11</sup>, mientras que el segundo tiene una base mucho

<sup>7</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La situación de los derechos humanos en el mundo, Informe 2015/2016*, p. 179; *Id.*, *Informe 2016/2017*, p. 184; COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR), *Las personas refugiadas en España y Europa, Informe 2016*, pp. 63-68; *Id.*, *Informe 2017*, pp. 70-74.

<sup>8</sup> Para un análisis en profundidad de los pormenores de esta reforma, véase, BERTOMEU NAVARRO, Andrea, “La inclusión del rechazo en frontera en la legislación española de extranjería. Análisis de la legalidad de las ‘devoluciones en caliente’ acontecidas en la frontera sur española”, en: *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea, European Inklings*, vol. VIII, Oñati, 2016, pp. 338-402.

<sup>9</sup> Disposición adicional décima introducida por el número 1 de la disposición final primera de la L.O. 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (B.O.E., 31 marzo). Vigencia: 1 abril 2015.

<sup>10</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DÍAZ, Jorge, “Estamos dando cobertura jurídica al concepto de ‘rechazo en frontera’”. *El Correo*, 22 de octubre de 2014. <http://www.elcorreo.com/videos/politica/201410/22/fernandez-diaz-estamos-dando-3852366300001-mm.html> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017).

<sup>11</sup> Cfr. RUIZ SUTIL, Carmen, “El rechazo en frontera o la denominada ‘devolución en caliente’ y su regulación en la LOEX”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, N° 2, 2016, pp. 329 y ss.; ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, N° 2, 2016, pp. 321 y ss.

más difusa, al haberse consolidado en una serie de circulares operativas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado<sup>12</sup>.

De acuerdo con la interpretación efectuada por el propio Ministerio del Interior español de la disposición adicional objeto de enmienda, el *rechazo en frontera* debe entenderse como “la posibilidad que tienen los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de *rechazar*, a fin de impedir su entrada ilegal en España, a todos los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza mientras intentan superar, en grupo, los elementos de contención fronterizos para cruzar ilegalmente la frontera”<sup>13</sup>.

Por su parte, de acuerdo con las circulares operativas anteriormente citadas y con el protocolo de actuación integral en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla, el *concepto operativo de frontera* debe entenderse como “aquél que retrotrae la línea de vigilancia y contención hasta un escenario seguro, que queda materializado y visibilizado por la línea de agentes de vigilancia que se establece, en cada caso concreto, en atención a las circunstancias particulares”<sup>14</sup>.

La lectura conjunta de ambos conceptos pretende dar cobertura legal al hecho de que todo extranjero que sea interceptado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado superando dicha frontera pueda ser devuelto sin mayor trámite y al margen de cualquier procedimiento regulado a territorio marroquí, en la ficticia consideración de que los inmigrantes así interceptados no han llegado siquiera a entrar en territorio nacional<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> El *concepto operativo de frontera* se consolida en 2005 a raíz de los primeros asaltos masivos a las vallas de Ceuta y Melilla y ha sido empleado por la Guardia Civil desde entonces bajo el mandato de los sucesivos gobiernos de España. Véase, al respecto, la comparecencia del Secretario de Estado de Seguridad para informar sobre el estado de la frontera de Melilla. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, N° 377, sesión celebrada el 28 de septiembre de 2005, pp. 2 y ss. Posteriormente, las “fronteras operativas” aparecen recogidas en el Manual de la Agrupación de Reserva y Seguridad, documento de carácter confidencial (citado en ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., “Las fronteras terrestres de España en Melilla: Delimitación, vallas fronterizas y ‘tierra de nadie’”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales [REEI]*, N° 28, 2014, p. 28).

<sup>13</sup> Cfr: MINISTERIO DE INTERIOR - DIRECCIÓN GENERAL, GUARDIA CIVIL, “Informe incidentes frontera de Ceuta Día 6/2/2014”, de 8 de febrero de 2014, N° 186/1978 y en la Orden de Servicio 6/2014 titulada “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras”, el 11 de abril de 2014.

<sup>14</sup> Cfr: AA.VV., Informe jurídico “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, elaborado en el marco del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), Madrid, Universidad Complutense, 27 de junio de 2014, pp. 6 y ss. Disponible en la siguiente página web: <http://eprints.ucm.es/25993> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017).

<sup>15</sup> Cfr: GUARDIA CIVIL, Orden de Servicio 6/2014, de 11 de abril de 2014, “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras” y MINISTERIO DE INTERIOR, DIRECCIÓN GENERAL, GUARDIA CIVIL, “Informe incidentes frontera de Ceuta Día 6/2/2014”, de 8 de febrero de 2014, N° 186/1978. Véase también, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, N° 500, sesión celebrada el jueves 13 de febrero de 2014, p. 7; Comparecencia del Sr. Ministro del Interior, para que explique las informaciones relativas a las devoluciones de inmigrantes indocumentados contrarias a la Ley de Extranjería que se han producido en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla. Presentada por el Grupo Parlamentario de Unión, Progreso y Democracia. *Diario de Sesiones del Congreso de los*



## 2. LA REALIDAD OCULTA TRAS EL VELO FORMAL

Detrás de estos dos conceptos se esconde una realidad que poco o nada tiene de novedosa, por más que se le haya pretendido dar una nueva naturaleza jurídica, como son las devoluciones o expulsiones en caliente. Precisamente, es ésta la denominación que se ha venido dando popularmente a aquellas actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistentes en la entrega, *de facto* y sin mediar ningún tipo de procedimiento legal ni cumplir con las garantías internacionalmente establecidas, de ciudadanos extranjeros a las autoridades marroquíes. Una expresión que ha sido aplicada a las prácticas sobre aquellas personas interceptadas saltando las vallas fronterizas que separan Ceuta y Melilla de Marruecos, que han accedido a estas ciudades por mar, o que han alcanzado alguna de las islas de soberanía española situadas frente a Marruecos.

Las razones que nos llevan a concluir que nos encontramos ante este tipo de expulsiones, y no ante una nueva categoría legalmente diferenciada, pueden resumirse brevemente en los siguientes términos:

Por un lado, el *concepto operativo de frontera* adolece de una falta de cobertura legal evidente y vulnera la lógica jurídica aplicable a un concepto como el de frontera, tanto a nivel interno como a nivel internacional. Las fronteras y los puestos fronterizos se fijan, las primeras, por normas internacionales de obligado cumplimiento para todos los países y, los segundos, por normas de Derecho interno de carácter general<sup>16</sup>. Por lo tanto, una vez establecidos, no existe norma jurídica alguna que dé cobertura legal a un concepto de frontera que es determinado de forma arbitraria, caso por caso, violando principios tan

---

*Diputados*, Comisión de Interior, N° 500, sesión celebrada el 13 de febrero de 2014, pp. 2 y ss. y Comparecencia del Sr. Secretario de Estado de Seguridad, - Exponer las últimas novedades de la lucha contra la inmigración irregular y custodia de las fronteras de Ceuta y Melilla y aportar información sobre los sucesos ocurridos en la frontera de Ceuta el 6 de febrero de 2014, a propuesta del Gobierno, - Informar sobre la política del Gobierno en materia de gestión de fronteras y sobre los últimos hechos acaecidos en Ceuta y Melilla, a petición del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), - Informar sobre la situación de la seguridad ciudadana en Melilla y las medidas que se han puesto en marcha para hacer frente a la sensación de inseguridad que existe entre los melillenses, a petición del Grupo Parlamentario Socialista. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, N° 525, sesión celebrada el 19 de marzo de 2014, pp. 2 y ss. Véase, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, N° 500, sesión celebrada el jueves 13 de febrero de 2014, p. 6.

<sup>16</sup> En relación con el caso de Ceuta, véase, el Convenio de 24 de agosto de 1859 relativo a la delimitación de las fronteras españolas con Marruecos en las plazas de Ceuta y Melilla, el Tratado de Paz y Amistad celebrado el 26 de abril de 1860 entre España y Marruecos y, finalmente, el Acta de demarcación de los límites de la plaza de Ceuta, de noviembre de 1860. Por su parte, en relación con el caso de Melilla, véase, el Convenio de 24 de agosto de 1859 relativo a la delimitación de las fronteras españolas con Marruecos en las plazas de Ceuta y Melilla, el Tratado de Paz y Amistad celebrado el 26 de abril de 1860 entre España y Marruecos, el Acta de demarcación de los límites de la plaza de Melilla, de 26 de junio de 1862, y, finalmente, el Acuerdo relativo a la conservación de los límites de la plaza de Melilla, de 14 de noviembre de 1863. Véase también, REMACHA-TEJADA, J. R., “Las fronteras de Ceuta y Melilla”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. X, 1994, pp. 212 y ss.

elementales como el de legalidad, el de seguridad jurídica o el de la prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 Constitución Española)<sup>17</sup>. Con mayor razón, si cabe, en un caso en el que ni siquiera se establece hasta dónde es posible retrotraer la frontera que delimita tal soberanía territorial<sup>18</sup>.

Por otro, como ya tuvo ocasión de establecer el TS español en sentencia de 20 de marzo de 2003, no cabe establecer una ficción sobre la existencia de una suerte de limbo jurídico o de tierra de nadie entre territorio bajo soberanía española y bajo soberanía marroquí, pues, una vez superada la frontera legalmente establecida, “quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar, ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse ‘en el interior’, es decir, dentro del territorio nacional”<sup>19</sup>.

Finalmente, no puede olvidarse que toda actuación de los poderes públicos, se desarrolle ésta dentro o fuera de territorio nacional, debe considerarse sometida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español, tal y como ha establecido el propio Tribunal Constitucional<sup>20</sup>. En este sentido, incluso aunque se sostuviera que los ciudadanos extranjeros han sido interceptados fuera del territorio nacional, en la medida en que su entrega es efectuada por las autoridades nacionales desde territorio español a las autoridades marroquí, no es posible sortear la aplicación del ordenamiento español y del resto de normas que le son de obligado cumplimiento<sup>21</sup>. En este mismo sentido se ha posicionado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), entre otros, en la sentencia “Hirsi Jamaa y otros v. Italia”, concluyendo que “[c]uando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce control y autoridad, y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del art. 1º, de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del Convenio que sean pertinentes en la situación de ese

<sup>17</sup> A este respecto, véase, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado”, en *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 28, 2006, p. 20.

<sup>18</sup> Cf: AA.VV., Informe jurídico “Expulsiones en caliente”, *ob. cit.*, p. 7. En la misma línea se pronuncia el Defensor del Pueblo en su Informe de 2005 al afirmar que: “[n]o corresponde a la Administración española determinar dónde ha de comenzar a regir la legislación de nuestro país. Dicha aplicación territorial viene regida por los tratados internacionales o, en su caso, la costumbre internacional que fijan los límites con los Estados vecinos”. Defensor del Pueblo. “Informe anual de 2005...”, *ob. cit.*, p. 292. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2005informe.pdf> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017).

<sup>19</sup> Véase, la STS 488/2001, de 20 de marzo de 2003, FJ 18. Asimismo, dicha sentencia fue ratificada por la STS 488/2007, de 8 de enero de 2007, FJ 12.

<sup>20</sup> Al respecto, véase, la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio de 1992: “los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales ( ) que al ejercer *ad intra* sus atribuciones” (FJ 4). *BOE*, Nº 177, de 24 de julio de 1992. Igualmente, véase, la STC 21/1997, de 10 de febrero de 2010, FJ 2.

<sup>21</sup> Cf: GONZÁLEZ VEGA, Javier Andréa, “El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos”, en *Revista CIDOB d’Afers internacionals*, Nº 111, pp. 185 y ss.

individuo”<sup>22</sup>; conclusión que *mutatis mutandis* debe ser aplicada en relación con la normativa española respecto de las actuaciones de sus agentes.

### 3. LA REFORMA A LA LUZ DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN LA MATERIA

El rechazo en frontera, en tanto devolución en caliente, vulnera lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* y en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLOEx)<sup>23</sup> ya que éstos no contemplan la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsen, por vía de hecho, a ciudadanos extranjeros que se encuentren bajo su jurisdicción.

Son tres los supuestos que recoge la legislación de extranjería en esta materia: la denegación de entrada (A), la expulsión (B) y la devolución (C).

A) De acuerdo con lo establecido en los arts. 26.2 LOex y 15 RLOex, la denegación de entrada debe entenderse como aquella actividad administrativa que, no teniendo carácter sancionador, impide al extranjero acceder al territorio nacional por los puestos fronterizos legalmente habilitados al no reunir los requisitos recogidos para ello en la legislación de extranjería. Esta denegación debe venir acompañada de una resolución motivada, en la que se recoja toda la información necesaria sobre los recursos que puedan interponerse frente a ella, plazo para hacerlo y autoridad competente ante quien deba formalizarse, así como sobre su derecho a la asistencia letrada y de intérprete, y todo ello desde el mismo momento de efectuarse el control en el puesto fronterizo<sup>24</sup>.

B) Según establecen los arts. 57 LOex y 242 a 248 RLOex, la expulsión sólo es aplicable en aquellas situaciones en las que el ciudadano extranjero se encuentra ya dentro del territorio bajo soberanía española y sólo en determinadas circunstancias (conductas tipificadas como graves o muy graves). Así, el extranjero que esté en territorio español y carezca de la debida autorización para ello comete una infracción administrativa grave que, sólo tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo sancionador y con las garantías establecidas, puede conllevar la sanción de expulsión del territorio nacional<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> STEDH, de 27 de febrero de 2012, asunto “Hirsi Jamaa y otros v. Italia”, aptdo. 74.

<sup>23</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE, Nº 103, de 30 de abril de 2011).

<sup>24</sup> El art. 26.2 LOEx establece que: “2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”. Véanse también, arts. 22 y 65 LOex.

<sup>25</sup> El art. 57.1 LOEx prevé que: “1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los aparta-

C) Finalmente, según establecen los arts. 58.3b) LOex y 23.1.b) RLOex, en los casos en que se pretenda entrar ilegalmente en el país y los extranjeros sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, existe la posibilidad de que éstos, sin expediente de expulsión sean devueltos, eso sí, una vez conducidos a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía más cercana para su identificación y una vez adoptada la decisión administrativa de devolución mediante resolución del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, y en observancia de las garantías recogidas por las normas de extranjería, como la asistencia jurídica y asistencia de intérprete. Además, en el caso de que formalice una solicitud de protección internacional (asilo o refugio), no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional<sup>26</sup>.

Pues bien, en atención a lo aquí recogido, la conclusión es clara: la legislación española de extranjería no contempla la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsen a ciudadanos extranjeros mediante vía de hecho y, en aquellos casos para los que la devolución está prevista, ésta no constituye un procedimiento sancionador y debe practicarse en cumplimiento de todas las condiciones y garantías previstas.

En este sentido, ni siquiera el hecho de introducir el rechazo en frontera como nuevo supuesto de actuación puede justificar la legalidad de una práctica al margen de tales condiciones y garantías, ya que éstas seguirían haciendo imposible el ejercicio del derecho de asilo y la posibilidad de acogerse a la condición de refugiado en España, en cuanto que impiden cualquier alegación y tratamiento individualizado de los ciudadanos extranjeros interceptados, vulnerando no sólo el art. 13.4 CE, que reconoce el derecho al asilo en los términos que establezcan

---

dos a), b), c), d) y f) del art. 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. A su vez, el art. 53.1.a) LOEx establece que: “1. Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”.

<sup>26</sup> El art. 58.3.b) LOEx dispone que: “[n]o será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: ( ) b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país”. De la misma manera, el art. 23. 1.b) RLOEx dispone que: “( ) no será necesario un expediente de expulsión para la devolución, en virtud de resolución del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos: ( ) b) Los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”. El art. 23.2 RLOEx establece que: “2. ( ) las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución”.

los Tratados internacionales y la Ley<sup>27</sup>, también la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del régimen de asilo y la protección subsidiaria*<sup>28</sup> de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, entendiéndose por tales, aquellas sobre las que existan temores fundados de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual en su país de origen<sup>29</sup>, corriendo el riesgo de ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad por parte del TC<sup>30</sup>.

Finalmente, incluso desde una perspectiva penal, el rechazo en frontera, en tanto devolución en caliente, en la medida en que obliga a un ciudadano extranjero a salir del territorio nacional al margen de lo establecido en las citadas leyes, podría ser subsumido en una variedad de tipos penales<sup>31</sup>. Entre otros, baste citar aquí, sin afán de exhaustividad dados los límites del presente trabajo, el art. 172 del Código Penal Español (CP)<sup>32</sup>, que tipifica el delito de coacciones, agraván-

<sup>27</sup> Según la jurisprudencia del TC, el art. 13.4 CE “[e]s un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo —o del ya asilado— serán, entonces, los que establezca la Ley. Obviamente, la Ley que regule el régimen de los extranjeros asilados —o peticionarios de asilo— ha de respetar plenamente los demás preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros”. STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4.

<sup>28</sup> Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria* (BOE, N° 263, de 31 de octubre de 2009); Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, *reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE, N° 52, de 2 de marzo de 1995); Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas* (BOE, N° 256, de 25 de octubre de 2003) y el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida* (BOE, N° 174, de 21 de julio de 2001).

<sup>29</sup> Véanse, los arts. 2° a 4° de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del régimen de asilo y la protección subsidiaria*. Asimismo, el TC también ha establecido esta misma limitación en relación con la posibilidad de entrega de ciudadanos extranjeros a otro país al amparo del art. 15 CE. STC 140/2007, de 4 de junio.

<sup>30</sup> Según concluye el TC: “[e]n la actualidad el derecho de los extranjeros a entrar en España está condicionado, con carácter general, al cumplimiento de los requisitos del art. 25.1 y 2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Como excepción, el art. 5.7.3 de la Ley 12/2009 prevé también que quien solicita asilo en frontera —y que no cumple con los requisitos del art. 25.1 y 2 de la LO 4/2000— pueda entrar en España ( ), si bien de forma limitada y provisional, mientras sobre la petición de asilo recaea una primera resolución de admisión a trámite”. STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4. Asimismo, el art. 25.3 LOEx establece que: “3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica”.

<sup>31</sup> Para un estudio más en profundidad sobre esta cuestión, véase, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita - SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “Devoluciones ilegales en la Frontera Sur. Análisis jurídico de las denominadas ‘devoluciones en caliente’”, en DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio (Coord.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emiliano Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016.

<sup>32</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal* (BOE, N° 281, de 24 de noviembre de 1995) modificada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE, N° 77, de 31 de marzo de 2015).



dose la pena cuando la coacción tenga por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental<sup>33</sup>; el art. 537 CP, que ampara el derecho que tiene el individuo privado de libertad a causa de un proceso de devolución y expulsión, de gozar del derecho a la asistencia letrada y de intérprete (art. 22.2 LOEx), el derecho a interponer *habeas corpus* (art. 17.4 CE) y el derecho a ser informado (art. 17.3 CE); o el art. 404 CP que tipifica la prevaricación de funcionarios públicos en los casos de resoluciones administrativas que prescinden del procedimiento y las garantías establecidas al efecto, que en el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se fundamenta además en la falta de competencia para adoptar decisiones sobre la expulsión o devolución de ciudadanos extranjeros, ya que su labor en este ámbito es meramente ejecutiva<sup>34</sup>. En este sentido, serían penalmente responsables también quienes, teniendo noticia de tales prácticas, no adopten medidas para ponerles fin. De tal manera, tiene obligación de presentar denuncia toda persona que haya presenciado un delito público como éste (art. 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [LECrim]<sup>35</sup>) o tenga conocimiento del mismo por cualquier otra vía (art. 264 LECrim), estando especialmente obligados quie-

<sup>33</sup> En este sentido, además, se aplicaría la circunstancia agravante del art. 22.7 CP: “7. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable” ya que las “devoluciones en caliente” son ejecutadas por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, amparadas en la autoridad que representan. Igualmente, el art. 6º del Reglamento (CE) Nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, *por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras* (Código de Fronteras Schengen), establece que: “[e]n el desempeño de sus obligaciones, la guardia de fronteras respetará plenamente la dignidad humana” y que, “[t]oda medida que adopte en el desempeño de sus obligaciones será proporcionada a los objetivos perseguidos por dichas medidas”.

<sup>34</sup> Cfr: AA.VV., Informe jurídico “Expulsiones en caliente”, *ob. cit.*, p. 18. A este respecto, especialmente significativo ha resultado el proceso abierto contra el Comandante de la Guardia Civil de Melilla. Véase, Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014, procedimiento abreviado Nº 866 /2014, por el que se imputa un posible delito de prevaricación al Comandante de la Guardia Civil de Melilla por los sucesos acaecidos el 18 de junio y el 13 de agosto de 2014, y que supuso la devolución, por vía de hecho, de inmigrantes subsaharianos a Marruecos sin la aplicación de la normativa española en materia de extranjería (FJ 7). Sin embargo, en abril de 2015, la Sala Permanente de la Audiencia de Málaga en Melilla, mediante Auto Nº 83/15, desimputaba al Comandante de la Guardia Civil de Melilla por considerar que: “[e]l Estado tiene el derecho y el deber de controlar sus fronteras y las vallas de Ceuta y Melilla no cumplen otra finalidad que la de “[c]onstituir un obstáculo dirigido a impedir el paso clandestino de inmigrantes””. Asimismo, señalaba que el “concepto operativo de frontera” atiende a la necesidad de dar respuesta a “[l]os asaltos masivos de la frontera con la finalidad de impedir la entrada ilegal de numerosas personas no identificadas, en abierta oposición a las órdenes emitidas por las autoridades competentes y con empleo en ocasiones de violencia para vencer la fuerza policial opuesta al ilegítimo acceso”, considerando el dictamen judicial “[a]corde con la reforma legislativa que se está operando actualmente en la materia” lo que desgraciadamente ha venido a reforzar la posición del Gobierno en cuanto a las actuaciones que se están llevando a cabo en Ceuta y Melilla. Véase, “El Gobierno cree que la desimputación del coronel de la Guardia Civil respalda su actuación en las vallas de Ceuta y Melilla”. *Europress*, de 22 de abril de 2015. <http://www.europapress.es/ceuta-y-melilla/noticia-gobierno-cree-desimputacion-coronel-guardia-civil-respalda-actuacion-vallas-ceuta-melilla-20150422211635.html> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017).

<sup>35</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. *Gaceta de Madrid*, de 17 de septiembre de 1882.

nes hayan tenido conocimiento del delito “[p]or razón de sus cargos, profesiones u oficios” (art. 262 LECrim), como es el caso de las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el presente caso.

#### 4. LA REFORMA A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA EN LA MATERIA

El rechazo en frontera, en tanto devolución en caliente, vulnera también el Derecho de la Unión Europea<sup>36</sup>, en la medida en que no respeta las garantías procedimentales mínimas establecidas por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*<sup>37</sup>, que en sus considerandos 6, 7 y 11 establece que corresponde a los Estados asegurarse “[q]ue la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente”, “[e]stableciendo un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas”, dándoseles un “[t]rato digno y humano”<sup>38</sup>. Por su parte, el art. 1º establece que las normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular deberán ser conformes a los derechos fundamentales. Así, en la medida en que dichas prácticas consisten en la devolución por vía de hecho de ciudadanos extranjeros a las autoridades marroquí, se vulnera lo dispuesto, no sólo en dicho artículo sino también lo previsto en los arts. 6º, 12, 13 y 14 de esta Directiva, donde se establece la necesidad de una decisión motivada (decisión de retorno) e información sobre los recursos disponibles a la hora de proceder a retornar a los inmigrantes

<sup>36</sup> “Bruselas dice que España ‘no aplica’ la norma europea de expulsión de inmigrantes en Ceuta y Melilla”. *Eldiario.es*, de 20 de octubre de 2014. [http://www.eldiario.es/desalambre/Comision-Europea-Espana-normativa-inmigrantes\\_0\\_315668604.html](http://www.eldiario.es/desalambre/Comision-Europea-Espana-normativa-inmigrantes_0_315668604.html) (Fecha última visita, 5 de agosto de 2016).

<sup>37</sup> *DO*, L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98. Esta Directiva 2008/115/CE está traspuesta al Derecho interno español por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Esta Directiva tiene por objeto “[e]stablece(r) normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos” (art. 1º de la Directiva 2008/115/CE).

<sup>38</sup> En torno a la aplicación de esta Directiva, véase, PÉREZ SOLA, Natividad, “La Directiva de Retorno y la involución en la Europa de los Derechos”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 8, 2008, pp. 241-256; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Alejandra, “Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la Directiva 2008/115/CE”, en *Persona y Derecho*, vol. 68, 2013, p. 166 y BOU FRANCH, Valentín Enrique, “La política migratoria de la Unión Europea en su aplicación práctica”, en REIG FABADO, I., *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 213-256.



en territorio de la Unión, entre ellos, asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística<sup>39</sup>.

En la misma medida cabe considerar vulnerado el Reglamento (CE) N° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, *por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras* (Código de Fronteras Schengen)<sup>40</sup>, que, en su art. 3º, ampara los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional y, en particular, reconoce el principio de no devolución y, en su art. 13, establece nuevamente como garantía en todo procedimiento de retorno la obligada existencia de una resolución motivada para la denegación de entrada, en la que se indiquen los motivos exactos de la misma, así como el derecho a recurrir dicha resolución de forma informada y asesorada.

Estos derechos se encuentran, a su vez, particularmente protegidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en relación a la cual es necesario destacar que el rechazo en frontera, en cuanto que impide cualquier alegación y tratamiento individualizado de los ciudadanos extranjeros interceptados, imposibilita, entre otros, el ejercicio del derecho de asilo e impide que el extranjero se acoja a la condición de refugiado<sup>41</sup>, vulnerando, no sólo el art. 18 CDFUE, sino también toda una serie de normas europeas, entre las que cabe destacar la Directiva 2011/95/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida*<sup>42</sup>; la Directiva 2013/32/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional*<sup>43</sup>; la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional*<sup>44</sup>; el Reglamento (UE) N° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo,

<sup>39</sup> Cfr. FAJARDO DEL Castillo, Teresa, “La Directiva sobre el Retorno de los Inmigrantes en situación irregular”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (RDCE), N° 33, 2009, pp. 471-480. En relación con esta cuestión, véase, la STJUE (Sala Quinta), de 11 de diciembre de 2014, asunto “Khaled Boudjlida v. Préfet des Pyrénées-Atlantiques”, C-249/13, aptdo. 73.

<sup>40</sup> Reglamento (CE) N° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, *por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras* (Código de Fronteras Schengen). *DO*, L 105, de 13 de abril de 2006. (Ténganse en cuenta sus consiguientes modificaciones).

<sup>41</sup> *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: el respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración* (DOUE, C128, de 18 de mayo de 2010).

<sup>42</sup> DOUE, L 337, de 20 de diciembre de 2011, p. 9.

<sup>43</sup> DOUE, L 180, de 29 de junio de 2013, p. 60.

<sup>44</sup> DOUE, L 180, de 26 de junio de 2013.

de 26 de junio de 2013, *por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida*<sup>45</sup>; la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, *relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida*<sup>46</sup>; y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*<sup>47</sup>.

Estas actuaciones, a su vez, en la medida en que ni individualizan, ni identifican, ni documentan a los ciudadanos extranjeros entregados a las autoridades marroquíes, constituyen, en los casos de entregas en grupo, expulsiones colectivas prohibidas por el art. 19.1 CDFUE, si bien es necesario subrayar que lo determinante de esta prohibición no es que tales actuaciones recaigan sobre un grupo más o menos numeroso de personas, sino el hecho de que como consecuencia de ellas resulte imposible constatar quién es la persona sujeta a la expulsión, si está necesitada de una especial protección y, por supuesto, el que no se garantice la posibilidad de realizar ningún tipo de alegación al respecto.

Finalmente, el art. 19.2 de la Carta consagra, a su vez, el principio de no devolución, conforme al cual, “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. En relación con este artículo, baste apuntar los numerosos estudios e informes de organizaciones internacionales y ONGs denunciando el dudoso respeto de los derechos humanos por parte de las autoridades marroquíes hacia las personas migrantes, especialmente hacia aquellas de origen subsahariano<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> DOUE, L 180, de 29 de junio de 2013.

<sup>46</sup> DOUE, L 212, de 7 de agosto de 2001. Su trasposición al ordenamiento español se realizó mediante el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas* (BOE, Nº 256, de 25 de octubre de 2003).

<sup>47</sup> DOUE, L 101, de 15 de mayo de 2011.

<sup>48</sup> En relación con las observaciones hechas por diferentes organizaciones y organismos internacionales, véanse, Comité contra la Tortura, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 19 de la Convención, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura (Marruecos)*, CAT/C/MAR/CO/4, de 21 de diciembre de 2011, en concreto, p. 12; Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/HRC/22/53/Add.2, de 30 de abril de 2013, en concreto, pp. 7-8; Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la trata de seres humanos, en particular las mujeres y los niños (Marruecos)*, A/HRC/26/37/Add.3, de 1 de abril de 2014; Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria (Marruecos)*, A/HRC/27/48/Add.5, de 4 de agosto de 2014, en particular, p. 13; Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto com-*

## 5. LA REFORMA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS REFUGIADOS

Finalmente, el Reino de España ha ratificado numerosos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que permiten poner en duda la legalidad de prácticas manifiestamente vulneradoras de estos derechos. Uno de los instrumentos de referencia, a nivel regional, lo constituye el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 y la rica jurisprudencia de su Tribunal en la materia, en los que nos centraremos en las siguientes líneas, no sin antes referirnos a dos instrumentos de carácter universal cuya pertinencia en la materia resulta evidente.

En este sentido, es de obligada referencia, por un lado, la *Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 28 de julio de 1951 y su Protocolo, adoptado en Nueva York el 31 de enero de 1967<sup>49</sup>, cuyos arts. 16, 25, 31, 32 y 33 pueden afirmarse vulnerados. De forma particular, cabe citar el art. 33.1, que acoge el principio de no devolución, en virtud del cual “[n]ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno

---

*binados de Marruecos*, CRC/C/MAR/CO/3-4, de 14 de octubre de 2014, en especial, p. 18. En relación con los informes presentados por ONGs en materia de derechos humanos, véanse, Amnistía Internacional, Informe 2013, “El estado de los Derechos Humanos en el mundo”, p. 226; Human Rights Watch, “Informe 2014: Abusados y Expulsados. Maltrato de inmigrantes del África subsahariana en Marruecos”, febrero 2014, p. 11. Disponible en la siguiente página web: <http://www.hrw.org/reports/2014/02/10/abused-and-expelled> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017); Comisión de Observadores de Derechos Humanos (CODH), *Informe: Vulneraciones de Derechos Humanos en la Frontera Sur - Melilla*, julio 2014, p. 50. Finalmente, desde una perspectiva doctrinal, véase también, GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio y DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, “La coopération euro-marocaine en matière d’immigration clandestine: le rôle des organisations non gouvernementales (ONGs)”, en: DEL VALLE GÁLVEZ, A. (dir.), *Inmigración, seguridad y, ob. cit.*, pp. 78 y ss. Para un estudio más en profundidad, véase, DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro - GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio, “Las ONG’s ante la inmigración subsahariana en Marruecos. Los informes de Médicos sin Fronteras y Amnistía Internacional”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2007, Nº 14, pp. 47-59.

<sup>49</sup> El art. 36 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, dispone que: “1. La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados “. Igualmente, en el *Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo* recuerda el Consejo Europeo, “[q]ue todo extranjero perseguido tiene derecho a obtener ayuda y protección en el territorio de la Unión Europea, en aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados modificada por el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, y de los demás tratados correspondientes”. Consejo de la Unión Europea. *Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo*, Nº 13189/08 ASIM 68, adoptado el 24 de septiembre de 2008, Bruselas, p. 11. Aprobado en el Consejo Europeo, de 15 de octubre de 2008. En este sentido, la entrega de ciudadanos extranjeros que asaltan las vallas de Ceuta y Melilla, por vía de hecho, se efectúa por parte de las autoridades españolas a las autoridades marroquíes. Cabe indicar que también Marruecos es Estado parte desde 1956 de la Convención de Ginebra de 1951. Sin embargo, el Informe de la Misión Técnica sobre inmigración ilegal, realizado tras la visita de la Misión a Ceuta y Melilla en octubre de 2005, indicaba ya la necesidad de que la UE ofreciera apoyo a Marruecos para que aplicase la Convención de Ginebra de 1951. Véase, *Technical Mission to Morocco. Visit to Ceuta and Melilla on illegal immigration*, 7th-11th October 2005, MEMO/05/380, Brussels, 19th October 2005, p. 10.

a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”, y el art. 32.2, que establece que: “[l]a expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes”. Por otro lado, es necesario subrayar también la vulneración mediante estas prácticas del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, concretamente sus arts. 2.3, 7, 13 y 14, entre los que cabe destacar de forma particular su art. 13, que dispone que “[e]l extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

Al margen de estas referencias a instrumentos de carácter universal, en el marco regional europeo, aunque el CEDH no recoge expresamente el derecho de asilo, la interpretación efectuada por el TEDH de su art. 3º, que establece la prohibición de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, ha incluido la prohibición de expulsión de los extranjeros a un país respecto del que existan razones para pensar que la persona expulsada pueda verse enfrentada a situaciones de este tipo. En este sentido, el derecho a la vida y a la integridad física o moral de los extranjeros que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado en los procedimientos de expulsión o devolución ha encontrado amparo en una reiterada jurisprudencia de este Tribunal<sup>50</sup>, acogiendo un principio como el de no devolución que, si bien se ha aplicado en diferentes supuestos de expulsión o deportación de solicitantes de asilo<sup>51</sup>, resulta de aplicación a cualquier supuesto de entrega, ya que los Estados tienen obligación de asegurarse del trato al que se exponen los migrantes que devuelven a sus países de origen o de procedencia<sup>52</sup>. Esto contrasta con las denuncias presentadas contra España ante

<sup>50</sup> SSTEDH, de 7 de julio de 1989, asunto “Soering v. Reino Unido”; de 30 de octubre de 1991, asunto “Vilvarajah v. Reino Unido”; de 15 de noviembre de 1996, asunto “Chahal v. Reino Unido”; de 20 de marzo de 1991, asunto “Cruz Varas v. Suecia”; de 15 de enero de 2004, asunto “Sakkopoulos v. Grecia”; de 30 de marzo de 2004, asunto “Koval v. Ucrania”; de 2 de diciembre de 2004, asunto “Biç v. Turquía” y de 28 de abril de 2004, asunto “Azinas v. Chipre”.

<sup>51</sup> SSTEDH, de 11 de enero de 2007, asunto “Salah Sheekh v. Países Bajos”; de 28 de febrero de 2008, asunto “Saadi v. Italia”; de 23 de febrero de 2012, asunto “Hirsi Jamaa y otros v. Italia”; de 27 de marzo de 2012, asunto “Mannai v. Italia” o de 19 de diciembre de 2013, asunto “N. K. v. Francia”.

<sup>52</sup> SSTEDH, de 5 de mayo de 2009, asunto “Selle v. Italia” o de 3 de diciembre de 2009, asunto “Daoudi v. Francia”. El TC también ha establecido esta misma limitación en relación con la posibilidad de entrega de ciudadanos a otros países en virtud del art. 15 CE. STC 140/2007, de 4 de junio.

instancias internacionales, como el Comité de la Tortura en el ámbito de la ONU y el TEDH en el ámbito del Consejo de Europa<sup>53</sup>.

El CEDH, al igual que sucedía en el caso de la CDFUE, prohíbe también las expulsiones colectivas<sup>54</sup> en el art. 4º de su Protocolo N° 4<sup>55</sup>, con el propósito de garantizar que ningún extranjero sea expulsado sin que se examine de forma individualizada su situación y sin tener la oportunidad de hacer valer sus argumentos<sup>56</sup>. Nuevamente es necesario subrayar que lo relevante en estos casos no es el carácter grupal de tales expulsiones sino la falta de una identificación que permita la individualización de la persona sujeta a expulsión, además de que no

<sup>53</sup> Cfr: Informe del Comité contra la Tortura sobre el V informe periódico de España, con referencias a la Ley española 12/2009, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, presentado a la Asamblea General. Documentos Oficiales, Sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 44 (A/65/44); Informe al Gobierno español sobre la visita a España del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, del 14 al 18 de julio de 2014 (CPT/inf [2015] 19). Disponible en: <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017). Asimismo, véase, la Comunicación N° 368/2008: asunto “Sonko v. España”, presentada por el abogado D. Alberto J. Revuelta Lucerga ante el Comité de la Tortura, el 23 de octubre de 2008 y “Dos expulsados de la isla de Tierra denuncian a España ante Estrasburgo”. *El País*, de 16 de octubre de 2013. [http://politica.elpais.com/politica/2013/10/16/actualidad/1381927878\\_552243.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/10/16/actualidad/1381927878_552243.html) (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017).

<sup>54</sup> Es más, este concepto fue definido por el TEDH en su sentencia, de 5 de febrero de 2002, en el asunto “Conka v. Bélgica”, como: aquella “medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo” (aptdo. 59). Más adelante, se plasma en su reiterada jurisprudencia dicho concepto, entre otras, en las SSTEDH, de 14 de octubre de 2003, asunto “Tomíc v. Reino Unido” y, de 19 de febrero de 2004, asunto “Hida v. Dinamarca”. En el ámbito doctrinal, véase, BOLLO AROCENA, María Dolores, “*Push back*, expulsiones colectivas y *non-refoulement*. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso ‘Hirsi Jamaa y otros v. Italia’”, en TORRES BERNARDEZ, S. (Coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, 2013, pp. 647-666, y Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso ‘Hirsi Jamaa y otros v. Italia’ (Sentencia de 23 de Febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 32, 2013, pp. 285-291.

<sup>55</sup> Protocolo N° 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 (*BOE*, N° 247, de 13 de octubre de 2009). Al respecto, el TEDH, con fecha de 7 de julio de 2015, admitió a trámite una demanda por posible vulneración del art. 4º del Protocolo N° 4 del CEDH y del art. 13 CEDH en sendas actuaciones llevadas a cabo por agentes policiales en la valla fronteriza de Melilla el 13 de agosto de 2014. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de julio de 2015, asunto “N. D. v. España y N. T. v. España” (Demandas N° 8675/15 y 8697/15). Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-prohibicion2> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017).

<sup>56</sup> SSTEDH, de 20 de septiembre de 2007, asunto “Sultani v. Francia”; de 5 de febrero de 2002, asunto “Conka v. Bélgica”; de 23 de febrero de 2012, asunto “Hirsi Jamaa y otros v. Italia”; de 3 de julio de 2014, asunto “Georgia v. Rusia”; de 21 de octubre de 2014, asunto “Sharifi y otros v. Italia y Grecia”; o de 1 de septiembre de 2015, asunto “Khlaifia y otros v. Italia”.



se garantice la posibilidad de realizar alegaciones ni la constancia de quién es la persona sujeta a la expulsión o si está necesitada de una especial protección<sup>57</sup>.

Asimismo, el rechazo en frontera, en tanto devolución en caliente, vulnera las garantías procesales del derecho a un proceso equitativo (art. 6º CEDH)<sup>58</sup> y del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH)<sup>59</sup>, que han servido al TEDH para, en conjunción con el art. 3º CEDH, garantizar este derecho en los procesos de expulsión<sup>60</sup>. Además, se vulnera el Protocolo Nº 7<sup>61</sup>, en particular su art. 1º, relativo al procedimiento de expulsión de extranjeros y sus garantías, y el art. 2º, que regula el derecho al recurso<sup>62</sup>. En este sentido, las expulsiones por la vía de hecho imposibilitan el acceso a los procedimientos de extranjería y con ello se priva a los expulsados de la posibilidad de impugnar la ilegalidad de su expulsión y la vulneración de sus derechos.

Por último, como ya tuvimos ocasión de adelantar, todas estas obligaciones internacionales son además, a juicio del TEDH, aplicables en relación a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado parte, sea dentro o fuera de su territorio nacional. Por lo tanto, lo determinante del caso no es el lugar físico donde se encuentre el extranjero sino quién ejerce la jurisdicción sobre él. De todo lo expuesto no cabe otra conclusión que la de que el Convenio protege efectivamente determinados derechos de toda persona en situación irregular que se encuentre bajo el control efectivo de las autoridades españolas y que, por tanto, se encuentran bajo jurisdicción española<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita - SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “Devoluciones ilegales en”, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>58</sup> Art. 6 CEDH: “[t]odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

<sup>59</sup> Véase, la STEDH, de 26 de abril de 2007, asunto “Gebremedhin v. Francia” (efecto suspensivo del recurso nacional en las solicitudes de asilo en zona de tránsito).

<sup>60</sup> SSTEDH de 21 de enero de 2011, asunto “M.S.S. v. Bélgica y Grecia”; de 22 de abril de 2014, Asunto “A. S. y otros v. España”.

<sup>61</sup> Protocolo Nº 7 al Convenio *para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, firmado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (BOE, Nº 249, de 15 de octubre de 2009).

<sup>62</sup> Sobre esta cuestión se pronuncia el TEDH en sus sentencias, de 21 de enero de 2011, asunto “M. S. S. v. Bélgica y Grecia”, aptdo. 293 y de 23 de febrero de 2012, asunto “Hirsi Jamaa y otros v. Italia”, aptdos. 70 y ss.

<sup>63</sup> Véanse, las SSTEDH, de 3 de febrero de 2009, asunto “Women and waves v. Portugal”; de 29 de marzo de 2010, asunto “Medvedyev y otros v. Francia”, aptdos. 62 a 67; de 4 de octubre de 2010, asunto “Alsaadon y Mufdhi v. Reino Unido”, aptdo. 143; de 23 de febrero 2012, asunto “Hirsi Jamaa y otros v. Italia”, aptdos. 74 y 76 a 82. En este mismo sentido, véanse,

## 6. CONCLUSIONES

A través de estas breves líneas hemos intentado poner de manifiesto la difícil, si no imposible, conciliación de la inclusión del “nuevo” supuesto de expulsión de extranjeros introducido en la L.O. 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* mediante la *sui generis* reforma efectuada por la L.O. 4/2015, de 30 de enero, *de protección de la seguridad ciudadana*, con los estándares mínimos de protección internacional de los derechos humanos y de los refugiados. Aun cuando su cuidada redacción pudiera permitir solventar su conformidad a derecho desde una perspectiva jurídico-formal, todo lo aquí analizado, sin embargo, parece apuntar que desde, una perspectiva sustantiva, son muchos los elementos que ponen en tela de juicio tal legalidad.

En todo caso, ésta se encuentra en entredicho más allá de limitados estudios académicos como el presente, tal y como lo ponen de manifiesto los recursos presentados en relación con tal reforma tanto a nivel nacional como internacional. A nivel nacional, el Pleno del Tribunal Constitucional español, acordaba mediante providencia de 9 de junio de 2015 admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad N° 2896-2015, promovido por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Grupo Mixto del Congreso contra, entre otros artículos, la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, referida al régimen especial de Ceuta y Melilla<sup>64</sup>. A nivel internacional, por su parte, en virtud de tres casos presentados ante el TEDH y admitidos a trámite por decisión de la Sección Ter-

---

ACNUR, *Opinión Consultiva sobre aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y su Protocolo de 1967*, de 26 de enero de 2007; Comité contra la Tortura (CAT), *Observación General N° 2*: “Aplicación del art. 2° por los Estados parte” (aptdo. 16) que dispone que el art. 2° del Convenio obliga a que los Estados adopten las medidas necesarias y eficaces para evitar los actos de tortura no solo en su territorio “[s]ino en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1821 (2011), de 1 de junio.

<sup>64</sup> BOE, N° 143, de 16 de junio de 2015. En línea con lo apuntado, es interesante destacar que, el 7 de mayo de 2015, entidades sociales y plataformas ciudadanas solicitaron a la Defensora del Pueblo, Dña. Soledad Becerril, que interpusiera un recurso de inconstitucionalidad ante el TC contra la citada Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, al considerar parte de su articulado *contra legem*. El 29 de junio de 2015, la Defensora del Pueblo, tras haber escuchado con carácter previo a la Junta de Coordinación y Régimen Interior del Defensor del Pueblo, respondió negativamente a la solicitud, limitándose a exponer unas breves recomendaciones, tales como, “[d]esarrollar con carácter urgente, y por disposición reglamentaria, el procedimiento establecido en la Disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social*, que contemple la necesidad de dictar una resolución administrativa, con asistencia letrada y de intérprete e indicación de los recursos que se podrán interponer contra ella” o “[d]ejar constancia escrita en dicho procedimiento de que al extranjero se le ha facilitado información sobre protección internacional “. Recomendación del Defensor del Pueblo, de 29 de junio de 2015 (N° Expediente: 15012955). Puede consultarse dicha resolución en la siguiente página web: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/seguridad-ciudadana/> (Fecha última visita, 5 de agosto de 2017).



cera del TEDH, de 13 de abril de 2015 (Asunto “Doumbe Nnabuchi v. España” [Demanda 19420/15]) y de 7 de julio de 2015 (Asunto “N. D. v. España” y “N. T. v. España” [Demandas 8675/15 y 8697/15]), dicho Tribunal pedía explicaciones al Gobierno español por las supuestas “expulsiones colectivas” contrarias al art. 4º del Protocolo Nº. 4 CEDH, entre otras cuestiones.

A la espera de que tales iniciativas ayuden a despejar definitivamente en uno u otro sentido las dudas existentes a este respecto, sólo cabe reclamar el efectivo cumplimiento de las garantías recogidas en la propia disposición analizada, según la cual toda actuación al amparo de la misma “se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte”, aun cuando ello suponga, por definición, la necesaria inaplicación cautelar del rechazo en frontera por parte de las autoridades españolas.

### BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Informe Jurídico “‘Rechazos en Frontera’: ¿Frontera sin Derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”, elaborado en el marco del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), Universidad Complutense, Madrid, de 13 de abril de 2015.
- AA.VV., Informe jurídico “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, elaborado en el marco del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), Universidad Complutense, Madrid, 27 de junio de 2014.
- ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, “Las fronteras terrestres de España en Melilla: Delimitación, vallas fronterizas y ‘tierra de nadie’”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), Nº 28, 2014, [www.reei.org](http://www.reei.org).
- BERTOMEU NAVARRO, Andrea, “La inclusión del rechazo en frontera en la legislación española de extranjería. Análisis de la legalidad de las ‘devoluciones en caliente’ acontecidas en la frontera sur española”, en *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea, European Inklings*, vol. VIII, Oñati, 2016, pp. 338-402.
- BOLLO AROCENA, María Dolores, “Push back, expulsiones colectivas y *non-refoulement*. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso ‘Hirsi Jamaa y otros v. Italia’”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. (Coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, 2013, pp. 647-666.

- BOU FRANCH, Valentín Enrique, “La política migratoria de la Unión Europea en su aplicación práctica”, en REIG FABADO, I., *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 213-256.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso ‘Hirsi Jamaa y otros contra Italia’ (Sentencia de 23 de Febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 32, 2013, pp. 285-291.
- DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro - GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada, “Las ONG’s ante la inmigración subsahariana en Marruecos. Los informes de Médicos sin Fronteras y Amnistía Internacional”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2007, N° 14, pp. 47-59.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, N° 2, 2016, pp. 321-328.
- FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, “La Directiva sobre el Retorno de los Inmigrantes en situación irregular”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (RDCE), N° 33, 2009, pp. 453-499.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada - DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, “La coopération euro-marocaine en matière d’immigration clandestine: le rôle des organisations non gouvernementales (ONGs)”, en DEL VALLE GÁLVEZ, A. (Dir.), *Inmigración, seguridad y fronteras: Problemáticas de España, Marruecos y la Unión Europea en el área del Estrecho*, Dykinson, 2012, pp. 349-362.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier Andrea, “El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos”, en *Revista CIDOB d’Afers internacionals*, N° 111, pp. 173-193.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita - SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “Devoluciones ilegales en la Frontera Sur. Análisis jurídico de las denominadas ‘devoluciones en caliente’”, en DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio (coord.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emiliano Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 1081-1103.
- PÉREZ SOLA, Natividad, “La Directiva de Retorno y la involución en la Europa de los Derechos”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 8, 2008, pp. 241-256.
- REMACHA-TEJADA, José Ramón, “Las fronteras de Ceuta y Melilla”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. X, 1994, pp. 195-238.
- RUIZ SUTIL, Carmen, “El rechazo en frontera o la denominada ‘devolución en caliente’ y su regulación en la LOEX”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, N° 2, 2016, pp. 329-336.

LA REFORMA (*SUI GENERIS*) DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU DIFÍCIL CONCILIACIÓN CON LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS REFUGIADOS  
ANDREA BERTOMEU NAVARRO

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Alejandra, “Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la Directiva 2008/115/CE”, en *Persona y Derecho*, vol. 68, 2013, pp. 159-179.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 28, 2006, pp. 17-54.

Recepción: 10/8/2017

Aceptación: 15/11/2017

PARTE III  
AVANCES EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS  
REFUGIADAS EN AMÉRICA LATINA



DEBIDO PROCESO LEGAL Y PROTECCIÓN DE PERSONAS  
REFUGIADAS Y SOLICITANTES DE ASILO A LA LUZ DEL  
CASO “FAMILIA PACHECO TINEO VS. BOLIVIA” DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por ANALÍA I. CASCONE<sup>1</sup>

**Resumen:**

*El derecho al debido proceso legal es indispensable para garantizar la protección de todos los derechos humanos, incluyendo el derecho a buscar y recibir asilo. La especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas solicitantes de asilo y las particularidades del procedimiento de determinación de la condición de refugiado subrayan la necesidad de contar con procedimientos de asilo justos y eficientes. En el caso “Familia Pacheco Tineo v. Bolivia”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó el alcance de las garantías del debido proceso aplicables en tales procedimientos, contribuyendo al desarrollo de una materia que no fue prevista expresamente por los Estados al momento de adoptar la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.*

**Palabras clave:**

*Refugiados, Debido proceso, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Procedimientos de determinación de la condición de refugiado, Asilo.*

<sup>1</sup> Abogada (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Master of Laws (Columbia Law School). Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Público, Cátedra de la Dra. Mónica Pinto (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina). Coordinadora del Programa de Asesoramiento y Representación Legal de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación (Ciudad de Buenos Aires, Argentina). E-mail: analiacascone@derecho.uba.ar.

DUE PROCESS OF LAW AND PROTECTION OF REFUGEES AND ASYLUM SEEKERS UNDER THE CASE OF THE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: “FAMILIA PACHECO TINEO V. BOLIVIA”

**Abstract:**

*Due process of law is essential in order to ensure protection of all human rights, including the right to seek and obtain asylum. The situation of vulnerability of asylum seekers and the specificities of the refugee status determination procedure underline the need of fair and efficient asylum procedures. In the case of “Familia Pacheco Tineo v. Bolivia”, the Inter-American Court of Human Rights determined the scope of the due process guarantees applicable during refugee status determination procedures, thus contributing to the development of an issue which was not expressly regulated by States at the time of adoption of the 1951 Convention and the 1967 Protocol on the Status of Refugees.*

**Keywords:**

*Refugees, Due process, Inter-American Court of Human Rights, Refugee status determination procedures, Asylum.*

INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

En su sentencia del año 2013 en “Familia Pacheco Tineo v. Bolivia”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) decidió por primera vez un caso en el que se invocaban violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) en el marco de un procedimiento de determinación de la condición de refugiado<sup>3</sup>. Entre otras cosas, la Corte IDH analizó, por un lado, las garantías mínimas del debido proceso aplicables en procedimientos de carácter migratorio que pueden culminar en la expulsión de una persona<sup>4</sup>, y por el otro, las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos de determinación del estatuto de refugiado<sup>5</sup>. Así, la Corte IDH se pronunció por primera vez —en su competencia contenciosa— sobre el derecho a buscar y recibir asilo y el principio de no devolución.

<sup>2</sup> Las opiniones que aquí se expresan pertenecen a la autora y no corresponden necesariamente a las instituciones a las que se encuentra afiliada tanto académica como profesionalmente.

<sup>3</sup> Corte IDH, “Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia”, Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (en adelante, “Familia Pacheco Tineo”). Ver también OEA, Comunicado de Prensa N° 22/12, CIDH presenta caso sobre Bolivia ante la Corte IDH, 23 de febrero de 2012.

<sup>4</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 128 y ss.

<sup>5</sup> *Ibid.*, párr. 137 y ss.



En general, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y de los órganos de tratados de derechos humanos se refiere a la aplicación del principio de no devolución como corolario de la prohibición de la tortura<sup>6</sup>, y no a las obligaciones de los Estados bajo el derecho internacional de refugiados. Por tal motivo, la mayor parte de las decisiones en materia de determinación de la condición de refugiado son tomadas por los Estados a nivel interno<sup>7</sup>. Considerando que la CADH reconoce expresamente el derecho a buscar y recibir asilo<sup>8</sup>, resulta llamativa la escasez de jurisprudencia sobre el tema en el sistema interamericano<sup>9</sup>. De allí la importancia del caso “Familia Pacheco Tineo”.

Llamada a evaluar si Bolivia había violado los derechos a las garantías judiciales (art. 8º CADH), a buscar y recibir asilo (art. 22.7 CADH), el principio de no devolución (art. 22.8 CADH), y el derecho a la protección judicial (art. 25 CADH), la Corte IDH creyó oportuno aclarar que no le correspondía “hacer la determinación de la procedencia formal o material de la solicitud de asilo presentada por la familia Pacheco Tineo, lo cual era competencia de las autoridades internas. El análisis que corresponde a los órganos del sistema interamericano es determinar si las actuaciones de esas autoridades nacionales, que estaban llamadas a hacer ese análisis o determinación, fueron compatibles con la Convención Americana”<sup>10</sup>. Pareciera entonces que a las pocas instancias de supervisión internacional en la materia se suma un alcance limitado<sup>11</sup>, en virtud del cual las garantías del debido proceso adquieren una importancia fundamental en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado que, en definitiva, pueden marcar la diferencia entre la vida y la muerte de una persona<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Ver por ejemplo TEDH, “Hirsi Jamaa and Others v. Italy” (Nº 27765/09), sentencia del 23 de febrero de 2012; Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, Comunicación Nº 312/2007, “Hamid Reza Eftekhary v. Noruega”, Doc. N.U. CAT/C/47/D/312/2007 (11 de enero de 2012).

<sup>7</sup> Ver HATHAWAY, James C., “Who should watch over refugee law?”, en *Forced Migration Review*, vol. 14, 2002, pp. 23-26, p. 24.

<sup>8</sup> CADH, art. 22.7.

<sup>9</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el alcance del derecho a buscar y recibir asilo a la luz del art. XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Informe de fondo Nº 51/96, Caso 10.675, Personas Haitianas —Haitian Boat People— (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997. Con posterioridad a la sentencia en “Familia Pacheco Tineo”, la Corte IDH se pronunció en su competencia consultiva sobre los procedimientos para garantizar el derecho de niños y niñas a buscar y recibir asilo: Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional.

<sup>10</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 161.

<sup>11</sup> Cf. ARLETTAZ, Fernando, “Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 22, Nº 1, 2016, pp. 187-226, p. 206.

<sup>12</sup> Cf. MILLS, John R. *et al.*, “‘Death is different’ and a refugee’s right to counsel”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009, pp. 361-385. Ver también “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 157: “Así, en virtud de la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados por una determinación errónea del riesgo o una respuesta desfavorable, las garantías del debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a ese tipo de procedimientos”.

En el presente artículo, me abocaré a analizar las garantías mínimas del debido proceso aplicables a todo procedimiento de determinación de la condición de refugiado, a la luz de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Familia Pacheco Tineo”<sup>13</sup>. Comenzaré por reseñar el rol del derecho al debido proceso, su alcance en el sistema interamericano, y su particular importancia en el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado, para luego referirme específicamente a las garantías aplicables a dicho procedimiento.

## 1. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El derecho al debido proceso legal cumple un rol esencial en la protección de los demás derechos humanos, incluyendo, como veremos, el derecho a buscar y recibir asilo. En este sentido, es la “piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos”<sup>14</sup>, erigiéndose en un “prerrequisito indispensable para la protección de cualquier otro derecho”<sup>15</sup> y en un límite al poder estatal<sup>16</sup>.

La Corte IDH ha definido al debido proceso como el “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”.<sup>17</sup> El tribunal ha subrayado

<sup>13</sup> A pesar de la trascendencia de la sentencia, no hay mucha bibliografía al respecto. Si bien el análisis de las garantías que realiza la Corte IDH está en línea con su jurisprudencia anterior -especialmente en materia migratoria- y con los estándares del ACNUR, nunca antes había evaluado el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado. Para una sistematización de la jurisprudencia del sistema interamericano sobre el derecho a buscar y recibir asilo, ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Movilidad Humana: Estándares Internacionales*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, y Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: *Migrantes*, 2015. Ver también ARLETTAZ, Fernando, “Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de derechos humanos”, *ob. cit.*; ARLETTAZ, Fernando, *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el sistema interamericano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), México, 2015; ARLETTAZ, Fernando, “El caso ‘Familia Pacheco Tineo’: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 11, 2015, pp. 85-94.

<sup>14</sup> MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, p. 267.

<sup>15</sup> SALMÓN, Elizabeth - Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 24.

<sup>16</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso: Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Editorial Porrúa, 2012, p. 22; SALMÓN Y BLANCO, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *ob. cit.*, p. 24.; THEA, Federico, “Art. 8º: Garantías Judiciales”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, La Ley, 2013, p. 128.

<sup>17</sup> “Familia Pacheco Tineo”, párr. 130, citas omitidas. Ver también GARCÍA RAMÍREZ, *El debido proceso: Criterios de la jurisprudencia interamericana*, *ob. cit.*, p. 22.

asimismo la íntima vinculación entre el debido proceso legal y los principios de efectividad e igualdad: “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”<sup>18</sup>. El carácter instrumental del derecho al debido proceso, en tanto herramienta para la efectiva garantía de los demás derechos humanos, implica en consecuencia que no queda satisfecho con el mero cumplimiento de requisitos formales<sup>19</sup>.

En el ámbito interamericano, el derecho al debido proceso se encuentra garantizado fundamentalmente por el art. 8° de la CADH<sup>20</sup>. La jurisprudencia constante de la Corte IDH ha zanjado la cuestión del alcance de las garantías enumeradas en el inciso 2 de dicho artículo, entendiendo que el elenco de garantías mínimas del debido proceso se aplica a todo tipo de procedimientos,

<sup>18</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, 1 de octubre de 1999, párr. 117.

<sup>19</sup> THEA, “Art. 8°: Garantías Judiciales”, *ob. cit.*, pp. 130-131.

<sup>20</sup> CADH, art. 8° (Garantías Judiciales): 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

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

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

y no sólo a los de orden penal<sup>21</sup>. Se trata de una “interpretación extensiva pro persona, con alcance general”<sup>22</sup>. Más aun, a pesar de que el art. 8º es encabezado como “garantías judiciales”, la Corte IDH también ha establecido que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”<sup>23</sup>. Es decir, la aplicación de las garantías mínimas del debido proceso enumeradas en el art. 8.2 no se limita ni a los procesos penales ni a los procesos judiciales. Como veremos, ello reviste suma importancia para el procedimiento de determinación del estatuto de refugiado, que suele ser —al menos en primera instancia— un procedimiento de carácter administrativo.

## 2. LA IMPORTANCIA DEL DEBIDO PROCESO PARA LA PROTECCIÓN DE PERSONAS REFUGIADAS

El debido proceso como prerequisite indispensable para la garantía y protección de los derechos humanos lo es con particular importancia para el derecho a buscar y recibir asilo, teniendo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas refugiadas y solicitantes de asilo, así como las particularidades del procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

### 2.1. Desplazamiento forzado y vulnerabilidad

La jurisprudencia de la Corte IDH relativa a personas migrantes subraya su “condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”<sup>24</sup>. Más aún, la Corte IDH ha destacado que “los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la

<sup>21</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 130; Corte IDH, “Tribunal Constitucional v. Perú”, Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 70; entre otros.

<sup>22</sup> GARCÍA RAMÍREZ, *El debido proceso: Criterios de la jurisprudencia interamericana*, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>23</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 130; Corte IDH, “Baena Ricardo y otros v. Panamá”, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124; Corte IDH, “Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana”, Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 157.

<sup>24</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 112.

integración de los migrantes a la sociedad”, y que “las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia”<sup>25</sup>.

Siguiendo esta línea, en “Familia Pacheco Tineo” la Corte IDH recordó la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes indocumentados o en situación irregular, por tratarse de “los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos”<sup>26</sup>. Si bien en dicha sentencia la Corte no volvió a utilizar este concepto al referirse a las personas refugiadas y solicitantes de asilo, no caben dudas de que el desplazamiento forzado hacia otro Estado es una causal adicional de vulnerabilidad<sup>27</sup>.

Las personas refugiadas se ven forzadas a abandonar sus hogares y atravesar las fronteras en busca de protección en otro Estado, huyendo de persecución, conflictos armados o violaciones masivas a los derechos humanos<sup>28</sup>. Si bien el reconocimiento de la condición de refugiado tiene carácter declarativo<sup>29</sup>, el efectivo acceso a la protección que brinda requiere la formalización de una solicitud. Así, el refugiado debe transitar un procedimiento de determinación de su estatuto desde una “posición de pérdida, incluyendo la pérdida de bienes, familia y comunidad, y muchas veces de salud emocional y física”<sup>30</sup>. La persona solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado “[s]e encuentra en un medio extraño y puede tropezar con graves dificultades de orden técnico y

<sup>25</sup> Corte IDH, “Vélez Loor v. Panamá” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 98. *En el mismo sentido*: Corte IDH, Caso “Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana”, *cit.*, párrs. 152 y 153; Corte IDH, “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 128.

<sup>26</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 128.

<sup>27</sup> Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4-6 de marzo de 2008, Regla 13. Recientemente, los Estados miembros de Naciones Unidas reconocieron que refugiados y migrantes afrontan “muchos problemas comunes y tienen vulnerabilidades similares, incluso en el contexto de los grandes desplazamientos”. Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, Doc. N.U. A/71/L.1, 13 de septiembre de 2016, párr. 6.

<sup>28</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), art. 1(A); Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967), art. I; Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984), Conclusión Tercera.

<sup>29</sup> ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 1992, párr. 28. Ver también ACNUR, “Protección de Refugiados en América Latina: Buenas prácticas legislativas, 4. Buena práctica. Carácter declarativo de la condición de refugiado”, disponible en [http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas\\_Practicas/9280](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9280).

<sup>30</sup> JACOBSEN, Karen, “Livelihoods and Forced Migration”, en Elena Fiddian-Qasmiyeh *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee & Forced Migration Studies*, Oxford University Press, 2014, p. 99 (la traducción es propia).

psicológico para exponer su caso a las autoridades de un país extranjero, muchas veces en un idioma que no es el suyo”<sup>31</sup>.

La Corte IDH tiene dicho que “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”<sup>32</sup>.

En el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado, el respeto de las garantías del debido proceso tiende entonces a eliminar los obstáculos que las personas refugiadas enfrentan al momento de formular la solicitud de asilo y exponer los motivos de su desplazamiento, asegurando el efectivo acceso a la protección internacional.

## 2.2. Particularidades de la determinación del estatuto de refugiado

La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados regulan la definición de refugiado, los principios relativos a la protección de refugiados, su condición jurídica, derechos y obligaciones, pero no establecen de manera explícita el derecho al asilo<sup>33</sup>, ni regulan expresamente el procedimiento de determinación del estatuto de refugiado y las garantías aplicables<sup>34</sup>. No obstante, la efectiva implementación de la Convención y el Protocolo requiere necesariamente del establecimiento de procedimientos a nivel interno que permitan llevar adelante la determinación de la condición de refugiado<sup>35</sup>.

¿Qué implica esto respecto del rol del debido proceso en la determinación del estatuto de refugiado? De acuerdo con Goodwin-Gill y McAdam, “el derecho internacional tiene poco que decir sobre los aspectos procedimentales del debido proceso, particularmente porque la responsabilidad del Estado por el cumplimiento de sus obligaciones depende esencialmente de lo que resulte de

<sup>31</sup> ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, ob. cit., párr. 190.

<sup>32</sup> Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 119.

<sup>33</sup> “Familia Pacheco Tineo”, cit., párr. 139.

<sup>34</sup> *Ibid.*, párr. 156; GOODWIN-GILL, Guy y MC ADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2007, p. 530; ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, ob. cit., párr. 191.

<sup>35</sup> Cfr. GOODWIN-GILL - MC ADAM, *The Refugee in International Law*, ob. cit., p. 528.



los hechos<sup>36</sup>. Sin embargo, y especialmente en el ámbito interamericano, no es posible sostener que el derecho internacional deje librado a la absoluta discreción de los Estados la regulación de los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado<sup>37</sup>. Por el contrario, como veremos, tales procedimientos deben respetar determinadas garantías mínimas<sup>38</sup>.

Se resalta entonces la importancia de la complementariedad entre el derecho internacional de refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos<sup>39</sup>. En el ámbito interamericano en particular, donde la CADH reconoce el derecho a buscar y recibir asilo<sup>40</sup> y —como ya se ha señalado— las garantías del debido proceso son aplicables a todo tipo de procedimientos, la interpretación armónica de las normas en juego permite suplir cualquier omisión de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967<sup>41</sup>.

El reconocimiento de la condición de refugiado tiene carácter declarativo<sup>42</sup> y naturaleza “pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria”<sup>43</sup>, suponiendo una “examinación desapasionada y caso a caso de elementos subjetivos

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 533 (la traducción es propia).

<sup>37</sup> Ver HOFMANN, Rainer - LÖHR, Tillmann, “Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures”, en ZIMMERMANN, Andreas *et al.* (eds.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, párr. 1.

<sup>38</sup> Ver “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 158, sobre el “creciente consenso en la región en cuanto a que la protección de los refugiados y solicitantes de ese estatuto a nivel interno sea regulada de conformidad con las disposiciones del Derecho Internacional sobre Refugiados, de modo que deba realizarse a través de autoridades competentes y previamente establecidas, mediante procedimientos específicos y que respeten garantías del debido proceso”.

<sup>39</sup> *Ibid.*, párr. 143: “De conformidad con el art. 29.b) de la Convención, a efectos de interpretar y dar aplicación más específica a la normativa convencional para determinar los alcances de las obligaciones estatales en relación con los hechos del presente caso, la Corte toma en cuenta la importante evolución de la regulación y principios del Derecho Internacional de Refugiados, sustentados también en las directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos como ACNUR. ( ) En este caso, al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos” (citas omitidas).

<sup>40</sup> CADH, art. 22.7.

<sup>41</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 142: “El referido art. 22.7 de la Convención expresa dos criterios de orden acumulativo para la existencia o ejercicio de ese derecho: a) ‘de acuerdo con la legislación de cada país’, es decir, del país en el que se procura el asilo; y b) ‘de acuerdo con los convenios internacionales’. Esta noción contenida en el propio texto del art. 22.7 de la Convención, entendida en conjunto con el reconocimiento del derecho de no devolución en el art. 22.8, sustenta la interrelación entre el alcance y el contenido de esos derechos y el Derecho Internacional de Refugiados” (citas omitidas).

<sup>42</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 145; ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, *ob. cit.*, párr. 28.

<sup>43</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 141, citando la Declaración de Cartagena sobre Refugiados.



y objetivos”<sup>44</sup>. Estas características necesariamente implican que, sin perjuicio del margen que retienen para decidir cómo implementar sus obligaciones bajo la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, y cómo diseñar los mecanismos de determinación de la condición de refugiado, los Estados no gozan de una discrecionalidad absoluta para decidir a quiénes reconocer como refugiados. De allí la importancia de que la determinación se realice a través de procedimientos justos y eficientes<sup>45</sup>.

La persona es refugiada desde el momento en que reúne los requisitos enunciados en la definición, pero para poder acceder efectivamente a la protección que el derecho internacional le confiere, debe poder acceder al territorio del país de asilo —lo que implica la prohibición de rechazo en frontera—, y debe tener acceso al procedimiento de determinación de su condición<sup>46</sup>. El carácter declarativo se pondrá de manifiesto a lo largo del procedimiento en la medida en que en su condición de solicitante de asilo, la persona gozará de las mismas protecciones que un refugiado reconocido. Pero, en definitiva, se requerirá la adopción de una decisión que, en caso de ser favorable, implicará el pleno acceso a la condición jurídica de “refugiado”. El procedimiento es el vehículo para llevar a cabo dicha determinación, y debe ser “justo y eficiente” a fin de garantizar que quienes efectivamente requieren protección puedan acceder a ella. Por lo tanto, las garantías del debido proceso son imprescindibles para poder acceder a la protección como refugiado.

### 3. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN PROCEDIMIENTOS DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

El procedimiento de determinación de la condición de refugiado comprende la evaluación de una solicitud de asilo a fin de determinar si el Estado debe conceder a la persona el estatuto de refugiado. La Corte IDH lo caracteriza en “Familia Pacheco Tineo” como un “proceso que se desarrolla en dos etapas: comprobación de los hechos del caso y aplicación de las definiciones de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 a los hechos comprobados”<sup>47</sup>.

La Corte IDH afirma que “[e]l derecho de buscar y recibir asilo (...) garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo”<sup>48</sup>. Ahora bien, las garantías del debido proceso se aplican no sólo en

<sup>44</sup> GOODWIN-GILL - MC ADAM, *The Refugee in International Law*, *ob. cit.*, p. 529 (la traducción es propia).

<sup>45</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 147; ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, *ob. cit.*, párr. 192.

<sup>46</sup> *Cfr.* “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párrs. 153 y 159.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 171.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párr. 154.

los supuestos en los que se evalúa si corresponde reconocer a una persona como refugiada, sino también en aquellos casos en los que se evalúa (i) si la persona encuadra en alguna causal de cesación, cancelación o revocación del estatuto de refugiada<sup>49</sup>; (ii) si se encuentra alcanzada por el principio de no devolución por haber sido reconocida como refugiada en otro país<sup>50</sup>; (iii) una nueva solicitud formulada por la misma persona<sup>51</sup>; o (iv) si corresponde expulsar a una persona refugiada o solicitante de asilo a un tercer país<sup>52</sup>.

Si bien aquí nos abocaremos a reseñar las garantías aplicables a todo procedimiento de asilo, debe tenerse presente que en el caso particular de niños, niñas o adolescentes que solicitan su reconocimiento como refugiados, los Estados deben asimismo respetar una serie de garantías procedimentales específicas a fin de velar adecuadamente por su interés superior<sup>53</sup>, incluyendo el derecho a ser oído en función de su edad y madurez, y la designación de un tutor en el caso de niños, niñas o adolescentes no acompañados o separados de sus familias<sup>54</sup>.

A grandes rasgos, podemos clasificar las garantías mínimas del debido proceso aplicables a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado en: garantías vinculadas a la posibilidad de someter una solicitud de asilo a consideración de las autoridades; garantías vinculadas al examen de la solicitud; y garantías vinculadas a la decisión adoptada en el marco del procedimiento<sup>55</sup>.

### 3.1. Acceso y solicitud

Ante todo, a fin de poder someter una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado es preciso poder *acceder* al territorio del país de asilo y al procedimiento correspondiente. La cuestión del acceso está íntimamente vinculada al principio de no devolución de refugiados y solicitantes de asilo, quienes “no pueden ser [rechazados] en la frontera o [expulsados] sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”<sup>56</sup>.

<sup>49</sup> Cfr. *ibid.*, párrs. 149 y 177.

<sup>50</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 150.

<sup>51</sup> Como en el caso de la “Familia Pacheco Tineo”, *ibid.* párr. 179.

<sup>52</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 153.

<sup>53</sup> Corte IDH, OC-21/14, *cit.*, párr. 131. Ver “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párrs. 220, 223 y 224.

<sup>54</sup> Ver Corte IDH, OC-21/14, *cit.*, párrs. 243 a 262. Ver también FILARDI, Marcos - DUBINSKY, Karina - MENDOS, Lucas, “El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias”, en LETTIERI, Martín (ed.), *Protección internacional de refugiados en el Sur de Sudamérica*, Lanús, Ediciones de la UNLa, 2012, pp. 227-254.

<sup>55</sup> Cfr. “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 159.

<sup>56</sup> *Ibid.*, párr. 153.

Los Estados deben garantizar al solicitante las facilidades necesarias para someter su solicitud ante las autoridades, incluyendo la provisión de un intérprete competente, el acceso a asesoría y representación legal, orientación sobre el procedimiento, y la oportunidad de contactar al ACNUR<sup>57</sup>.

### 3.1.1. *Intérprete competente*

En virtud del art. 8.2.a de la CADH el Estado debe garantizar la provisión gratuita de un intérprete o traductor si la persona no comprende o habla el idioma del país de asilo. El Estado no satisface su obligación a través de la mera puesta a disposición de un intérprete, sino que éste debe ser “competente”<sup>58</sup>. Sin lugar a dudas, como mínimo debe tratarse de una persona que domine tanto el idioma de origen como el idioma meta. Asimismo, el intérprete debe ser imparcial<sup>59</sup>.

Es mucho lo que está en juego en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado para la persona solicitante de asilo. Su destino se dirime frente a una autoridad en un Estado muchas veces distante geográfica y culturalmente. El temor y el trauma pueden dificultar la capacidad de la persona de transmitir sus vivencias. La barrera idiomática, y la consecuente necesidad de recurrir a un intérprete, constituyen un “obstáculo adicional para la comunicación”<sup>60</sup>. Por ello resulta importante también, a fin de evitar malentendidos, que el intérprete sea sensible al trasfondo sociocultural del solicitante de asilo<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 159.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 159.

<sup>59</sup> ACNUR, Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes), Doc N.U. EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001, párr. 50(g). Ver también ACNUR, *Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado, Módulo de capacitación*, 1995, pp. 9-10: “Los intérpretes deben entender que todo lo que el entrevistador y el solicitante digan debe ser traducido. No es suficiente con resumir o embellecer lo que se dice, aportando información faltante. El intérprete tampoco debe intentar mejorar las palabras o frases del solicitante para hacerlo parecer más coherente, fidedigno o educado. ( ) Si no está satisfecho con la calidad de la traducción, se debe suspender la entrevista. Por ejemplo, puede darse el caso de que el solicitante no comprenda bien al intérprete debido a diferencias de dialecto. Igualmente, en una situación en la que se empleen intérpretes refugiados, no se debería contratar a un intérprete que esté estrechamente ligado al solicitante por nexos familiares u otros lazos como la afiliación a partidos políticos. Es importante recordar que las relaciones entre el solicitante y el intérprete tendrán un impacto sobre su capacidad y voluntad para comunicarse. Por lo tanto, debe cerciorarse de que el solicitante y el intérprete se sientan cómodos entre sí”.

<sup>60</sup> ACNUR, *Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado*, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>61</sup> *Cfr.* LAWRENCE, Benjamin - RUFFER, Galya, “Introduction: Witness to the Persecution? Expertise, Testimony, and Consistency in Asylum Adjudication”, en Benjamin Lawrence y Galya Ruffer (eds.), *Adjudicating Refugee and Asylum Status*, Cambridge University Press, 2015, p. 10. En el caso de mujeres solicitantes de asilo, el ACNUR recomienda que tengan la oportunidad de ser entrevistadas en un ambiente género sensitivo, preferentemente por funcionarias e

### 3.1.2. Acceso a asesoría y representación legal

En “Familia Pacheco Tineo”, la Corte IDH reiteró que la “posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable”, es una garantía mínima a observar en los procedimientos que puedan resultar en la expulsión de una persona extranjera<sup>62</sup>. En efecto, en el caso “Vélez Loor” ya había afirmado que “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”<sup>63</sup>. La Corte tuvo especialmente en cuenta el hecho de que la persona “puede no conocer el sistema legal del país” y que el Estado receptor debe tomar en cuenta “las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios”<sup>64</sup>. Más aun, la asistencia jurídica debe ser especializada<sup>65</sup>.

Con respecto al procedimiento de determinación de la condición de refugiado, la Corte IDH se refirió en “Familia Pacheco Tineo” a la obligación de garantizar “las facilidades necesarias, incluyendo (...), en su caso, el acceso a asesoría y representación legal”<sup>66</sup>. Llama la atención la diferencia en la formulación que la Corte realiza —en la misma sentencia— de la garantía aplicable en procedimientos que pueden culminar en la expulsión y en procedimientos de asilo. No obstante, la interpretación de la garantía más favorable a la persona humana<sup>67</sup> necesariamente debe conducir al reconocimiento del derecho de toda persona solicitante del reconocimiento de la condición de refugiada a recibir asesoría y representación legal, incluso a través de servicios públicos gratuitos. Esta conclusión encuentra sustento en la evolución del derecho internacional de refugiados y en la lectura armónica de la sentencia de la Corte IDH<sup>68</sup>.

---

intérpretes mujeres debidamente capacitadas (ACNUR, “Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)”, *cit.*, párr. 50[n]).

<sup>62</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 133.

<sup>63</sup> Corte IDH, “Vélez Loor v. Panamá”, *cit.*, párr. 146.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 132. En igual sentido, Corte IDH, “Nadege Dorzema”, *cit.*, párr. 164.

<sup>65</sup> Corte IDH, OC-21/14, *cit.*, párr. 131.

<sup>66</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 159.

<sup>67</sup> CADH, art. 29.

<sup>68</sup> *Cfr.*: “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 143. Al enumerar esta garantía entre las obligaciones de los Estados aplicables al procedimiento de asilo, la Corte IDH cita el párrafo 62 de su sentencia en el caso “Barreto Leiva”, donde sostuvo que “[s]i el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona ( ), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo” (Corte IDH, “Barreto Leiva v. Venezuela”, sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 62, citado en “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, nota al pie 220). Asimismo, la Corte IDH cita el párrafo 155 de su sentencia en Cabrera Gar-

En efecto, si bien los procedimientos de expulsión y de asilo son diferentes, no puede soslayarse que el rechazo de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado puede colocar a la persona en una posición que culmine en su expulsión, al verse desprovista de la protección que brinda el principio de no devolución. Por otra parte, las personas sometidas a procedimientos de expulsión no necesariamente enfrentan el riesgo de ser perseguidas en sus países de origen. Por lo tanto, si el Estado debe garantizar el derecho a contar con representación legal efectiva, especializada y gratuita en procedimientos de expulsión, con más razón debe hacerlo en procedimientos de determinación de la condición de refugiado. En consecuencia, cualquier diferencia en la formulación de la garantía que podamos observar en los párrafos 133 y 159 de “Familia Pacheco Tineo” carece de relevancia.

Podemos inferir entonces que la aplicación del art. 8.2.d de la CADH en el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado comprende la obligación del Estado de garantizar el acceso a asesoría y representación legal efectiva a las personas solicitantes de asilo desde el inicio del procedimiento<sup>69</sup> y en todas sus etapas. El respeto del derecho a asesoría legal no sólo redunda en beneficio del solicitante de asilo, sino que mejora la calidad del procedimiento en general<sup>70</sup>.

---

cía y Montiel Flores, donde resaltó que “la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas” (Corte IDH, “Cabrera García y Montiel Flores v. México”, sentencia de 26 de noviembre de 2010, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 155, citado en nota al pie 220 de “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*). Finalmente, la Corte cita al ACNUR, que tiene dicho que los solicitantes de asilo deben contar con asesoría sobre el procedimiento y deben tener acceso a asistencia legal en todas las etapas del procedimiento, incluso de manera gratuita (ACNUR, “Procesos de asilo [Procedimientos de asilo justos y eficientes]”, *cit.*, párr. 50[g]).

<sup>69</sup> Incluyendo las solicitudes formuladas en frontera: “En consideración a que las decisiones en la frontera/aeropuerto involucran asuntos relativos al mérito de la solicitud y, además, son tomadas dentro de plazos muy cortos, las posibilidades de una decisión imprecisa aumentan. Por ello, resulta esencial que existan las debidas garantías, al menos idénticas a aquellas que existen para otros procedimientos acelerados en el resto del territorio. Particularmente, en aquellos casos en que no se pueden cumplir los plazos establecidos para dictar la decisión, ya sea por motivos administrativos o sustanciales, el solicitante de asilo debería, lógicamente, ser admitido al procedimiento ordinario. El acceso a asesoría legal, al ACNUR y a Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) que trabajen en representación del ACNUR también resulta fundamental en la frontera y en las zonas de tránsito de los aeropuertos” (ACNUR, *Procesos de asilo [Procedimientos de asilo justos y eficientes]*, *ob. cit.*, párr. 22).

<sup>70</sup> Por ejemplo, respecto de las entrevistas de elegibilidad, el ACNUR ha dicho: “La presencia de un representante legal u otro asesor que esté familiarizado con los criterios para determinación de la condición de refugiado y con la jurisprudencia local y los antecedentes de la solicitud, resulta útil no sólo para el solicitante sino también para el entrevistador” (ACNUR, *Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado*, *ob. cit.*, p. 15). Ver ACNUR, *Protección de Refugiados en América Latina: Buenas prácticas legislativas*, 8. Buena práctica: Asistencia legal gratuita al solicitante. Representación legal gratuita en Argentina. Ver también *Plan de Acción de Brasil: Una hoja de ruta común para fortalecer la protección y promover soluciones sostenibles para las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un marco de cooperación y solidaridad*, Brasilia, 3 de diciembre de 2014, Capítulo Segundo, “Programa Asilo de Calidad”.

### 3.1.3. Orientación sobre el procedimiento y oportunidad de contactar al ACNUR

Otra de las obligaciones de los Estados en el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado es la de brindar al solicitante “la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, [la] oportunidad de ponerse en contacto con un representante del ACNUR”<sup>71</sup>. La Corte IDH consideró que Bolivia había violado esta obligación, por no haberles indicado a los actores el procedimiento a seguir en atención a sus “dificultades o necesidades particulares”<sup>72</sup>.

Ya sea por motivos psicológicos, por desconocimiento o por barreras idiomáticas o culturales, los refugiados no suelen expresarse en el lenguaje “convencional”<sup>73</sup>. Por este motivo, las autoridades competentes<sup>74</sup> deben estar capacitadas para identificar la necesidad de protección internacional, y deben brindar la información y orientación que permitan a la persona acceder de manera efectiva a dicha protección.

En cuanto al rol del ACNUR en el procedimiento, éste varía dependiendo del país y puede comprender la participación directa en el proceso de toma de decisiones, la participación en el procedimiento en carácter de observador, la presentación de escritos como *amicus curiae*, etc.<sup>75</sup>.

### 3.2. Examen de la solicitud

El examen de la solicitud a fin de determinar si la persona debe ser reconocida como refugiada debe realizarse “con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal”<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 159.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párr. 168.

<sup>73</sup> Cf. ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, *ob. cit.*, párr. 46: “Las expresiones ‘temor de ser perseguido’ o incluso ‘persecución’ suelen ser ajenas al vocabulario usual del refugiado. En realidad, un refugiado sólo raramente alegará su ‘temor de ser perseguido’ en esos términos, aunque ello esté implícito en su relato. Por otra parte, si bien un refugiado puede tener opiniones muy arraigadas por las que haya tenido que sufrir persecuciones, puede darse que, por motivos psicológicos, no pueda describir sus experiencias y su situación en términos políticos”.

<sup>74</sup> Esto incluye no sólo a la autoridad con competencia específica para la determinación de la condición de refugiado, sino a todas las autoridades, ya sea migratorias, de frontera, judiciales, policiales, etc., que tomen contacto con una persona en necesidad de protección internacional bajo riesgo de ser expulsada o devuelta a su país de origen.

<sup>75</sup> GOODWIN-GILL - MC ADAM, *The refugee in international law*, *ob. cit.*, p. 532. Ver también LETTIERI, Martín, “Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba”, en LETTIERI, Martín (ed.), *Protección internacional de refugiados en el Sur de Sudamérica*, Lanús, Ediciones de la UNLa, 2012, pp. 114-115.

<sup>76</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 159.



Cabe destacar que todas las solicitudes de asilo deben ser examinadas, cumpliendo con todas las garantías del debido proceso, incluso en aquellos casos en los que —como en “Familia Pacheco Tineo”— se evalúa una nueva solicitud de asilo<sup>77</sup>. Por lo tanto, el Estado que toma conocimiento de la formulación de una solicitud y se niega a considerarla de manera sumaria y sin entrevistar a los solicitantes viola su obligación de examinar la petición<sup>78</sup>.

### 3.2.1. Objetividad

El requisito de objetividad al que se refiere la Corte IDH se vincula con el requisito de imparcialidad que surge expresamente del art. 8.1 de la CADH y que “supone que las personas integrantes de los órganos estatales con competencia para adoptar decisiones públicas, no tengan prejuicios o intereses personales de ningún tipo en relación con las partes en un proceso, que puedan afectar la rectitud de su pronunciamiento”<sup>79</sup>.

Las particularidades del estatuto de refugiado y del procedimiento de asilo revelan una arista más específica de la objetividad, vinculada a las eventuales implicancias políticas del otorgamiento de protección internacional por parte de un Estado a una persona que huye de otro Estado<sup>80</sup>. Así, se reconoce la naturaleza “pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria”<sup>81</sup> del acto de reconocimiento de la condición de refugiado, no pudiendo interpretárselo como un “acto inamistoso hacia el país de origen de los refugiados”<sup>82</sup>. Este reconocimiento del carácter exclusivamente humanitario del asilo implica entonces que la solicitud debe ser evaluada con objetividad sin importar cuál sea el país de origen.

Por otra parte, la objetividad no debe confundirse con la eliminación de las particularidades de la experiencia de cada solicitante de asilo, de forma tal que se sustituya la experiencia individual por las “percepciones subjetivas de las autoridades estatales”<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> La familia Pacheco Tineo fue reconocida como refugiada por Bolivia en el año 1996. En 1998 firmaron una declaración de repatriación voluntaria, tras lo cual se dirigieron a Chile, donde fueron reconocidos como refugiados ese mismo año. La sentencia de la Corte IDH trata sobre los hechos sucedidos en febrero de 2001 cuando la familia reingresó a Bolivia y formuló una nueva solicitud de asilo. Ver “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párrs. 66 a 75.

<sup>78</sup> Cf. “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 163 y 167.

<sup>79</sup> THEA, “Art. 8º: Garantías Judiciales”, *cit.*, p. 145.

<sup>80</sup> Cf. LAWRENCE - RUFFER, “Introduction: Witness to the Persecution? Expertise, Testimony, and Consistency in Asylum Adjudication”, *ob. cit.*, p. 8: “La determinación de la condición de refugiado ofrece el más llamativo ejemplo del entrelazamiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos con la política nacional, los objetivos de política pública, y las preocupaciones internas” (la traducción es propia).

<sup>81</sup> “Familia Pacheco Tineo”, párr. 141, citando la Declaración de Cartagena sobre Refugiados.

<sup>82</sup> Declaración de Cartagena, conclusión cuarta.

<sup>83</sup> B. S. CHIMNI, citado en LAWRENCE - RUFFER, “Introduction: Witness to the Persecution? Expertise, Testimony, and Consistency in Asylum Adjudication”, *ob. cit.*, p. 11 (la traducción es propia).



### 3.2.2. *Autoridad competente*

Dado que, como ya señalamos, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 no regulan el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, “cada Estado contratante puede establecer el procedimiento que estime más apropiado, habida cuenta de su propia estructura constitucional y administrativa”<sup>84</sup>. La autoridad competente, que deberá respetar todas las garantías del debido proceso aquí reseñadas, será en definitiva aquella determinada por la legislación interna de cada Estado. Como señala la Corte IDH, en general el procedimiento de determinación de la condición de refugiado es de carácter administrativo<sup>85</sup>, sin perjuicio de los recursos judiciales correspondientes.

La delimitación de la competencia de la autoridad llamada a resolver una solicitud de asilo reviste suma importancia considerando que, en la práctica, suele ocurrir que —como en el caso “Familia Pacheco Tineo”— coexista con un procedimiento migratorio<sup>86</sup>.

### 3.2.3. *Entrevista personal*

La obligatoriedad de realizar una entrevista personal con la persona solicitante del reconocimiento de la condición de refugiada se vincula directamente con el derecho a ser oído reconocido en el art. 8.1 de la CADH. La entrevista debe ser llevada a cabo por personal capacitado al efecto, teniendo en cuenta las necesidades de protección particulares de cada solicitante<sup>87</sup>, así como también en presencia del representante legal y de un intérprete competente si fuera necesario.

<sup>84</sup> ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, ob. cit., párr. 189.

<sup>85</sup> “Familia Pacheco Tineo”, párr. 157.

<sup>86</sup> Al respecto, señalaba Pablo Ceriani en su carácter de perito que “las personas solicitantes de asilo pueden estar sometidas simultáneamente a procedimientos relativos tanto a su petición de la condición de refugiado como a su situación migratoria. En numerosas ocasiones, los derechos de [ ] solicitantes de asilo, y por ende, su adecuada protección, están determinados por procesos y decisiones de índole migratoria. Asimismo, la categorización de una persona como migrante, solicitante de asilo o refugiada, puede depender por un lado, del alcance e interpretación de la normativa internacional a través de la legislación y la práctica de cada país y, por el otro, las circunstancias de cada caso pueden hacer que las distinciones formales entre una y otra categoría sean tan borrosas como inadecuadas. De la misma manera, en la práctica, procedimientos migratorios y de asilo pueden estar estrechamente vinculados [...] lo que podría derivar [...] en el agravamiento de esos peligros como consecuencia de un rechazo en frontera o una medida de expulsión. Pero también, porque en numerosas ocasiones, la denegación de una solicitud de asilo, deriva en una condición migratoria irregular, lo cual lleva a un procedimiento migratorio (de residencia o, según la legislación y prácticas de cada país, de expulsión). En cualquier caso, debe siempre primar el criterio de aplicación más protector de la persona migrante, según el principio pro persona”. Declaración pericial rendida el 12 de marzo de 2013 por Pablo Ceriani, citada en “Familia Pacheco Tineo”, cit., nota al pie 223.

<sup>87</sup> Ver ACNUR, *Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado*, ob. cit.

Sin perjuicio de la violación de esta garantía en casos concretos —como ocurrió en “Familia Pacheco Tineo”<sup>88</sup>—, la obligatoriedad de la entrevista en el marco del procedimiento de asilo no parece generar controversias. Ahora bien, ¿qué ocurre en las instancias recursivas? Normalmente, las autoridades administrativas y judiciales con competencia para resolver los recursos correspondientes contarán con la transcripción de la entrevista celebrada en primera instancia. Cabe destacar, no obstante, que el ACNUR ha señalado que “la posibilidad de que la autoridad que conoce la apelación o revisión tenga una impresión personal del solicitante constituye otra garantía procedimental importante”<sup>89</sup>. Esta “impresión personal” reviste fundamental importancia en un proceso como el de determinación de la condición de refugiado: “La competencia multicultural y la atención al impacto del trauma en el testimonio del solicitante de asilo no pueden ser enseñadas únicamente por la transcripción. Deben ser vivenciadas”<sup>90</sup>.

#### 3.2.4. Prueba

Si bien la Corte IDH no analiza a fondo la cuestión, es posible inferir que entre las “facilidades necesarias” para poder someter la solicitud ante las autoridades, se encuentra la de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, en los términos del art. 8.2.c de la CADH.

La Corte identifica como parte del proceso una etapa de comprobación de los hechos, consistente en la obtención y comprobación de todos los elementos de prueba accesibles, con el objeto de formar la convicción de la autoridad respecto de la credibilidad general del solicitante<sup>91</sup>. Debido a las circunstancias en las que suele huir de su país la persona que solicita asilo, la carga de la prueba es compartida con el examinador, debiendo atenderse especialmente a las dificultades que puedan presentarse para obtener elementos probatorios<sup>92</sup>.

#### 3.3. Decisión

La decisión adoptada en el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado debe estar debida y expresamente fundada<sup>93</sup>. Si la

<sup>88</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 166.

<sup>89</sup> ACNUR, *Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)*, *ob. cit.*, párr. 43.

<sup>90</sup> EINHORN, Bruce J. - BERTHOLD, S. Megan, “Reconstructing Babel: Bridging cultural dissonance between asylum seekers and adjudicators”, en LAWRANCE, Benjamin - RUFFER, Galya (eds.), *Adjudicating Refugee and Asylum Status*, Cambridge University Press, 2015, pp. 34-35 (la traducción es propia).

<sup>91</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 171.

<sup>92</sup> Ver ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, *ob. cit.*, párr. 197, y LETTIERI, “Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba”, *ob. cit.*

<sup>93</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párrs. 159 y 171.

condición de refugiado es denegada, el solicitante tiene derecho a recurrir la decisión. El derecho al recurso implica varias obligaciones para el Estado: debe brindar al solicitante información sobre cómo recurrir; debe conceder un plazo razonable para la interposición del recurso; y el recurso debe tener efectos suspensivos<sup>94</sup>.

El conocimiento de la decisión es esencial para que el recurso sea efectivo. Vemos aquí cómo las diversas obligaciones del Estado en torno al derecho al recurso contribuyen a garantizar dicha efectividad: si la decisión no está adecuadamente fundada, el solicitante no podrá realmente conocer los motivos que condujeron a su dictado y, por lo tanto, no tendrá elementos para cuestionarlos. Si la decisión no es notificada fehacientemente, incluyendo información sobre los recursos disponibles, el solicitante no podrá acceder a la instancia recursiva<sup>95</sup>. La información sobre los recursos disponibles debe incluir también información sobre el derecho a contar con asesoría y representación legal, dado que, como ya vimos, este derecho rige en todas las etapas del procedimiento.

El carácter declarativo del reconocimiento de la condición de refugiado, que protege a los solicitantes de asilo desde el comienzo del procedimiento, impacta también tras la denegatoria, a través del efecto suspensivo de los recursos administrativos y judiciales, y la consecuente vigencia de la prohibición de devolución durante la etapa recursiva y hasta la adopción de una decisión firme.

El derecho al recurso es particularmente importante considerando que, para la Corte IDH, “la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías”<sup>96</sup>.

### 3.4. Confidencialidad

La obligación de preservar la confidencialidad de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado y de los datos del solicitante es esencial para garantizar la efectiva protección de las personas refugiadas<sup>97</sup>. Se trata de una consecuencia lógica de la finalidad tuitiva del estatuto de refugiado.

No obstante, el respeto de la confidencialidad, como parte del elenco de garantías aplicables al procedimiento de determinación de la condición de refugiado, no puede transformarse en un velo que impida al solicitante de asilo conocer cabalmente las razones que condujeron a la denegatoria de su petición.

<sup>94</sup> *Ibid.*, párr. 159.

<sup>95</sup> *Ibid.*, párr. 194: “La falta de notificación es en sí misma violatoria del art. 8º de la Convención, pues colocó a las presuntas víctimas en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y tornó impracticable el ejercicio del derecho a recurrir las resoluciones. Es decir, las presuntas víctimas no contaron con la posibilidad real de haber interpuesto algún recurso mientras estaban en territorio boliviano”.

<sup>96</sup> *Ibid.*, párr. 197.

<sup>97</sup> *Ibid.*, párr. 159.

Recordemos que los procedimientos deben ser “previsibles”, y la toma de decisiones debe caracterizarse por su “coherencia y objetividad (...) en cada etapa del procedimiento”<sup>98</sup>. En la medida en que los criterios generales de determinación de la condición de refugiado desarrollados por el país de asilo sean desconocidos, la efectividad de los recursos interpuestos por solicitantes de asilo ante decisiones negativas en casos concretos se diluye<sup>99</sup>. La confidencialidad protege a refugiados y solicitantes de asilo de la persecución de sus países de origen, mas no autoriza a los Estados a aplicar criterios arbitrarios en perjuicio de quienes debe proteger.

### 3.5. *Procedimientos acelerados*

Siguiendo la postura del ACNUR, la Corte IDH admitió la posibilidad de que los Estados establezcan procedimientos acelerados para la resolución de solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas, en aquellos casos en que no exista necesidad de protección internacional<sup>100</sup>. No obstante, la Corte subraya que incluso en estos casos deben respetarse las garantías mínimas del debido proceso aplicables al procedimiento de determinación de la condición de refugiado: “dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante, aún en esos procedimientos deben respetarse las mínimas garantías de audiencia, de determinación de ese carácter infundado o abusivo de la solicitud por parte de la autoridad competente y de posibilitar la revisión de la decisión negativa antes de una expulsión”<sup>101</sup>. Más aún, las razones por las que la autoridad competente determina que la solicitud debe tramitar por este procedimiento acelerado deben constar expresamente en el expediente<sup>102</sup>. Se debe permitir al solicitante aportar prueba y controvertir los argumentos contrarios a su solicitud<sup>103</sup>.

## 4. *CONCLUSIÓN*

Las garantías del debido proceso aplicables a procedimientos de la determinación de la condición de refugiado forman parte, sin lugar a dudas, del *corpus juris* de la protección internacional de refugiados. La protección que los

<sup>98</sup> *Ibid.*, párr. 157.

<sup>99</sup> Ver LETTIERI, “Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba”, *ob. cit.*, pp. 110-111.

<sup>100</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 172. Ver Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión N° 30 (XXXIV), “El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas”, 1983; y ACNUR, *Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)*, *ob. cit.*, párr. 30.

<sup>101</sup> “Familia Pacheco Tineo”, *cit.*, párr. 172.

<sup>102</sup> *Ibid.*, párr. 172.

<sup>103</sup> *Cfr. ibid.*, párr. 174.

Estados se comprometieron a brindar en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados sólo podrá efectivizarse en la medida en que garanticen el acceso de los solicitantes de asilo a procedimientos de determinación justos y eficientes. La sentencia de la Corte IDH en “Familia Pacheco Tineo” es un aporte fundamental para la consolidación de los estándares desarrollados por el ACNUR y las buenas prácticas de los Estados de la región en la materia.

### BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 1992.
- *Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado*, Módulo de capacitación, 1995.
- *Procesos de asilo* (Procedimientos de asilo justos y eficientes), Doc N.U. EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001.
- *Protección de Refugiados en América Latina: Buenas prácticas legislativas*, disponible en <http://www.acnur.org/que-hace/proteccion/proteccion-de-refugiados-en-america-latina-buenas-practicas-legislativas>.
- Comité Ejecutivo, Conclusión N° 30 (XXXIV), “El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas”, 1983.
- ALONSO REGUEIRA Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, La Ley, 2013.
- ARLETTAZ, Fernando, “El caso ‘Familia Pacheco Tineo’: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 11, 2015, pp. 85-94.
- “Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, 2016, pp. 187-226.
- *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el sistema interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), 2015.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, Doc. N.U. A/71/L.1, 13 de septiembre de 2016.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de fondo N° 51/96, Caso 10.675, Personas Haitianas —Haitian Boat People— (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997.
- Movilidad Humana: Estándares Internacionales, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS, Comunicación N° 312/2007, “Hamid Reza Eftekhary v. Noruega”, Doc. N.U. CAT/C/47/D/312/2007 (11 de enero de 2012).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951).

CORTE IDH, “Baena, Ricardo y otros v. Panamá”, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

— “Barreto Leiva v. Venezuela”, sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas.

— “Cabrera García y Montiel Flores v. México”, sentencia de 26 de noviembre de 2010, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

— Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Migrantes, 2015.

— “Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia”, Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (en adelante, “Familia Pacheco Tineo”).

— “Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana”, Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

— Opinión Consultiva OC-16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, 1 de octubre de 1999.

— Opinión Consultiva OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003.

— Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional.

— “Vélez Lóor v. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984).

FIDDIAN-QASMIYEH, Elena *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee & Forced Migration Studies*, Oxford University Press, 2014.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso: Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Editorial Porrúa, 2012.

GOODWIN-GILL Guy - MC ADAM Jane, *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2007.

HATHAWAY, James C., “Who should watch over refugee law?”, en *Forced Migration Review*, vol. 14, 2002, pp. 23-26.

LAWRANCE, Benjamin - RUFFER, Galya (eds.), *Adjudicating Refugee and Asylum Status*, Cambridge University Press, 2015.

LETTIERI, Martín (ed.), *Protección internacional de refugiados en el Sur de Sudamérica*, Lanús, Ediciones de la UNLa, 2012.

MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y*

- Recurso Judicial*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003.
- MILLS, John R. *et al.*, “‘Death is different’ and a refugee’s right to counsel”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009, pp. 361-385.
- OEA, Comunicado de Prensa N° 22/12, CIDH presenta caso sobre Bolivia ante la Corte IDH, 23 de febrero de 2012.
- Plan de Acción de Brasil: Una hoja de ruta común para fortalecer la protección y promover soluciones sostenibles para las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un marco de cooperación y solidaridad, Brasilia, 3 de diciembre de 2014.
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967).
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4-6 de marzo de 2008.
- SALMÓN, Elizabeth - BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
- TEDH, “Hirsi Jamaa and Others v. Italy” (N° 27765/09), sentencia del 23 de febrero de 2012.
- ZIMMERMANN Andreas *et al.* (eds.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2015.

Recepción: 24/9/2017

Aceptación: 15/11/2017





## IN SEARCH OF SUSTAINABLE REFUGEE RESETTLEMENT SOLUTIONS FOR LATIN AMERICA

Por S. MICHELLE ALFARO<sup>1</sup> y MARTIN LETTIERI<sup>2</sup>

### **Abstract:**

*In recent years, refugee resettlement in Latin America has been generally based upon a particular form of resettlement known as “Solidarity Resettlement” which was envisaged within the XX Anniversary of the Cartagena Declaration’s 2004 Mexico Plan of Action (MPA). However, more recently, countries of the Southern Cone, in particular, Argentina, Chile and Uruguay, have begun to shift away from the concept of Solidarity Resettlement, and have begun exploring other, possibly more sustainable models, including private sponsorship. This paper provides a brief overview of the various resettlement programs in the region, with a focus on Argentina, Chile, and Uruguay. While to date the programs have remained comparatively small in scale, significant opportunities remain for expansion in the years ahead. Fundamental to the success of any program will be ensuring proper coordination structures are in place (including support to integration and cultural orientation), along with allocating sufficient funding for the term of the program, without which, challenges may be expected to arise.*

### **Keywords:**

*Durable Solutions, Resettlement, Sponsorship Programmes, Local Integration, Latin America*

<sup>1</sup> Abogada. Graduada de la Universidad de California, Berkeley, en “Peace and Conflict Studies”, Juris Doctor de la Universidad del Sur de California y Magister en Estudios del Cercano y Medio Oriente de la Escuela de Estudios Orientales & Africanos de la Universidad de Londres, Reino Unido. Ha trabajado para el ACNUR desde 1998 y ocupó varios puestos en las Unidades de Protección y Reasentamiento del ACNUR en Bosnia, Mozambique; Etiopía; Turquía; Indonesia; Jordania; Siria, y Buenos Aires, Argentina. En la actualidad es Oficial de Protección Senior de la Unidad de Protección y Soluciones del ACNUR en Washington DC. E-mail: [alfaro@unhcr.org](mailto:alfaro@unhcr.org).

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Ha realizado diversos cursos de especialización sobre protección de refugiados y migraciones internacionales y ha contribuido en diferentes publicaciones sobre la temática. Ha colaborado como Asistente docente de la materia Derecho Internacional de los Refugiados de la Facultad de Derecho UBA y como profesor regular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Palermo. Es actualmente Oficial Nacional de Reasentamiento en la Oficina Regional para el Sur de América Latina del ACNUR. E-mail: [martin\\_lettieri@yahoo.com.ar](mailto:martin_lettieri@yahoo.com.ar).

## EN BÚSQUEDA DE SOLUCIONES SOSTENIBLES PARA EL REASENTAMIENTO DE REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA

### **Resumen:**

*El reasentamiento de refugiados en Latinoamérica ha estado basado, en los últimos años, en un modelo particular conocido como “Reasentamiento Solidario”, introducido a partir del Plan de Acción de México de 2004 en el marco del proceso del XX Aniversario de la Declaración de Cartagena de 1984. No obstante, más recientemente algunos países del Cono Sur, en particular Argentina, Chile y Uruguay, han empezado a explorar otros modelos distintos al del “Reasentamiento Solidario”, entre los cuales se destaca el denominado “patrocinio comunitario o privado”. El siguiente artículo ofrece una sintética revisión de los distintos modelos de programas de reasentamiento existentes en la región, especialmente en los tres países mencionados. En ese marco, el artículo afirma que mientras que estos programas se han caracterizado hasta la fecha por su escala relativamente pequeña, podrían tener al mismo tiempo significativas oportunidades de expansión en los próximos años. Para promover una exitosa implementación de estos Programas resultaría fundamental asegurar el establecimiento de estructuras de coordinación adecuadas (en particular en las áreas de apoyo a la integración y a la orientación intercultural), junto con la asignación del financiamiento requerido para completar dichos programas hasta su finalización.*

### **Palabras claves:**

*Soluciones duraderas, reasentamiento, Programas de Patrocinio comunitario o privado, integración local, América Latina.*

## 1. BACKGROUND

### *1.1. Resettlement as a durable solution*

The pursuit of durable solutions for the forcibly displaced is a core component of the international refugee protection regime.

Historically, three durable solutions have been recognized: voluntary repatriation, local integration, and resettlement to a third country. “All three solutions are regarded as durable because they promise an end to refugees’ suffering and their need for international protection and dependence on humanitarian assistance”<sup>3</sup>.

Some have contended that the three solutions depend more on geopolitical, economic and social considerations, rather than strictly humanitarian considerations. As Chimni states after analyzing the prevalence of one over the

<sup>3</sup> UNHCR, *The State of the World’s Refugees 2006, Human Displacement in the new Millennium*, UNHCR, 2006, see: <http://www.unhcr.org/publications/sowr/4444afcc0/state-worlds-refugees-2006-human-displacement-new-millennium-chapter-6.html>.

other two durable solutions at different periods of refugee protection history, “The only conclusion that one can draw from this episode in the evolution of the international refugee regime is that humanitarian factors do not shape the refugee policies of the dominant states in the international system. It underlines the need to be alert to the non-humanitarian objectives which are pursued by these actors from time to time behind the facade of humanitarianism”<sup>4</sup>.

A UNHCR report indicated, “During the Cold War and the national-liberation struggles of the 1960s and 1970s, those who fled communist regimes and colonial oppression were granted refugee status on the assumption that repatriation was not an option. Resettlement and local integration were generally regarded as the most viable and strategically desirable durable solutions. With the demise of communism and colonialism, however, repatriation became more realistic and attractive for states. Furthermore, the increase since the 1980s in migration from poor to rich countries and the growing association of refugees with migrants fleeing poverty have added to the reluctance of wealthy nations to offer resettlement. As for southern states, in the aftermath of economic adjustment and democratization most of them have been less willing to support local integration. This is in contrast to the situation in the 1960s and 1970s when, in Africa, for instance, rural refugees were allowed a high level of de facto local *integratio*”<sup>5</sup>.

In recent years, conflicts have become increasingly protracted, preventing timely humanitarian solutions and/or immediate voluntary return. Indeed, the level of voluntary repatriations of the last few years has been one of the lowest of past decades.

On the other hand, as most refugees are hosted by developing countries where economies and public resources are not always in a position to provide an adequate response to their needs and demands, many countries are reluctant towards local integration of refugees. Yet increasingly restrictive migratory policies implemented by many countries creates a complex environment which tends to restrict refugees in the first country of asylum (countries bordering conflict states, which are oftentimes impoverished themselves).

With regard to the third durable solution, very few countries around the globe offer significant resettlement spaces. In 2016, 85% of UNHCR’s resettlement departures went to just three countries: the United States (62%), Canada (17%), and Australia (6%)<sup>6</sup>.

In this context, innovative approaches around resettlement are being explored in an attempt to address expanding resettlement needs by increasing the

<sup>4</sup> CHIMNI, B. S., ‘From Resettlement to Involuntary Repatriation: Towards a Critical History of Durable Solutions to Refugee Problems’, *New Issues in Refugee Research*, Working Paper N° 2, UNHCR, Geneva, 1999. See [http://www.migration4development.org/sites/default/files/bs\\_chimni.pdf](http://www.migration4development.org/sites/default/files/bs_chimni.pdf).

<sup>5</sup> *Ibid.*, note 2.

<sup>6</sup> UNHCR resettlement statistics 2016, <http://www.unhcr.org/en-us/resettlement-data.html>.

number of countries committed to this solution, and also pursuing the involvement of local levels of Governments, civil society and the communities themselves to be part of the Resettlement process.

### *1.2. Solidarity Resettlement*

Although resettlement in the region existed previously (particularly in Chile and Brazil), the 2004 Mexico Plan of Action (MPA) formally established the concept of *Solidarity Resettlement* as a “possibility for any Latin American country, at the opportune time, to participate and to receive refugees who are in other Latin American countries”, calling on “the need for technical and financial cooperation from the international community for its strengthening and consolidation...”<sup>7</sup>, establishing two key aspects of Solidarity Resettlement, which was that it was initially meant for refugees from Latin America, and with the expectation that there would be technical and financial support from the international community. The technical support primarily came from UNHCR, with funds from the international community, also normally channeled via UNHCR.

While Solidarity Resettlement was used to expand and encourage resettlement to Latin American countries, especially for Colombian refugees, the reliance on international funds persisted. This ultimately created an issue of not only sustainability, but more importantly “ownership” of the various programs, as UNHCR was left to identify and allocate funds for the continuation of the programs, as well as provide oversight and follow up for the programs in conjunction with national Refugee Commissions, as well as with locally identified partners, which contributed to other challenges, particularly with regard to local integration.

In the end, no country formally established an exceptional allocation of government funds, or a formal state budget for resettlement, apart from the general inclusion of resettled refugees in public services such as health or education, and in some specific social housing schemes in Paraguay and Uruguay<sup>8</sup>.

In 2014, to commemorate the XXX Anniversary of the 1984 Cartagena Declaration on Refugees, participating countries from Latin America and the Caribbean, including civil society organizations, presented the Brazil Declaration and Plan of Action. The Brazil Plan of Action (BPA), in addition to setting out a number of initiatives and objectives, furthers key aspects of

<sup>7</sup> “Mexico Declaration and Plan of Action to Strengthen the International Protection of Refugees in Latin America”, Mexico City, 16/11/2004, Chapter 3.3. ([https://www.oas.org/dil/mexico\\_declaration\\_plan\\_of\\_action\\_16nov2004.pdf](https://www.oas.org/dil/mexico_declaration_plan_of_action_16nov2004.pdf)).

<sup>8</sup> In 2014, Uruguay carried out a fully state-funded small-scale resettlement program for 42 Syrian refugees which is discussed in more detail below. For the purposes of this article, this program is not considered a solidarity resettlement program, as it was a fully state-funded program for extra-regional refugees. Uruguay maintains solidarity resettlement on a small scale for refugees from Latin America and with the support of funds provided by the international community.

the MPA Solidarity Resettlement scheme through identifying and stressing the challenges of local integration for refugees, as well as extending Solidarity Resettlement to “demonstrate solidarity with international humanitarian crises through either the use of humanitarian visas or resettlement quotas”<sup>9</sup>. Moreover, the BPA called for UNHCR to conduct an evaluation of the Solidarity Resettlement Program.

The “Evaluation of Resettlement Programs in Argentina, Brazil, Chile, Paraguay, and Uruguay” (hereinafter “the Evaluation”) was conducted by UNHCR in 2015 through an external consultant<sup>10</sup>. The objective of the Evaluation was to “identify obstacles and good practices during the selection and profiling phases and in the integration process”<sup>11</sup>. The study took into account the 1,514 persons resettled to the 5 countries between 2005 and 2014, including 363 extra-regional refugees primarily consisting of ex-Iraq Palestinians and Syrians. There were 183 refugees/ 58 cases interviewed for the study, including some refugees that had not been resettled, but were considered “spontaneous” arrivals.

The perspectives and experiences of these additional groups was helpful to understand parallel levels of support that the different refugee groups received, depending on how and under what conditions they arrived to the solidarity resettlement country. Generally, Solidarity Resettlement programs provided Spanish—speaking refugees with approximately one year of support, including housing and financial support, as well as vocational skills training. Single mothers with children, or other vulnerable cases, were considered to need greater support in the integration process and were normally entitled to a second year of support under the program. Spontaneous refugees, on the other hand, receive minimal, if any, support when in need, often far more heavily relying on limited and often over-burdened state social programs.

The Evaluation includes a list of recommendations to help resettlement countries “assess the feasibility of continuing their regional—through the Solidarity program—and extra-regional resettlement programs”<sup>12</sup>.

Some of the key recommendations include:

— States that have the impetus, capacity, and political will to fully or primarily fund resettlement would certainly make a very significant contribution to international refugee protection by doing so. States unable to make that long-term commitment should pursue solidarity through other means.

<sup>9</sup> “A Framework for Cooperation and Regional Solidarity to Strengthen the International Protection of Refugees, Displaced and Stateless Persons in Latin America and the Caribbean”, Brasilia, 3/12/2014.

<sup>10</sup> RUIZ, Hiram, “Evaluation of Resettlement Programs in Argentina, Brazil, Chile, Paraguay, and Uruguay”, December 2015, UNHCR (<http://www.unhcr.org/57c983557.pdf>).

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

- **Role of the State:** The State must be involved and engaged at every stage of the resettlement process, from planning to integration, even if day-to-day implementation of the program is in the hands of a partner agency from civil society... In order to achieve successful resettlement, both national and local governments must take ownership of the program... Efforts should be made to secure support for a resettlement program from across the political spectrum to ensure that the program, and refugees who are resettled, have continuity and stability... The Government agency tasked with managing the resettlement program should play both a planning and a coordinating role, serving as the liaison between involved Government entities at the national level and between the national Government and local authorities. It should be fully staffed with experienced personnel and be given the authority it needs to carry out its functions.

- **Financing:** States should assess the many costs of a resettlement program and make available sufficient funds (whether from domestic or international sources) to implement the program effectively.

- **Employment and Housing:** Ensuring that resettled refugees are placed in stable, full-time employment with sufficient wages to cover their living expenses is quintessential to successful resettlement. Job development and job placement services must be at the core of resettlement programs to ensure that refugees are employed by the end of their first year—if not well before then... Resettlement programs must ensure that refugees have access to stable, affordable housing once rent subsidies end. That is a *sine qua non* for future resettlement.

- **Local Integration:** Both States that continue resettlement and those that do not should focus greater efforts on strengthening programs to enhance the economic and social integration of all refugees, including the growing number of spontaneous refugees and recipients of humanitarian visas applying for refugee status, who, combined, now significantly outnumber refugees resettled since the start of the SRP<sup>13</sup>.

Many of these recommendations were correctly summarized by Marcogliese:

In the first place, the Program was based on the states' commitment to provide refugees with residence permits, documentation, and access to rights equal to those of foreigners who resided in the territory. But it was simultaneously based on the international community's commitment through UNHCR to finance the transfer of individual refugees or families and to contract local agencies and civil society organizations to implement the program—that is, to manage the reception of and provision of lodging and food for the refugees, and to support the process of integrating them into the workforce. Local asylum authorities and the state should, however, have played a larger

<sup>13</sup> *Ibid.*



role in the integration process than they did. For those who accepted the offer of resettlement, structural difficulties typical of the receiving societies (relating to access to jobs or housing, income generation, public safety and so on) made the process of integration difficult<sup>14</sup>.

The importance that the Evaluation places on the states' role in resettlement or related activities cannot be overemphasized. The recommendations in several places makes reference not only to the state's essential role "from planning to integration", but also to ensuring that sufficient state funds are committed to carrying out the programs, and that the role and presence of the state should extend from the central to the local level. The local integration recommendations highlight that these are not only relevant for resettlement programs, but for any efforts made towards local integration of refugees, including for other programs under consideration, such as humanitarian visa programs.

In other words, before states can reasonably consider resettlement or humanitarian visa type schemes, they should first examine the level of commitment required for such an endeavor, starting from the coordination necessary from a central to a local level, as well as ensuring sufficient funding for the term of the program, without which, they can expect predictable and foreseeable challenges to arise.

## 2. CURRENT COUNTRY PROGRAMMES; FROM SOLIDARITY RESETTLEMENT TO THE NEXT LEVEL

### 2.1. Uruguay

After a visit by the then Uruguayan Foreign Minister to the Zaatari Refugee Camp in Jordan in early 2014, the Uruguayan government committed to resettle a set number of Syrian refugees. Uruguay was the first country in Latin America to fund a program for Syrian refugees with state funds, setting a precedent in the region. Although a small-scale initiative (resettling 42 Syrian individuals in total), Uruguay's efforts to initiate a resettlement program was well received and was used as an example to encourage other countries in the region to do the same<sup>15</sup>. As reviewed in the aforementioned Solidarity Resettlement Evaluation, the resettlement program was quickly organized between June and October 2014 by government authorities unfamiliar with resettlement and local

<sup>14</sup> MARCOGLIESE, María José, "The Solidarity Resettlement Programme, and alternatives, in Latin America", *Forced Migration Review* 54, February 2017 see <http://www.fmreview.org/resettlement/marcoliase.html> [N. del E. This article was sent to publishing in October 2017. Since then, resettled refugees arrived to Chile and Uruguay as announced in this section, creating a new chapter of achievements and challenges which will require further analysis in the future].

<sup>15</sup> "Uruguay es el primer país de América Latina en reasentar familias refugiadas sirias", 9/10/2014 (<https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/conferencia-oficial-arribo-familias-sirias-primer-contingente>).

integration, and took some time to become solidly established, which led to a series of challenges.

The Uruguay Syrian resettlement program achieved a number of important goals. While solidarity resettlement in Uruguay is coordinated by the Uruguay Refugee Commission (CORE) and an NGO, Servicio EcuMénico para la Dignidad Humana - SEDHU, in contrast, the Syrian resettlement program was supported by the state, with state actors exclusively seeking and obtaining housing solutions, establishing and offering Spanish language programs, and accompanying and supporting the refugees families to seek employment as well as obtain vocational training opportunities. The children were enrolled in school and given access to education, including higher education, which is not the case for many Syrian refugee children and adolescents in Lebanon, and the families had access to free universal healthcare. Older and better-established resettlement programs in other parts of the world could not necessarily make the same claim. Uruguay state actors gained valuable hands on experience and played an operational role in this local integration process, experience that will hopefully be applied in the future to their solidarity resettlement program.

However, the implementation of the program in Uruguay was not without challenges. The press coverage of this group was especially intense, some integration challenges arose expectations by some refugees were not realistic, and several of the families publicly demanded to leave Uruguay. The initially positive and warm public reception turned markedly chillier towards Syrian refugees and resettlement in general.

Resettlement is not an overnight process, but a multi-year endeavor which takes time to develop, advance, and show results. Challenges and frustrations in the adaptation and integration process are a given. In the end, while the original plan was for Uruguay to take 120 Syrian refugees from Lebanon, ultimately Uruguay did not expand the program beyond the initial group of 42 Syrian refugees.

In theory, the solidarity resettlement program in Uruguay is one of the few remaining solidarity resettlement programs, although it has not received refugees since 2014. The government has expressed its intentions to not only continue the program with persons fleeing the violence in El Salvador, but also made reference to the possibility of hosting a Protection Transfer Arrangement (PTA) which would allow persons at imminent risk in Northern Central America (NCA) to remain temporarily in Uruguay while they are processed for other resettlement countries<sup>16</sup>.

While a small beginning, the symbolism of the initiative demonstrates important commitment and solidarity with regions bearing the brunt of the

<sup>16</sup> URWICZ, Tomer, “Salvadoreños refugiados vienen para quedarse”, *El País*, 30/5/2017. (<http://www.elpais.com.uy/informacion/salvadorenos-refugiados-vienen-que darse-uruguay.html>).

refugee crises, setting an example for other countries in the region to consider similar efforts. In order to be successful in the long-term, additional support mechanisms will be needed to improve refugee integration and cultural orientation.

## 2.2. *Argentina*

Prior to the Resettlement Evaluation in 2015, Argentina had already suspended its Solidarity Resettlement program.

Without the continued financing of the international community and with the region sliding into an economic downturn, Argentina was unlikely to prioritize the needed funding from its budget to support a resettlement program.

Instead, they sought other models to support the crisis in Syria. About the same time that Uruguay launched its Syrian Resettlement program and the year after Brazil rolled out its humanitarian visa<sup>17</sup>, Argentina initiated its own “Programa Especial de Visado Humanitario para Extranjeros afectados por el conflicto de la Republica Arabe Siria” (*Programa Siria*) in October 2014 through the National Direction of Migration (DNM), to provide humanitarian visas for refugees fleeing the crisis in Syria, including ex-Syria Palestinian refugees. This commitment was further expanded with the September 2016 announcement at the 71st General Assembly and the Leaders’ Summit in Refugees in New York, where Argentina President committed to accept 3000 Syrian Refugees<sup>18</sup>.

The Argentine humanitarian visa (HV) takes the Brazilian HV several steps further by incorporating a reception and local integration component, as well as the usual measures, such as security checks.

The *Programa Siria* requires a sponsor, or *llamante*, who agrees to invite and provide accommodation and cover basic needs (or “maintenance”) for the beneficiary or beneficiaries. It grants a 2 year renewable residence permit, taking into account that after two years, a person is eligible to apply

<sup>17</sup> In neighboring Brazil, the Refugee Commission issued a Humanitarian Visa in September 2013 meant to be a 2 year visa for persons affected by the armed conflict in Syria wishing to seek asylum in Brazil. While the Brazilian humanitarian visa is well intentioned, it has had mixed results due to, amongst other issues, a lack of provision for transportation to Brazil, reception and local integration support for visa beneficiaries, leaving associated costs up to the personal resources of persons fleeing armed conflict or to civil society to seek solutions. For desperate people with resources or a personal, reliable network in Brazil seeking to flee the conflict, it is an opportunity. However, for persons who may have depleted all savings, have no friends or family in the country, and may be especially vulnerable or at risk, it is a far less accessible solution. See Resolução Normativa CONARE N° 17 de 20/9/2013 (<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=258708>).

<sup>18</sup> OBARRIO, Mariano, “Compromiso para recibir a refugiados sirios”, *La Nación*, 21 Septiembre 2016. (<http://www.lanacion.com.ar/1939850-compromiso-para-recibir-a-refugiados-sirios>).

for citizenship or after three years to request permanent residence under the migration law.

The HV does not confer refugee status, as that requires a separate administrative procedure, although a possible option for the beneficiaries is to seek asylum upon arrival.

In the 2014 version of the program, the *llamantes* were required to have a family tie and the period of support was left open-ended<sup>19</sup>. However, since its initiation, the *llamante* criteria has become considerably more flexible and can include the support of a civil society or faith based organization. The need for a family link is no longer required and the possibility to be a *llamante* is open to any private Argentine national present in the country or foreigner with valid temporary or permanent residence. Now the period of required support for the beneficiaries is 12 months<sup>20</sup>. With the current scheme in place, Argentina is the first country in the region exploring the so-called “private sponsorship programmes” for refugees.

Further changes to the *Programa Siria* can be reasonably expected in the yearly renewal of the program. By late 2017, approximately 300 persons have arrived to Argentina under this scheme, against the original commitment of 3,000, so approximately 10% fulfilled.

As shared above, the *Programa Siria* primarily depends on private citizens or organizations to come forward to sponsor refugees fleeing the conflict for a year. It substitutes what would be the role of the state to provide reception and local integration support in a traditional resettlement program, with private individuals who choose to come forward and essentially assume that role and responsibility.

Although the government is not providing direct financial support upon arrival, it plays an important coordination role, through the DNM and the Chief of Cabinet Office, especially with other ministries, including Foreign Affairs, Education, Health, Labor, etc. to ensure that beneficiaries can access documentation, services, and social programs, to facilitate their local integration and remove or reduce possible obstacles. This role is key to coordinate between the National Government and the Provinces and/or the Municipalities, which are, in most cases, responsible for providing social support.

Although the Argentine HV program is in a relatively nascent stage of development, Argentina’s inclusion in programs such as the Global Refugee Sponsorship Initiative (GRSI), discussed below, encourages the government to look for ways to reinforce and strengthen its own program and seek a practical, alternative pathway or resettlement-type model that best fits its reality and resources.

<sup>19</sup> Disposición DNM 3915/2014 (<http://www.migraciones.gov.ar/programasiria/pdf/3915-2014.pdf>).

<sup>20</sup> Disposición DNM 4683/2016 (<http://www.migraciones.gov.ar/programasiria/?inicio>).

Given the HV sponsorship possibility, in early 2017, the Province of San Luis committed to sponsor 200 Syrians fleeing the conflict over a three year period and provide the required support. Whereas the vast majority of persons granted HVs to date in Argentina have done so either through individual contacts or with the support of NGOs, San Luis has requested the support of the UNHCR to identify and refer Syrian refugees in Lebanon to the Humanitarian Visa program. Once approved for HVs, these beneficiaries can be sponsored by San Luis. Not only has the province committed to supporting the beneficiaries for 2 years, but San Luis has also set up a special body, the *Corredor Humanitario y Comité de Refugiados San Luis* (the Humanitarian Corridor and Refugee Committee San Luis) which accompanies and eases the integration process, and which includes volunteers from the community to welcome the arriving families. The *Corredor* provides individualized attention to the families and coordinates the necessary reception and local integration activities, from housing, to language classes, to enrolling children in school and helping the heads of household seek employment, etc. In practice, it more closely resembles a formal resettlement program, than the HV program, given the level of support provided by the province. Efforts have been made to seek additional provinces or municipalities to make similar sponsorship commitments, which remains a work in progress to date.

While Argentina has seemingly set aside the solidarity resettlement program, the *Programa Siria* has provided a unique opportunity to develop and establish what could be considered a more sustainable durable solution model, which is hoped could eventually be extended to other groups, such as persons fleeing Northern Central America, and other international humanitarian crises, following similar initiatives that are evolving around the world<sup>21</sup>.

### 2.3. Chile

Chile was one of the first countries in the region to resettle refugees, with the resettlement of persons fleeing the former Yugoslavia in 1999, long before the 2004 MPA and its concept of Solidarity Resettlement. Since 1999, Chile has resettled 598 refugees, including 116 ex-Iraq Palestinians from the Al Tanf camp at the Syrian/Iraqi border in 2007/2008, the first country to resettle from this particularly hostile environment, which paved the way for other countries to follow suit.

Since 2016, Chile has actively planned for their next resettlement group of 120 Syrian refugees from Lebanon, with the first group of 66 persons arriving 12 October 2017. In Chile, resettlement is led by the Refuge and Resettlement

<sup>21</sup> FRATZKE, Susan, *Engaging Communities in Refugee Protection: The Potential of Private Sponsorship in Europe*, 2017, Migration Policy Institute. See <http://www.migrationpolicy.org/research/engaging-communities-refugee-protection-potential-private-sponsorship-europe>.

Section of the Foreigners Department (DEM) within the Ministry of Interior. The DEM plays a particularly proactive role in coordinating and planning the Syrian resettlement program, which will be further supported by the *Vicaria*, the same civil society actor that supported and coordinated the arrival and local integration of the ex-Iraq Palestinians.

Chile, unlike Argentina has opted to remain with the solidarity resettlement model, reliant in part upon the international community to finance it. A portion of this support will come from the Emerging Resettlement Countries Joint Mechanism (ERCM), discussed further below. However, Chile has acknowledged that this is not a sustainable model and has begun to explore the possibility of private sector support for resettlement as a means to reinforce the government's contribution and provide the necessary additional financing. In theory, this private sector support could draw on large companies present in Chile which have an interest in humanitarian or philanthropic causes, or even establish some way to gather and apply donations from the public. It will be important to encourage this initiative in order to use the valuable resources and possibilities at their disposal given the government's hesitation to increase financial support for resettlement. To date, private sector support for resettlement in Latin America is considered a relatively new concept and at an embryonic stage, but if successful, could prove an excellent best practice and model for other countries to follow.

Chile also participated in a study visit to Canada in December 2016 in order to learn more about the private sponsorship model. Although it is unclear to what extent they may choose to pursue private sponsorship in the future, the lessons shared by the Canadian program are to be considered as additional tools to help each country take and develop ideas to apply to their own resettlement or alternative pathway model.

### *3. THE ROLE OF ERCM IN THE SOUTHERN CONE*

The processes of implementing Sponsorship Programs have been further bolstered by the Emerging Resettlement Countries Joint Support Mechanism (ERCM), a platform managed by UNHCR and the International Organization for Migration (IOM) and established in 2016 in the context of the September 2016 Leaders' Summit on Refugees to help countries create robust and sustainable refugee resettlement programs. The ERCM's three main stated objectives are:

1. Providing a mechanism for governments, private sponsors and donors to harness their expertise and contribute both financially and technically to supporting refugee resettlement around the world in a strategic and coordinated manner;
2. Assisting new and emerging resettlement countries in assessing the sustainability of their resettlement program, helping to identify vulnerable



areas in need of support and providing, accordingly, targeted financial and/or technical assistance;

3. Channeling and supporting the sharing of technical expertise and good practices among experienced resettlement countries, international organizations, international NGOs and governmental and non-governmental actors in new and emerging resettlement countries<sup>22</sup>.

It is relevant to note some of the concrete ways in which countries that have been accepted into the ERCM program have been supported, namely Argentina, Brazil, and Chile, including through various capacity-building and training activities for government officials on resettlement processes, and participation in a study visit to Canada to learn more about their private sponsorship scheme and local integration activities, including the important need to include civil society and communities in this process<sup>23</sup>. The Canadian Global Refugee Sponsorship Initiative (GRSI) was responsible for coordinating this study visit as it aims to build on Canada's private sponsorship model to promote and support the development of new community-based sponsorship programs in other countries<sup>24</sup>. It is hoped that providing countries with a front row seat of these best practices and sharing the valuable experiences of other countries will help build better programs in Latin America, serving as an example to generate momentum and interest with potential newcomers. Other forms of ERCM assistance include logistical travel support for refugees from host country to resettlement or humanitarian visa country, as well as medical checkups and pre-departure country orientation.

While the ERCM is meant to support and strengthen emerging programs by sharing technical expertise to support the overall planning process and providing targeted and limited financial support for specific activities, it is not an instrument meant to assume the role of the state to ensure the required coordination and funding for resettlement or humanitarian visa programs.

#### 4. PRIVATE SPONSORSHIP AS A WAY FORWARD

By far the country most advanced in the region with a concept of private sponsorship is Argentina. Their immigration mechanism to grant people a migratory status upon arrival is in place, the Humanitarian Visa, and a reception and support scheme exists through the support of private individuals and/or organizations, as well as the San Luis program.

<sup>22</sup> Information Sheet on ERCM September 2016. (<http://reporting.unhcr.org/sites/default/files/Information%20Sheet%20on%20ERCM%20September%202016.pdf>).

<sup>23</sup> HARRIS, Kathleen, "'Extraordinary initiative': Canada's private refugee sponsorship system exported as model for the world", *CBC News*, 14 Dec 2016, <http://www.cbc.ca/news/politics/canada-refugees-privately-sponsored-global-initiative-1.3895704>.

<sup>24</sup> *Global Refugee Sponsorship Initiative*, see [www.refugeesponsorship.org](http://www.refugeesponsorship.org).



While this is a start, it is the foundation for a program, but not a complete one. As noted above, governments have an essential role in any resettlement, private sponsorship or legal pathway program, above and beyond the review and confirmation of beneficiaries, which should include a mechanism to follow up on the post arrival situation beneficiaries; preparation and training of *llamantes* on the rights of beneficiaries and their access to resources; ensure adequate support for beneficiaries and their access to essential services such as health care, education, labor integration, interpreters and language courses, social integration, and include a coordination role with local provincial and municipal governments, to name a few of the necessary elements.

A support structure must be maintained which leaves the government at the top to ensure the health and viability of the program, even if the daily support and maintenance of the beneficiaries comes from private individuals and/or organizations. This could mean establishing an intermediary civil society role that can provide additional coverage to ensure the well-being of beneficiaries and help provide additional solutions or bring challenges to the attention of the local authorities for support. Ensuring that there is local integration support and assessing whether local integration is successful, and addressing concerns that arise, may require governments to step in and play a more active role and seek additional or alternative solutions, if necessary.

Resettlement as a durable solution in the region remains a possibility if and when countries choose to invest the required resources that resettlement requires. Private sponsorship is by no means a model which allows the government to transfer the required financial and program ownership to private individuals. Governments must retain the *coordination role* and a *coordination structure* in order for any resettlement, private sponsorship, or legal pathway model to be successful.

There is potential in the region to receive and successfully integrate a much larger number of persons fleeing violence and persecution, and the instincts and expressed commitments of these countries to demonstrate such vital solidarity with these persons should be fully realized. Finding the proper vehicle for each country to bring, support, and successfully integrate arriving refugees is a fundamental part of that process.

## 5. CONCLUSION

Refugee resettlement remains a vital tool for ensuring refugee protection worldwide, particular for the most vulnerable individuals. In the Latin America region, to date the programs have remained comparatively small in scale, yet significant opportunities remain for expansion in the years ahead. Unless countries are willing to come forward with the resources resettlement requires, there is little hope for continuing resettlement in its traditional form. Private sector support may be a solution for some countries. Canada's model of private

sponsorship has served as an inspiration for other countries to establish large-scale resettlement programs and other legal pathways. In order for countries to continue to express their support and solidarity for refugees from international humanitarian crises in a meaningful way which provides people with hope to restart their lives, suitable models must be found, and private sponsorship may be a realistic opportunity for the Latin American region.

### BIBLIOGRAPHY

- CHIMNI, B. S., 'From Resettlement to Involuntary Repatriation: Towards a Critical History of Durable Solutions to Refugee Problems', *New Issues in Refugee Research*, Working Paper N° 2, UNHCR, Geneva, 1999, available at: [http://www.migration4development.org/sites/default/files/bs\\_chimni.pdf](http://www.migration4development.org/sites/default/files/bs_chimni.pdf).
- FRATZKE, Susan, *Engaging Communities in Refugee Protection: The Potential of Private Sponsorship in Europe*, 2017, Migration Policy Institute, available at: <http://www.migrationpolicy.org/research/engaging-communities-refugee-protection-potential-private-sponsorship-europe>.
- MARCOGLIESE, María José, The Solidarity Resettlement Programme, and alternatives, in Latin America, in *Forced Migration Review* 54, February 2017, available at: <http://www.fmreview.org/resettlement/marcogliese.html>.
- RUIZ, Hiram, "Evaluation of Resettlement Programs in Argentina, Brazil, Chile, Paraguay, and Uruguay", December 2015, UNHCR, available at: <http://www.unhcr.org/57c983557.pdf>.
- UNHCR, *The State of the World's Refugees 2006*, Human Displacement in the new Millennium, UNHCR, 2006, available at: <http://www.unhcr.org/publications/sowr/4444afcc0/state-worlds-refugees-2006-human-displacement-new-millennium-chapter-6.html>.

Recepción: 25/10/2017

Aceptación: 15/11/2017



# EL MERCOSUR Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS. HACIA UN ESPACIO REGIONAL DE PROTECCIÓN

Por JULIANA BELLO<sup>1</sup>

## **Resumen:**

*El proceso de integración regional del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) ha avanzado en la inclusión de la protección internacional de los refugiados entre los objetivos del bloque, declarándose como “espacio humanitario de protección a los refugiados”. En la Declaración y el Plan de Acción de Brasil adoptados como culminación del proceso consultivo conocido como “Proceso Cartagena+30” los Estados propusieron el “Programa de Movilidad Laboral”, que promueve alternativas migratorias en el marco de la política migratoria regional del MERCOSUR, para impulsar soluciones duraderas innovadoras para los refugiados y como mecanismo novedoso de cooperación y solidaridad regional. El presente trabajo analiza los antecedentes y potencialidades del MERCOSUR en la construcción de un espacio regional de protección, teniendo en cuenta las características del proceso de integración y el contexto de la protección internacional en la región desde un enfoque de derechos. Asimismo, el trabajo considera el aporte conceptual y práctico de los enfoques basados en la cooperación y la solidaridad internacionales en las respuestas regionales a los desafíos de protección de las personas refugiadas. En particular, este trabajo estudia las acciones y documentos emanados de la recientemente creada Reunión de CONAREs del MERCOSUR, y la aplicabilidad de la del Acuerdo de Residencia para Nacionales de los países del MERCOSUR a las personas refugiadas reconocidas de la propia región, identificándose las salvaguardas de protección internacional necesarias para la implementación de la iniciativa de alternativas migratorias.*

## **Palabras claves:**

*Refugiados, MERCOSUR, Protección internacional, Plan de Acción de Brasil, Soluciones duraderas.*

<sup>1</sup> Abogada; Magister en Políticas de Migraciones Internacionales por la Universidad de Buenos Aires; Oficial Legal Asociada de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para el Sur de América Latina, Buenos Aires, Argentina; docente de la “Especialización en Migración y Asilo desde una perspectiva de Derechos Humanos”, Centro de Justicia y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús, Remedios de Escalada, Provincia de Buenos Aires, Argentina. E-mail: bello.juli@gmail.com.

## MERCOSUR AND THE INTERNATIONAL PROTECTION OF REFUGEES. TOWARDS A REGIONAL PROTECTION SPACE

### **Abstract:**

*The regional integration process of the Common Market of the South (MERCOSUR) has advanced in the inclusion of the international refugee protection among its regional objectives, declaring itself as a “humanitarian space of refugee protection”. In the Brazil Declaration and Plan of Action adopted as the culmination of the consultative process known as “Cartagena + 30 Process”, States proposed a “Labor Mobility Program”. This Program promotes migratory alternatives within MERCOSUR’s regional migration policy framework in order to promote innovative durable solutions for refugees and a mechanism of regional cooperation and solidarity. This paper analyzes the background and potential of MERCOSUR towards the construction of a regional protection space, taking into account the characteristics of the integration process and the context of the international protection in the region from a human rights perspective. The work also considers the conceptual and practical contribution of approaches based on international cooperation and solidarity in regional responses to the challenges of protecting refugees. In particular, the paper analyzes the actions and documents stemming from the recently created MERCOSUR CONAREs’ Meeting and the applicability of the Agreement on Residence for Nationals from the States of MERCOSUR to the recognized refugees of the region, and identifies the international protection safeguards necessary for the implementation of the migratory alternatives initiatives.*

### **Keywords:**

*Refugees; MERCOSUR; International Protection; Brazil Plan of Action; Durable Solutions.*

## INTRODUCCIÓN

El proceso de integración regional del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), ha dado muestras de avances en materia migratoria y de protección de refugiados más allá de las configuraciones jurídicas e institucionales del bloque<sup>2</sup>. Cubriendo un espacio geográfico-político que abarca a los Estados Sudamericanos, el MERCOSUR se declaró como un “espacio humanitario de protección a los refugiados” y reconoció la necesidad de generar criterios armónicos para los desafíos de la protección internacional de los refugiados<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Tratado de Asunción entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (26/3/1991) y Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, Ouro Preto (1994).

<sup>3</sup> *Declaración de Principios del MERCOSUR sobre la Protección Internacional de los Refugiados*, Fortaleza (2012).

La reciente creación de la Reunión de Comisiones Nacionales de Refugiados o Equivalentes del MERCOSUR (“Reunión de CONAREs”) dio lugar a un espacio institucional propio para abordar los temas relevantes para la protección de los refugiados con un enfoque regional<sup>4</sup>.

En diciembre de 2014 los países de América Latina y el Caribe adoptaron la “Declaración y el Plan de Acción de Brasil”<sup>5</sup>, culminando así el proceso consultivo *Cartagena+30* en conmemoración del 30º aniversario de la “Declaración de Cartagena sobre Refugiados”<sup>6</sup>.

El Plan de Acción de Brasil (PAB) incluyó, entre otros, el “Programa de Movilidad Laboral” (Programa de Movilidad), promoviendo alternativas migratorias en el marco de la política migratoria regional existente en el MERCOSUR, para impulsar soluciones duraderas innovadoras para los refugiados y como mecanismo novedoso de cooperación y solidaridad regional.

Entre los ejes de acción previstos en el Programa de Movilidad se estableció “Realizar un estudio en profundidad sobre el marco normativo apropiado para facilitar la movilidad laboral de los refugiados reconocidos en cualquier Estado miembro o asociado del MERCOSUR, incluyendo las necesarias salvaguardas de protección...”. El compromiso de realizar dicho estudio fue cumplido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) con la publicación del Informe de la Consultoría “El MERCOSUR y la protección internacional: aplicabilidad de las políticas migratorias regionales a la luz del Derecho Internacional de los Refugiados” (en adelante Informe MERCOSUR)<sup>7</sup>.

El Informe MERCOSUR analizó la aplicabilidad del Acuerdo de Residencia para Nacionales del MERCOSUR a las personas con necesidades de protección internacional de la región sudamericana y evaluó su compatibilidad con las normas del Derecho Internacional de los Refugiados, teniendo en cuenta

<sup>4</sup> En 2015 en el ámbito la Reunión de Ministros del Interior (RMI) se instituyó formalmente la “Reunión de Comités Nacionales para Refugiados o Equivalentes de los Estados Parte del MERCOSUR y Países Asociados”, MERCOSUL/RMI/ATA N° 1/2015, Florianópolis, 12/6/2015.

<sup>5</sup> Declaración de Brasil “Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe” y Plan de Acción de Brasil “Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad”, 3/12/2014. Los documentos del “Proceso Cartagena+30” citados pueden consultarse en: <http://www.acnur.org/cartagena30>.

<sup>6</sup> La “Declaración de Cartagena sobre Refugiados” es el instrumento regional más destacado sobre refugiados adoptado en el “Coloquio sobre la Protección internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá” (Colombia, 1984), <http://bit.ly/2f5ACWv>.

<sup>7</sup> BELLO, Juliana, *El MERCOSUR y la protección internacional: aplicabilidad de las políticas migratorias regionales a la luz del Derecho Internacional de los Refugiados. Informe de la Consultoría del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Proceso Cartagena+30*, ACNUR, 2015; disponible en: <http://bit.ly/2oZvCtW>.

los desafíos de protección que persisten en la región, planteando un enfoque de derechos respecto de la incorporación de la movilidad en las soluciones duraderas tradicionales, y considerando los retos de un abordaje de la protección internacional en clave del proceso de integración regional.

Este trabajo toma en cuenta los desarrollos y conclusiones del Informe MERCOSUR y revisita dicho estudio a la luz de los avances posteriores, el contexto actual de la región en materia de desplazamiento forzado y los desafíos y la agenda global de la protección internacional. Analiza en especial la creación del nuevo espacio regional de la Reunión de CONAREs y el tratamiento que ha dado a los temas vinculados a la protección de las personas refugiadas. A su vez, este trabajo se encuadra en los adelantos de la agenda global y la Declaración de Nueva York sobre Migrantes y Refugiados, en donde 193 Estados reconocieron la importancia de la cooperación internacional y se comprometieron “a repartir más equitativamente la carga y la responsabilidad de acoger y dar apoyo a los refugiados del mundo”<sup>8</sup>.

### *1. EL PLAN DE ACCIÓN DE BRASIL Y EL PROGRAMA DE MOVILIDAD*

La Declaración de Brasil propone la construcción de programas basados en las posibilidades de movilidad de los refugiados en el marco de procesos de integración regional existentes. Expresa además el reconocimiento por “las medidas implementadas por países de la región sudamericana en el marco de los acuerdos migratorios de los que son parte, que permiten la libre movilidad de personas, bajo el pleno respeto de los derechos humanos, como una posible alternativa de solución duradera para las personas en necesidad de protección internacional, con las debidas salvaguardas”. Agrega que, allí donde el marco legal lo permita, se considere “la implementación de las alternativas temporales o permanentes ofrecidas por los sistemas de integración regional, como por ejemplo programas de movilidad laboral de refugiados, para promover su integración en terceros países y como un mecanismo regional de solidaridad para apoyar a los países receptores de un gran número de refugiados”.

En el Plan de Acción de Brasil esto se tradujo en la propuesta de un Programa de “Movilidad Laboral” (Capítulo Tercero “Soluciones Integrales, Complementarias y Sostenibles”), en consideración a que en Sudamérica se han verificado alcances significativos con el objetivo de generar un espacio común para todos los ciudadanos de la región, como un marco que “permite vislumbrar perspectivas novedosas dentro del ámbito de las soluciones para los refugiados que convendría desarrollar...”.

<sup>8</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/71/1, 19/9/2016. La Declaración de Nueva York (Anexo 1) establece un “Marco de Respuesta Integral para los Refugiados” (CRRF). Sobre esa base, solicita al ACNUR un ‘Pacto Mundial sobre Refugiados’ para presentar a la Asamblea General en 2018.



Por su parte, en el marco del Proceso *Cartagena+30* la sociedad civil subrayó la importancia de que se aseguren procedimientos accesibles para la regularización migratoria independientemente de la nacionalidad, promoviendo el establecimiento de un instrumento de libre circulación de refugiados, que garantice el principio de “portabilidad del derecho” (extraterritorialidad), e incluyan garantías mínimas de salvaguarda<sup>9</sup>.

El Programa de Movilidad incorpora la necesidad de considerar salvaguardas de protección para las personas refugiadas, la identificación de obligaciones de los países de asilo y recepción y la separación de la condición de refugiado y la categoría migratoria de residencia, a las cuales nos referiremos más adelante, en el entendimiento que los instrumentos de facilitación de la movilidad regional no constituyen instrumentos de protección para refugiados ni contienen tales previsiones.

Bajo la propuesta del Programa de Movilidad, se admiten distintas modalidades para ampliar las opciones de integración socioeconómica para las personas refugiadas. Por un lado los esquemas de facilitación migratoria que ofrece el MERCOSUR, por otro los esquemas de migración más estructurados, centrados en garantizar el acceso a un empleo en el país receptor que nos remiten a las características de esquemas tradicionales de migración laboral más que a la lógica propia del MERCOSUR, que plantea los beneficios migratorios sobre la base de la nacionalidad, y que es objeto de estudio en este trabajo<sup>10</sup>.

### *1.1. La movilidad y las soluciones duraderas para los refugiados*

Las relaciones entre desplazamiento forzado, protección y soluciones para los refugiados han estado centradas en contener o revertir la movilidad, con un enfoque estático orientado a la restauración del vínculo jurídico de ciudadanía con algún Estado en particular, a través de una de las tres soluciones duraderas clásicas: la repatriación voluntaria al país de origen, la integración local en el país de asilo o el reasentamiento en un tercer país. Si bien las tres soluciones duraderas clásicas se han asociado con la noción de que la continua movilidad por parte de los refugiados representaba un fracaso de la integración, progresivamente se ha ido considerando por el contrario que “las oportunidades legales

<sup>9</sup> “Posicionamiento de la sociedad civil del MERCOSUR Ampliado”, Buenos Aires, 14/3/2014, y II Conferencia Regional Humanitaria Sobre Migraciones Forzadas, Declaración de Bogotá, 14-15/7/2014.

<sup>10</sup> Brasil presentó una iniciativa piloto “*Proyecto de Movilidad Regional e Inserción Socio-Económica de Refugiados*”, para la facilitación de migración laboral para refugiados colombianos reconocidos en Ecuador. Se orientaba a refugiados que no se encontraran en situaciones de vulnerabilidad, con aptitud y disposición para insertarse laboralmente de forma rápida en Brasil. El objetivo era recibir un máximo de 200 refugiados en dos años (2015-2016). El proyecto no fue formalizado y su implementación no se consideró viable.

de migración deberían incorporarse más plenamente en el enfoque del ACNUR para la promoción de las soluciones duraderas<sup>11</sup>.

En este trabajo, la movilidad es entendida como libertad de circulación o movimiento, reconocida como recurso que contribuye a mejorar las condiciones y medios de vida de las personas en tanto se asocia a la posibilidad de goce de otros derechos humanos<sup>12</sup>; y, en particular, como migración de carácter internacional, específicamente en el marco de un proceso de integración regional.

El enfoque más clásico ha dado paso a una valorización de la movilidad como una herramienta de impacto positivo en la protección<sup>13</sup>, frente a nuevos desafíos que se plantean en el contexto de los movimientos migratorios mixtos, priorizándose un enfoque de derechos sobre las necesidades de los refugiados que, ante la falta de oportunidades y los obstáculos para lograr condiciones de vida dignas, persisten en la búsqueda de soluciones por cuenta propia y muchas veces por fuera de los sistemas de protección.

Recientemente el informe Tendencias Globales reconoce que “Cuando las soluciones duraderas no están al alcance de todos los refugiados, se puede recurrir a vías no tradicionales para acceder a la protección y a soluciones sostenibles. Las ‘vías complementarias’ no están concebidas para sustituir la protección que se da a los refugiados en virtud del régimen de protección internacional, sino para complementarla. Son una importante expresión de solidaridad y de reparto de la responsabilidad, y pueden hacer más accesibles a los refugiados la protección y las soluciones”<sup>14</sup>.

En este contexto, es apropiado referirse a la movilidad como “alternativas complementarias a las soluciones duraderas” para los refugiados, que se

<sup>11</sup> ACNUR, Documento de Discusión *Protección de refugiados y soluciones duraderas en el contexto de las migraciones internacionales* (ACNUR/DPC/2007/Doc. 02), párr. 52. Para un desarrollo sobre los antecedentes de esta discusión véase Informe MERCOSUR, *ob. cit.*, pp. 9-17.

<sup>12</sup> La libertad de circulación o movimiento es un derecho humano esencial, su garantía es una “condición indispensable para el libre desarrollo de toda persona” y su protección es de especial importancia para el ejercicio del derecho al asilo (*Cfe. Comité de Derechos Humanos. Observación General No 27, art. 12 - La libertad de circulación, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2 de noviembre de 1999*). La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha resaltado este aspecto del derecho a la libertad de circulación en reiteradas oportunidades.

<sup>13</sup> Véase en este sentido LONG, Katy - CRISP, Jeff, “Migration, mobility and solutions: an evolving perspective”, *Forced Migration Review* N° 35, 2010; y Nuevos Temas en la Investigación sobre Refugiados, Informe de investigación N° 176, *¿Una extensión de la protección? Migración laboral y soluciones duraderas para los refugiados*, Katy Long, octubre, 2009. Existen algunos antecedentes que se han referido a esta alternativa como una “cuarta solución”, pero coincidimos con Long en evitar la promoción de la migración laboral como una “cuarta solución” independiente, e incorporarla en el marco existente de soluciones duraderas. También véase *La protección de refugiados y la migración mixta: El Plan de Acción de los 10 Puntos*; ACNUR, febrero 2011, p. 15. En: [http://www.acnur.es/PDF/7526\\_20120511131557.pdf](http://www.acnur.es/PDF/7526_20120511131557.pdf).

<sup>14</sup> *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2016*, ACNUR, 2017, p. 29. Allí se precisa que estas vías seguras y reguladas pueden incluir programas de patrocinio privado para refugiados, la movilidad basada en la familia, programas de trabajo, evacuación médica o educación. Disponible en: <http://bit.ly/2rMcVfE>.

incorporan como parte de las estrategias integrales de soluciones duraderas, de manera contextualizadas a las características de la región, con una perspectiva dinámica que reconoce el derecho humano a la libertad de movimiento y contribuyen a ampliar las posibilidades para que las personas refugiadas accedan a mejores condiciones y medios de vida sostenibles en un entorno de protección seguro en otro país.

### *1.2. La cooperación y la solidaridad internacionales*

Dentro de los límites de este trabajo, a la luz de la Declaración de Nueva York y la hoja de ruta hacia el Pacto Global de Refugiados, consideramos que es necesaria al menos una breve mención respecto a la cooperación y la solidaridad internacionales en los enfoques y respuestas regionales a las necesidades de protección de los refugiados, que pueden adoptar distintas formas o modelos<sup>15</sup>.

Como base para establecer la importancia de la cooperación y la solidaridad internacionales debe considerarse en primer lugar el Preámbulo de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de 1951), que advierte que “la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional”.

En este sentido, el PAB concluyó que “el Proceso *Cartagena +30* reafirmó el compromiso con la consolidación de la integración regional y ha hecho un llamado colectivo para profundizar los niveles de articulación, complementariedad, cooperación y convergencia entre los mecanismos regionales y subregionales de integración, incluso en los temas relacionados con la migración, las personas refugiadas, desplazadas y apátridas”.

Es ineludible mencionar la experiencia más avanzada en materia de integración regional y en particular de creación de un sistema común de asilo como lo es la Unión Europea (UE), ya que todo análisis sobre el tratamiento de los refugiados en un espacio de integración le debe una referencia obligada. No hacemos la referencia con la intención de plantearla como el “modelo a seguir” ni de una comparación —que exigiría un trabajo extenso-, sino con un espíritu crítico y advirtiendo los riesgos de la importación de un modelo extraño al contexto y la tradición regional<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Para un estudio sobre la evolución de las perspectivas regionales, v. KNEEBONE, Susan - RAWLINGS-SANAEI, Felicity, “Introduction: Regionalism as a response to global challenge”, en KNEEBONE, Susan (ed.), *New Regionalism and Asylum Seekers: Challenges Ahead*, Oxford, Berghahn Books, 2007, Introducción. Véase también iniciativas globales que pueden considerarse como antecedentes, e.g. la “Agenda para la Protección y la Convención Plus” A/AC.96/973, Informe del 53º Período de Sesiones del ExCom, ACNUR, Ginebra, 2002.

<sup>16</sup> En efecto, en los estudios sobre los procesos de integración los postulados teóricos con que se cuenta han sido construidos a partir de un análisis deductivo del proceso europeo, planteado como paradigma ideal (lo ilustra la recurrente referencia al MERCOSUR como Unión

Asimismo, en esta perspectiva es necesario dar cuenta que, pese a los avances en la construcción de un Sistema Europeo Común de Asilo, la práctica de los Estados muestra que la interpretación y la aplicación de los instrumentos de asilo siguen siendo divergentes, con resultados contradictorios en cuanto al acceso a la protección que impactan en la situación de las personas que requieren protección internacional. En concreto, el aumento en las llegadas de migrantes y refugiados a Europa desde 2015, ha desafiado dicho sistema así como la voluntad política de los Estados de la Unión Europea para actuar de forma colectiva con responsabilidad y solidaridad, de acuerdo con sus obligaciones internacionales<sup>17</sup>. Los marcos existentes en la Unión Europea no pudieron facilitar el manejo de la crisis, o preservar los espacios de protección de manera sostenible, y en definitiva esto resultó en riesgos de protección para los solicitantes de asilo.

Este trabajo se plantea sobre un enfoque crítico y flexible, que considera la integración regional como un proceso, y que admite incorporar en este proceso modalidades propias producto del contexto histórico, económico y político-social y las circunstancias y necesidades de la región<sup>18</sup>.

### *1.3. El contexto regional del desplazamiento forzado en el MERCOSUR*

Como surge de los distintos documentos del Proceso *Cartagena+30*, en consideración a las perspectivas restringidas de repatriación voluntaria en condiciones de seguridad y de dignidad, las dificultades para alcanzar una integración local que garantice el ejercicio de derechos y lograr autosuficiencia, y las limitaciones de los programas de reasentamiento existentes en la región, el ACNUR y los Estados promovieron alternativas complementarias basadas en los esquemas de migración regional.

A su vez, dos rasgos característicos de la región, el hecho que una parte importante de la población refugiada sea originaria de países de la propia región, así como la consolidación y crecimiento del patrón de migración intra-regional,

---

Aduanera “Imperfecta”). Un desarrollo este este análisis y la evolución del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) en: Juliana, BELLO, *La regionalización de la protección de los refugiados en el MERCOSUR: una cuestión pendiente*, Tesis de Maestría, inédita, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (UBA), 2012.

<sup>17</sup> Véase “Perfil de las operaciones regionales 2016 - Europa”, en: <http://www.acnur.org/donde-trabaja/europa>.

<sup>18</sup> Debe resaltarse que una de las premisas sobre las que se construyó el Sistema Europeo Común de Asilo, es que se aplica de manera exclusiva a los “nacionales de terceros países”, como queda establecido en el alcance dado a las Directivas sobre Protección (quienes son beneficiarios y solicitantes del estatuto de protección internacional). Prácticamente se excluye la posibilidad de cualquier ciudadano europeo de presentar una solicitud en otro país de la Unión Europea. Esta fue una cuestión muy discutida que generó conflictos políticos entre países europeos, concluyendo los Estados que esa era la forma de evitar que se recurriera al asilo para otros fines distintos a la protección (ante la utilización para obstaculizar el desarrollo de procesos judiciales). Sin embargo, debemos recordar que una correcta aplicación de la Convención de 1951 ofrece mecanismos para prevenir temidos “abusos” del derecho de asilo.

permite resaltar la importancia que pueden cobrar las alternativas complementarias para los refugiados dentro del MERCOSUR.

En la actualidad, todos los países sudamericanos (a excepción de Guyana), son signatarios de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>19</sup>. En cuanto al desarrollo y adecuación normativa a nivel nacional, desde la Declaración y el Plan de Acción de México (PAM, 2004) hasta la actualidad<sup>20</sup>, América Latina ha avanzado de forma considerable en el desarrollo de la protección internacional, en particular en aspectos normativos e institucionales<sup>21</sup>. No obstante, las características únicas de la región en materia de asilo persisten brechas en la protección y aspectos que requieren atención, tal como ha sido reconocido en el PAB.

En cuanto a la caracterización de la población de refugiados en la región, es válido todavía afirmar que la mayoría son de origen colombiano, y que asentada principalmente en Ecuador, Venezuela (y en algunos países de Centroamérica), afronta una “situación prolongada de refugiados”<sup>22</sup>. Sin embargo, como nota característica del desplazamiento forzado actual, algunos países de la región asisten a un aumento en las solicitudes de asilo de personas de origen venezolano<sup>23</sup>. En la región, esta tendencia es sólo una parte del total de quienes podrían requerir protección como refugiados, y un reflejo de un fenómeno más amplio de quienes no se registran como solicitantes de asilo y buscan acogerse a las facilidades de regularización migratoria existentes en base a su nacionalidad, bajo el criterio de residencia de MERCOSUR que algunos países han incorporado en

<sup>19</sup> *Estados de América y el Caribe que han Ratificado la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967*, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3283.pdf?view=1>. A su vez, muchos de ellos han consagrado el derecho de asilo a nivel constitucional.

<sup>20</sup> *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, ACNUR, 2005. El diagnóstico da cuenta de la existencia de un conjunto extendido de legislaciones nacionales que desarrollan las principales disposiciones del derecho internacional de los refugiados, establecen órganos nacionales de determinación de la condición de refugiado y procedimientos administrativos a tal fin.

<sup>21</sup> UNIDAD LEGAL REGIONAL DEL BUREAU DE LAS AMÉRICAS - ACNUR, “Protección de Refugiados en América Latina: Buenas Prácticas Legislativas”, en: <http://www.acnur.org/t3/?id=1400>.

<sup>22</sup> Situación prolongada de refugiados es aquella en la que 25.000 refugiados o más, de la misma nacionalidad, llevan al menos 5 años en el exilio en un país de asilo. Colombia ha hecho avances sustanciales en los procesos de paz y ha tomado otras medidas como las Leyes de Víctimas y de Restitución de Tierras. Los Acuerdos de Paz serán solo el comienzo de un periodo de transición. Existe aún un impacto de los efectos del conflicto en el desplazamiento forzado, véase “*A pesar del proceso de paz, en Colombia hay 7.000 ‘nuevos desplazados’*”, *Acnur*, El país, 20/6/2017, en: <http://bit.ly/2uWzZtP>.

<sup>23</sup> *El aumento de las solicitudes de asilo de venezolanos lleva a ACNUR a reforzar su respuesta*, ACNUR, Ginebra, comunicación del 14/7/2014, disponible en: <http://bit.ly/2uRxEPy>. Mientras que el año pasado se registraron cerca de 27.000 solicitantes de asilo venezolanos en todo el mundo, en lo que va de 2017 cerca de 50.000 han solicitado asilo. Los principales países de destino este año fueron Estados Unidos (18.300), Brasil (12.960), Perú (4.453), España (4.300), y México (1.044).

su normativa nacional (ej. Argentina, Uruguay), u otros programas especiales de regularización migratoria (ej. Perú, Brasil).

Conforme las últimas estadísticas disponibles y la sistematización de la información elaborada para efectos de este trabajo (Tabla 1), a fines de 2016 la región sudamericana contaba con una población de más de 86.325 refugiados y 73.355 solicitantes de asilo que aguardaban una decisión. Es interesante destacar el incremento que se registró en los mismos países respecto de los datos disponibles en 2014<sup>24</sup>, que dan cuenta de un aumento del 264% en las solicitudes de asilo, con un impacto diferenciado en algunos países (ej. Brasil, Chile, Argentina y Perú) y un incremento general en los refugiados reconocidos del 20%. Esta tendencia es congruente con el crecimiento general que registran las Américas en el número de solicitantes de asilo en los últimos 5 años en un 782,11%, aunque no con la disminución en el número de personas refugiadas en un 9%<sup>25</sup>.

Tabla 1. Población con necesidades de protección internacional en los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR, según país de asilo (fin de 2016)

País de asilo / residencia	Refugiados	Personas en situación similar a refugiados	Solicitantes de asilo (casos pendientes)	Desplazados internos asistidos / protegidos por el ACNUR	TOTAL
Argentina	3.293		3991		7.284
Bolivia	786		3		789
Brasil	9.689		35.464		45.153
Chile	1.737		3.223		4.960
Colombia	258		386	7.410.816	7.411.460
Ecuador	60.524	42.324	24.542		127.390
Guyana	11				11
Paraguay	204		33		237
Perú	1.649		4392		6.041

<sup>24</sup> Se realizó la comparación con los datos de elaboración propia del *Informe MERCOSUR, ob. cit.* Cuadro 1. Un dato que se identificó entonces era que entre el 60% y el 99% de los solicitantes de asilo y refugiados de la región provenían de los mismos países de la región del MERCOSUR.

<sup>25</sup> *Declaración conjunta de la CIDH y el ACNUR en ocasión del Día Mundial del Refugiado: 10 medidas para que los Estados de las Américas respondan a las crisis de refugiados*, Washington/Ginebra, 20/6/2017, en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/080.asp>.



País de asilo / residencia	Refugiados	Personas en situación similar a refugiados	Solicitantes de asilo (casos pendientes)	Desplazados internos asistidos / protegidos por el ACNUR	TOTAL
Surinam	1		46		47
Uruguay	312		371		683
Venezuela	7.861	164.192	904		172.957
TOTAL	86.325	206.516	73.355	7.410.816	7.777.012

Fuente: Elaboración propia sobre la base de *Tendencias Globales*, ACNUR, 2017.

## 2. HACIA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN EL MERCOSUR

### 2.1. Estructura del proceso de integración regional

El análisis de la protección internacional de los refugiados en clave de un proceso de integración regional, y en particular del MERCOSUR, implica un abordaje desde las características y el marco institucional, y los objetivos propios del bloque. Este encuadre requiere considerar como punto de partida los tratados fundacionales, el Tratado de Asunción (1991) y el Protocolo de Ouro Preto (1994) adoptados entre las Repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay<sup>26</sup>.

A su vez, necesario es precisar la configuración actual del MERCOSUR, siendo Venezuela el único Estado Parte anexo a los cuatro signatarios. Sintéticamente Venezuela se asoció en 2004 (DEC. CMC N° 42/04), en 2006 suscribió el Protocolo de Adhesión como Estado Parte que se formalizó mediante DEC. CMC N° 27/12<sup>27</sup>. En diciembre de 2016 fue cesada en su condición de

<sup>26</sup> La mayor parte de las normas y documentos del MERCOSUR citadas en este trabajo se pueden consultar en: <http://www.mercosur.int/>.

<sup>27</sup> La entrada en vigencia de dicho Protocolo requería la ratificación de todos los Estados Parte, como lo prescribe el Tratado de Asunción y el depósito de los instrumentos en Paraguay (obstaculizada por la falta de ratificación del Protocolo de Adhesión por parte de Paraguay). La incorporación de Venezuela se dio en un contexto muy particular, luego de la crisis institucional de Paraguay y la suspensión de su derecho a participar del MERCOSUR. La Cumbre de Presidentes del MERCOSUR realizada en Mendoza el 29/6/2012 resolvió la suspensión de Paraguay y concluir el proceso de incorporación de Venezuela al bloque. En la Cumbre de Presidentes del MERCOSUR (Mendoza, 29/6/2012) los Estados Parte presentes, adoptaron dos medidas: la suspensión de Paraguay del derecho a participar en los órganos del MERCOSUR y la conclusión del proceso de incorporación de Venezuela al bloque. El cese de la suspensión de Paraguay y su reincorporación plena se produjo un año después con la “*Decisión sobre el Cese de la Suspensión del Paraguay en el MERCOSUR en Aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático*”, Montevideo, 12/7/2013.



Estado Parte por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el Protocolo de Adhesión<sup>28</sup>, y en agosto de 2017 fue suspendida en todos los derechos y obligaciones como Estado Parte en aplicación de la cláusula democrática del MERCOSUR<sup>29</sup>.

El MERCOSUR fue ampliándose y construyendo consensos más allá de los Estados Parte originarios, configurándose el llamado “*MERCOSUR Ampliado o Político*”<sup>30</sup>: actualmente tiene como Estados Asociados<sup>31</sup> a Chile, Colombia, Perú, Ecuador, Guyana y Surinam (éstos dos últimos en proceso de ratificación). Bolivia se encuentra a su vez en proceso de adhesión como Estado Parte.

A partir del 1º de enero de 1995, los objetivos del MERCOSUR comenzaron a darse dentro de un esquema limitado de integración como Unión Aduanera definido por el Protocolo de Ouro Preto (1994), que admite como condición suficiente de existencia la libertad de circulación, de capitales, bienes y servicios. Por lo tanto, la dimensión social, ciudadana y laboral y, entre ellas, la circulación de personas, quedaron en un segundo plano subsumidas en su dimensión económica, en la expresión original del art. 1º del Tratado de Asunción: “circulación de factores de producción” y “la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

Una caracterización más profunda de la estructura jurídica e institucional del MERCOSUR excede los objetivos de este trabajo, pero un rasgo que explica algunos de los obstáculos y avances registrados, es su naturaleza intergubernamental y un sistema jurídico en el cual sus órganos toman decisiones por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes (Cfe. Arts. 16, Tratado de Asunción y 37, Protocolo de Ouro Preto).

Considerando, que los instrumentos fundacionales no hacen referencia alguna a temas vinculados a la protección de los refugiados o al asilo, entendemos que para efectos del análisis de los avances en materia de protección internacio-

<sup>28</sup> Comunicación del 17/12/2016 en aplicación de la decisión de los Cancilleres de los Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción en la “*Declaración Conjunta Relativa al Funcionamiento del MERCOSUR y al Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela*” del 13/9/2016.

<sup>29</sup> Resolución adoptada por los Presidentes de los Estados Parte, 5/8/2017, San Pablo.

<sup>30</sup> El bloque coexiste a su vez con otros procesos regionales de relevancia política y/o técnica como la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR, <http://www.unasursg.org>); la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (CSM, <http://csm-osumi.org>). El MERCOSUR adoptó la DEC. CMC N° 32/14 de *Complementación y articulación MERCOSUR-UNASUR* con el fin de lograr coordinación entre ambos espacios.

<sup>31</sup> En tanto Asociados, los Estados están autorizados a participar en las reuniones de órganos del MERCOSUR que traten temas de interés común.

nal y en general del MERCOSUR como “espacio humanitario de protección”, la directriz teórica deba vincularse al objetivo genérico de fortalecimiento de la integración por medio de la armonización de las legislaciones previsto por el Tratado de Asunción<sup>32</sup>. También debe interpretarse a partir de ello la importancia que adquiere la variable migratoria como horizonte interpretativo para nuestro análisis.

## 2.2. *La migración regional y la libre circulación de personas*

En materia de tratamiento de las migraciones se produjo un salto cualitativo en el marco de la Reunión de Ministros del Interior<sup>33</sup> (RMI) en 2002, con la aprobación del Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR (CMC/DEC. N° 28/02). Este Acuerdo reafirmaba el deseo de los Estados Partes de fortalecer y profundizar el proceso de integración, considerando “que la implementación de una política de libre circulación de personas en la región es esencial para la consecución de esos objetivos”.

Los Estados buscaban establecer normas comunes para solucionar la situación de irregularidad migratoria de muchos de sus nacionales, considerando el impacto que implicaba como factor de vulnerabilidad, y eventualmente de exclusión, en el acceso a derechos.

La característica sobresaliente del Acuerdo de Residencia es que introdujo una nueva y única categoría migratoria con base exclusiva en la nacionalidad. Esto permitió superar los obstáculos que tenían los ciudadanos del MERCOSUR para tramitar residencia en otro país del bloque dentro de los criterios migratorios tradicionales, haciendo en ocasiones casi imposible iniciar o concluir el trámite.

El Acuerdo de Residencia establece el derecho de los nacionales del MERCOSUR a residir en el territorio de los demás Estados Parte (art. 1°), con independencia de la condición migratoria de ingreso” y está destinado a “nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte” (art. 3.1). El Acuerdo de Residencia, también es importante por su contenido en materia de derechos, ya que explicita garantías de derechos para los migrantes

<sup>32</sup> El Plan de Acción de México (PAM, 2004) ya había recomendado una progresiva armonización legislativa dentro de los procesos de integración regional.

<sup>33</sup> MERCOSUR/XIVRMI/ACTA 02/03, Montevideo, 21/11/2003, instancia creada “a fin de avanzar en la elaboración de mecanismos comunes, para profundizar la cooperación en las áreas de su competencia”, desvinculando los temas migratorios de los de seguridad. Véase MERCOSUR/RMI/ACTA N° 1/07 XXI, Documento Informativo *Tratamiento de la Temática Migratoria en la Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR y Estados Asociados*. Para un análisis de la evolución del tratamiento y debate sobre la cuestión migratoria en el MERCOSUR ver PÉREZ VICHICH, Nora, *El MERCOSUR y la migración internacional*; Population Division, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Secretariat, Mexico; 2005; y ALFONSO, Adriana, *Integración y migraciones. El tratamiento de la variable migratoria en el MERCOSUR y su incidencia en la política migratoria argentina*, Cuadernos Migratorios N 3, OIM, Buenos Aires, Julio 2012.

y sus familias reconociendo un trato no menos favorable que el de los nacionales de las Partes “en lo que concierne a la aplicación de la legislación laboral, especialmente en materia de remuneraciones, condiciones de trabajo y seguros sociales” (art. 9.3), sin perjuicio del mencionado “principio pro-inmigrante”.

El Acuerdo entró en vigencia recién en 2009, y lo cierto es que los Estados lo aplican con distintos alcances, en algunos casos no respecto de todos los contratantes, en otros en base al principio de reciprocidad, lo cual excluiría la naturaleza propia del mismo como tratado internacional<sup>34</sup>.

A partir del Acuerdo de Residencia como hito fundacional, el MERCOSUR se ha propuesto evolucionar hacia la facilitación de la movilidad y la libre circulación.

Por un lado, a partir de la creación del Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR (FEM), en sus Actas de trabajo y documentos, y en las Declaraciones y documentos emanados de las Cumbres de Presidentes se pueden identificar posicionamientos convergentes arraigados en la dimensión del respeto de los derechos humanos, que conllevan un alto grado de consenso y compromiso político entre los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR<sup>35</sup>.

Por otra parte, la DEC. CMC N° 64/10 sobre el “Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR”, introdujo una estrategia regional integral para profundizar la “dimensión social y ciudadana” y alcanzar un desarrollo regional sustentable con justicia e inclusión social. Prevé un “Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR o de Ciudadanía Regional” con un conjunto de derechos y beneficios para los “nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR” (no se menciona a los Estados Asociados). Contempla un *Plan de Acción para la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR (2021)* que debería estar implementado para el 30° aniversario del Tratado de Asunción.

Esta iniciativa pareciera abrir un proceso de consolidación de los objetivos del proceso de integración regional, del cual la libre circulación constituye un elemento sustancial y se postula sobre la base de la nacionalidad de los habitantes de los Estados Parte. Así, la nacionalidad “mercosureña” adquiriría una fuerte impronta como criterio de atribución de derechos para la construcción del proyecto de ciudadanía regional, concepto no exento de discusiones y en tensión con una perspectiva de derechos humanos. Resulta importante no perder de vista la evolución y el sentido que adquiera el proceso de construcción

<sup>34</sup> Un análisis más detallado sobre el proceso de adopción, implementación y las características del Acuerdo en el Informe MERCOSUR, *ob. cit.* Véase en particular Cuadro N° 4. Requisitos solicitados por los países bajo el Acuerdo sobre Residencia a los nacionales de los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR y grado de implementación. Un caso particular es Uruguay que aplica el Acuerdo de manera más generosa extendiendo residencia permanente directa a todos los nacionales de Estados Parte y Asociados del MERCOSUR.

<sup>35</sup> V. *Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios*, Santiago de Chile, 2004; Proyecto de Declaración de los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados (Cumbre de San Miguel de Tucumán, 2008), lamentando la aprobación de la llamada “Directiva de Retorno” de la Unión Europea, enfatizando el rechazo de políticas migratorias restrictivas.

de una ciudadanía regional para garantizar que los avances no se construyan sobre la base de la negación o exclusión de los derechos humanos y evaluar el impacto que pueda tener en los derechos de la población migrante y refugiada, y, a nuestro criterio, el posible impacto sobre la vigencia del derecho de asilo. Asimismo, debería tenerse en cuenta la compatibilidad de la iniciativa con el desarrollo progresivo de los estándares internacionales, regionales y nacionales de derechos humanos, así como con las legislaciones y estándares nacionales<sup>36</sup>.

Al margen de los escasos avances en la implementación de esta iniciativa, los avances en materia migratoria se producen también no sin dificultades, algunas propias del proceso regional y otras de las coyunturas nacionales, en especial en países que mantienen antiguas legislaciones restrictivas, persistiendo la tensión con la perspectiva regional centrada en los derechos humanos donde las migraciones son reconocidas como parte de la dinámica de desarrollo social y del proceso de integración.

### 3. EL MERCOSUR COMO ESPACIO REGIONAL DE PROTECCIÓN

#### 3.1. Antecedentes en el tratamiento de los temas de protección

Siguiendo la línea trazada, los primeros antecedentes sobre protección de los refugiados en el MERCOSUR se encuentran en documentos no vinculantes de contenido migratorio, constituidos principalmente por Declaraciones, documentos de trabajo y las Actas de reuniones en el ámbito de la RMI y del FEM<sup>37</sup>.

Entre estos antecedentes generales cabe destacar la Declaración de Santiago (2004) que incorporó una salvaguarda de protección internacional reafirmando los compromisos de los Estados de brindar y promover la protección internacional a los refugiados, conforme la Convención de 1951. Otro antecedente que es valioso mencionar es la “Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio” (Declaración de Río) efectuada por los Ministros de Interior de los Estados Partes, Bolivia y Chile (2000), primer documento específico sobre el

<sup>36</sup> CERIANI CERNADAS, Pablo, “Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación de personas en el MERCOSUR”, en VV.AA., *Derechos Humanos: Reflexiones desde el Sur*, Buenos Aires, Infojus, 2012, pp. 95-97; y también en ASA, Pablo y CERIANI CERNADAS, Pablo, “Migrantes, derechos sociales y políticas públicas en América Latina y el Caribe: la universalidad en juego”, en VV.AA., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Colombia, Ed. Siglo del Hombre, 2010, s/n, acápite III.

<sup>37</sup> BELLO, Juliana, Tesis de Maestría, UBA, *ob. cit.*, para un análisis y sistematización del trabajo del Grupo Especializado de Trabajo Migratorio (GTM) entre el 2000-2003 y el del FEM desde 2004 hasta la creación de la Reunión de CONAREs. De ese período, se puede destacar abordajes poco sistemáticos y técnicos de la temática, una preocupación central por la seguridad, el abuso del asilo y un enfoque de control migratorio. Una propuesta llamativa de documento de trabajo para un “Acuerdo Regional para la determinación del responsable del examen de las solicitudes de Refugio entre los Estados Parte y Asociados” fue presentada en el 2002 por Argentina y discutida aisladamente hasta el 2003.

tema. En esta Declaración, se menciona por primera vez dentro del MERCOSUR la necesidad de armonización en materia de protección.

Sobre la base de estos antecedentes existen desarrollos específicos más cercanos, que permiten inferir una consolidación o reafirmación de las expresiones antes citadas y una configuración institucional para el tratamiento del tema que le permite un desarrollo técnico y una sostenibilidad<sup>38</sup>. En particular, se destacan la adopción de la citada Declaración de Principios de Fortaleza (2012), la realización de las primeras reuniones de representantes de las CONAREs llevadas a cabo bajo la Presidencia Pro Tempore de Brasil (2012) y Uruguay (2013) en coordinación con el FEM<sup>39</sup>, todo ello aún antes de que el espacio fuera formalmente instituido en 2015.

La Declaración de Fortaleza recoge los principios de la protección y los principales compromisos asumidos por los Estados en documentos previos<sup>40</sup>, y como hemos mencionado, como característica sobresaliente, proclama al MERCOSUR Ampliado como un “espacio humanitario de protección”.

En relación con esto último, un concepto que consideramos es relevante para el análisis es el de “espacio de protección”<sup>41</sup>, que refiere a un entorno propicio y en un lugar determinado caracterizado por el respeto de los derechos internacionalmente reconocidos y la satisfacción de las necesidades de la población refugiada. Este “espacio de protección” también se define por ser un espacio dinámico que “se expande y se contrae en forma periódica de acuerdo con los cambios que ocurran en el ámbito político, económico, social y de la seguridad”, y que puede valorarse en forma cualitativa por el grado en que los refugiados se vean o no amenazados por la devolución, en que tengan acceso a medios de vida dignos, y en que puedan disfrutar de la libertad de movimiento y residencia legal. Este concepto es particularmente relevante para el análisis de la situación en el espacio geográfico-político que abarca el MERCOSUR.

<sup>38</sup> Ver también el “*Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR*” (PEAS), Directrices 3 y 4 que se orientan a “asegurar los derechos civiles, culturales, económicos políticos y sociales, sin discriminación de género, edad, raza, etnia, orientación sexual, religión, opinión, origen nacional y social, condición económica, personas con discapacidad y de cualquier otra condición”, y a “garantizar que la libre circulación en el MERCOSUR sea acompañada de pleno goce de los derechos humanos”, e incluyen el objetivo de “Articular e implementar políticas públicas orientadas a la plena integración de los migrantes y protección de los refugiados”.

<sup>39</sup> V. MERCOSUL/RMI/FEM/CONARE/ATA N° 01/2012 “I Encontro dos CONAREs ou Equivalentes dos Estados Parte e Associados do MERCOSUL”. A su vez, en la correspondiente RMI “los Ministros se congratulan por la I Reunión de Presidentes de las CONAREs en la cual la temática del refugio fue ampliamente discutida, a partir de un enfoque regional”, RMI/ACTA N° 2/12.

<sup>40</sup> Como p. ej. la *Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano* (2010).

<sup>41</sup> *Política del ACNUR sobre la protección de los refugiados y las soluciones en zonas urbanas*, ACNUR, Septiembre 2009, párrafos 18-22.

La Declaración de Fortaleza, deja entrever el concepto de reconocimiento de la extraterritorialidad de la condición de refugiado<sup>42</sup> a los fines de la no devolución, al definir que “no aplicarán a quien haya sido reconocido como refugiado por cualquiera de las Partes, medidas de retorno forzado a un país donde su vida, libertad o integridad física estén amenazadas por alguna de las razones mencionadas en el párrafo anterior”, párrafo que refuerza el principio absoluto de la no devolución, tanto por los motivos de la Convención de 1951 como por la definición de la Declaración de Cartagena. Este punto es de importancia en términos de su incidencia para la protección de los refugiados desde una perspectiva regional, que incluye el concepto de la vigencia absoluta del principio de no devolución a cualquier país donde exista riesgo para la vida, seguridad o libertad de las personas refugiadas reconocidas en la región independientemente de su nacionalidad. Esto debería interpretarse como un enfoque inclusivo de protección que sienta las bases para el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros del bloque de las decisiones que reconocen la condición de refugiado, y puede implicar una ampliación del espacio de protección de un refugiado a todo el MERCOSUR, al menos en cuanto al principio de no devolución —adelantando el análisis de las salvaguardas necesarias en la implementación de un mecanismo de movilidad regional para refugiados. Proyectaría así, a nuestro entender, la extraterritorialidad de las decisiones en materia de reconocimiento de la condición de refugiado entre los Estados del MERCOSUR, y aún más allá si se considerara que la base de dicha obligación no podría ser otra que la propia Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 22, inc. 8°).

### 3.2. *La Reunión de CONAREs o Equivalentes del MERCOSUR*

La Reunión de CONAREs del MERCOSUR se encuentra conformada por los presidentes o representantes de los organismos nacionales encargados de la determinación de la condición de refugiado (CONAREs) y el ACNUR en carácter de observador<sup>43</sup>.

Un análisis de las Actas y documentos de trabajo de este período da cuenta que la actividad se ha centrado, en este corto tiempo, en el intercambio de información, experiencias y de actualización sobre la situación en los distintos países. Se advierte una preocupación general por el incremento de las solicitudes de asilo a la par de un aumento en los “casos infundados” —en relación con las

<sup>42</sup> Conclusión N° 12 (XXIX) *Consecuencias Extraterritoriales de la Determinación de la Condición de Refugiado*, 1978, Comité Ejecutivo ACNUR; *Note on the Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, ACNUR, 24/8/1978.

<sup>43</sup> Conforme al Reglamento de la Reunión de CONAREs. La Reunión de CONAREs ha procurado mantener el esquema tradicional de dos rondas de encuentros en la PPT rotativa que asume cada Estado parte semestralmente (a excepción de Venezuela en donde no se concretó ninguna reunión).



solicitudes llamadas manifiestamente infundadas o abusivas<sup>44</sup>. Expresamente se solicitó al ACNUR la realización de un “taller de manejo de casos” para afrontar la presión sobre las CONAREs y sus Secretarías Técnicas<sup>45</sup>.

En este período se registra también la concreción de algunas acciones importantes para el funcionamiento del espacio, como la adopción del Reglamento de la Reunión de CONAREs o Equivalentes y del Memorándum de Entendimiento entre el MERCOSUR y el ACNUR en Materia de Cooperación Técnica Internacional<sup>46</sup>.

Como hemos adelantado, el primer encuentro de Presidentes de las CONARE en Fortaleza en 2012 fue la plataforma desde la cual se presentó la primera convocatoria a los Estados para participar del Proceso *Cartagena+30*, luego concretada en la primera Consulta Sub-regional de Buenos Aires.

Luego, a partir de su institucionalización<sup>47</sup>, la Reunión de CONAREs se consolidó como foro regional para la coordinación del seguimiento y evaluación del PAB<sup>48</sup>. Como acciones concretas en ese sentido debe mencionarse en primer lugar la adopción de un Plan de Actividades inicial “como mecanismo de seguimiento” del PAB<sup>49</sup>. En ese marco, también ha sido discutida y aprobada una “Guía Metodológica” con indicadores para facilitar a los Estados la evaluación de los avances en la implementación del PAB a propuesta del ACNUR, como parte de las preparaciones de la primera evaluación trienal<sup>50</sup>.

En seguimiento a las acciones recomendadas por el PAB, en 2015 en el marco de la primera reunión conjunta FEM-CONAREs se presentó el “Informe MERCOSUR” (la reunión fue conjunta previendo que el estudio involucra temas transversales de interés común). Como conclusión de la presentación, los

<sup>44</sup> V. Consultas Globales sobre Protección Internacional, EC/GC/01/12, *Procedimientos De Asilo Justos y Eficientes*, ACNUR, 31/ mayo/2001.

<sup>45</sup> MERCOSUR/RMI/CONAREs/ACTA N° 1/17, Buenos Aires, 6/4/2017.

<sup>46</sup> *Id.*; MERCOSUR/RMI/CONAREs/ACTA N° 2/17, IX Reunión de CONAREs, Buenos Aires, 8/6/2017 y Resolución del Grupo Mercado Común MERCOSUR/GMC/RES. N° 11/17.

<sup>47</sup> Nótese que con la creación de la Reunión de CONAREs se concluyó una etapa de discusión sobre el encuadre institucional iniciado ante el planteo de Venezuela de trasladarla hacia una instancia más política y de alto nivel, como el Foro de Consulta y Concertación Política (FCPP), cuestión que se contraponía al consenso pacífico existente entre los Estados y expresado en distintas reuniones de mantener la Reunión en el marco de la RMI (Ver, Actas del FEM, PPTV 2013, y las Actas de reuniones del GMC de mayo y junio de 2014).

<sup>48</sup> En la RMI que aprobó la Reunión de CONAREs (v. nota *supra*), los representantes destacaron la elaboración de un programa de monitoreo para la implementación del *Plan de Acción de Brasil*. A su vez, en el PAB “Los países señalaron la conveniencia de la inclusión de las temáticas que han sido objeto de discusión dentro del proceso Cartagena +30 en las agendas regionales”, Cap. Octavo.

<sup>49</sup> MERCOSUR/RMI/CONAREs/ACTA N° 2/2015, Florianópolis, junio/2015 y MERCOSUR/RMI/CONAREs/ACTA N° 2/2016, Montevideo, junio/2016.

<sup>50</sup> Véase VII Reunión CONAREs DE Montevideo y IX Reunión de Buenos Aires; y el PAB, Cap. Octavo en relación con el pedido de los Estados al ACNUR de elaborar informes de progreso.



Estados acordaron trabajar el estudio en el ámbito de la reunión de CONAREs para luego compartir conclusiones con el FEM<sup>51</sup>. Dos puntos pueden destacarse de las discusiones dadas hasta el momento, la visión positiva sobre la posibilidad de aplicar el principio de extraterritorialidad de la condición de refugiado y el reconocimiento de la importancia de avanzar en la armonización del Documento de Viaje de los Refugiados. Asimismo, a solicitud de los Estados el ACNUR presentó una matriz para facilitar un relevamiento e identificación de las salvaguardas que se deberían adoptar<sup>52</sup>.

Desde la presentación del Informe MERCOSUR y la matriz, no se han registrado avances en la discusión de la propuesta, por falta de espacio en la agenda —marcada por las acciones de seguimiento de la evaluación del PAB— y por algunas características y, a nuestro entender debilidades, propias del sistema.

En este sentido, hay distintos factores que podrían estar afectando la capacidad de la Reunión de CONAREs de avanzar de forma más consistente y sostenida. Entre algunos elementos que podrían explicarlo consideramos que el hecho que las últimas reuniones de las CONAREs se realizaron en una única jornada, y teniendo en cuenta las presentaciones de actualización de cada país esto deja escaso tiempo para abordar otros temas. Por otra parte, la lógica rotativa de las PPT sin una estructura permanente que dé seguimiento a los temas tampoco favorece la continuidad, más aún en un contexto en que varios sistemas nacionales de asilo se manifiestan como desbordados por el aumento de las solicitudes de asilo, sin un incremento proporcional de sus estructuras y recursos que les permita contar con mayores capacidades para gestionar y asumir otros temas.

Se ha demostrado hasta ahora que el MERCOSUR avanza como instancia regional en lograr mayores niveles de compromiso para fortalecerse como espacio regional de protección. Este es un proceso complejo y en su construcción es preeminente que tenga en cuenta los elementos que garanticen que el MERCOSUR pueda fortalecerse como espacio respetuoso de los principios y obligaciones del Derecho Internacional de los Refugiados. Consideramos que la implementación y seguimiento del PAB es una oportunidad para potenciar y fortalecer este proceso.

### *3.3. Salvaguardas de protección para la movilidad de los refugiados*

La movilidad de los refugiados dentro del MERCOSUR, como se ha mencionado, cuestiona las nociones tradicionales sobre la protección internacional y las soluciones duraderas para los refugiados. A su vez, obliga a reflexionar sobre

<sup>51</sup> MERCOSUR/RMI/CONARES/ACTA N° 3/2015, V Reunión de CONARES, Asunción, Paraguay, 3-4/11/2015, la presentación fue realizada por la autora en carácter de Consultora externa del ACNUR.

<sup>52</sup> IX Reunión de CONAREs de Buenos Aires, *ob. cit.*

la validez y extensión de los derechos asociados a la condición de refugiado más allá de las fronteras nacionales de los países de asilo y las posibilidades de la población refugiada de moverse dentro este espacio con salvaguardas de protección respetuosas de las obligaciones en virtud del Derecho Internacional de los Refugiados.

A su vez, tomamos como punto de partida que las alternativas complementarias de carácter migratorio pueden ser una oportunidad para expandir las posibilidades de la población refugiada de acceder a mejores condiciones de vida en otro país del MERCOSUR.

La Reunión de las CONAREs, se constituye en un espacio necesario y pertinente para la discusión de las acciones requeridas para la implementación de un esquema de movilidad para refugiados en coordinación con otras instancias competentes del MERCOSUR. Esta discusión requiere la elaboración de salvaguardas que tengan un enfoque regional, como así también la promoción de adecuaciones que sean necesarias a nivel nacional.

El Informe MERCOSUR analiza exhaustivamente las salvaguardas necesarias para que la movilidad regional pueda resultar un mecanismo estratégico complementario a las soluciones duraderas para los refugiados así como un elemento de una estrategia integral de protección para “personas en situación similar a los refugiados”. Aquí en particular nos referiremos al primer aspecto, y teniendo en cuenta el enfoque diferencial que requieren los movimientos migratorios internacionales de carácter transitorio de otros de carácter temporario, o el cambio de país de residencia, considerando que ambas situaciones tienen eventualmente distintos impactos en términos de obligaciones de los Estados.

En primer lugar, la movilidad de los refugiados en el espacio regional plantea la necesidad de establecer la validez extraterritorial del reconocimiento de la condición de refugiado en un Estado distinto del primer país de asilo, con múltiples alcances y efectos prácticos en situaciones donde surja la necesidad de apelar a ello para ejercer sus derechos en otro país miembro del MERCOSUR. Es respecto de la obligación de no devolución de un refugiado a las fronteras de un territorio donde pueda correr riesgo de persecución u otros daños graves a su vida, seguridad o libertad, donde la aplicación extraterritorial del reconocimiento de la condición de refugiado se hace más evidente.

El principio de no devolución es un derecho sustancial y central de la protección internacional, está contemplado en el art. 33 (1) de la Convención de 1951 y se complementa con obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en virtud de éstos protege contra la devolución de una persona a cualquier país donde exista un riesgo real de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Ver por ejemplo *Alegato presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la solicitud de la opinión consultiva sobre niños migrantes planteada por MERCOSUR*, ACNUR, 7/3/2011, en: <http://bit.ly/2uZDCPA>.

En base a los antecedentes expuestos, el contexto a nivel regional se presenta como favorable al reconocimiento amplio de la extraterritorialidad de la condición de refugiado con respecto al principio de no devolución, con un claro consenso alcanzado por los Estados y reflejado en numerosos documentos como hemos indicado previamente.

También es importante señalar que garantía de no devolución tiene un alcance amplio y es aplicable de manera extraterritorial independientemente de la condición migratoria, o de si la persona reside o se encuentra legalmente en el territorio de cualquier Estado contratante<sup>54</sup>. A esos efectos, es irrelevante la categoría migratoria de la cual el refugiado sea titular, como también el tipo o la forma de ingreso al territorio<sup>55</sup>.

Los efectos prácticos del reconocimiento extraterritorial de la condición de refugiado tendrán implicancias en los distintos escenarios de circulación, permanencia transitoria y establecimiento o residencia de las personas refugiadas en los países del MERCOSUR. Esto abarca las facilidades documentales de los ciudadanos del MERCOSUR para el tránsito e ingreso, que no incluyen a los documentos con que cuentan los refugiados y por lo tanto podrían adoptarse medidas de facilitación de la movilidad para refugiados en relación con el uso y reconocimiento del Documento de Viaje de la Convención de 1951, cuyo desarrollo excede la extensión del presente trabajo<sup>56</sup>.

Otro aspecto está vinculado a las responsabilidades de los países de asilo y de recepción cuando un refugiado se establezca en el territorio de otro Estado, fundamentalmente en términos de su documentación y una posible transferencia de responsabilidad en la emisión o prórroga del Documento de Viaje y otras obligaciones derivadas, así como la posibilidad de readmisión en el país de asilo. En relación con las obligaciones del país de asilo, se planteó la necesidad de mantener la vigencia de la condición de refugiado y la necesidad de que consideren el hecho de ausentarse del país de asilo con el propósito de establecer residencia en otro país del MERCOSUR como una razón válida y justificada para permitir o autorizar la salida, sin que se afecte la condición de refugiado.

Un último punto necesario es el de los estándares de tratamiento y acceso a derechos, teniendo en cuenta aquí tanto los estándares del Acuerdo de Residencia en materia de derechos, como otros específicos que surgen del Derecho Internacional de los Refugiados (el principio de ayuda administrativa, de confidencialidad y de unidad de la familia).

<sup>54</sup> Cf. UNHCR, *Note on the Extraterritorial Effect*, *ob. cit.*, párr. 17.

<sup>55</sup> Corte IDH, Caso "Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia", sentencia de 25 de noviembre de 2013, Series C N° 272, "esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el art. 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados" párr. 135.

<sup>56</sup> Nos remitimos al Informe MERCOSUR para un análisis completo de la normativa y las medidas recomendadas.

#### 4. CONCLUSIONES

El MERCOSUR ha dado muestras de una vocación de incorporar la protección internacional de los refugiados entre las dimensiones tendientes a fortalecer el proceso de integración. Este trabajo ha desarrollado las distintas iniciativas basadas en los principios de la protección internacional, la cooperación y la solidaridad internacional que permiten configurar al MERCOSUR como una instancia con oportunidades para promover la consolidación de un Espacio Regional de Protección Internacional, que lo constituya en un modelo de región respetuosa de los principios y obligaciones del Derecho Internacional de los Refugiados y los Derechos Humanos.

Como se ha reconocido reiteradamente la región tiene una larga tradición de asilo y un desarrollo de altos estándares en materia de protección internacional, a la vez que continúa registrando y siendo una región de origen de situaciones de desplazamiento forzado de personas que podrían requerir protección como refugiadas.

Asimismo, reconocemos la creación de un espacio institucional para el tratamiento de los temas vinculados a la protección de los refugiados con la Reunión de CONAREs y Equivalentes del MERCOSUR. Ésta y otras iniciativas novedosas del MERCOSUR se configuran no sin numerosos desafíos propios de la dinámica y lógica mercosureña como asimismo de las limitaciones y dificultades que enfrentan los sistemas de asilo a nivel nacional.

Por su parte, el avance hacia un espacio de libre circulación de personas y la construcción del estatuto de ciudadanía regional en el MERCOSUR, pueden ofrecer oportunidades para que esos procesos no sean justificación para la construcción de un sistema que restrinja al mínimo la protección de los refugiados, sino para avanzar en esquemas con una modalidad propia basados en los compromisos humanitarios y solidarios de los países de la región. Esto también debería reflejar una coherencia histórica con el pasado reciente de la región con sus refugiados y exiliados políticos de varios de sus países.

En particular, como hemos mencionado, consideramos que el PAB, y el Programa de Movilidad, son una oportunidad para potenciar y fortalecer el proceso de incorporación de la protección internacional en la profundización de la integración del MERCOSUR, reforzando el carácter humanitario, amistoso y apolítico del asilo entre los Estados. Esto puede facilitar un diálogo constructivo entre los Estados, que considere abordajes integrales a los problemas humanitarios de la región, consolidando el espíritu de solidaridad regional y cooperación, sur-sur, e incorporando respuestas también comprensivas de las causas.

Asimismo, es una oportunidad para reiterar el deber de mantener abierto este espacio de protección, lo que implica el reconocimiento del derecho de asilo para todas las personas que así lo requieran e independientemente de su nacionalidad, y especialmente sin descuidar, en el proceso de construcción de una ciudadanía regional, el derecho de asilo de los nacionales de la propia re-

gión que adquiere. Esto adquiere una dimensión especial en el contexto regional actual del desplazamiento forzado a la par de la potencialidad de la región de constituirse en un Espacio Regional de Protección autónomo, con una modalidad propia respetuosa de su tradición y sus características.

### BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR, Agenda para la Protección y la Convención Plus, A/AC.96/973, Ginebra, 2002.
- *Alegato presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la solicitud de la opinión consultiva sobre niños migrantes planteada por MERCOSUR*, 7/3/2011, en: <http://bit.ly/2Uzdcpa>.
  - Conclusión N° 12 (XXIX) *Consecuencias Extraterritoriales de la Determinación de la Condición de Refugiado*, 1978, Comité Ejecutivo.
  - Consultas Globales sobre Protección Internacional, EC/GC/1/12, *Procedimientos De Asilo Justos y Eficientes*, 31/5/2001.
  - Documento de Discusión *Protección de refugiados y soluciones duraderas en el contexto de las migraciones internacionales*; ACNUR/DPC/2007/Doc. 02.
  - *El aumento de las solicitudes de asilo de venezolanos lleva a ACNUR a reforzar su respuesta*, 14/7/2014, Ginebra. En: <http://bit.ly/2uRxEPy>.
  - “A pesar del proceso de paz, en Colombia hay 7.000 “nuevos desplazados”: Acnur”, El País, 20/6/2017, en: <http://bit.ly/2uWzZtP>.
  - *Estados de América y el Caribe que han Ratificado la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967*, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3283.pdf?view=1>.
  - *La protección de refugiados y la migración mixta: El Plan de Acción de los 10 Puntos*; febrero 2011, p. 15. En: [http://www.acnur.es/PDF/7526\\_20120511131557.pdf](http://www.acnur.es/PDF/7526_20120511131557.pdf).
  - *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, 2005.
  - *Note on the Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 24/agosto/1978.
  - *Perfil de las operaciones regionales 2016 – Europa*, en: <http://bit.ly/2wcul6D>.
  - *Política del ACNUR sobre la protección de los refugiados y las soluciones en zonas urbanas*, Septiembre, 2009.
  - *Protección de Refugiados en América Latina: Buenas Prácticas Legislativas*, Unidad Legal Regional del Bureau de las Américas. En: <http://www.acnur.org/t3/?id=1400>.
  - *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2016*, junio 2017. En: <http://bit.ly/2rMcVfE>.

- ACNUR-CIDH, *Declaración conjunta de la CIDH y el ACNUR en ocasión del Día Mundial del Refugiado: 10 medidas para que los Estados de las Américas respondan a las crisis de refugiados*, Washington/Ginebra, 20/junio/2017, en: <http://bit.ly/2sMVN8N>.
- ALFONSO, Adriana, *Integración y migraciones. El tratamiento de la variable migratoria en el MERCOSUR y su incidencia en la política migratoria argentina*, Cuadernos Migratorios N 3, OIM, Buenos Aires, Julio 2012.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Nueva York, Resolución A/RES/71/1, 19/septiembre/2016.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General No 27, Artículo 12 - La libertad de circulación*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2 de noviembre de 1999.
- CORTE IDH, Caso “Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia”, sentencia de 25 de noviembre de 2013, Series C N° 272.
- Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano*, 2010.
- BELLO, Juliana, *El MERCOSUR y la protección internacional: aplicabilidad de las políticas migratorias regionales a la luz del Derecho Internacional de los Refugiados. Informe de la Consultoría del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Proceso Cartagena+30*; ACNUR, 2015; disponible en: <http://bit.ly/2oZvCtW>.
- *La regionalización de la protección de los refugiados en el MERCOSUR: una cuestión pendiente*, Tesis de Maestría, inédita, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (UBA), 2012.
- KNEEBONE, Susan (ed.), *New Regionalism and Asylum Seekers: Challenges Ahead*, Berghahn Books, Oxford, 2007.
- LONG, Katy, Nuevos Temas en la Investigación sobre Refugiados, Informe de investigación N° 176, *¿Una extensión de la protección? Migración laboral y soluciones duraderas para los refugiados*, octubre, 2009.
- LONG, Katy - CRISP, Jeff, “Migration, mobility and solutions: an evolving perspective”, *Forced Migration Review* N° 35, 2010.
- PÉREZ VICHICH, Nora, *El MERCOSUR y la migración internacional*; Population Division, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Secretariat, Mexico; UN/POP/EGM-MIG/2005/05, 2005.
- VV.AA., *Derechos Humanos: Reflexiones desde el Sur*, Buenos Aires, Infojus, 2012.
- VV.AA., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Ed. Siglo del Hombre, Colombia, 2010.

### *Documentos del MERCOSUR*

Los documentos citados en este trabajo se pueden consultar en: <http://www.mercosur.int>.



Tratado de Asunción entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (26/3/1991).

Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, Ouro Preto (1994).

MERCOSUR/XIVRMI/ACTA 02/2003, Montevideo, 21/11/2003.

MERCOSUR/RMI/ACTA N° 1/2007 XXI, Documento Informativo *Tratamiento de la Temática Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios*, Santiago de Chile, 2004.

Proyecto de Declaración de los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados, Cumbre de San Miguel de Tucumán, 2008.

MERCOSUL/RMI/FEM/CONARE/ATA N° 1/2012 “I Encontro dos CONAREs ou Equivalentes dos Estados Parte e Associados do MERCOSUL”. RMI/ACTA N° 2/12.

*Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR*

*Declaración de Principios del MERCOSUR sobre la Protección Internacional de los Refugiados*, Fortaleza (2012).

*Decisión sobre el Cese de la Suspensión del Paraguay en el MERCOSUR en Aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático*”, Montevideo, 12/7/2013.

DEC. CMC N° 32/14 de *Complementación y articulación MERCOSUR-UNASUR*

MERCOSUR/RMI/CONARES/ACTA N° 2/2015, Florianópolis, junio/2015

MERCOSUR/RMI/CONARES/ACTA N° 3/2015, Asunción, Paraguay, 3-4/noviembre/2015.

MERCOSUR/RMI/CONARES/ACTA N° 2/2016, Montevideo, junio/2016.

Comunicación del 17/diciembre/2016 en aplicación de la decisión de los Cancilleres de los Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción en la “*Declaración Conjunta Relativa al Funcionamiento del MERCOSUR y al Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela*” del 13/ septiembre/2016.

MERCOSUR/RMI/CONARES/ACTA N° 1/17, Buenos Aires, 6/abril/2017.

MERCOSUR/RMI/CONARES/ACTA N° 2/17, Buenos Aires, 8/junio/2017.

Resolución del Grupo Mercado Común MERCOSUR/GMC/RES. N° 11/17.

Resolución de Presidentes de los Estados Parte, 5/agosto/2017, San Pablo.

### *Documentos del “Proceso Cartagena+30”*

Los documentos citados pueden consultarse en: <http://www.acnur.org/cartagena30>.

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



Plan de Acción de Brasil “Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad”, 3/diciembre/2014.

Consulta Sub-regional de Buenos Aires (18-19/marzo/2014).

*Posicionamiento de la sociedad civil del MERCOSUR Ampliado*, Buenos Aires, 14/marzo/2014, y II Conferencia Regional Humanitaria Sobre Migraciones Forzadas, Declaración de Bogotá, 14-15/7/2014.

Plan de Acción de México (2004).

*Coloquio sobre la Protección internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá*, Colombia, 1984, En: <http://bit.ly/2f5ACWv>.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984.

Recepción: 20/8/2017

Aceptación: 15/11/2017

PARTE IV  
DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS  
PERSONAS REFUGIADAS EN ARGENTINA



# LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA UNA DÉCADA DESPUÉS DE LA SANCIÓN DE LA LEY N° 26.165

Por MARÍA SOLEDAD FIGUEROA<sup>1</sup> y MARÍA JOSÉ MARCOGLIESE<sup>2</sup>

## Resumen:

*La Ley de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165, sancionada en noviembre de 2006, cristalizó buenas prácticas y estándares en los procedimientos de asilo que se venían desarrollando en la Argentina y brindó un nuevo marco jurídico institucional para la promoción y adopción de políticas públicas. Desde la sanción de la citada Ley, el sistema de asilo argentino fue considerado como una de los más sólidos en la región, aún a contramano de algunas tendencias globales actuales que se enfocan en la restricción y el control de los flujos migratorios. El presente artículo pretende hacer una síntesis de los avances que tuvieron lugar desde la sanción de la Ley, como la oportunidad de construir un sistema interinstitucional de asistencia y apoyo a la integración local de los refugiados, y la de ayudar a construir un ámbito de diálogo sobre cuestiones de protección internacional de refugiados y apátridas a nivel regional. A su vez, procura dar cuenta de los desafíos que enfrentó la CONARE, entre los que señalamos el aumento de los migrantes y refugiados intra y extra continentales que ingresaron al país en busca de protección, la mayor diversificación del desplazamiento, el incremento de solicitudes denominadas "manifiestamente infundadas o abusivas", cuestiones vinculadas a la trata de personas y al tráfico ilícito de migrante y casos de protección de niños, niñas y adolescentes que llegaron en busca de asilo no acompañados o separados de sus familiares.*

<sup>1</sup> Abogada con orientación en Derecho Internacional Público. Se desempeña como Asesora Jurídica de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina. Representante de este Ministerio ante la Comisión Nacional de Refugiados desde el año 2010. Docente de Derecho Internacional de los Refugiados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. E-mail: fim@mrecic.gov.ar.

<sup>2</sup> Licenciada en Sociología (UBA) y Magister en Políticas de Migraciones Internacionales (UBA). Se desempeñó como Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional para los Refugiados entre 2009 y 2017 y como Secretaria del entonces Comité de Elegibilidad para los Refugiados entre 2004 y 2009. Docente en temas de migraciones forzadas y protección internacional de los refugiados en la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) y el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH). Se desempeña actualmente como consultora para el ACNUR. E-mail: majomarcogliese@gmail.com.

**Palabras clave:**

*Argentina, Ley de Refugiados 26.165, Comisión Nacional de Refugiados, Procedimiento de determinación de la condición de refugiado, Protección de refugiados.*

THE PROTECTION OF REFUGEES IN ARGENTINA A DECADE  
AFTER LAW 26.165'S ADOPTION

**Abstract:**

*The General Law on Protection of Refugees N° 26.165, passed in November 2006, crystallized good practices in the asylum procedures which were being developed in Argentina, and provided a new institutional legal framework for the promotion and adoption of public policies. Since the adoption of the aforementioned Act, the Argentine asylum system has been considered one of the most solid in the region, even though it is counter to some current global trends that focus on the restriction and control of migratory flows. This article aims to summarize the progress that has taken place since the adoption of the Law, such as the opportunity to build an inter-institutional system of assistance and support for efficient local integration of refugees; and help to open a dialogue on issues of international protection of refugees and stateless persons at the regional level. At the same time, it seeks to account for the challenges faced by CONARE, among which could be mentioned the increase in the number of migrants and refugees, both intra- and extra-continental, who entered the country in search of protection, the greater diversification of displacement, the increasing of applications considered as "manifestly unfounded or abusive"; issues related to trafficking in persons and smuggling of migrants, and cases of protection of unaccompanied or separated children and adolescents asylum seekers.*

**Keywords:**

*Argentina, Refugee Act 26.165, National Refugee Commission, Refugee status determination procedure, Refugee protection.*

INTRODUCCIÓN

La Ley de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165 fue sancionada en noviembre de 2006. Para entonces, Argentina contaba ya con un órgano de determinación de la condición de refugiado, una vasta experiencia de años de decidir respecto del estatuto de quienes así lo solicitaban y un conjunto de normas que, aunque dispersas y de diferente rango, formaban un marco legal de altos estándares para brindar protección internacional a las personas desplazadas como consecuencia de la violencia, las persecuciones y las violaciones a

los derechos humanos. Sin embargo, claramente la sanción de la Ley significó un salto cualitativo de suma importancia.

En 2012, fuimos invitadas por la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) a escribir un artículo que analizara qué implicaba la norma de 2006 para el sistema de asilo argentino. Dicho artículo formó parte de una compilación de sumo interés para la protección de refugiados en la región, llamado “Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica”<sup>3</sup>.

Allí señalábamos que la Ley 26.165 significó la incorporación formal, en un mismo cuerpo normativo sobre protección de los refugiados y de los solicitantes de tal condición, de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados, cristalizó buenas prácticas y estándares en los procesos de asilo que se venían desarrollando y brindó un nuevo marco jurídico institucional para la promoción y adopción de políticas públicas.

Diez años transcurrieron desde la sanción de la citada Ley y ocho de gestión de la, por ella creada, Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE). En estos años, Argentina se consolidó como uno de los sistemas de asilo más sólidos en la región, aún a contramano de algunas tendencias globales actuales que se enfocan en la restricción y el control de los flujos migratorios. Pero el camino no ha sido sencillo.

Entre las conclusiones del artículo antes citado señalábamos que la región podía esperar un aumento de sus migrantes y refugiados intra y extra continentales, pero además una mayor diversificación del desplazamiento. Y creemos no habernos equivocado. En efecto, la complejidad de los desplazamientos en el mundo entero ha impactado en la labor cotidiana de la CONARE: concomitantemente con los países vecinos, Argentina vio crecer el número de solicitudes de asilo y la complejidad de los casos bajo análisis; vio incrementar también el número de solicitudes que se denominan “manifiestamente infundadas o abusivas”<sup>4</sup>; paralelamente debió enfrentar situaciones de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes; o la protección de los niños, niñas y adolescentes que llegaron en busca de asilo, no acompañados o separados de sus familiares.

<sup>3</sup> FIGUEROA, María Soledad - MARCOGLIESE, María José, “Avances normativos e institucionales en la protección de los refugiados en la República Argentina”, en LETTIERI, Martín (ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Lanús, Universidad Nacional de Lanús, 2012, disponible en [http://www.unla.edu.ar/documentos/centros/derechos\\_humanos/Proteccion%20Internacional%20de%20refugiados%20en%20el%20sur%20de%20sudamerica.pdf](http://www.unla.edu.ar/documentos/centros/derechos_humanos/Proteccion%20Internacional%20de%20refugiados%20en%20el%20sur%20de%20sudamerica.pdf).

<sup>4</sup> La Conclusión N° 30 del Comité Ejecutivo del ACNUR (EXCOM) describe las solicitudes “claramente abusivas” y “manifiestamente infundadas” como “aquellas que son claramente fraudulentas o que no guardan relación con los criterios para la concesión de la condición de refugiado establecidos en la Convención de 1951 ni con otro criterio que justifique la concesión de asilo”.

El trabajo de estos años también implicó enormes oportunidades, como la de construir un sistema interinstitucional de asistencia y apoyo a la integración local coordinado, articulado y eficiente o la de ayudar a construir un espacio de diálogo e intercambio sobre cuestiones de protección internacional de refugiados y apátridas a nivel regional.

El presente artículo pretende transmitir parte de esa experiencia.

### *1. PROCESO DE REGLAMENTACIÓN*

La Ley N° 26.165 establecía en su art. 59 un plazo de 60 días a partir de su promulgación para su reglamentación. No obstante, hasta el día de la fecha, permanece sin reglamentar.

Una de las primeras medidas luego de que la CONARE quedara formalmente constituida en junio de 2009 fue la creación en su seno de dos Subcomisiones de trabajo, una de ellas con mandato para trabajar en el proyecto de reglamentación. Sin perjuicio de ello, no fue hasta el 2011 que se estableció una agenda de trabajo y se comenzó con la labor.

En efecto, la Subcomisión para la reglamentación de la Ley, creada por Acta Resolutiva de fecha 27 de octubre de 2011, estuvo integrada por los representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Justicia y del Ministerio del Interior y Transporte, con el apoyo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Secretaría Ejecutiva de la CONARE. También participaron funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones, y un representante de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Cancillería para abordar cuestiones de su competencia específica vinculadas a los procedimientos de extradición y su relación con el principio de no devolución.

La Subcomisión se reunió periódicamente durante casi dos años para, primero, decidir qué artículos de la ley ameritaban ser reglamentados, y luego abocarse a trabajar sobre el fondo de los temas.

Sólo para citar algunas cuestiones que llevaron mayor análisis y discusión, señalamos las disposiciones del art. 3° de la Ley y la posibilidad o no de que las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado se presenten ante representaciones diplomáticas argentinas en el exterior, el alcance del concepto de "familia" para la aplicación del principio de "unidad familiar" del Capítulo II, lo referido a la vinculación del procedimiento de extradición y el de determinación del estatuto de refugiado cuando el requerido es un solicitante de tal condición, las cuestiones relacionadas con la eventual expulsión de un refugiado, entre otras.

También el proyecto de Decreto Reglamentario describe en detalle el procedimiento de cesación de la condición de refugiado, estableciendo que la adquisición de la nacionalidad argentina resulta una causal automática de cesación



a la vez que regula el procedimiento de cancelación y revocación de la condición de refugiado, entre otras cuestiones.

En ese marco, la experiencia de trabajo de tantos años del entonces Comité de Elegibilidad para Refugiados y de la CONARE misma ha brindado las herramientas necesarias para nutrir ese proyecto. En efecto, el hecho de que el proceso de reglamentación de la Ley se haya llevado a cabo por los propios miembros de la Comisión y funcionarios de su Secretaría Ejecutiva, que ya contaban con un vasto conocimiento en materia de protección de refugiados en general, y sobre todo un manejo muy fluido de cuestiones prácticas vinculadas al procedimiento de determinación de la condición de refugiado, permitió que el resultado del proceso haya sido un proyecto de decreto ágil y pragmático, que apunta a clarificar y dar respuestas concretas a varias disposiciones de la Ley.

En el contexto del proceso de reglamentación, la Subcomisión de Reglamentación sometió el proyecto de Decreto Reglamentario a un proceso consultivo con actores gubernamentales clave y organizaciones de la sociedad civil.

Participaron del proceso la Defensoría General de la Nación (DGN), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión de Apoyo a Refugiados y Migrantes (CAREF), la Asociación Hebrea de Ayuda al Inmigrante (HIAS), la Universidad de Lanús (UNLa) y el Instituto de Políticas de Migración y Asilo (IPMA). Finalmente, en reunión ordinaria de fecha 13 de agosto de 2013, la CONARE resolvió aprobar la versión consensuada del Proyecto de Decreto Reglamentario y lo sometió a consideración de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación.

Si bien por cuestiones formales el Proyecto de Decreto Reglamentario no ha sido dictado, el mismo resultará de suma utilidad en tanto, como señalamos antes, clarifica distintos aspectos del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado.

Sin perjuicio de lo anterior, la falta de reglamentación de la Ley no obstruye el trabajo cotidiano de la Comisión ni de su Secretaría Ejecutiva, ni la aplicación de altos estándares de protección en la materia.

## *2. DESAFÍOS QUE LA CONARE DEBIÓ ENFRENTAR*

### *2.1. Incremento de solicitudes en general, y de solicitudes manifiestamente infundadas, en particular*

Entre las conclusiones del artículo antes citado, señalábamos que la región podía esperar el aumento de sus migrantes y refugiados intra y extra continentales y una mayor complejización de los flujos migratorios compuestos por migrantes económicos, solicitantes del estatuto de refugiado, refugiados, víctimas de trata de personas y víctima de tráfico ilícito de migrantes, entre otros. Y la realidad actual no está muy lejos de ello.

En efecto, mientras que en 2006 —año de sanción de la Ley 26.165— se recibieron 400 solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado, en el año 2009, en que se constituyó formalmente la CONARE, el número aumentó a 763. Para dar cuenta del crecimiento de las solicitudes recibidas en nuestro país, basta señalar que durante el año 2016 la CONARE ha recibido 1920 solicitudes de estatuto de refugiado, número significativamente superior que el recibido en años anteriores. Si bien las solicitudes proceden de nacionales de los más diversos países, es dable destacar el aumento de las solicitudes efectuadas por nacionales de ciertos países que, al no contar con la posibilidad de regularizar su situación migratoria por la vía ordinaria, ya sea por no cumplir con los criterios establecidos en la Ley 25.871 o por haber ingresado de forma irregular al territorio nacional, deciden acudir al sistema de asilo como medida alternativa.

En efecto, tal como hemos mencionado previamente, la protección de los refugiados en nuestro país se rige, entre otras, por las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, tanto el derecho a peticionar, en general, como el derecho de asilo en particular, están regulados en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, e incluso algunos gozan de jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Es por ello que, aún cuando el solicitante manifieste en su presentación que ha salido de su país por motivos económicos u otras cuestiones ajenas a la Convención de 1951, no puede impedírsele el derecho a presentar su solicitud. Desde el momento en que una persona formaliza su presentación ante la Secretaría Ejecutiva, obtiene su regularidad migratoria a través de la emisión de un documento provisorio que le permite permanecer legalmente en el territorio nacional, desempeñar tareas remuneradas y acceder a los servicios y beneficios básicos sociales, de salud y educación, en los términos del art. 51 de la Ley 26.165. Dicho documento es renovable hasta que recaiga resolución firme sobre la solicitud.

La referencia a "resolución firme" del artículo precedente, nuevamente bajo el esquema de protección del derecho internacional de los derechos humanos, implica el derecho de revisión de la resolución administrativa en sede judicial, mientras lo cual la persona sigue siendo considerada un solicitante de la condición de refugiado, amparada contra la "no devolución", a la vez que mantiene su regularidad migratoria en el país.

Es por ello que, sumado a la gratuidad del trámite, resulta tan atractivo acudir al procedimiento de asilo establecido en la Ley 26.165, resultando difícil limitar el abuso del sistema sin restringir garantías del debido proceso. A raíz de ello, a efectos de proteger la institución del asilo, con miras a resguardar los derechos de los refugiados de buena fe, y optimizar los recursos humanos de la Secretaría Ejecutiva de la CONARE —que muchas veces se veía mayormente abocada al procesamiento de una gran cantidad de solicitudes abusivas— es que la Comisión, con el asesoramiento técnico de la Oficina Legal Regional del

ACNUR, estableció oportunamente un procedimiento sumario, para peticiones tanto manifiestamente infundadas o abusivas, como para aquellas manifiestamente fundadas, el cual procura la celeridad en la resolución de los casos analizados bajo dicho procedimiento.

Su objetivo primordial ha sido desalentar la presentación de solicitudes abusivas, y priorizar la rápida resolución de los casos manifiestamente fundados, los cuales en la mayoría de los casos poseen necesidades urgentes de protección. Sin perjuicio de ello, desde la puesta en marcha del procedimiento sumario el número de solicitudes manifiestamente infundadas no ha disminuido, por lo que podemos afirmar que no ha cumplido cabalmente con el propósito buscado.

Entendemos que éste constituye uno de los principales desafíos a los que se enfrenta actualmente la CONARE, al igual que sus pares en la región, que deben poder brindar respuesta a este fenómeno en el contexto de un sistema de protección de refugiados basado en una perspectiva de derechos humanos.

## *2.2. Situaciones de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes*

Una segunda situación que la CONARE debió enfrentar, vinculada a la presencia creciente de solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas, fue la formulación de pedidos por parte de personas víctimas de trata y objeto de tráfico ilícito de migrantes.

Ya desde el último trimestre de 2008 comenzaron a presentarse pedidos de estatuto de refugiado de personas de nacionalidad dominicana, mayoritariamente mujeres. En ellas se advirtieron patrones recurrentes de irregularidades en cuanto a los preparativos para la salida del país y su permanencia en el territorio. Sin embargo, no surgía manifiestamente del relato de los hechos que hubiera habido una situación de captación, traslado y explotación.

Por el contrario, el relato, llamativamente reiterado por todas y cada una de las solicitantes, planteaba una supuesta persecución política, aunque con serias deficiencias de credibilidad, que indicaban una instrucción previa impartida a la persona para actuar y decir determinadas cosas.

Para entonces, los nacionales dominicanos no requerían visado para ingresar a la Argentina, lo cual facilitaba su movilidad, por lo que ingresaban generalmente en calidad de turistas (permanencia autorizada por 90 días prorrogables) por el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, no habiéndose advertido situaciones de posible tráfico o trata de personas. Sin embargo se detectaron casos en los que las solicitantes expresaron haber pagado importantes sumas de dinero a un tercero para gestionar el viaje, siendo engañados con promesas de trabajo luego incumplidas al llegar, o viajes hacia destinos europeos que no se concretaban.

Por otra parte, se sucedían también las coincidencias en cuanto al perfil socioeconómico y las características sociodemográficas de las mujeres que se presentaban (jóvenes, madres, con perfil urbano); el hecho de que en muchos

casos contraían deudas para financiar el viaje dejando familia e hijos atrás; las reiteraciones en el domicilio constituido en el marco del procedimiento; el hecho de que muchas de ellas se trasladaban al interior del país, particularmente a ciudades o pueblos pequeños de la región patagónica; y que acudían a solicitar asilo en general al poco tiempo de haber ingresado contando siempre con alguien conocido que facilitaba alojamiento y traslados al ingresar.

Ante la presencia de una hipótesis delictiva, la CONARE dio cumplimiento con la obligación de denunciar con sujeción al art. 177 del Código Procesal Penal así como al deber impuesto por la Ley Marco de Empleo Público (art. 23 Inc. h). Es por ello que, en febrero de 2009 se libró nota a la entonces Unidad Fiscal para Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE), quien inició una investigación preliminar, bajo el N° 35/09. Así, la Secretaría de la CONARE aportó información y colaboró en la investigación que posteriormente fuera judicializada, caratulándose como "Vásquez, William (y otros) s/ infracción art. 145 bis, 1° párrafo", que tramitara en el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2, Secretaría N° 3, y que derivara en condenas por el delito de trata de personas.

Desde el punto de vista estricto de la determinación de la condición de refugiado, las solicitudes no tenían elementos que permitieran pensar que las personas reunían las condiciones para ser consideradas refugiadas. En muy pocas oportunidades, solicitantes —mujeres exclusivamente— manifestaron con claridad que su solicitud de protección se fundaba en haber sido engañadas y forzadas a prostituirse y presentar temores de regresar a su país. En tales circunstancias, se realizó un análisis exhaustivo respecto de la existencia o inexistencia de protección estatal para mitigar dichos riesgos, en los términos de la definición clásica de refugiado.

Sin embargo, más allá de la estricta determinación del estatuto, las situaciones supusieron un desafío en términos de protección. La Secretaría Ejecutiva adoptó entonces medidas específicas adecuadas al tipo de caso, por un lado tendientes a poder identificar posibles víctimas de trata o tráfico, y por otra parte, sensibles a la cuestión de género que se planteaba, comenzando por consultar a las solicitantes sobre la posibilidad de ser entrevistadas por funcionarios de sexo masculino o femenino según su preferencia. Asimismo, se trabajó conjuntamente con el ACNUR para mejorar y complementar la información a brindar a los/las solicitantes en el ámbito de la entrevista, realizándose un tríptico con información relevante, conteniendo los datos de todas las instancias del estado y la sociedad civil en condiciones de brindar asistencia en distintos aspectos: realizar denuncias, solicitar asistencia jurídica, laboral, etc.

Por otra parte, crecientemente también, la CONARE comenzó a advertir la existencia de otro tipo de solicitudes abusivas: las formuladas por personas que ingresaban en forma irregular al territorio y solicitaban estatuto de refugiado, no por fundados temores de persecución, sino como estrategia para regularizar su permanencia en el país, que de otra forma no sería posible.

Particularmente, esta situación cobró mayor visibilidad con los casos de ciudadanos senegaleses, cuyas solicitudes, además, resultaban infundadas. Nuevamente, de los relatos, la Secretaría advirtió patrones recurrentes e irregularidades respecto de la forma y condiciones del ingreso al territorio nacional.

En un principio, los ingresos al territorio nacional se producían desde Brasil, eludiendo el control migratorio correspondiente. Los extranjeros manifestaban haber ingresado al país con la asistencia o los servicios de terceros, sin someterse a ningún control de frontera, sin siquiera identificarse, e inclusive declaraban haber pagado por el cruce o por el transporte. Posteriormente, esta situación se repetiría a través de la frontera con Bolivia e incluso Paraguay.

Dado que las circunstancias que rodeaban el ingreso permitían identificar la posible comisión, en muchos de los casos, de delitos que involucraban acciones penalmente tipificadas, se realizó la correspondiente denuncia ante la justicia conforme el Capítulo VI de la Ley 25.871 que tipifica los delitos al orden migratorio, como el tráfico ilegal de personas.

### *2.3. La protección de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familiares*

Otra cuestión que supuso un desafío fue la de los niños y niñas no acompañados en busca de asilo. Históricamente, Argentina recibió un número bajo de solicitudes de asilo formuladas por niñ@s no acompañados o separados de sus familias. En promedio, una veintena de solicitudes al año. Fundamentalmente, se trató siempre de adolescentes de origen africano que, o bien llegaban en buques cargueros como polizones y eran desembarcados por las autoridades ante su petición, o bien se presentaban espontáneamente a solicitar, alegando haber ingresado de forma irregular como polizones o eludiendo controles migratorios terrestres.

Cuando se conformó la CONARE, en el marco del proyecto de fortalecimiento institucional de su Secretaría Ejecutiva, se comenzó con un proceso de elaboración de un protocolo de actuación para el caso de solicitudes formuladas por niñ@s no acompañados o separados.

El *Protocolo para la Protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo* fue elaborado por un Grupo de Trabajo coordinado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados del cual formaron parte la Secretaría Ejecutiva de la CONARE, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), la Defensoría General de la Nación (DGN), la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), y organizaciones internacionales y no gubernamentales afines, como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Fundación Comisión Católica para las Migraciones (FCCAM) y la Fundación Migrantes y Refugiados Argentina (MyRAR).

El Protocolo es un mecanismo coordinado de intervención y respuesta para satisfacer las necesidades de protección y cuidado de los niños no acompañados o separados de sus familias que buscan protección internacional en el país, y tiende a definir los roles y responsabilidades de los distintos actores involucrados, desde el momento de la identificación en el primer contacto hasta la búsqueda de una solución duradera.

El Protocolo se divide en cuatro partes. La Parte Preliminar se refiere a los alcances, régimen legal, principios y criterios aplicables a aquel, así como al mandato, misión o competencia de los actores responsables de su implementación.

La Primera Parte se refiere a las medidas iniciales de protección y cuidado, así como a la implementación de un procedimiento especial para la determinación de sus necesidades de protección internacional.

La Segunda Parte incluye los aspectos vinculados a la implementación de un procedimiento formal para la determinación del interés superior de los niños no acompañados o separados de sus familias, cuyas necesidades de protección internacional hayan sido establecidas. Además se refiere a la búsqueda e implementación de soluciones duraderas para su situación.

Finalmente, la Tercera Parte aborda aspectos referidos a la elaboración de una estrategia de implementación del Protocolo. En particular, a la capacitación, concientización y sensibilización de los distintos actores vinculados al trabajo de asistencia, protección y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados; a la actualización de diagnósticos participativos sobre su situación en el país y el planeamiento participativo para el diseño de la estrategia y proyectos de protección que puedan cubrir las brechas o vacíos existentes.

### *3. AVANCES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS Y DE LOS SOLICITANTES DE TAL CONDICIÓN*

#### *3.1. Avances en los criterios interpretativos de la definición de refugiado*

En la introducción dábamos cuenta de la complejización creciente del escenario del desplazamiento y la protección internacional. Una complejización que no sólo se evidencia en la existencia de un mayor número de solicitudes o de solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas, sino también en la naturaleza cambiante de las circunstancias que dan lugar a los desplazamientos.

La Ley establece en su art. 1° que la protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina. Asimismo, que sus disposiciones y alcances serán interpretadas y aplicadas de acuerdo a los principios y normas de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional de los refugiados (art. 57).

Argentina históricamente ha considerado la persecución por agentes no estatales en la determinación de la condición de refugiado en la medida en que



se concluyera que el Estado era incapaz o renuente a brindarle protección a la persona, frente a esa persecución, por alguno de los motivos convencionales. El concepto de persecución fue interpretado por la CONARE de forma progresiva, consecuente con los instrumentos de derechos humanos, y dando cabida en dicho concepto a formas nuevas de violaciones a los derechos humanos.

En particular, y en atención a la brevedad que supone el presente artículo, hemos de mencionar dos cuestiones particularmente relevantes: la consideración de nuevas y cambiantes formas de persecución por parte de actores no gubernamentales como las pandillas organizadas, o la persecución por motivos de género.

Con respecto a la primera de las situaciones, cabe mencionar el reconocimiento que se ha hecho en determinadas circunstancias de la persecución por parte de las maras (pandillas) centroamericanas.

A modo de ejemplo, siguiendo la Nota de Orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas (ACNUR, 2010) la CONARE ha resuelto reconocer como refugiado a una solicitante respecto de quien entendió que pertenecía al grupo social de "personas percibidas por una pandilla como infractoras de sus normas o que se resisten a su autoridad": negarse a participar en actividades de la pandilla o unirse a la pandilla; negarse a pagar las extorsiones; usar ciertas prendas de vestir, tatuajes u otros símbolos. Asimismo, consideró que "expresar objeciones a las actividades de las bandas puede ser considerado como equivalente a una opinión crítica de los métodos y las políticas de control y, por lo tanto, constituir una 'opinión política' en el sentido de la definición".

Asimismo, en casos recientes, la CONARE consideró, aún en el marco del contexto del Acuerdo de Paz en Colombia, que existió persecución por parte de las llamadas "bandas criminales", frente a las cuales las autoridades eran incapaces o renuentes a brindar protección.

En lo que respecta a la persecución por motivos de género, es preciso mencionar la consideración de una discriminación severa como particularmente equiparable a persecución, como por ejemplo casos en los que, probadamente, los solicitantes fueron despedidos de su trabajo alegando como causa su condición sexual, y viéndose impedidos posteriormente de acceder nuevamente a un puesto laboral.

Por otro lado, la existencia de formas de persecución quizá no tradicionales, como por ejemplo: el matrimonio forzado; la trata de personas como forma de persecución por motivos de género; la violencia doméstica; o el riesgo de mutilación genital femenina.

### *3.2. Acuerdo de Cooperación entre la CONARE, la Defensoría General de la Nación y el ACNUR*

Como muestra de uno de los grandes avances en materia de protección, en el mes de agosto de 2011, se suscribió un Acuerdo Marco de Cooperación



recíproca entre la CONARE, la Defensoría General de la Nación (DGN) y el ACNUR.

El objetivo del Acuerdo fue promover la cooperación interinstitucional con miras a garantizar la plena y efectiva implementación de las normas, principios y criterios de la Ley 26.165, en especial, el derecho de los refugiados y solicitantes de tal condición a una tutela administrativa y judicial efectiva de sus derechos fundamentales en todas las instancias del procedimiento.

En ese sentido, el Acuerdo procura asegurar el derecho de los solicitantes de asilo y refugiados a contar con una defensa legal técnica efectiva, en el marco del procedimiento de determinación de la condición de refugiado, promover la realización de actividades de formación y capacitación, así como trabajar en forma conjunta para combatir la xenofobia, discriminación y estigmatización, en todas sus formas, a través de campañas de información pública y sensibilización dirigidas a la sociedad y de la provisión de información adecuada a los refugiados acerca de sus derechos.

En este contexto, por Resolución 1055/2011 de la Defensora General de la Nación, se creó en el ámbito de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio, el "Programa de Asesoramiento y Representación Legal para personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado".

A raíz de la puesta en marcha del citado Programa, todas las personas que se presentan ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE a formalizar su solicitud del estatuto de refugiado deben ser informadas sobre su derecho a recibir asesoramiento de los funcionarios de la Defensoría General, durante todas las etapas del procedimiento.

Finalmente, es menester señalar que el mencionado Acuerdo de Cooperación ha sido señalado en numerosas oportunidades como un ejemplo de buena práctica en materia de protección a refugiados y solicitantes de tal condición en la región.

### *3.3. Iniciativa de Control de calidad*

En el año 2013, la CONARE y la Oficina Regional del ACNUR firmaron un Acuerdo de Cooperación para el desarrollo e implementación de la mencionada iniciativa, cuyos objetivos principales se centran en reforzar las capacidades de las autoridades en el procesamiento, examen y toma de decisiones sobre las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado en todas las instancias; asegurar la identificación de las necesidades específicas de protección de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad y definir y establecer mecanismos de revisión interna que de una manera efectiva y sostenible permitan mantener altos estándares de decisión de una forma regular y objetiva.

Estos procesos buscan consolidar y mantener los altos estándares de calidad en la gestión de los procesos.

*3.4. Otras medidas de protección: las víctimas de los desastres naturales y otras situaciones atendibles desde el punto de vista humanitario. Los casos de la República de Haití y la República Árabe de Siria*

La CONARE también ha tenido que intervenir en situaciones vinculadas al desplazamiento de personas a raíz de desastres naturales y otras crisis humanitarias. En efecto, luego del terremoto del año 2010 miles de haitianos decidieron emigrar, dirigiéndose a América del Sur, en particular a Brasil y en menor medida a la Argentina. Si bien el verse forzado a dejar su país a causa de la apremiante situación humanitaria posterior al terremoto no constituye per se un motivo para ser reconocido como refugiado conforme las definiciones contenidas en la normativa nacional e internacional, la CONARE ha resuelto en muchos casos denegar la condición de refugiado pero recomendar a la Dirección Nacional de Migraciones el otorgamiento de una residencia por razones humanitarias que les permita a los nacionales haitianos permanecer en nuestro país mientras perdure la crisis.

Posteriormente, en el mes marzo de 2017, la Dirección Nacional de Migraciones emitió la Disposición DNM N° 1143/2017 por medio de la cual se establece un mecanismo especial para facilitar la regularización migratoria por razones humanitarias de extranjeros de nacionalidad haitiana por un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la citada disposición, garantizándose asimismo la gratuidad del trámite de radicación.

Este régimen especial posibilita la concesión de una residencia temporaria por 2 años, en el marco de lo normado por el art. 23 m) de la Ley 25.871 y su Decreto Reglamentario N° 616/2010, a los nacionales provenientes de la República de Haití, titulares de pasaporte ordinario, que habiendo ingresado a nuestro país en calidad de turistas antes del 1 de marzo de 2017, no pudieran encuadrar en alguno de los demás criterios establecidos en la Ley de Migraciones para acceder a una residencia temporaria.

Entre los considerandos de la Disposición se señala que, a pesar de los esfuerzos de asistencia humanitaria y la solidaridad internacionales, el proceso de reconstrucción del país ha sido difícil y lento y se tiene en cuenta también el llamamiento a los gobiernos efectuado en el 2011 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), de suspender las repatriaciones involuntarias de haitianos, por razones humanitarias y, asimismo, para que renueven también por razones humanitarias los permisos de residencia y otros mecanismos que hubieran permitido a los haitianos permanecer en el exterior.

Por otra parte, a partir del año 2012, como consecuencia del conflicto en la República Árabe Siria, se desató una crisis humanitaria sin precedente, la cual ha causado el desplazamiento de millones de personas en búsqueda de protección y seguridad.

Según cifras del ACNUR, hacia enero de 2016 había alrededor de 4,8 millones de refugiados sirios en los países vecinos, cuya capacidad de acogida se vio desbordada, lo que ha llevado a que miles de personas intenten llegar a Europa y a otros países, incluso arriesgando sus vidas.

Es en ese contexto que desde la CONARE se decidió que las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de nacionales sirios sean tramitadas bajo el mencionado procedimiento sumario, por considerárselas manifiestamente fundadas, dada la situación objetiva que se vive en aquel país. Esto ha permitido que la resolución de los casos y la documentación del refugiado sean más expeditas, facilitándose así su integración en nuestro país. Asimismo, es importante destacar que la CONARE, conforme la normativa vigente, garantiza el derecho a la reunificación de los refugiados con sus familiares que se encuentran fuera de la Argentina, reconociéndose también a ellos el estatuto de refugiado, a diferencia de muchos países europeos que se encuentran restringiendo el derecho a la reunificación familiar de los refugiados.

Si bien la CONARE no ha tenido participación directa en ello, es importante mencionar la puesta en marcha del Programa Especial de Visado Humanitario para Extranjeros afectados por el conflicto de la República Árabe Siria, o "Programa Siria", el cual fue aprobado a través de la Disposición 3915/2014 de la Dirección Nacional de Migraciones.

El Programa Siria tiene por objeto el establecimiento de un régimen especial para la facilitación del ingreso a la República Argentina, mediante la tramitación de permisos de ingreso y visados por razones humanitarias, de extranjeros afectados por el conflicto armado de Siria, incluyendo a personas de nacionalidad siria y sus familiares, y a aquellas de nacionalidad palestina residentes habituales o que hubieran residido en Siria y recibido asistencia por parte de la UNRWA. Al ingresar, el beneficiario del Programa obtiene un DNI para extranjeros y una residencia temporaria de dos años, prorrogable por un año más, luego de lo cual podrá acceder a una residencia permanente. Durante tal período, el beneficiario goza de los mismos derechos civiles, sociales y económicos que un argentino.

El citado Programa fue prorrogado en 2015 y posteriormente en 2016, en tanto se verificaba lo establecido en la norma en el sentido de que el programa podría ser prorrogado a criterio de la autoridad migratoria, mientras persista la situación de conflicto armado y emergencia humanitaria prevaleciente en Siria".

Además de prorrogar su vigencia, las nuevas Disposiciones emitidas por la Dirección Nacional de Migraciones también han establecido facilidades vinculadas a la simplificación de ciertos requisitos, para reforzar su sentido humanitario. En efecto, ya no se exige que el "llamante" o "requirente" acredite ser

familiar o tener un lazo de afinidad con el beneficiario, abriendo otras posibilidades que exceden el marco de los vínculos anteriormente exigidos, y habilita la tramitación del visado desde cualquier representación consular argentina, sin limitación geográfica. Asimismo, se establece la posibilidad de que las instituciones y organizaciones interesadas puedan avalar como garantes el compromiso de los llamantes de manutención, alojamiento y acompañamiento.

Por su parte, el Programa permite que los organismos internacionales con presencia en las zonas del conflicto, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) o el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) puedan acordar con las autoridades mecanismos específicos para requerir el visado humanitario para personas afectadas por el conflicto.

En ese marco, mediante el Decreto Presidencial 1034/2016 se resolvió la creación del "Gabinete Nacional del Programa Siria", en la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con la finalidad de establecer las directrices generales para la recepción humanitaria de personas desplazadas forzosamente como consecuencia del conflicto en ese país, y proponer acciones interministeriales en materia de integración social de quienes arriben a la Argentina, por los distintos mecanismos de admisión humanitaria disponibles.

Si bien a las personas que ingresan bajo el Programa Siria la CONARE no les reconoce automáticamente el estatuto de refugiado, nada obsta a que puedan solicitar su reconocimiento, si así lo consideran, una vez que ingresan al país.

Finalmente, con miras a fortalecer los esquemas de integración de las personas sirias en la Argentina, la CONARE participó activamente del desarrollo de una investigación sobre la situación tanto de los beneficiarios del Programa Siria como de los refugiados reconocidos por la CONARE. El citado estudio contó con la participación de funcionarios de la Organización Internacional para las Migraciones (que también financió el proyecto), del ACNUR, y de la Dirección Nacional de Población del Ministerio del Interior. En ese contexto, se realizaron entrevistas a personas sirias residentes en distintas zonas del país.

### *3.5. La cuestión de la apatridia*

Si bien en nuestro país no existe un número significativo de personas apátridas que buscan su reconocimiento como tal y la consecuente protección en nuestro país, el hecho de contar con un sistema sólido en materia de protección a solicitantes de asilo y refugiados, ha permitido que la CONARE pueda abocarse a la cuestión de los apátridas, aún sin contar a priori con competencia específica para ello. En efecto, la cuestión de la apatridia no resultaba prioritaria para la República Argentina y, si bien se había ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, no se había hecho lo propio con la Convención para Reducir los casos de Apatridia, adoptada en Nueva York en 1961.

En el año 2011, el tema adquiere un nuevo impulso en el marco de la celebración de los aniversarios de las Convenciones de 1961 tanto sobre Refugiados como Apátridas. Ello así, en diciembre de 2011 tuvo lugar en Ginebra una reunión de Alto Nivel en donde los Estados, entre ellos la República Argentina, fueron llamados a efectuar compromisos voluntarios vinculados a diferentes temas de competencia del citado organismo.

Posteriormente, en seguimiento a lo acordado en la Declaración y Plan de Acción de Brasil, adoptados como corolario del Proceso conmemorativo del 30 Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, los Estados se comprometieron a proteger a las personas apátridas, y a dar seguimiento al Programa sobre Erradicación de la Apatridia, que recomienda el establecimiento de procedimientos efectivos para determinar la condición de apátrida y facilitar la naturalización. Es en este marco que la CONARE se abocó a la elaboración de un proyecto de Ley General de Reconocimiento y Protección de las Personas Apátridas.

El mencionado proyecto, que se encuentra actualmente a consideración del Honorable Congreso de la Nación, sigue un "proyecto modelo" elaborado por el ACNUR, y dispone, de manera análoga a la Ley de Refugiados, que la protección de las personas apátridas se regirá también por las disposiciones del derecho internacional, particularmente de los derechos humanos aplicables en la Argentina. Asimismo, establece los principios de no discriminación, no sanción por ingreso o permanencia irregular, no expulsión y unidad familiar.

Por su parte, asegurando a las personas apátridas y solicitantes del reconocimiento de tal condición el disfrute más amplio posible de sus derechos humanos, el proyecto de ley regula el procedimiento de determinación de dicho estatuto, así como las cuestiones vinculadas a la protección, asistencia y otorgamiento de facilidades para la naturalización de las personas apátridas que no sean refugiadas. En ese caso, si además de apátrida la persona es refugiada conforme la definición de la Convención de 1951, su condición jurídica se regirá por las disposiciones de la Ley 26.165.

Finalmente, siguiendo las recomendaciones del Plan de Acción de Brasil, el proyecto de ley establece que la CONARE sea el organismo encargado de para determinar la condición de apátrida.

### *3.6. La cooperación regional: el espacio de diálogo de las CONAREs del MERCOSUR*

Al analizar lo actuado en los diez años posteriores a la sanción de la Ley N° 26.165 y los ocho años de funcionamiento de la CONARE, es imprescindible hacer mención también a la participación que Argentina ha tenido en el ámbito del MERCOSUR y en el inicio de un interesante proceso de construcción de una política armonizada en temas de protección internacional en la región.

En la XXXVI Reunión llevada a cabo en Florianópolis en junio de 2015, los Ministros del Interior y Seguridad de los Estados Parte del MERCOSUR y Asociados aprobaron la creación de la Reunión de Comités Nacionales para Refugiados o equivalentes de los Estados Parte del MERCOSUR y Países Asociados (MERCOSUL/RMI/ATA N° 01/15). Entre los considerandos, los Ministros resaltaron la generosa tradición y el marco normativo del MERCOSUR en materia de protección de refugiados.

Fue la institucionalización de un proceso comenzado ya hacía más de tres años en el que los funcionarios abocados a un tema, quizás invisibilizado en la región pero particularmente candente en las agendas de los Estados a nivel global, intentaron, mediante un enfoque regional, garantizar el respeto por los compromisos asumidos y elevar los estándares de protección.

Una serie de factores confluyeron para que se hiciera realidad el establecimiento de un espacio de diálogo, intercambio de información y cooperación en materia de protección de refugiados en este momento.

Algunos de estos factores se vinculan a un contexto global en materia de desplazamiento forzado que lleva a los Estados —incluidos aquellos en los que el impacto del desplazamiento no es particularmente relevante— a replantear sus estrategias en materia de protección y su agenda internacional en materia de cooperación, con miras a fortalecer su capacidad de respuesta frente a posibles incrementos en los flujos de refugiados y solicitantes de asilo. Otros factores se vinculan al impulso que la protección de refugiados en la región ha tenido por parte de la comunidad internacional, a través del ACNUR, y los estándares de protección para la región derivados de las decisiones y resoluciones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Pero sobre todo, la creación de este espacio se vincula a la clara decisión política del MERCOSUR como bloque de transformarse en un espacio de protección.

En el marco del Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR comienza ya en 2009 a surgir la iniciativa de realizar reuniones de autoridades en materia de asilo de forma independiente. Motorizados por Argentina y Brasil, se realizó en la ciudad de Fortaleza, bajo la Presidencia Pro Tempore del MERCOSUR de Brasil en 2012, la primera reunión de Presidentes de CONARE, de la que surgió la "Declaración de Principios del MERCOSUR sobre Protección Internacional de los refugiados" (en adelante la Declaración de Fortaleza de 2012).

La Declaración de Fortaleza se enmarca explícitamente en la voluntad de los Estados de armonizar sus legislaciones en temas pertinentes a fin de fortalecer el proceso de integración regional y parte de reconocer al bloque regional como un espacio de protección de refugiados, remarcando valores de solidaridad, diversidad, convivencia armónica, entre otros.

A la reunión de Fortaleza le siguieron otras en Montevideo, Buenos Aires (coincidente con el proceso consultivo llamado Cartagena +30), Brasilia y Florianópolis, donde se elevó a consideración de los Ministros la creación de la Reunión, sus objetivos y agenda de trabajo y proyecto de reglamentación interna.



Desde entonces, las CONAREs del MERCOSUR se han estado reuniendo periódicamente, siguiendo su Plan de trabajo sobre la base de varios ejes, determinándose actividades concretas de corto, mediano y largo plazo, enmarcadas mayormente en el PAB. Estos ejes abarcan la capacitación, soluciones duraderas, apatridia, intercambio de información y cooperación regional. Entre los proyectos trabajados, destacan las actividades de capacitación para funcionarios migratorios del MERCOSUR en materia de protección de refugiados, los lineamientos para el intercambio de información, la elaboración de indicadores comunes para el seguimiento de los programas contemplados en el Plan de Acción de Brasil y los avances en procurar la movilidad de las personas refugiadas entre los países de la región conforme los acuerdos migratorios vigentes del MERCOSUR, con las debidas salvaguardas de protección.

Si bien se reconoce la importancia de este espacio de intercambio de experiencias e información, es preciso que en lo sucesivo se transforme en un espacio de construcción para justificar su existencia. Y en eso, la Reunión de CONAREs tiene una enorme oportunidad. Es claro que los Estados de la región no pretenden construir un sistema de asilo común al estilo europeo sino, por el contrario, construir un espacio humanitario. Y para eso, es preciso el establecimiento de lineamientos y pautas de trabajo armonizadas que permitan consolidar un espacio de altos estándares, establecer políticas comunes de la región en los foros internacionales y de los que surjan ideas innovadoras respecto de la protección.

#### *4. DESAFÍOS FUTUROS*

De manera progresiva, Argentina ha ido mejorando sus estándares en materia de protección internacional de refugiados. La sanción de la Ley N° 26.165 supuso sin duda un salto de calidad en este proceso, ya que abarcó otros aspectos relativos a la protección que previo a ella no eran asumidos por el Estado.

El respeto irrestricto por las garantías del debido proceso es uno de sus mayores logros. Sin embargo, ha sido inevitable presenciar un abuso de un sistema basado en la buena fe e ideado para brindar protección a personas que lo necesitaban.

En este mismo contexto, la vigencia de un sistema de asilo altamente garantista, tampoco ha permitido encontrar suficientes respuesta a las razonables y legítimas preocupaciones en materia de seguridad, vinculadas a la temática del desplazamiento internacional de personas.

En paralelo a esta política de asilo garantista, a principio de 2017 entró en vigor el Decreto 70/2017, el cual recibió varios cuestionamientos que señalaban que resultaba regresivo en materia de protección de derechos de los migrantes. Sin perjuicio de ello, y sin emitir un juicio de valor sobre el Decreto, podemos afirmar que en este caso, la nueva normativa migratoria no ha afectado los altos



estándares en materia de protección a los refugiados y solicitantes de tal condición.

A futuro, el gran desafío que enfrenta la CONARE, así como todos los sistemas de asilo de la región, es el de mantener en alto la bandera de la protección internacional y el instituto del asilo, a través de un sistema eficiente que, a su vez, permita limitar, ya sea la utilización indebida por parte de personas que, aun motivadas por situaciones humanamente atendibles como la voluntad de buscar mejores oportunidades laborales o de calidad de vida, no requieren protección internacional.

Enfrentar la utilización indebida o abusiva del sistema, manteniendo las garantías que siempre se le han reconocido al sistema de asilo argentino, requiere esfuerzos por parte del Estado en dotar a la CONARE y a su Secretaría de recursos, humanos y materiales, pero a su vez, de buscar alternativas innovadoras.

Por un lado, es preciso mejorar la eficiencia del sistema, para que pueda brindar respuestas más ágiles pero igualmente justas. La mencionada iniciativa de calidad puede ser una herramienta muy útil.

Por el otro, es preciso idear respuestas creativas frente a las solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas, así como a los problemas de seguridad que podrían existir, evitando reproducir esquemas utilizados en otras partes del mundo para limitar el acceso a los procedimientos de asilo, tales como el establecimiento de plazos exigüos para formalizar las solicitudes, el establecimiento de procedimientos de inadmisibilidad, listado de países seguros, o mecanismos regionales complejos para determinar cuál es el Estado responsable de analizar cada solicitud.

En este contexto, entendemos que es posible mantener estos altos estándares en la medida en que se respeten las disposiciones de la Ley, que pone al derecho internacional de los derechos humanos como eje de la protección de los refugiados y solicitantes de tal condición.

## BIBLIOGRAFÍA

### *Documentos e instrumentos internacionales:*

Acuerdo de Cooperación entre la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), la Defensoría General de la Nación (DGN) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). [http://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1396633823res%20DGN%201260\\_2011.PDF](http://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1396633823res%20DGN%201260_2011.PDF).

Protocolo para la Protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo (2011) elaborado por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), la Defensoría General de la Nación (DGN), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Secretaría de

- Niñez, Adolescencia y familia (SENNNAF) y otros. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/12/AnexoI.pdf>.
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, en 1954. <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9610>.
- Convención para Reducir los casos de apatridia, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, en 1961. <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0007>.
- Declaración de Principios del MERCOSUR sobre Protección Internacional de los refugiados, adoptada en Fortaleza, Brasil, en 2012.
- Acta N° 1/2015 de la Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, celebrada en Florianópolis en junio de 2015 (MERCOSUL/RMI/ATA N° 01/15). <http://gd.mercosur.int/SAM/GestDoc/pubweb.nsf/Reunion?OpenAgent&lang=ESP&id=5B68BDBF7C69C11883257E75005D5371&id2=52CFCEEAF1EA050B032573ED005E49E8>.

#### *Normativa:*

- Ley de Migraciones N° 25.871 y su Decreto Reglamentario N° 616/2010.
- Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165.
- Resolución N° 1055/2011 de la Defensora General de la Nación.
- Disposición DNM N° 1143/2017 de la Dirección Nacional de Migraciones.
- Disposición DNM N° 3915/2014 de la Dirección Nacional de Migraciones.

#### *Bibliografía:*

- ACNUR, Nota de Orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas (ACNUR, 2010).
- FIGUEROA, María Soledad - MARCOGLIESE, María José, “Avances normativos e institucionales en la protección de los refugiados en la República Argentina”, en LETTIERI, Martín (ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Lanús, UnLa, 2012.
- [http://www.unla.edu.ar/documentos/centros/derechos\\_humanos/Proteccion%20Internacional%20de%20refugiados%20en%20el%20sur%20de%20sudamerica.pdf](http://www.unla.edu.ar/documentos/centros/derechos_humanos/Proteccion%20Internacional%20de%20refugiados%20en%20el%20sur%20de%20sudamerica.pdf).

Recepción: 14/8/2017

Aceptación: 15/11/2017

## PROTECCIÓN INTERNACIONAL E INTEGRACIÓN LOCAL EN ARGENTINA HOY. CONTRASTES ENTRE LOS PROGRAMAS DE VISADOS HUMANITARIOS Y EL SISTEMA DE ASILO

Por NICOLÁS B. FIGARI COSTA<sup>1</sup> y ANA PAULA PENCHASZADEH<sup>2</sup>

*“Estás limpiando las cenizas  
De nuestro breve carnaval  
Ya estamos en camino a otra ciudad.  
Ya ves no somos ni turistas  
Ni artistas de sonrisa y frac  
Formamos parte de tu realidad”.*  
‘Superhéroes’ - Charly García

### **Resumen:**

*El objetivo de este artículo es abordar algunos de los obstáculos que enfrenta hoy la Argentina para desarrollar una política integral de protección internacional de las migraciones forzadas orientada a la integración local. Para ello, en primer lugar, se analiza la nueva coyuntura internacional que obliga a los Estados a asumir mayores responsabilidades frente la protección internacional de personas que huyen de conflictos armados donde sus vidas peligran, así como de desastres naturales y de sus consecuencias en el mediano y largo plazo. En segundo lugar, se muestra el renovado interés en definir una agenda regional sobre esta temática, manifiesto en la elaboración conjunta de planes de acción para las Américas con base en la definición ampliada de protección de la Declaración de Cartagena. Y, en tercer y último lugar, se abordan algunos cambios que han tenido lugar en Argentina, tanto a nivel normativo-administrativo como a nivel de los compromisos políticos, para dar respuesta a las migraciones*

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Estudiante de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa). Asesor jurídico de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. Auxiliar docente de la materia Derecho Internacional de los Refugiados (UBA). Se desempeñó como asesor legal de la Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones (FCCAM). Fue asistente de la clínica jurídica CAREF-CELS-UBA. E-mail: nicofigari@gmail.com.

<sup>2</sup> Doctora en Filosofía (Paris 8), Doctora en Ciencias Sociales (UBA), Magíster en Sociología & Ciencia Política (FLACSO), Licenciada en Ciencia Política (UBA). Investigadora Adjunta del CONICET con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani (Buenos Aires, Argentina) y profesora de grado y de posgrado en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA (Buenos Aires, Argentina). E-mail: anapenchas@gmail.com.

*forzadas, haciendo especial énfasis en los programas de visados humanitarios dirigidos a personas sirias y haitianas y sus diferencias con la política de asilo.*

**Palabras clave:**

*Protección internacional, asilo, visado humanitario, integración local, Argentina.*

INTERNATIONAL PROTECTION AND LOCAL INTEGRATION IN ARGENTINA TODAY. CONTRASTS BETWEEN HUMANITARIAN VISA PROGRAMS AND THE ASYLUM SYSTEM

**Abstract:**

*The main objective of this paper is to address some of the obstacles that Argentina deals with in the present day to develop an integration oriented policy for international protection of forced migration. Thus, first of all, the discussion is centered on the international context that forces the States to take on stronger responsibilities towards the international protection of people who are forced to flee from armed conflicts that threaten their lives, and from natural disasters and their consequences in the middle and longer term. Second of all, a renewed interest in defining a regional agenda about this issue, showcased in the joint collaboration for action plans for the Americas on the basis of the broader refugee definition of the Cartagena Declaration. The final part discusses the changes that took place in Argentina, in the regulatory-administrative level as well as in the political commitment, in response to the forced migration, emphasizing in the humanitarian visa programmes for Syrian and Haitian persons, and their differences in comparison to de asylum policies.*

**Keywords:**

*International protection, asylum, humanitarian visa, local integration, Argentina.*

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es abordar la integración local de solicitantes del estatuto de refugiado, refugiados y beneficiarios de visas humanitarias en Argentina teniendo en cuenta su dimensión normativo-institucional y, a su vez, las coyunturas que, tanto a nivel local, nacional e internacional, han dado forma a nuevos enfoques y estándares en esta materia. Este trabajo dialoga y busca complementar una investigación sobre “Acceso a derechos económicos, sociales y culturales de refugiados y solicitantes de asilo en Argentina” (2012)<sup>3</sup>,

<sup>3</sup> FIGARI COSTA, Nicolás B., “Acceso a derechos económicos, sociales y culturales de refugiados y solicitantes de asilo en Argentina”, en LETTIERI, Martín (ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Remedios de Escalada, UNLA, 2012, pp. 275-308.

donde ya se abordaron algunos aspectos clave de la integración local de refugiados y solicitantes (documentación, empleo, vivienda y alojamiento, educación, salud) y se detectaron brechas importantes entre las normas, por un lado, y las instituciones y prácticas, por el otro<sup>4</sup>.

Algunas cuestiones remarcadas en aquel primer estudio siguen vigentes en desmedro de una política específica de integración local en Argentina, entre ellas: 1) la ausencia de una asignación presupuestaria específica para desarrollar una política integral de asilo; 2) la falta de adecuación normativa nacional y local a los estándares regionales<sup>5</sup>, en especial, en lo referido a los planes de acción de la Declaración de Cartagena y a los acuerdos de soluciones amistosas suscriptos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) cuyo cumplimiento se encuentra aún sujeto a seguimiento y supervisión<sup>6</sup>; 3) la falta de reglamentación de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165 de 2006; 4) las persistentes dificultades que enfrentan las personas solicitantes de asilo respecto de la documentación “precaria” con la que cuentan al inicio; 5) la centralización de la atención en la sede de CONARE de la Ciudad de Buenos Aires y la ausencia de un plan consistente para federalizar la protección.

En el presente trabajo se abordan algunos de los obstáculos que debe superar la Argentina para desarrollar una política integral de asilo orientada de manera sistemática a la integración local. En primer lugar, se hace hincapié en la nueva coyuntura internacional que obliga a los Estados a asumir mayores responsabilidades frente a la protección internacional de personas que huyen de conflictos armados donde sus vidas peligran, así como de desastres naturales y de sus consecuencias en el mediano y largo plazo. En segundo lugar, se intenta mostrar el renovado interés en definir una agenda regional sobre esta temática, manifiesto en la elaboración conjunta de planes de acción para las Américas con base en la definición ampliada de protección de la Declaración de Cartagena. En tercer lugar, se abordan algunos cambios que han tenido lugar en Argentina, tanto a nivel normativo-administrativo como a nivel de los compromisos políticos, para dar respuesta a las migraciones forzadas, haciendo especial énfasis en los programas de visados humanitarios dirigidos a personas sirias y haitianas y sus diferencias con la política de asilo.

La integración local —junto con la repatriación voluntaria y el reasentamiento en un tercer país seguro— es una de las soluciones duraderas definidas por

<sup>4</sup> Dos tesis de maestría sostienen esta misma línea crítica del sistema de asilo argentino en relación a la integración local: 1) “La figura del refugiado: tensiones y paradojas entre la praxis jurídica y la exclusión socio-política” de Pamela Morales (FLACSO, 2010) y 2) “Refugiados en Argentina: Integración local de los refugiados en sus tres ámbitos: Legal, Económico, y Socio-cultural. Políticas públicas implementadas en la actualidad buenas prácticas y desafíos pendientes” de Carolina Maniowicz (FLACSO, 2017).

<sup>5</sup> Véase entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18.

<sup>6</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 85/11 Petición 12.306 Solución Amistosa Juan Carlos De La Torre Argentina, 21 de julio de 2011.

el ACNUR para poner fin al ciclo de desplazamiento de aquellas personas que se han visto forzadas a dejar sus hogares y países debido a conflictos, persecuciones o violencias de diversa índole. Se trata de un proceso gradual (de mediano y largo plazo) que compromete múltiples dimensiones (legal, social, cultural, económica y política) y debe involucrar no sólo a la población beneficiaria y a los nacionales del país de acogida sino, indefectiblemente y de manera protagónica, al Estado anfitrión. En la página oficial del ACNUR puede leerse la siguiente definición: *La integración local ocurre cuando el país de asilo ofrece a los refugiados residencia permanente con la posibilidad de una eventual ciudadanía. Es un proceso gradual, que se realiza en los ámbitos legal, económico y sociocultural*<sup>7</sup>.

En un contexto mundial de conflictos de larga duración, la solución duradera ideal —la repatriación voluntaria de refugiados— ha cedido el terreno a la integración local. En el Informe del ACNUR *Tendencias Globales. Desplazamientos forzados en 2016* puede leerse: “Desde 2009, los retornados representan menos del 5% de la población refugiada total, un porcentaje muy inferior al del número de nuevas llegadas de cada año, sobre todo debido a la ausencia de condiciones propicias al regreso a los países de origen”<sup>8</sup>. En esta coyuntura, los esfuerzos deben dirigirse a la integración local y al fortalecimiento de los sistemas de asilo a lo largo y ancho del planeta (pues un reasentamiento exitoso, en un tercer país, compromete a su vez la integración local).

La integración local constituye una decisión soberana basada en obligaciones específicas contraídas por los Estados a nivel internacional; esto implica que los Estados han asumido la responsabilidad de fortalecer sus sistemas de asilo y avanzar no sólo en el reconocimiento de la condición de refugiado en un mundo hostil y peligroso, sino concretamente en la elaboración de planes integrales de protección internacional. Finalmente, cabe mencionar en esta breve introducción que, en el contexto de procedimientos largos de reconocimiento de la condición de refugiado y con la emergencia de nuevas causas de desplazamientos forzados (por ejemplo, debido a desastres naturales), las políticas de integración local deben enfocarse no sólo en los refugiados sino también en los solicitantes de asilo y en los beneficiarios de visas humanitarias.

### 1. CONTEXTO INTERNACIONAL Y REGIONAL. NUEVAS AGENDAS PARA ASUMIR “COMPROMISOS FUERTES”

El marco regulatorio nacional y el marco regulatorio internacional sobre el estatuto de los refugiados se encuentran en constante diálogo. Así, la gran mayoría de los países de América han participado en la elaboración de estrategias

<sup>7</sup> [http://www.acnur.org/que-hace/soluciones-duraderas/?sword\\_list\[\]=repatriaci%C3%B3n&sword\\_list\[\]=voluntaria&no\\_cache=1](http://www.acnur.org/que-hace/soluciones-duraderas/?sword_list[]=repatriaci%C3%B3n&sword_list[]=voluntaria&no_cache=1).

<sup>8</sup> ACNUR, “Tendencias Globales. Desplazamientos forzados en 2016”, 2016, p. 25. <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2017/11152>.

a nivel regional destinadas a mejorar el rol de los Estados en materia de asilo y protección.

En esta línea, puede mencionarse el Plan de Acción de México de 2004<sup>9</sup>, elaborado con motivo de los veinte años de la Declaración de Cartagena, cuyos objetivos principales fueron, por un lado, el fortalecimiento de las CONARES de la región, junto con un fuerte énfasis en la capacitación destinada a funcionarios y personal en todas las áreas e instituciones estatales involucradas de los países participantes; y, por el otro, la implementación de programas tales como el Plan Ciudades Solidarias<sup>10</sup>, destinados a involucrar de manera más activa a los gobiernos locales en la integración de las personas refugiadas con el apoyo del ACNUR y de organismos de la sociedad civil.

En 2014, al cumplirse el 30º aniversario de la Declaración de Cartagena, se elaboró el Plan de Acción de Brasil. Este nuevo Plan inauguró una segunda etapa más ambiciosa para el fortalecimiento de los estándares de protección e integración de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas por parte de los estados de América Latina y el Caribe. Luego de un interesante y productivo proceso consultas subregionales, en las que participaron referentes de los gobiernos y la sociedad civil de todos los países de la región, así como organizaciones regionales e internacionales, se presentó el Plan de Brasil<sup>11</sup>. Dentro de este plan se definió el “Programa de Integración local”, una actualización del componente “Ciudades solidarias” del Plan de Acción de México. Con base en una mirada integral de la política pública de asilo, y asumiendo que la integración local es uno de los grandes retos dentro de las soluciones duraderas a las que deben apuntar los países de asilo, se insistió en el rol central de los Estados, no sólo a nivel nacional sino también, específicamente, a nivel local y municipal, así como de las comunidades de acogida, las organizaciones de la sociedad civil, los propios refugiados, el sector privado y los organismos internacionales. Asimismo, se remarcó, entre muchos otros puntos críticos, la necesidad de contar con marcos jurídicos y económicos apropiados para avanzar en la integración local.

En el proceso de consulta subregional del MERCOSUR los representantes de la sociedad civil y la academia insistieron en la necesidad abandonar el plano “declarativo” y establecer un nuevo estatuto vinculante basado en una interpretación “progresiva” de la Declaración de Cartagena<sup>12</sup>. Sin embargo, esta recomendación no se vio plasmada en el Plan definitivo. Las organizacio-

<sup>9</sup> <http://www.acnur.org/que-hace/plan-de-accion-de-mexico>.

<sup>10</sup> <http://www.acnur.org/que-hace/plan-de-accion-de-mexico/pam-componente-de-soluciones-duraderas/ciudades-solidarias>.

<sup>11</sup> ACNUR, Cartagena +30, Declaración de Brasil, 3 de diciembre de 2014. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9867.pdf>.

<sup>12</sup> ACNUR, Cartagena +30, Posicionamiento de la Sociedad Civil del MERCOSUR Ampliado, Buenos Aires, 14 de marzo, 2014. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9536.pdf>.



nes de la sociedad civil y la academia sostuvieron que sólo de esta manera los Estados de las Américas destinarían recursos humanos y económicos centrales para el fortalecimiento del sistema de asilo en sus respectivos países: “La aplicación efectiva de las políticas de integración requiere que los Estados de acogida destinen asignaciones presupuestarias suficientes y adecuadas para su implementación”<sup>13</sup>. En un contexto de compromisos “blandos” —cuya manifestación más clara es la ausencia de recursos económicos específicos destinados a la implementación de políticas integrales de asilo— una política de Estado orientada a la integración local de solicitantes y refugiados parece, al menos todavía, una utopía. Sin embargo, existen excepciones a esta regla que, de alguna manera muestran el camino a seguir en los próximos años, a saber: los casos particulares de integración local llevados a cabo en algunas ciudades de Chile, Brasil, o mismo recientemente en la provincia de San Luis de la Argentina parecieran ser experiencias valiosas que muestran la importancia no sólo del compromiso de las comunidades de acogida, sino del apoyo económico y la vocación política de las autoridades públicas en la promoción de prácticas e instituciones inclusivas y solidarias.

Dentro de la dimensión de la protección internacional cabe destacar la importancia de la Opinión Consultiva Nro. 21 de 2014 y la elevación de estándares de derechos humanos de la niñez en el contexto de la movilidad humana. Previamente, a fines de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos había dictado sentencia por primera vez en un caso relacionado con el derecho a buscar y recibir asilo consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica<sup>14</sup>. En lo que va del año 2017, la CIDH por su parte ha brindado su reconocimiento a los avances para la protección de solicitantes de asilo y refugiados, y en materia de derechos de los migrantes, a países tales como México, Guatemala y República Dominicana<sup>15</sup>.

Asimismo, con motivo del Día Mundial del Refugiado, el 20 de junio de 2017, la CIDH y el ACNUR realizaron una declaración conjunta y elaboraron diez recomendaciones aplicables a nuestro contexto de las Américas respecto de cómo deben responder los Estados<sup>16</sup>. Mencionamos aquí sólo dos de estas recomendaciones relevantes a los fines de este artículo:

- Habilitar vías seguras, regulares y ordenadas para la migración. Implementación de visas humanitarias y medidas complementarias de protección.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 7.

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso “Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2013. Serie C N° 272.

<sup>15</sup> CIDH, Comunicados de prensa N° 75/17 del 13/6/2017; 79/17 del 19/6/2017 y 87/17 del 29/6/2017 respectivamente.

<sup>16</sup> Ver en: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/declaracion-conjunta-de-la-cidh-y-el-acnur-en-ocasion-del-dia-mundial-del-refugiado-10-medidas-para-que-los-estados-de-las-americas-respondan-a-las-c>.

Garantizar el derecho a la reunificación familiar. Establecer becas de estudio y visas laborales. Generar programas de patrocinio privado, entre otros;

- Implementar medidas para promover la integración social y la residencia de las personas refugiadas, en particular a través de la garantía de derechos económicos, sociales y culturales. A efectos de promover la integración social de las personas refugiadas los Estados deben desarrollar medidas positivas como campañas educativas y de sensibilización dirigidas a promover sociedades multiculturales y a luchar contra la discriminación y la xenofobia.

Los cambios políticos en los diferentes países que integran el MERCOSUR ampliado generan grandes interrogantes en relación al modo en que los nuevos gobiernos afrontarán mediante sus políticas de relaciones exteriores los objetivos propuestos en iniciativas tales como los Acuerdos de Residencia del Mercosur y, en particular, en relación a las exigencias de la agenda relacionada con la protección de las personas refugiadas en la región, que demandan un trabajo en red entre los países. En este sentido, el caso de los refugiados venezolanos<sup>17</sup> es ejemplar para comprender la importancia de un enfoque integral de las migraciones mixtas que contemple tanto políticas migratorias como las políticas de asilo: que la Argentina haya decidido aplicar de manera unilateral el Acuerdo de Residencia con Venezuela muestra que las facilidades para ingresar<sup>18</sup> y obtener una residencia regular de manera sencilla, con base en los Acuerdos de Residencia del MERCOSUR, por ejemplo, tienden a resguardar el sistema de asilo y a mostrar que si las leyes migratorias son progresivas y abiertas, los sistemas de asilo tienden a funcionar más eficazmente sobre la base de solicitudes fundadas. Esto último, sin desmedro del alto número de venezolanos y venezolanas que efectivamente pudiesen ser refugiados y requerirían protección internacional, especialmente a la luz de la definición ampliada de refugiado promovida por la Declaración de Cartagena que contempla la conmoción del orden público producto de la violencia generalizada y la violación masiva de derechos humanos.

## 2. *CONTEXTO NACIONAL. AVANCES Y RETROCESOS*

Desde 2004, Argentina ha realizado una serie de reformas normativas a nivel nacional no sólo en el campo migratorio (Ley de Migraciones 25.871 de 2004), sino también en relación al Estatuto de los Refugiados (Ley de Refugiados 26.165, de 2006). Estos cambios en la legislación interna, con vistas a regular la movilidad internacional de personas según un enfoque de derechos, tienen

<sup>17</sup> CIDH, Audiencia Pública: Situación de derechos humanos de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados venezolanos en países de América, 7 de julio de 2017. [https://www.youtube.com/watch?v=89ieDBs\\_ljA](https://www.youtube.com/watch?v=89ieDBs_ljA).

<sup>18</sup> Más allá de la postura inicial de Argentina, con la nueva Administración se han reportado casos de rechazo en frontera de personas venezolanas e incluso de otros países del MERCOSUR ampliado.

su base en los principales estándares internacionales establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Argentina asumió así un compromiso fuerte frente a los procesos de integración regional y un rol activo y ejemplar —como principal país receptor de migraciones del MERCOSUR— no sólo a través de la firma de Acuerdos de Residencia sino también con la implementación de un Programa masivo de Regularización Migratoria (“Patria Grande”) que benefició a cientos de miles de migrantes, en su mayoría latinoamericanos, que se encontraban en situación migratoria irregular.

La sanción de ambas leyes nacionales fue el resultado de profundos procesos consultivos y de diálogo donde las organizaciones de la sociedad civil, la academia y los organismos internacionales tuvieron un rol central. En el caso particular de la Ley de Refugiados, la inédita sanción de una normativa de referencia a nivel local desde la ratificación de los instrumentos internacionales sobre la protección de refugiados y solicitantes de asilo, saldó una deuda de varios años respecto de esta población de interés. Sin embargo, la falta de reglamentación de esta ley así como la no asignación específica de recursos humanos y económicos atentan contra una implementación efectiva de la política integral de asilo esbozada en la normativa, en especial, en relación a la integración local de solicitantes y refugiados.

A partir de 2006, coincidentemente con la sanción de la ley 26.165, y la creación de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), el Estado nacional se comprometió a tener un rol más activo en la implementación de políticas públicas destinadas a la búsqueda de soluciones duraderas, entre ellas la integración local de las personas refugiadas. En este sentido, pueden observarse una serie de cambios que buscan consolidar a la CONARE como principal actor estatal en articulación con el resto de los organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil en la búsqueda de recursos y programas preexistentes que podrían incluir a esta población de interés.

Desde el año 2010, comenzó a funcionar dentro de la CONARE un área social que realiza tareas de intervención, gestión, derivación y seguimiento de casos. La denominada “Subcomisión de Asistencia e Integración Local” se encuentra integrada por el Ministerio de Desarrollo Social, el INADI, la Secretaría Ejecutiva de la CONARE y el ACNUR. Esta área debe diseñar, coordinar y monitorear políticas públicas para la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales de los refugiados.

En Argentina, las agencias socias del ACNUR son las encargadas de implementar los programas de apoyo a refugiados y solicitantes de asilo para su integración en el medio local. Por más de treinta años, la Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones (FCCAM), dependiente de la Conferencia Episcopal Argentina, fue la principal agencia implementadora del programa de ACNUR en Argentina. La fundación contaba con un equipo transdisciplinario de profesionales en el área social, legal, habitacional y de salud mental que brindaba apoyo y asistencia a la población de interés, y con un taller de idio-

mas (en acuerdo con la Universidad de Buenos Aires); a su vez, tenía vínculos permanentes con sindicatos y otras organizaciones en distintos puntos del país para generar capacitaciones y facilitar la búsqueda de empleo. En julio de 2016, la FCCAM dejó de funcionar como la principal agencia socia del ACNUR y fue reemplazada por ADRA (Agencia de Desarrollo de Recursos Asistenciales) perteneciente a la Iglesia Adventista. Desde entonces, se encuentra en marcha el proyecto “Integración de Refugiados y Solicitantes de la Condición de Refugiado en Argentina” implementado conjuntamente por ADRA, ACNUR y CONARE y del que pudimos obtener muy poca información (llama la atención la escueta información que se ofrece en la página de internet de ADRA). Asimismo, cabe remarcar, que aún queda vacante el lugar que debería ocupar por ley una organización de la sociedad civil en la Secretaría Ejecutiva de la CONARE (ver arts. 23 y 33 de la Ley 26.165).

En Argentina, el Estado reconoce de manera inmediata un acceso universal, gratuito y público, a la atención en salud y educación, con absoluta independencia de la situación migratoria y documentaria de las personas. No hay programas específicos de asistencia a refugiados en la órbita del Estado (sea este nacional, provincial o municipal), pues la idea básica es que el refugiado goza de prácticamente los mismos derechos que los nacionales. Sin embargo, el mandato de la ley de protección integral de refugiados señala al Estado como principal coordinador de las políticas y acciones relacionadas con la protección desde una perspectiva integral (asistencia y apoyo a la integración de los refugiados).

En este sentido, a comienzos de 2015, la CONARE desarrolló el Plan de Asistencia e Integración de personas solicitantes de asilo y refugiadas para avanzar en una política integral de protección de refugiados y cumplir con el mandato que le otorga la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165. Este plan busca crear dos mecanismos diferenciados: 1) Asistencia Humanitaria Básica de solicitantes del estatuto de refugiado y refugiados a su arribo al país y; 2) Apoyo para la Integración Local de refugiados en el sistema productivo sociocultural e institucional argentino. El objetivo de este plan, según una convocatoria lanzada en 2016 por el ACNUR para el desarrollo de programas de asistencia e integración local<sup>19</sup>, es promover una mayor articulación entre las distintas instancias estatales y la sociedad civil, facilitando el acceso de la población solicitante de asilo y refugiada a esquemas y programas preexistentes. En esta convocatoria del ACNUR se ofrece información valiosa acerca de qué entiende el Estado argentino por integración local (pues este Plan de 2015 no es público) y cuál es el universo de personas al que estaría dirigida la integración local:

Por apoyo a la integración local se entiende el proceso largo y complejo por medio del cual los refugiados van logrando gradualmente participar

<sup>19</sup> [http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Vacantes/2016/ACNUR\\_Convocatoria\\_ARG\\_21\\_03\\_2016](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Vacantes/2016/ACNUR_Convocatoria_ARG_21_03_2016).

en los diferentes aspectos de la vida social, cultural y económica en el país. En este sentido, el proyecto plantea como prioridad identificar soluciones duraderas desde las instancias del Estado así como de la sociedad civil para las personas de interés que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad o que requieren algún tipo de apoyo para favorecer la integración local. Se estima que un número máximo de 100 personas refugiadas podrían sumarse anualmente al esquema de apoyo a la integración local del Plan de Asistencia e Integración, mientras que un universo aproximado de 1.000 personas refugiada constituye la población que, aun habiendo arribado en años anteriores puede requerir algún tipo de acción bajo este componente<sup>20</sup>.

El Estado argentino no tiene una política pública específica de integración local, pues para ello debería asignar recursos económicos y humanos específicos para la planificación y diseño institucional. Cabe preguntarse si el acceso universal e irrestricto, en las mismas condiciones que los nacionales (al menos en lo referido al abanico de derechos reconocidos por la Ley de Migraciones 25.871 y a los contemplados en la Ley de Refugiados), puede ser la única respuesta a las necesidades específicas de una población diversa hacia su interior, y compuesta, en algunos casos, por personas que se encuentran en situación de alto riesgo y vulnerabilidad (niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familiares, personas con enfermedades crónicas o con discapacidad, mujeres embarazadas o a cargo de niños pequeños, víctimas de trata o violencia de género, adultos mayores, etc.). También cabe preguntarse, ¿qué sucede con este carácter universal de los derechos en contextos de reducción del gasto público y achicamiento de las funciones sociales del Estado?

Con la asunción de la Alianza Cambiemos (integrada por los partidos Propuesta Republicana -PRO, Coalición Cívica ARI y Unión Cívica Radical), en diciembre de 2015, tanto la política migratoria como la política de asilo sufrieron modificaciones. A nivel migratorio, se impuso una mirada securitaria y policial de las migraciones, dejando atrás el enfoque de derechos humanos que había imperado en el tratamiento de esta temática desde fines de 2003, con la sanción de la Ley 25.871 de Migraciones. Se constata un claro retroceso en el reconocimiento de derechos y garantías de las personas migrantes en esta breve enumeración de las medidas adoptadas por el actual gobierno: 1) el cierre del Programa de Abordaje Territorial<sup>21</sup>, fundamental para la promoción de la regularidad documentaria de los migrantes; 2) la decisión de crear un centro de detención para

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> El Programa de Abordaje Territorial “tiene como fin promover la difusión de derechos, obligaciones y garantías de la población migrante, así como facilitar su regularización y documentación en todo el territorio nacional, llevando equipos de trabajo a los lugares donde habitan los extranjeros y cumpliendo el objetivo de acercar el Estado hacia el Ciudadano” (Quinta Carta de Compromiso con el Ciudadano, Dirección Nacional de Migraciones, 2015. Disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/carta\\_compromiso\\_migraciones\\_2015\\_quinta\\_carta.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/carta_compromiso_migraciones_2015_quinta_carta.pdf)).

migrantes (que aún no entró en funcionamiento) para “combatir” la irregularidad migratoria y penalizar las infracciones administrativas a la Ley de Migraciones; 3) la reorganización de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) con base en ideas de control y seguridad —según fuera comunicado en el Boletín Oficial—, donde el concepto “derechos” brilla por su ausencia; 4) la modificación por medio de un Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional (Nº 70/2017) de la Ley 25.871 de Migraciones y de la Ley 346 de Nacionalidad y Ciudadanía, entre otros objetivos para “facilitar” las expulsiones, ampliar los impedimentos para el ingreso y la permanencia, restringir el acceso a los mecanismos de asistencia jurídica y obstaculizar la regularización documentaria por la vía de naturalización; 5) el proyecto de crear de un fuero migratorio y una policía migratoria auxiliar. Todas estas medidas sólo pueden comprenderse en un contexto en el que migración y criminalidad tienden a fundirse y confundirse.

La modificación de la Ley 25.871 por decreto generó fuertes cuestionamientos por parte de la sociedad civil en su conjunto, como así también de los organismos internacionales<sup>22</sup>, que expresaron su preocupación respecto del endurecimiento de la política migratoria en relación al acceso al territorio, la permanencia y los derechos de las personas migrantes que establece la nueva normativa implementada por el Poder Ejecutivo.

En este contexto regresivo, la política de protección hacia las migraciones forzadas pareciera, por el contrario, haber prosperado. Las diversas actualizaciones del Programa Siria<sup>23</sup> y el programa de visado humanitario para personas haitianas<sup>24</sup>, ambos, darían cuenta de ello. ¿Pero cómo interactúan estos dos universos de la movilidad humana? ¿Cómo puede explicarse el renovado interés del gobierno por el asilo y los graves retrocesos a nivel de la política migratoria? Para comprender tal aparente contradicción, un pasaje del famoso libro *El Emilio* de Jean-Jacques Rousseau podría ser esclarecedor: “Desconfiad de esos cosmopolitas que van a buscar lejos deberes que desdeñan cumplir a su alrededor. Tal persona ama a los tártaros para estar dispensado de amar a sus vecinos”<sup>25</sup>. Partamos de una hipótesis básica: existe una relación de implicación entre la política migratoria y la política de asilo. No debería resultar para nada sorprendente que un gobierno que ha llevado a cabo políticas de recorte del gasto público, focalice su atención en un pequeño universo de alrededor de 5.000 solicitantes de la condición de refugiado y refugiados (según estimaciones actuales del ACNUR) en desmedro del vasto universo de casi dos millones de personas migrantes que residen en el país; pues, como dice el refrán: “para muestra... un botón”.

<sup>22</sup> CIDH, Audiencia Pública del 161 Período de Sesiones, Argentina: Cambios normativa migratoria, Washington, 20 de marzo de 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=yMPoC03fn7o>.

<sup>23</sup> <http://www.migraciones.gov.ar/programasiria/?acercaprograma=>.

<sup>24</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/272890/norma.htm>.

<sup>25</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Emilio, o De la educación*, Alianza, Madrid, 1995, p. 37.



El actual gobierno ha expresado su interés en la continuidad de programas tales como la iniciativa Programa Siria, comprometiéndose a acoger un número no determinado de personas que huyen del conflicto en este país a través de una visa humanitaria y documentación para permanecer en el país en forma temporaria. Sin embargo, ha delegado su rol de integrador local principalmente en personas o familias llamantes y en los organismos de la sociedad civil adheridos al programa. Surge entonces la pregunta acerca de cómo se dispone el Estado argentino a acoger a las personas y/o familias que ingresan con visados humanitarios, y si la perspectiva de integración tiene los mismos estándares que rigen (o deberían regir) para la población de solicitantes y refugiados.

### *2.1. Visas humanitarias: Buenas prácticas y límites en el rol del Estado como garante de la integración local*

En la Declaración de Brasil (2014) puede leerse “Apreciamos las buenas prácticas en la región de regular la protección complementaria y el otorgamiento de visas humanitarias para personas que no califican necesariamente como refugiados bajo la Convención, pero que puedan también beneficiarse de respuestas de protección”. Los programas de visado humanitario en Argentina, destinados a haitianos y a sirios, parecieran ser una respuesta a los compromisos asumidos en materia de protección internacional, ¿pero es realmente así? A continuación, haremos una breve descripción tanto de lo que ocurre con la población haitiana residente en nuestro país respecto del acceso al visado humanitario, como de lo que sucede en el caso del visado humanitario de las personas sirias, que cuentan con un Programa específico (“Programa Siria”) que respalda su acogida en el país y promueve un modelo de integración local.

En el próximo apartado, explicaremos con detenimiento el funcionamiento del visado humanitario y sus diferencias con el estatuto de los refugiados. Si bien esta breve incursión puede resultar un tanto ajena al objetivo específico de este artículo —la integración local de personas necesitadas de protección internacional— es de vital importancia puesto que, por ejemplo, el “Programa Siria” habría sido presentado como un mecanismo específico para la acogida de un alto número de personas que multiplicaría el estrecho universo de “refugiados” que existe actualmente en nuestro país (se habló, entonces, de que Argentina recibiría 3.000 refugiados sirios). Entender bajo qué modalidad ingresan y son reconocidas las personas en el marco de los visados humanitarios otorgados por el Estado argentino nos da la pauta de las responsabilidades asumidas tanto desde el punto de vista normativo, como desde el punto de vista institucional, en materia de integración local.

#### *2.1.1. Concepto de visado humanitario. Su relación con el estatuto de refugiado y con formas complementarias de protección*

Para una mejor comprensión de la definición de visado humanitario, es preciso enmarcarla dentro de una mirada holística de lo que se denomina protección internacional:



Por protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional —y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario—, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, *el principio de no devolución* y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia<sup>26</sup>.

En el contexto latinoamericano, se entiende que la protección complementaria es la que se le otorga a personas que, sin calificar como refugiadas —ni bajo la Convención de 1951 ni bajo los criterios de la Declaración de Cartagena, si está prevista— tienen necesidad de protección internacional porque, de ser devueltas a su lugar de origen, su vida se vería amenazada o se encontrarían en peligro de ser sometidas a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>27</sup>. En nuestro país no existe una legislación que regule o estipule formas complementarias de protección; de hecho, como se explicará a continuación, los visados humanitarios —presentes en la normativa argentina— no son formas complementarias de protección.

Por otro lado, los visados humanitarios podrían caracterizarse como “otras formas de protección humanitaria”. Las visas humanitarias son consideradas una buena práctica en términos de su importancia como mecanismo de protección para regularizar la permanencia de personas que no califican como refugiadas pero cuyo retorno no es posible o recomendable por razones humanitarias u

<sup>26</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014, párr. 34.

<sup>27</sup> UNIDAD LEGAL REGIONAL DEL ACNUR PARA LAS AMÉRICAS, “28. Buena práctica: protección complementaria y visas humanitarias”, en *Protección de Refugiados en América Latina: Buenas Prácticas Legislativas*, p. 2, disponible en [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas\\_Practicas/9304.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9304.pdf).

otras de especial relevancia<sup>28</sup>. Como veremos, Argentina cuenta con legislación respecto de esta forma de protección.

Corresponde aquí hacer una distinción frente estos posibles supuestos:

1. El visado humanitario puede ser otorgado en circunstancias en las que la persona permanece aún en el país de origen o residencia habitual donde corre peligro<sup>29</sup> con el objeto de que su ciclo de desplazamiento sea seguro y ordenado hacia el país que lo concede;

2. O bien si la persona ha logrado huir a otro país y no pueda o no quiera retornar a su país de origen. En este último supuesto, el visado humanitario podría extenderse a una persona que ya haya obtenido el reconocimiento del estatuto de refugiado, con el objetivo de que pueda ser reasentado a un tercer país seguro.

Esto significa que toda persona beneficiaria de una visa humanitaria es una persona a la que se le reconocen necesidades de protección internacional, pero no necesariamente se trata de una persona refugiada; en algunos casos específicos, la persona beneficiaria de una visa humanitaria tendría acceso inmediato (si lo solicitara, y si cuenta con información adecuada sobre cómo hacerlo) al estatuto de refugiado; como es el caso de las personas sirias en Argentina.

Una visa humanitaria no es una forma complementaria de protección, pues se trata de una potestad de la administración de conferir alguna forma de protección o de categoría migratoria a un conjunto de personas de determinada nacionalidad que no son refugiadas ni beneficiarias de protección complementaria (cuando alguna forma de esta última existe)<sup>30</sup>. En nuestro país, el art. 23 m) de la Ley 25.871, reglamentado por el Decreto 616/2010 enumera los motivos por los cuales una persona puede invocar razones humanitarias para obtener una residencia temporaria en nuestro país: “(...) se tendrán especialmente en cuenta las siguientes situaciones: 1. Personas necesitadas de protección internacional que, no siendo refugiadas o asiladas en los términos de la legislación aplicable en la materia, se encuentran amparadas por el Principio de No Devolución y no pueden regularizar su situación migratoria a través de los restantes criterios previstos (...); 2. Personas respecto de las cuales se presuma verosímelmente, que de ser obligadas a regresar a su país de origen quedarían sometidas a violaciones de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional”.

No hay dudas de que todas las formas de protección confieren a la persona la piedra basal de la protección internacional que es el Principio de No Devolu-

<sup>28</sup> UNIDAD LEGAL DEL ACNUR, “Protección de refugiados en América Latina. Buenas prácticas legislativas”, cuadro 32, disponible en [http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas\\_Practicas/9234](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9234).

<sup>29</sup> En este supuesto no se trata de refugiados, pues de acuerdo a la definición del art. 1(A) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, un refugiado es una persona que se encuentra fuera de su país de origen.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 4.

ción que los Estados deben respetar pues forma parte del derecho internacional consuetudinario. Por otro lado, si bien el ACNUR considera que tanto las formas complementarias de protección como las visas humanitarias constituyen buenas prácticas, los alcances de estas formas de protección difieren en algunos aspectos en relación con el asilo y la condición de refugiado. En particular, en lo que respecta a las obligaciones del Estado respecto del desarrollo de medidas para la integración local de las personas con necesidades de protección, los alcances de la visa humanitaria varían con respecto al estatuto del refugiado. A continuación realizaremos una descripción de los mecanismos de visados humanitarios dirigidos a haitianos, por un lado, y a sirios, por el otro, con especial énfasis en estos últimos.

## 2.2. *Visados humanitarios dirigidos a personas haitianas*

Las distintas disposiciones argentinas de visado humanitario para haitianos afectados por el terremoto de 2010 y sus largas consecuencias, son un claro ejemplo de protección internacional “simple”. Según el último censo nacional de 2010, en Argentina residían 309 personas nacidas en Haití, 205 varones y 104 mujeres (INDEC, 2010). Según datos más actualizados de la Dirección Nacional de Migraciones, 1482 personas haitianas iniciaron el pedido de residencia temporaria y 408 la residencia permanente entre 2010 y 2016. La población haitiana que reside en Argentina es una minoría dentro la población migrante general, que representa aproximadamente el 4,5% (2 millones según estimaciones actuales) de la población total del país. El incremento del número de haitianos que residen en el país (comparando los datos del último censo y los de la DNM) guarda relación con el terremoto que asoló a Haití en 2010 produciendo una gran diáspora y un empeoramiento de las ya precarias condiciones socioeconómicas, institucionales y políticas del país<sup>31</sup>.

En Argentina, los haitianos no necesitan una visa y, en general, ingresan al país bajo la categoría de turistas. El sistema clasificatorio de migrantes en Argentina organiza el acceso a la residencia regular (temporaria y permanente) según dos criterios desiguales: los migrantes nacionales de países del “MERCOSUR ampliado” son beneficiarios de los Acuerdos de Residencia del MERCOSUR y tienen muchas facilidades de acceso a la regularización migratoria y a la obtención de documentación (con excepción de aquellas personas que tengan antecedentes penales); los “extra-MERCOSUR”, por el contrario, sólo pueden acceder a la regularidad migratoria ya sea como “trabajadores”, “estudiantes” o a través de un visado humanitario (art. 23, incisos a, j y m respectivamente, ley 25.871). A los efectos de este artículo, nos interesa detenernos en la residencia

<sup>31</sup> La información sobre el programa de visado humanitario para personas haitianas que se ofrece en este apartado fue extraída del recientemente publicado *Diagnóstico regional sobre migración haitiana*, IPPDH, OIM, agosto, 2017. [http://www.ipddh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/08/Diagnostico\\_Regional.pdf](http://www.ipddh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/08/Diagnostico_Regional.pdf).

por “razones humanitarias”. Consideramos que se trata de un mecanismo de protección internacional de “baja intensidad”, que no compromete al Estado receptor en compromisos específicos, en especial, en la obligación de generar políticas activas de integración local.

El ingreso como “turistas” a la Argentina, por un lado, facilita el ingreso “regular” al territorio (el migrante obtiene así el sello que, posteriormente, sería un requisito para realizar el trámite de residencia); pero, por otro lado, este ingreso está sujeto a ciertas exigencias (como una reserva de hotel, una carta de invitación de una persona conocida o poseer dinero en efectivo para cubrir la estadía declarada, etc.) que pueden ser solicitadas por los funcionarios de migraciones —en base a la disposición de “falso turista” DNM 4362/2014— y que, eventualmente, frente a algún incumplimiento, pueden dar lugar al “rechazo en frontera”.

Para regularizar la situación migratoria de las personas haitianas, Argentina implementó el programa especial para la regularización migratoria por razones humanitarias de nacionales haitianos (Disposición DNM N° 1143/2017) a comienzos de 2017. La limitación temporal del programa, vigente hasta septiembre de 2017, permite anticipar que las personas haitianas que migren con posterioridad a esta fecha, se toparán con las mismas dificultades que sus antecesores para regularizarse. Puede advertirse que, frente al Programa Siria que luego analizaremos, el programa dirigido a migrantes haitianos se trata de una mera “amnistía migratoria” que la Administración concede por un período acotado de tiempo, sin que este sea respaldado por alguna medida tendiente a buscar la integración local de los beneficiarios.

Dentro de los problemas que podrían encontrar solución con el acceso a una residencia temporaria mediante el programa de visado humanitario de Argentina, el *Diagnóstico regional sobre migración haitiana*<sup>32</sup> señala:

1) Frente a las grandes exigencias burocráticas para estudiar o trabajar en Argentina, y de esta forma poder regularizar su situación documentaria, muchos migrantes extra-MERCOSUR solicitan la condición de refugiados para “ganar tiempo” y mantener la regularidad migratoria. Mientras se evalúa su solicitud de asilo son portadores de una residencia “precaria” que les permite realizar las convalidaciones de estudio, por ejemplo, bajo un régimen simplificado.

2) Dificultades para acceder a empleos formales, vinculados a la propia formación, experiencia y/o interés debido al no reconocimiento de la “precaria” como un documento válido para obtener un trabajo registrado y no poseer un DNI.

3) En relación a la venta ambulante en el espacio público y de manera informal, existen riesgos concretos frente a las prácticas de control de la policía y las fuerzas de seguridad<sup>33</sup>.

El programa de visado humanitario permitiría, entonces, romper con el círculo vicioso de la irregularidad documentaria que sufren la mayoría de los

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> FIGARI COSTA, *ob. cit.*, p. 287.

migrantes extra-MERCOSUR en relación al acceso al empleo como pilar básico de la integración: “La persona no accede a un trabajo porque no tiene DNI, no tiene DNI porque no tiene un contrato de trabajo y no accede a derechos laborales porque no tiene ni trabajo ni DNI”<sup>34</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con las visas humanitarias para sirios —que cuentan, por un lado, con un Programa específico y un modelo de integración local y, por otro lado, con la posibilidad de solicitar asilo mediante un proceso de elegibilidad expedito—, las visas humanitarias para haitianos solo incluyen la protección internacional básica —principio de no devolución— y, por lo demás, el proceso de integración que deben afrontar no difiere del que debe realizar cualquier migrante común. No debemos perder la perspectiva de que tanto las personas sirias como las haitianas son parte de las migraciones forzadas que arriban a nuestro país con necesidades especiales. A continuación ofrecemos un análisis detallado del Programa Siria.

### *2.3. El Programa Siria de visado humanitario*

Uno de los escenarios más preocupantes a nivel mundial es sin dudas la crisis humanitaria que atraviesa Siria, donde tiene lugar un conflicto armado desde 2011 cuya escalada de violencia ha generado un número aproximado de 6.500.000 desplazados internos y 4.000.000 de refugiados que han sido acogidos en varios países, especialmente en países vecinos de esa región. A partir de octubre de 2014, mediante la Disposición DNM 3915/2014, el Estado argentino decide crear dentro de la órbita de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante DNM), el Programa Especial de Visado Humanitario para Extranjeros Afectados por el Conflicto de la República Árabe de Siria, habitualmente denominado “Programa Siria”.

El “Programa Siria” tuvo una primera etapa que duró un (1) año. Al año siguiente se prorrogó y se flexibilizaron algunas de las condiciones de tramitación del visado, junto con la incorporación de actores de la sociedad civil. En una segunda etapa, con el cambio de autoridades, la nueva Administración decidió relanzarlo, introduciendo algunas modificaciones y creando un Gabinete Nacional del Programa Siria, promoviéndolo con mayor énfasis en diferentes foros internacionales. A continuación haremos un análisis detallado de estas dos etapas.

#### *2.3.1. Características de la primera etapa del Programa Siria (2014-2015)*

La creación del Programa Siria en 2014 surge de la Disposición 3915/2014 de la DNM, estableciendo como su objetivo principal brindar una respuesta concreta al grave conflicto en Siria que entonces ya llevaba más de 3 años de duración, señalando las necesidades de protección de un gran número de perso-

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 123.

nas afectadas por la situación, de sumar compromisos de todos los Estados y de compartir la carga con otros países que ya habían intervenido. La Disposición de la DNM se motiva además en la preexistencia de una importante comunidad sirio-libanesa en nuestro país y de los lazos comunitarios que dan forma a un número importante de asociaciones que se dispondrían a brindar su solidaridad en la acogida de las personas afectadas por el conflicto.

El Programa Siria se enmarca dentro de la política de protección de Derechos Humanos de Argentina y la DNM, junto con otras medidas en similar sentido con respecto a la población de origen sirio, que si bien no están especificadas en los considerandos de la disposición, es posible inferir que se refiere a procedimientos de elegibilidad sumarios efectuados por la CONARE para la determinación de la condición de refugiado de las personas sirias que fueron arribando al país por sus propios medios. Dentro de los parámetros de protección a los que responde la medida se menciona la reunificación familiar de refugiados sirios ya reconocidos en el país con sus familiares, y el pedido de diferentes organismos internacionales como ACNUR para que el Estado posibilite el ingreso, admisión humanitaria o reasentamiento de esta población. Esencialmente, los beneficiarios del plan obtienen un permiso de ingreso emitido por la DNM y un visado temporario, tal como se encuentra previsto en el ya mencionado art. 23 m) de la Ley 25.871, por el plazo de dos (2) años<sup>35</sup>.

Otra característica central con la que la DNM fundamenta la creación del programa “es brindar una respuesta basada no solo en el derecho internacional de los refugiados, sin perjuicio de que quienes deseen solicitar el estatuto de refugiados accedan a éste de manera inmediata”. Queda la duda, en este último sentido, de si los sirios que arriban al país con una visa humanitaria conocen y son informados acerca de las diferencias, no desdeñables, entre un tipo y otro de protección, en especial en lo referido al rol del Estado y su responsabilidad frente a la integración de solicitantes y refugiados. Es necesario remarcar que en ninguna de las dos etapas del Programa Siria se establece en la parte dispositiva de la normativa específica una obligación por parte del Estado de informar a las personas beneficiarias de la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado en los términos de la Ley 26.165<sup>36</sup>.

### 2.3.2. *Beneficiarios, tramitación y requisitos*

Según la Disposición DNM 3915/2014 son beneficiarios del Programa Siria las personas de nacionalidad siria y sus familiares, y las personas de nacionalidad palestina, residentes habituales o que hubiesen recibido el apoyo de la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina (UNRWA por

<sup>35</sup> Anexo I de la Disposición DNM 3915/2014, art. 2.

<sup>36</sup> Llama también la atención la omisión de esta información clave en el folleto ofrecido por el ACNUR en su página central sobre el “Programa Siria”: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2015/10180>.



su sigla en inglés). En cuanto a la tramitación, establece que debe realizarlas el requirente ante la DNM; o bien, de no existir representación consular argentina disponible en el país desde el cual se inicia, puede recurrirse a la asistencia de Organismos Internacionales, dentro de Siria o en países vecinos al conflicto donde resida la persona que lo solicita<sup>37</sup>.

La norma establece una serie de requisitos que deben cumplir los beneficiarios<sup>38</sup>: a) Documento de viaje, que además del pasaporte puede ser un documento otorgado por Organismos Internacionales tales como ACNUR, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), UNRWA, siempre en condiciones de vigencia y validez; b) Certificado de antecedentes penales del lugar de procedencia, siempre que no existiesen riesgos para su obtención, o bien informes de INTERPOL u otros organismos de seguridad similares; c) Declaración jurada de antecedentes penales, sin perjuicio de los que pudiera requerir la DNM a INTERPOL; d) Documentación que acredite vínculos familiares que correspondan, admitiéndose también pruebas en forma supletoria. Además, es requisito la entrevista personal con funcionarios consulares, quienes verifican, entre otras cuestiones, la no intervención de los beneficiarios como parte en el conflicto armado<sup>39</sup>. Se establece además la eximición del pago de tasas migratorias para los beneficiarios.

Por otro lado, la norma establece una serie de requisitos que deberán cumplir los “llamantes”<sup>40</sup>: a) Presentación de una carta de invitación con carácter de Declaración jurada que fundamente el vínculo con ciudadanos o residentes en Argentina que actúen como llamantes. La invitación implica además que los llamantes “asumirán el compromiso explícito de brindar asistencia en materia de alojamiento y manutención de las personas beneficiarias, acompañando el proceso de integración y autosuficiencia”. Este requisito subsistirá en todas las modificaciones que se realizaron posteriormente al Programa<sup>41</sup> y apuntan a lo que ya señaláramos anteriormente: *este programa de visado humanitario delega en los particulares y en la sociedad civil la responsabilidad del Estado nacional de integrar a las personas que arriban bajo esta modalidad*. Una remisión a lo señalado anteriormente respecto de las diferencias en relación a la situación de solicitantes de asilo y refugiados: queda demostrado que ambas formas de protección difieren cuando se compara la Disposición de referencia con la Ley 26.165<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> *Id.*, art. 3.

<sup>38</sup> *Ibid.*, art. 4.

<sup>39</sup> Esta incompatibilidad, también se da respecto de quienes solicitan asilo en los términos de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

<sup>40</sup> *Ibid.*, art. 5°.

<sup>41</sup> Véase Anexo I, art. 5°, inc. a) punto i, de la Disposición DNM 4499/2015; y Anexo I art. 3°, inc. 1. a) de la Disposición 4683/2016, en este caso es igual tanto para el llamante como para el requirente.

<sup>42</sup> El art. 25 de la Ley 26.165 establece, entre otras, las siguientes funciones de la CONARE: “a) Proteger los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo que se hallen bajo la



En 2015, el Programa Siria sufre su primera modificación a través de la Disposición DNM 4499/2015, que prorroga por el término de un (1) año la duración del mismo, e introduce a su vez algunos cambios destinados a flexibilizar las condiciones de acceso para los beneficiarios. Tal vez la modificación más importante introducida por esta disposición sea la que establece la posibilidad de que la figura del llamante pueda contar con el aval de una organización que asuma el carácter de compromiso de brindar alojamiento, asistencia, manutención y acompañamiento para la integración local de las personas beneficiarias<sup>43</sup>. En la segunda etapa, que veremos a continuación, se afianza el programa a través de nueva normativa específica y de la conformación de un gabinete especial. El rol del Estado si bien continúa desdibujado, incorpora de manera difusa la participación (discrecional o “a voluntad”) de los gobiernos locales.

### 2.3.3. Segunda etapa del Programa Siria, de 2016 hasta la actualidad

La nueva Administración decide dar continuidad al Programa Siria y realiza modificaciones respecto de la tramitación —con vistas a una “mayor eficiencia en su gestión por parte de los organismos involucrados”— y en relación a los requisitos para los llamantes y requirentes con el objetivo de “potenciar y fortalecer” el Programa.

La primera modificación de importancia del programa Siria a través de la Disposición 4683/2016 es respecto de su duración, pues a partir de la nueva normativa el programa mantendrá su vigencia “en tanto continúe el conflicto en la República Árabe Siria, siendo facultad del Director Nacional de Migraciones la determinación de la fecha de finalización del mismo”<sup>44</sup>. Si bien es destacable

---

jurisdicción de la República Argentina en toda circunstancia, para lo cual está facultada para ejecutar todas las acciones necesarias para velar por el goce efectivo de los derechos de los refugiados y de sus familiares; ( ) d) Convocar a autoridades nacionales, provinciales y municipales a fin de proponer la coordinación de acciones conducentes al cumplimiento de los objetivos de esta ley y en particular, en lo que concierne a: ( ) 2.- La asistencia de los refugiados y sus familiares; 3.- Su inserción en la vida social y económica del país.

e) Elaborar planes de acción conjunta con el fin indicado en el punto anterior”.

Por su parte, el art. 42 establece: “Dentro de un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles desde el registro de la solicitud para la determinación de la condición de refugiado, el Secretariado Ejecutivo ( ) notificará a los organismos correspondientes a fin de que se provea al solicitante y su familia la asistencia humanitaria básica que requieran en virtud de su situación económica, en particular en lo que se refiere al alojamiento y el acceso a ayuda alimenticia, salud y educación. En consecuencia, los refugiados que hubieran sido reconocidos como tales y pretendan revalidar sus diplomas de estudio o precisaren de la autenticación o certificación de firmas de las autoridades de sus países de origen a efectos de ejercer su profesión en nuestro país, tendrán la posibilidad de obtener certificaciones expedidas por autoridades nacionales las que, para emitir la mencionada certificación, podrán contar con el auxilio de una autoridad internacional.

A tales fines, la comisión se halla facultada a tomar las disposiciones necesarias que permitan estos instrumentos públicos, los cuales harán fe salvo prueba en contrario”.

<sup>43</sup> Anexo I de la Disposición DNM 4499/2015, art. 5º, inc. a), punto i), 2º párrafo.

<sup>44</sup> Disposición DNM 4683/2016, art 1.

que la continuidad del Programa no tenga fecha de expiración, esta última prerrogativa por parte del Director Nacional de Migraciones puede resultar llamativa teniendo en cuenta que los alcances de la deseada finalización del conflicto serán probablemente materia de recomendaciones y directrices por parte de los diferentes organismos internacionales involucrados en la problemática.

En lo relativo a las novedades sobre tramitación y requisitos, la nueva disposición establece un régimen diferenciado entre la figura del “llamante” y del “requiriente”. En tanto en las anteriores disposiciones aparecen mencionadas ambas figuras, lo cierto es que no quedaba claro si se trataba de figuras distintas con un régimen diferenciado. La figura del llamante no sufre prácticamente modificaciones y sigue refiriéndose a personas físicas que decidan brindar su colaboración en forma voluntaria y sin fines de lucro, siempre que asuman el compromiso explícito de brindarles a los beneficiarios la asistencia humanitaria básica a la que ya nos referimos. Por su parte, la figura del requirente aparece ahora explícitamente relacionada a las personas jurídicas —ONGs, Organizaciones de la Sociedad Civil, etc.— estableciendo una serie de requisitos que deberán cumplir para constituirse como tal:

1. Estar inscripto en el Registro Único de Requirentes de Extranjeros de la DNM;

2. Acreditar personería jurídica, domicilio legal en Argentina, estatuto social, designación de autoridades, etc.

Ante la ausencia de alguno de los requisitos del punto 2 antes señalado, podrían constituirse en requirentes las organizaciones que cuenten con el aval de organismos internacionalmente reconocidos. Por otro lado, la disposición establece que también podrán considerarse, al solo efecto del Programa Siria, las solicitudes referidas por “los gobiernos provinciales o municipales que manifiesten su intención de facilitar el ingreso de beneficiarios al Programa Siria y que cumplan con los requisitos establecidos”<sup>45</sup>, estos es, asumiendo el compromiso de brindar asistencia humanitaria básica para los beneficiarios<sup>46</sup>.

Es central aquí volver al enfoque respecto del rol del Estado en base a lo que surge de la más reciente normativa prevista para el Programa Siria: el Estado nacional no asume directamente las obligaciones derivadas de la inserción local de las personas que arriban al país como beneficiarias del Programa. Antes bien, delega en particulares voluntarios y en organismos de la sociedad civil la responsabilidad del apoyo básico para la subsistencia inicial de quienes arriben al país con esa visa humanitaria. A su vez, el rol de los gobiernos locales es difuso, incluso subsidiario de las personas llamantes y/o de las organizaciones requirentes, pues no está sujeto a una obligación legal dado que su participación depende de su voluntad de colaborar con el Programa. No sorprende entonces que en los artículos que regulan los requisitos tanto para llamantes como para

<sup>45</sup> Anexo I de la Disposición 4683/2016, art. 10.

<sup>46</sup> *Id.*, art. 3.

requirentes, la normativa establezca un modo imperativo (“deberá”)<sup>47</sup>, mientras que en la implementación de mecanismos de seguimiento o monitoreo del Programa Siria, la DNM tiene una facultad discrecional (“podrá”)<sup>48</sup>. Las obligaciones del Estado provincial y/o municipal respecto de la integración local de los beneficiarios son también discrecionales, dado que podrán considerarse sus solicitudes en calidad de requirentes solo si manifiestan su intención de hacerlo<sup>49</sup>.

Posteriormente, el Decreto 1034/2016 del Poder Ejecutivo Nacional estableció la creación del Gabinete del Programa Siria<sup>50</sup> “con el objetivo de establecer directrices generales para la recepción de personas desplazadas forzosamente como consecuencia del conflicto en la República Árabe Siria y proponer acciones interministeriales en materia de integración social”. Se trata sin dudas de una medida positiva respecto del involucramiento de diferentes instancias estatales en la temática con la finalidad de lograr acuerdos para permitir la implementación del Programa. Sin embargo, —teniendo en cuenta algunos aspectos de la Disposición DNM 4683/2016 que ya hemos analizado como norma de referencia para el Programa Siria— puede resultar de escaso impacto, considerando que el Decreto no asigna funciones específicas a cada organismo estatal, ni establece cuál será la periodicidad de las reuniones del Gabinete, ni estipula la publicación de diagnósticos, informes, etc.

Por otro lado, el Gabinete Nacional está facultado para convocar expertos de distintos sectores, de organismos internacionales y de la sociedad civil, y de distintos poderes del Estado nacional y de los gobiernos locales<sup>51</sup>. Una buena práctica que surge de las diferentes directrices y recomendaciones del ACNUR<sup>52</sup> es incluir también la participación de las personas con necesidad de protección, algo que sería deseable teniendo en cuenta que son las destinatarias directas de todas las decisiones que tome el Gabinete.

Finalmente, se dio a conocer en 2017 la Resolución 400-E/2017 del Ministerio de Educación que tiene por objetivo posibilitar a los beneficiarios del Programa Siria la continuidad en el país de sus estudios realizados en el lugar de origen, a través de trámites administrativos preferenciales para el ingreso

<sup>47</sup> *Ibid.*, art. 3º, puntos 1 y 2.

<sup>48</sup> *Ibid.*, art. 13.

<sup>49</sup> *Ibid.*, art. 10, punto 2.

<sup>50</sup> El Gabinete Nacional del Programa Siria está presidido por la Jefatura de Gabinete de Ministros, e integrado por representantes del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, el Ministerio de Relaciones Internacionales y Culto, el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Educación y Deportes, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Seguridad, el Ministerio de Cultura y la Agencia Federal de Inteligencia. Cuenta además con la asistencia de la Mesa de Trabajo Programa Siria, coordinada por el Director Nacional de Migraciones, cuyas funciones y conformación las determina el Gabinete del Programa Siria. Véase art. 3º del Decreto 1034/2016.

<sup>51</sup> Decreto 1034/2016, art. 4.

<sup>52</sup> Véase, entre otras, Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, Anexo I, punto 2, 13 de septiembre de 2016, p. 19.

en establecimientos educativos de gestión pública o privada para estudiantes de Educación Inicial, Primaria, Secundaria y Superior no Universitaria. La modalidad del ingreso es a través de pruebas evaluativas de nivelación para el ingreso en los diferentes niveles educativos previstos en la resolución. Si bien ésta también debe ser reconocida como una buena práctica, la Resolución 1551/2008 del Ministerio de Educación, que se encuentra vigente, ya establecía un régimen similar para el acceso a la educación de solicitantes de asilo y refugiados, con la salvedad de que podían ser incluidos alumnos en todos los niveles sin distinción<sup>53</sup>. El acceso a cursos de ingreso universitario tales como el Ciclo Básico Común (CBC) presentó siempre dificultades y obstáculos para el acceso por parte de solicitantes de asilo y refugiados, y dio lugar a la presentación de recursos de amparo que permitieron luego modificar una resolución anterior a la de 2008 (solo destinada a refugiados reconocidos)<sup>54</sup>; si bien esas dificultades persisten hoy en día, la Resolución de 2008 resulta inequívoca como vía de acceso normativo formal de personas con necesidades de protección a la educación en todos los niveles, incluido el universitario. La pregunta es, ¿por qué se adoptó una medida específica para beneficiarios del Programa Siria, regresiva en relación a una de la misma índole que fue adoptada por el Estado para solicitantes de asilo y refugiados? Esta situación específica refuerza la idea de que el Programa Siria, en comparación con la protección que brinda el sistema de asilo y el Estatuto del Refugiado, es una protección de baja intensidad y de que el Estado asume compromisos blandos en materia de inclusión.

En resumen, consideramos que el Programa Siria de visado humanitario constituye una buena práctica que permite que las personas que se encuentran afectadas por ese conflicto puedan abandonar su país de origen con documentación adecuada para realizar un tránsito ordenado hacia nuestro país, ingresar de manera segura y permanecer a través de un trámite de regularización migratorio expedito, obteniendo la categoría de residente temporario por razones humanitarias y el DNI correspondiente. Ahora bien, en relación al rol del Estado respecto de la integración local, el Programa parece diferenciarse de la situación de solicitantes de asilo y refugiados. En el siguiente cuadro se analizan algunas de las principales diferencias entre un régimen y otro.

<sup>53</sup> Resolución 1551/2008, art. 1.

<sup>54</sup> FIGARI COSTA, N., *ob. cit.*, pp. 304 y 305.

Cuadro 1: Diferencias entre las políticas de visados humanitarios y el régimen de asilo en Argentina

Tipo de mecanismo de protección internacional	Programa Siria de Visado Humanitario	Solicitantes de asilo y Refugiados
Ciclo de desplazamiento	El ciclo de desplazamiento se da en forma ordenada y segura, a través del visado, documento de viaje, etc. El ingreso se da en forma regular por vías autorizadas.	El ciclo de desplazamiento puede presentar una serie de riesgos, pues en ocasiones no se cuenta con documentación adecuada, ni se ingresa al territorio por pasos habilitados. Independientemente de ello, la normativa sobre asilo prohíbe la sanción por ingreso ilegal* e incluso puede ofrecer dispensas a quienes han utilizado documentación apócrifa en la necesidad de desplazarse de un sitio a otro
Documentación y situación migratoria	Inmediatamente después del ingreso, la persona accede a una residencia temporaria por criterio de razones humanitarias, obteniendo además el DNI dentro de los 60 días posteriores al ingreso.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Luego de haber ingresado, y una vez que la persona ha formalizado su pedido de reconocimiento del Estatuto del Refugiado, se regulariza a través del Certificado de Residencia Precaria, permaneciendo en esa situación migratoria hasta que el Estado se expida respecto de la solicitud de asilo.</li> <li>- En caso de ser reconocido como refugiado, accede a una residencia temporaria y obtiene el DNI.</li> <li>- En caso de rechazarse su petición, si la persona no califica dentro de alguno de los criterios migratorios previstos en la Ley 25.871, la DNM puede declarar irregular su permanencia, lo que puede derivar en su expulsión.</li> </ul>

<b>Tipo de mecanismo de protección internacional</b>	<b>Programa Siria de Visado Humanitario</b>	<b>Solicitantes de asilo y Refugiados</b>
<p>Rol del Estado respecto de la integración local</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La persona llamante, o la organización de la sociedad civil requirente, a través de la carta de invitación, se comprometen en carácter de declaración jurada en brindarle asistencia en materia de alojamiento y manutención sin fines de lucro, acompañando su proceso de integración y autosuficiencia.</li> <li>- Los gobiernos locales (provincias y municipios) pueden, a consideración de la DNM, constituirse en requirentes, asumiendo los compromisos antes señalados.</li> <li>- La DNM puede implementar mecanismos de seguimiento y monitoreo de los beneficiarios</li> <li>- La Resolución 400-E/2017 establece mecanismos para el acceso a todos los niveles de educación en establecimientos públicos o privados, hasta el nivel superior no universitario.</li> <li>- No se establecen medidas específicas tendientes a brindar la posibilidad de revalidar diplomas de estudio, etc.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El Estado tiene el deber de brindarles asistencia, buscar mecanismos para su inserción en la vida social y económica del país. En especial, en los momentos iniciales de arribo al país, debe arbitrar los medios para brindarles alojamiento y acceso a la ayuda alimenticia, salud y educación.</li> <li>- La Resolución 1551/2008 establece mecanismos para el acceso a todos los niveles de educación sin distinción.</li> <li>- Los refugiados reconocidos cuentan con el principio de ayuda administrativa para poder revalidar sus diplomas de estudio, obtener la autenticación, o la certificación de firmas de las autoridades de sus países de origen a efectos de ejercer su profesión en nuestro país, a través de certificaciones expedidas por autoridades nacionales (si bien esta ayuda resulta problemática en la práctica).</li> </ul>
<p>Normativa aplicable</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Disposición DNM 4683/2016;</li> <li>- Decreto 1034/2016</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Convención de 1951 y Protocolo de 1967; Declaración de Cartagena de 1984</li> <li>- Ley 26.165</li> </ul>

Tipo de mecanismo de protección internacional	Programa Siria de Visado Humanitario	Solicitantes de asilo y Refugiados
Autoridades de aplicación y órganos de referencia	- Dirección Nacional de Migraciones - Gabinete Nacional del Programa Siria	- Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) - Secretaría Ejecutiva de la CONARE

\* Art. 2º de la ley 26.165: “La protección de los refugiados en la República Argentina se realizará con arreglo a los principios de no devolución, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia, confidencialidad, trato más favorable y de interpretación más favorable a la persona humana o principio pro homine. Conforme al carácter declarativo que tiene el reconocimiento de la condición de refugiado, tales principios se aplicarán tanto al refugiado reconocido como al solicitante de dicho reconocimiento”.

Resulta indispensable reiterar que si bien no existen incompatibilidades entre el Programa Siria y el acceso al procedimiento para la determinación del Estatuto de los Refugiados, el Estado debería proporcionar a los beneficiarios información acerca de todos los mecanismos de protección disponibles. En el recorrido por la totalidad de la normativa aplicable al Programa Siria no hemos encontrado disposición alguna al respecto, si bien existen antecedentes de este tipo en la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas N° 26.364, modificada por la Ley 26.842<sup>55</sup>. Consideramos que las personas beneficiarias deben contar con toda la información disponible a efectos de poder tomar decisiones respecto de cómo planificar libremente su integración en el nuevo medio.

Según la página oficial del Programa, hasta 22 de mayo de 2017, 760 personas sirias habrían solicitado permiso de ingreso ante la DNM<sup>56</sup>. En entrevistas informales realizadas a funcionarios vinculados con el Programa, la población que efectivamente habría arribado al país como beneficiaria del visado humanitario, sería de 300 personas aproximadamente. A su vez, en las estadísticas de la CONARE para el período 2012-2016, habrían solicitado asilo 467 personas de nacionalidad siria, con una tendencia decreciente, y habrían obtenido el reconocimiento del Estatuto de Refugiado 384 personas. Estas cifras no permiten tener una noción clara de la cantidad de personas sirias que han ingresado a la Argentina y, a su vez, generan una serie de interrogantes: ¿la tendencia decreciente en las solicitudes de asilo de CONARE, guarda relación con el “éxito” de los visados humanitarios? ¿Cuántas de las personas que solicitaron ingresar al país, ingresaron efectivamente a través del Programa Siria? ¿Por qué existe una

<sup>55</sup> Art. 6º: El Estado nacional garantiza a la víctima de los delitos de trata o explotación de personas los siguientes derechos ( ) g) Permanecer en el país, si así lo decidiere, recibiendo la documentación necesaria a tal fin. En caso de corresponder, será informada de la posibilidad de formalizar una petición de refugio en los términos de la ley 26.165.

<sup>56</sup> <http://www.migraciones.gov.ar/programasiria/?estadisticas>.



brecha considerable entre las solicitudes de asilo de CONARE y el número de refugiados reconocidos, existiendo un procedimiento de elegibilidad sumario para el caso de los sirios?

### 3. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo, se ha intentado ofrecer una mirada crítica a las modalidades de protección surgidas en Argentina en años recientes como respuesta a dos situaciones de emergencia humanitaria en contextos internacionales diferentes, y con especial énfasis en los modelos de integración local disponibles. Si bien el visado humanitario constituye una buena práctica, e incorpora el trabajo mancomunado de personas físicas y organizaciones de la sociedad civil, incluso la posibilidad de que los gobiernos locales realicen su aporte, pudimos observar que el rol del Estado nacional frente a la integración no tiene los mismos niveles de compromiso.

Más allá de que Argentina se encuentra entre los países con estándares más altos de protección de la región<sup>57</sup>, también es fácilmente comprobable que las políticas públicas destinadas a la integración local de personas que gozan de protección internacional en Argentina, en muchos aspectos, no son acordes con el marco jurídico vigente a nivel nacional y se encuentran muy lejos de cumplir con los estándares regionales acordados y suscritos por las máximas autoridades en distintas instancias<sup>58</sup>.

En este artículo se hizo hincapié en las políticas de visados humanitarios pues a nivel de la opinión pública, e incluso de la gestión pública, parecieran ser equivalentes a las políticas de asilo. Se abordaron, entonces, las principales diferencias entre ambas políticas y se intentó arrojar luz sobre la temática específica objeto de este artículo: mientras que la integración local es una responsabilidad que asume el Estado argentino hacia la población de solicitantes y refugiados y frente a la comunidad internacional, en el caso de los visados humanitarios la responsabilidad de la integración pareciera recaer, casi exclusivamente, en la sociedad civil y en personas particulares.

Si bien deben celebrarse los visados humanitarios como buenas prácticas, como bien fuera señalado en el Plan de acción de Brasil (2014), especialmente porque facilitan una migración ordenada y regular desde el propio país de origen y el acceso inmediato a una residencia temporaria (sin permanecer períodos prolongados bajo “la precaria”) y a un DNI, resultan preocupantes el carácter discrecional de este reconocimiento estatal y, especialmente, la ausencia de po-

<sup>57</sup> Véase en general, UNIDAD LEGAL REGIONAL DEL ACNUR, “Protección de refugiados en América Latina. Buenas prácticas legislativas”, disponible en [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas\\_Practicas/9307.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9307.pdf?view=1).

<sup>58</sup> Véase MANIOWICZ, Carolina, “Refugiados en Argentina: Integración local de los refugiados en sus tres ámbitos: Legal, Económico, y Socio-cultural. Políticas públicas implementadas en la actualidad, buenas prácticas y desafíos pendientes”, tesis de maestría, FLACSO, 2017.

líticas “públicas” destinadas a la integración local de estas poblaciones. Otra cuestión importante guarda relación con la falta de información generalizada respecto de las diferencias entre un tipo de protección, que comporta compromisos débiles (visados humanitarios), y otro, que conlleva compromisos fuertes (estatuto de refugiado) por parte del Estado anfitrión. Esa carencia también puede observarse frente a buenas prácticas como la conformación de organismos interinstitucionales del Estado, con algún grado de participación de los gobiernos locales y de la sociedad civil, pero sin la necesaria representación de quienes son en definitiva los destinatarios de las decisiones, es decir, de las personas necesitadas de protección internacional.

Para concluir, entendemos que el protagonismo que otorgamos en el presente trabajo a la integración local y al rol del Estado como garante de la misma, no debe obedecer únicamente al grado de obligatoriedad del compromiso frente a la comunidad internacional. Creemos que, tomando las palabras de Saskia Sassen, la tarea de incorporar al recién llegado contribuye a ampliar los derechos formales de todos los ciudadanos, pues ampliando nuestros mecanismos de integración se fortalecen los derechos de todos y se contribuye a una sociedad más abierta<sup>59</sup>. Un Estado protagonista en la integración local de las migraciones forzadas es un Estado comprometido con la democracia en un aspecto clave: el respeto incondicional de los derechos humanos, en sentido amplio, de todos los que habitan y residen en su territorio.

## BIBLIOGRAFÍA

### *Documentos de ONU – ACNUR*

ACNUR, Unidad Legal Regional del ACNUR, “Protección de refugiados en América Latina. Buenas prácticas legislativas”, 2013.

— Cartagena +30, Declaración de Brasil, 3 de diciembre de 2014.

— Cartagena +30, Posicionamiento de la Sociedad Civil del MERCOSUR Ampliado, Buenos Aires, 14 de marzo, 2014.

— *Tendencias Globales. Desplazamientos forzados en 2016.*

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, 13 de septiembre de 2016.

### *Documentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Informe N° 85/11, Petición 12.306, Solución Amistosa Juan Carlos De La Torre - Argentina, 21 de julio de 2011.

<sup>59</sup> SASSEN, Saskia, *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2013, p. 18.

- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-18/2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de Septiembre de 2003.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014.
- CORTE IDH, Caso “Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C N° 272.

#### *Documentos de la OIM y el IPPDH*

- Diagnóstico regional sobre migración haitiana, IPPDH, OIM, agosto, 2017.

#### *Legislación nacional argentina*

- Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165 (2006).
- Decreto 1034/2016 del Poder Ejecutivo Nacional.
- Disposiciones de la Dirección Nacional de Migraciones N° 3915/2014, 4499/2015 y 4683/2016.
- Resoluciones del Ministerio de Educación de la Nación N° 1551/2008 y 400-E/2017.

#### *Libros y doctrina*

- FIGARI COSTA, Nicolás B., “Acceso a derechos económicos, sociales y culturales de refugiados y solicitantes de asilo en Argentina”, en LETTIERI, M. (ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Remedios de Escalada, Ediciones de la UNLA, 2012, pp. 275-308.
- MANIOWICZ, Carolina, “Refugiados en Argentina: Integración local de los refugiados en sus tres ámbitos: Legal, Económico, y Sociocultural. Políticas públicas implementadas en la actualidad, buenas prácticas y desafíos pendientes”, Buenos Aires, FLACSO, 2017 (tesis de Maestría).
- MORALES, Pamela V., “La figura del refugiado: tensiones y paradojas entre la praxis jurídica y la exclusión sociopolítica”, Buenos Aires, FLACSO, 2010 (tesis de Maestría).
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Emilio, o De la Educación*, Madrid, Alianza, 1995.
- SASSEN, Saskia, *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Madrid, Siglo XXI, 2013.

Recepción: 22/8/2017

Aceptación: 15/11/2017



PARTE V  
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



*REFUGIADOS. FRENTE A LA CATÁSTROFE HUMANITARIA, UNA SOLUCIÓN REAL*, DE SAMI NAÏR, MEMORIA CRÍTICA, GRUPO PLANETA, BARCELONA, 2016

Por INÉS E. FAMÁ<sup>1</sup>

En el marco de la considerada por la comunidad internacional como la “mayor catástrofe humanitaria desde la Segunda Guerra Mundial”, Sami Naïr, politólogo francés, catedrático en Ciencias Políticas, sociólogo y ex eurodiputado, brinda un camino, una posible solución para evitar que decenas de miles de seres humanos que huyen de la guerra o de la pobreza pierdan su cultura, su idioma, sus creencias, su vida y la vida de sus hijos, hermanos y padres. El ensayo recoge los principales aspectos de la crisis de los refugiados, incluyendo el funcionamiento de las agencias o mafias que los transportan en un viaje tortuoso al que tan solo tienen acceso quienes cuentan con recursos, dejando rezagados, bajo el manto del hambre, la pobreza, las bombas y los escombros a quienes no llegan a cubrir el precio para escapar.

En el libro, el autor expone el problema, compilando y analizando numerosa información, brindada por distintas organizaciones internacionales y nacionales, consciente de que en el marco de ocho años (2008-2016) Europa ha sufrido una crisis de terrible gravedad: “fractura del euro, fractura de los refugiados, fractura de la salida de Gran Bretaña”. Resalta la necesidad de construir una Europa que no se la califique como incapaz de evitar el flagelo de la guerra, sino que brinde “el modelo social civilizado, la voz universalista del mundo, la solidaridad”, aliviando a víctimas inocentes de conflictos que las superan y a millones de refugiados que piden socorro y escapan de los combates, los secuestros, las violaciones, las amenazas de muerte y el hambre.

El autor divide su ensayo en cuatro capítulos principales finalizando con una propuesta de solución. Conforme expone en el prefacio, el objetivo del trabajo es claro: ante la tragedia épica que se produce frente a la indiferencia e indignidad de la humanidad, condenar fuertemente la falsa idea de que no

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Carrera de Especialización en Asesoría Jurídica (UBA) y participación en la Diplomatura en “Migrantes y Protección de Refugiados” (UBA). Docente de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UBA. Colaboradora en Proyectos UBACYT e Investigadora del Instituto A. L. Gioja. E-mail: ines.fama@gmail.com.



hay solución para los refugiados en Europa. Como el título profetiza, sí hay solución, sí hay medios y Sami Naïr propone, a lo largo de su ensayo, poner en marcha una serie de políticas de ayuda e incentivos al sistema de circulación para los peticionarios de asilo.

“Las migraciones se desarrollan por varias y complejas razones”, describe el autor al iniciar el apartado primero, y es cierto que a la demanda migratoria de los últimos años se ha sumado, desde 2011, con un incremento considerable en 2015, la crisis de los refugiados. Las distintas realidades obligan a efectuar un análisis comparado de los informes anuales del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para entender las múltiples razones para huir del propio lugar de origen y emprender un camino minado de obstáculos en donde sólo quizás se alcance un refugio seguro.

En el apartado titulado “El Gran Éxodo” describe con números alarmantes cómo, desde el año 2012, la Unión Europea llegó a ser una de las principales regiones en recibir solicitudes de asilo de Siria. Los informes anuales de la ACNUR describen cómo Siria ha generado 7,6 millones de desplazados internos y 3,88 millones de refugiados a finales de 2014, que representan el 51% de los refugiados que se dirigen a Europa<sup>2</sup>.

Sami Naïr recuerda que de los casi 6 millones de refugiados a finales del 2015, Europa decidió acoger a solamente 160.000 personas<sup>3</sup>. El autor critica fuertemente esta medida, basada en los fatales mecanismos del Convenio de Schengen y resultado de las manipulaciones, el odio, el temor y el recelo de la opinión pública y el cinismo de los Estados, lo que luego llamará la Gran Indignidad.

Crítica, asimismo, la falta de visión de la Unión Europea y sus gravísimas consecuencias sobre los sistemas democráticos y asegura que “los desplazamientos de poblaciones, las migraciones de toda índole no significan que las naciones vayan a desaparecer bajo la ‘presión’ de los inmigrantes. Es todo lo contrario: son los inmigrantes quienes tendrán que adaptarse y, sobre todo, ‘desaparecer’ como inmigrantes durante su inserción en la sociedad, en las naciones que, bien o mal, les acogen”.

El autor, en este apartado, confronta algunos de los mitos de los europeos al decir que los flujos de poblaciones podrán incluso enriquecer la cohesión social, la educación, las identidades nacionales de las sociedades de destino y, si bien es posible que pongan a prueba la solidez de sus instituciones democráticas y de su capacidad de integración, tendrán que adaptarse.

<sup>2</sup> Con posterioridad a la publicación los números lamentablemente han crecido: 22,5 millones de personas es la cifra total de refugiados a finales del año 2016 con 40,3 millones de desplazados internos y 2,8 millones de solicitantes de asilo: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/declaracion-conjunta-de-la-cidh-y-el-acnur-en-ocasion-del-dia-mundial-del-refugiado-10-medidas-para-que-los-estados-de-las-americas-respondan-a-las-c>.

<sup>3</sup> Fuentes directas de la Unión Europea indican que hasta julio de 2016 solamente se había reubicado a 3.000 solicitantes de esos 160.000: <http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/refugee-crisis/es>.

Sostiene que el factor clave para entender la orientación de los movimientos migratorios es el factor demográfico y pone como ejemplo a África, continente donde el hambre afecta al 25% de la población y donde la sequía se ha intensificado generando mayor hambruna acompañada de un crecimiento demográfico exponencial con aumentos dramáticos de la pobreza. Se detiene en casos como Sudán del Sur, el país más joven del mundo, en continuo conflicto y empeoramiento acelerado de la situación humanitaria explicando el éxodo de más de 1,3 millones de refugiados<sup>4</sup>, entre ellos un millón de niños, que han huido a Uganda, Sudán, Camerún, Chad, Etiopía, Kenia y República Democrática del Congo. Esta realidad es aún más devastadora cuando también se la vincula con la violencia de género y hacia los niños. Puntualiza que “las mujeres son cerca de la mitad de las migrantes en el África subsahariana, pero constituyen, junto con los menores, el 70% de las personas refugiadas y de los desplazados internos del continente” africano.

Los números expuestos por el autor alarman y, si bien la cantidad de personas que llega a las costas europeas se ha visto reducida en el 2016, en comparación con el 2015, no es extraño para Sami Nair sostener que “en realidad, las migraciones de hoy en día y del futuro serán limitadas, aunque, en un primer tiempo, significativas. Si en la actualidad tienen un aspecto tan amenazador es justamente, porque la UE ha desarrollado estos últimos treinta años una ‘sinistrosis’ de inseguridad vinculada al cierre de las fronteras para proteger un mercado de trabajo siempre en crisis”. Es así que critica fuertemente el Convenio de Schengen y los valores que defiende, al sostener que abiertamente ha neutralizado la libre circulación entre el continente africano y Europa, provocando la enorme acumulación de demanda migratoria concentrada en las fronteras. Descalifica las justificaciones del mismo en cuanto a una *necesidad de garantizar la seguridad* y de *gestionar adecuadamente el flujo de inmigrantes* en lo que denomina un llamamiento a un “cierre total” de las fronteras conduciendo a las sociedades a extremos peligrosos.

Enfatiza ya desde este primer apartado la necesidad de flexibilización del Convenio para que la dinámica de entrada y salida se recomponga y para que un equilibrio, por supuesto siempre imperfecto, sea alcanzado.

En sus capítulos encontramos distintos testimonios que llegarán al lector en lo más profundo. El primero de ellos, el de Ricardo Angora, responsable del programa de Atención Primaria de Salud y Apoyo Psicosocial a las personas refugiadas y migrantes en Grecia, describe:

Cruzan apiñados en grupos de hasta 35 personas, en frágiles embarcaciones neumáticas, a merced de enormes olas y tempestuosas tormentas. En caso de naufragio, solo los más afortunados consiguen alcanzar tierra firme

<sup>4</sup> A principios de 2017 este número creció a 1,8 millones, [https://elpais.com/elpais/2017/5/15/planeta\\_futuro/1494878021\\_892109.html](https://elpais.com/elpais/2017/5/15/planeta_futuro/1494878021_892109.html).

después de horas interminables en agua gélida, zarandeados por las olas, a oscuras, separados de sus familias o compañeros de viaje y con una sensación constante de perder la vida inminentemente. (...) Mucho peor son los sentimientos de quienes pierden a sus seres queridos en la travesía (padres, hijos, hermanas, amistades) y que quedarán, en el mejor de los casos, si el mar devuelve sus cuerpos, enterrados en una tierra desconocida y lejana.

En el apartado “Europa insolidaria” describe la triste realidad de los Acuerdos de Schengen, adoptados en 1990 a meses de la caída del muro de Berlín en lo que describe como la caída de uno para pasar a otro más alto aún. Para ilustrar refiere: “Los estados miembros de la UE han construido más de 235 km de vallas en las fronteras exteriores de la UE, que han costado más de 175 millones de euros”.

Sami Naïr explica que, en 1999, la presidencia austríaca de aquel entonces propuso nuevas medidas de blindaje, estableciendo un sistema de cuatro círculos que buscaba acabar con las entradas ilegales “externalizando” la gestión de la demanda migratoria, creando campos de retención en países limítrofes y otros más alejados. Acompaña al final un gráfico sobre el mapa de los campos y explica las injerencias que tuvieron los Acuerdos de Cotonú en la externalización de la política migratoria, junto con las posteriores comunicaciones de la Comisión relativas a una política común de Inmigración Ilegal y las resoluciones, planes y proyectos de la Unión Europea abocadas a frenar la inmigración ilegal mediante el desarrollo y la reducción de la pobreza en los países de origen.

En el año 2008, el Consejo Europeo adopta el Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo<sup>5</sup> cuyo texto destacaba, conforme explica el autor, los progresos alcanzados en materia de colaboración con terceros países y los acuerdos bilaterales con países del Mediterráneo Meridional y la Asociación Oriental, para “abordar la raíz de las causas de la migración irregular y forzosa”. Así, el duro tratamiento a la inmigración calificada como ilegal se transformará, poco a poco, “en el modelo de percepción de los peticionarios de asilo” y a partir del año 2014 se acelerará dramáticamente la lucha, casi militar, contra la inmigración y contra los refugiados. El año 2015 se define en este contexto por la crisis de refugiados, el “cordón sanitario” en los Balcanes, detenciones prolongadas, tráfico de personas, deportaciones, controles fronterizos, naufragios, la lista de “países seguros” para proceder a readmisiones y reasentamientos.

“La responsabilidad política aquí es enorme y debe imperar a la hora de tomar medidas”. Explica que la problemática se ve planteada desde tres opciones: 1) Abrir totalmente las fronteras, haciendo de la libertad de circulación la regla; 2) continuar cerrando las puertas a la demanda migratoria, tal como se realiza hoy en día; y 3) la vía intermedia, aumentar el número de entradas legales, pactar con países emisores, incentivar políticas de desarrollo local mediante la

<sup>5</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0038>.

cooperación descentralizada, instaurar documentos de ida y vuelta para facilitar la libertad de circulación y de trabajo temporales, cooperación y desarrollo real, entre otras medidas sugeridas.

Luego describe las posturas tomadas por Alemania, España, Grecia, Italia, Australia, Francia, Dinamarca y Suecia a lo largo de los años 2014, 2015 y 2016, donde se evidencia un endurecimiento de las medidas a raíz de la opinión pública y la presión partidaria, para mencionar el Acuerdo entre la Unión Europea y Turquía, que más adelante criticará con firmeza. Concluye este examen con un análisis de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea donde, en su Preámbulo, se proclama rotundamente que “la Unión está fundada sobre valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la igualdad y la solidaridad” y, sin embargo, afirma que Europa ha expulsado colectivamente, violado la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, “es presa del egoísmo, la hipocresía, el chovinismo, el racismo étnico y confesional” y quienes más ayudan *no son los países europeos*, sino Turquía, Pakistán, Líbano, Irán, Etiopía y Jordania.

Transcribe la declaración de Manuel Blanco, bombero rescatista y cofundador de la ONG de ayuda humanitaria Proemaid, para finalizar este apartado, en donde expresa: “Debemos ser conscientes de que los refugiados huyen con desesperación de situaciones absolutamente trágicas”. Cuenta de embarcaciones improvisadas, capitanes inexpertos y refugiados que “llevan unas mochilas casi vacías, con discos duros los más jóvenes, y fotos de papel los mayores. He visto muchas de esas fotografías mojadas, sobre la arena. Habían llegado sin sus dueños. ... Mitilene, el patio trasero de mi casa España, tenía sus costas alfombradas con chalecos salvavidas, trozos de barcas y fotos mojadas...”.

En “La Gran Indignidad” critica al Acuerdo entre la Unión Europea y Turquía, que quedará, conforme resalta el autor, “como emblema de la gran indignidad europea” y la inesperada reacción de Angela Merkel que, al inicio de la crisis, dijo: “Si voy a tener que disculparme por ofrecer una cara amable a personas en situación de emergencia, éste ya no es mi país”<sup>6</sup>, pero meses después y sobre todo desde los acontecimientos de Colonia se abocó a la triste y dura historia de las devoluciones<sup>7-8</sup>.

En los apartados 10, 11 y 12 del tercer capítulo se refiere a las víctimas de las mafias ligadas a criminalizar las trayectorias migratorias, al tráfico de personas, el contrabando fronterizo y la falsificación de documentos. Al desarrollar la razón principal del éxito de las mafias, la relaciona directamente con una debilidad estructural de la Unión Europea y la falta de criterios comunes entre los paí-

<sup>6</sup> [https://elpais.com/internacional/2015/10/03/actualidad/1443877641\\_573760.html](https://elpais.com/internacional/2015/10/03/actualidad/1443877641_573760.html).

<sup>7</sup> [https://elpais.com/internacional/2016/05/21/actualidad/1463820743\\_792570.html](https://elpais.com/internacional/2016/05/21/actualidad/1463820743_792570.html).

<sup>8</sup> Incluso, en febrero de 2017, Alemania anunció un aún mayor endurecimiento de sus leyes migratorias para poder acelerar la deportación de miles de solicitantes de asilo cuya petición haya sido rechazada y extremar los controles a los recién llegados. <http://www.lanacion.com.ar/1987046-alemania-endurece-su-politica-de-refugiados-en-un-ano-clave-para-merkel>.

ses. Es una realidad que las rutas de acceso a Europa tienen un control paralelo por estas mafias, siendo la más clásica la ruta del Mediterráneo oriental. Miles de refugiados salen de Afganistán, Irak o Siria, para atravesar Irán y Turquía, y son guiados por agencias gestionadas por estas mafias. Sami Naïr describe con detalle esta cruel travesía, al igual que en África y la ruta central del Mediterráneo, la ruta de Libia y las que operan en el interior europeo, para exponer luego las operaciones de La Camorra, Cosa Nostra y 'Ndrangheta. A continuación, trata la política del odio, el rechazo focalizado sobre los inmigrantes, el racismo social y el desprecio cultural deteniéndose, puntualmente, en los movimientos franceses y alemanes y las políticas de Jean Marie Le Pen y de Nicolás Sarkozy.

Finaliza este apartado con el testimonio de Cristina del Villar Toribio, voluntaria de la Fundación Sevilla Acoge, que nos recuerda el tortuoso viaje con destino incierto, permanente peligro que emprenden los refugiados y que “en ningún punto del camino se libra del revoloteo de los estafadores, quienes reaccionan violentamente contra particulares y ONG cuando intentan advertir a los migrantes”.

El esperado capítulo final, la solución al conflicto de la demanda estructural que enfrenta Europa, planteada por los inmigrantes económicos que intentan escapar de la miseria de países en vías de desarrollo por un lado, y los solicitantes de asilo que huyen de situaciones de guerras civiles y de desastres medioambientales, por el otro, sostiene que sería una ilusión considerar la posibilidad de construir un espacio económico europeo rico e integrador sin tener en cuenta la situación económica, política y demográfica del contexto regional extra europeo. Sin embargo, los flujos migratorios seguirán y si bien no es posible, sostiene, abrir las fronteras a esa demanda, la política actual tampoco es la adecuada.

“Urge que la UE tome en cuenta este contexto reorientando su política migratoria a partir de ciertas medidas de carácter imprescindible”. En dicho contexto, formaliza su propuesta en cinco puntos que se transcriben a continuación y que se desarrollan en esta última parte:

1. A los refugiados sirios, iraquíes, afganos y de todas aquellas zonas a la que haya intervención militar exterior, hay que otorgarles, una vez aceptada la petición de asilo, un documento de viaje, dándoles derecho a circular en los países europeos hasta que encuentren un país que los acepte.

2. ACNUR puede definir un listado de países en el mundo y no sólo en Europa que se ofrezcan voluntariamente para acoger a peticionarios de asilo, ofreciéndoles a aquellos que quieran ir a estos países este *Pasaporte de tránsito*. Se debe prever por parte de la comunidad internacional un incremento de la financiación para ACNUR para llevar a cabo esta tarea.

3. También hay que ayudar a los países fronterizos que acogen refugiados para crear zonas viables.

4. Establecer corredores humanitarios protegidos por fuerzas europeas o por la ONU en las rutas de salida de los países en guerra.

5. Ayudar militarmente a los países de tránsito en su lucha contra las mafias.

Inspirándose y complementando los cinco puntos, recuerda los principios Nansen<sup>9</sup> y las propuestas realizadas bajo su manto ya que, al aplicar políticas adecuadas, los Estados podrán responder a los desplazamientos con medidas de mitigación y de protección de los migrantes.

Con posterioridad a la publicación del trabajo, el 19 de septiembre de 2016, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una serie de compromisos para mejorar la protección de los refugiados y migrantes conocida como la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes<sup>10</sup>. Esta Declaración establece el compromiso de los Estados de fortalecer y mejorar los mecanismos de protección de las personas que se desplazan y establece las bases para la adopción de dos pactos mundiales en 2018: un pacto mundial para los refugiados y un pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. Con el compromiso de repartir de manera equitativa la carga y las responsabilidades de acoger y apoyar a los refugiados de todo el mundo, al momento de la redacción de la presente referencia bibliográfica, se están conduciendo los debates temáticos para la pronta elaboración del programa de acción que propondrá el Alto Comisionado como parte del Pacto Mundial sobre los Refugiados.

El trabajo de Sami Naïr es el producto de un análisis acabado de la realidad de los migrantes, brinda un contexto de lectura obligada en un marco mundial en donde la crisis es de magnitudes inimaginables en el pasado y presenta una propuesta de solución.

El Alto Comisionado Auxiliar para la Protección del ACNUR, Volker Türk, en ocasión de las reuniones temáticas comentadas expuso: “El éxito para abordar la crisis mundial de los refugiados dependerá de la capacidad de la comunidad internacional de llevar el compromiso de las responsabilidades compartidas a la práctica (...). No solo se trata de un aumento en los fondos, sino también de apoyo político, abordar las causas del desplazamiento y encontrar soluciones, así como aumentar el reasentamiento y otras vías legales para la admisión de refugiados”<sup>11</sup>.

La obra de Sami Naïr *Refugiados. Frente a la Catástrofe Humanitaria, una Solución Real* es un documento valioso que propone, como su título lo indica, una solución real, concreta y realizable ante la mayor catástrofe humanitaria del siglo XXI.

Recepción: 17/8/2017

Aceptación: 15/11/2017

<sup>9</sup> <http://www.unhcr.org/4ea969729.pdf>.

<sup>10</sup> <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10793.pdf>.

<sup>11</sup> <http://www.acnur.org/noticias/noticia/se-necesitan-mas-acciones-para-compartir-la-responsabilidad-en-materia-de-refugiados>.





*REFUGEE: TRANSFORMING A BROKEN REFUGEE SYSTEM,*  
DE ALEXANDER BETTS Y PAUL COLLIER, ALLEN LANE,  
THE PENGUIN PRESS, 2017

Por EZEQUIEL H. ALMADA ALCORTA<sup>1</sup>

*Alexander Betts* y *Paul Collier* describen en este libro, con un alto nivel de detalle, precisión y objetividad, escenarios de crisis humanitarias que enfrenta el mundo actual, los cuales resultan muy distintos al contexto de la Post- II Guerra Mundial, en el cual nace el Derecho Internacional de Refugiados como sistema de protección de las personas en el ámbito internacional.

Para los autores las crisis humanitarias actuales provocadas por situaciones de violencia masiva son, a todas luces, la causa directa e indirecta del desplazamiento actual de cerca de sesenta millones de personas alrededor del mundo, y para quienes, dicho sistema, hoy por hoy no brinda una respuesta adecuada.

Así, proponen un recorrido en el cual guían al lector con datos concretos de distintas fuentes de información con el objetivo de demostrar las falencias que posee el sistema de protección de refugiados actual y probar, al mismo tiempo, la necesidad de una reformulación del mismo para dar mejor respuesta a la crisis global existente.

### *1. LA DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL*

El punto de partida, para la primera parte de este libro, es la idea de que las crisis actuales más importantes en materia de refugiados se producen principalmente por la existencia de situaciones de violencia masiva que cristalizan la fragilidad de determinados estados que forman parte de la comunidad internacional, los que concretamente frente a conflictos de cualquier índole no pueden dar seguridad a sus habitantes y los obligan a tomar la decisión de huir del peligro, desplazarse y buscar asilo.

<sup>1</sup> Abogado con orientación en Derecho Internacional Público de la Universidad de Buenos Aires (UBA) Maestrando en Derecho y Economía en la Universidad Torcuato Di Tella. Ayudante docente del curso Derecho Internacional de los Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. E-mail: ezequiel.h.almada@gmail.com.

Esta nota de fragilidad que presentan en general los países más pobres del mundo se ve incrementada, según los autores, por las fallas provocadas —por ejemplo— por el intento de implantación de democracias en países que hasta el momento se encontraban organizados bajo otros regímenes de gobierno, así como también por los avances tecnológicos de nuestra época, el incremento en los precios de los recursos naturales y el avance del islamismo extremo, entre otros.

No obstante, los autores sostienen que si bien muchos estados presentan esta nota de fragilidad, sólo tres han generado alrededor de la mitad de los desplazados en la actualidad, Siria, Afganistán y Somalia. Todo ello, sin tener en cuenta la cantidad de desplazados internos dentro de estos tres países.

En este sentido, los autores centran su análisis en la situación de Siria, donde muchos de los refugiados se encuentran en países vecinos, los cuales también se caracterizan por ser estados frágiles, pobres y con sus propios conflictos internos, y derriban así la idea de los países europeos como grandes receptores del flujo de refugiados actual.

En ese contexto, describen cuál ha sido hasta el momento la respuesta del sistema de protección internacional de refugiados creado por la Convención de 1951, y del ACNUR, para dar asistencia frente a las distintas crisis humanitarias.

De esta manera llegan a uno de los puntos centrales del libro, esto es, cuestionar cómo se define en el ordenamiento jurídico internacional al “refugiado” que va a gozar de la protección del sistema, y quiénes, como consecuencia de dicha definición, quedan fuera de la protección internacional, desamparados frente a situaciones de violencia masiva.

Los autores ponen de manifiesto la falta de adecuación del concepto de “refugiado” a las crisis humanitarias provocadas por situaciones de violencia masiva actuales, critican su formulación arcaica, y proponen utilizar la noción de “*fuera de control*” para explicar todas aquellas situaciones que obligan a una persona a cruzar una frontera internacional.

Ahora bien, este planteo originalmente de insuficiencia terminológica, aparenta en principio ser una discusión jurídica, mientras que en realidad resulta un planteo dirigido a los autores de políticas legislativas y a la comunidad internacional en su conjunto, quienes deberían brindar una respuesta superadora, a mayor escala y sostenible, y no limitarse al asistencialismo.

De esta manera, los autores debaten sobre quienes deben ser considerados responsables de las respuestas, y si bien, en principio, el mismo sistema de protección vigente se basa en la premisa de que es la comunidad internacional la encargada de cooperar a fin de asegurar a los refugiados la protección asistencia y soluciones que necesitan, para los autores, son los países vecinos a los conflictos donde se genera el mayor impacto del desplazamiento, y además no reciben ayuda suficiente para poder brindar condiciones óptimas de acogida, sino simplemente fondos para paliar la crisis humanitaria.

Al mismo tiempo, los autores consideran que los países lejanos geográficamente de los conflictos aprovechan la necesidad inmediata de los más cercanos de recibir apoyo para la asistencia humanitaria y eluden responsabilidades y crean nuevas barreras de ingreso en sus territorios.

Entonces, concluyen, son los países limítrofes, quienes, aun siendo frágiles, cargan no sólo con la responsabilidad —y la obligación— de abrir sus fronteras frente al desplazamiento sino que —al mismo tiempo— deben afrontar, sin recursos, las crisis humanitarias con soluciones precarias, insuficientes y en algunos casos hasta peligrosas.

Para ejemplificar, los autores traen a consideración información surgida de los mismos campamentos que alojan refugiados, entre los cuales se menciona específicamente la situación que viven los refugiados en los campos de Kenia, en algunos casos de hasta veinte años de antigüedad, en donde se describen a éstos como una herramienta asistencial temporaria, que prolongada en el tiempo resulta insuficiente y genera un ecosistema muy nocivo para las personas que allí residen, tanto respecto de salud física y psicológica como para su proyección social y económica.

Frente a este panorama, se visibiliza claramente la necesidad de modificar las políticas que dan respuesta a la situación de millones de personas desplazadas alrededor del mundo.

## 2. LA PROPUESTA: REPENSAR EL SISTEMA

En la segunda parte del libro, los autores proponen al lector repensar el sistema de protección partiendo de la base de conceptos éticos, para entender mejor y de una manera más pragmática cuáles son los principios que permiten dar una respuesta más adecuada al fenómeno de desplazamiento forzado en el contexto descrito en la primera parte del libro.

Así, plantean que el principio más importante que debe guiar la reformulación de las políticas aplicables a las personas refugiadas, es la idea de la “compasión”, entendida como la capacidad de los seres humanos de ayudar a otros a recuperar aquello que —a causa de haber dejado su lugar de pertenencia— han perdido. Ello se traduce en una obligación de rescate.

La compasión como principio tiene su origen en el hecho de que todos somos seres humanos y nos encontramos interconectados entre nosotros, nos obliga a restablecer al refugiado el acceso a todos los derechos de subsistencia y supervivencia que gozaba antes de producirse la situación de desplazamiento forzado.

Asumir la obligación que tenemos respecto de los refugiados, para los autores, puede y debe hacerse sin dejar de considerar la solución más eficiente y sostenible en el tiempo, la que sólo podría alcanzarse mediante la coordinación internacional, responsabilidad principal del ACNUR.

Para esto, resultará fundamental encontrar la mejor forma de distribuir las responsabilidades y roles frente a las crisis humanitarias, tanto entre los países vecinos como con aquellos geográficamente lejanos pero que poseen mejores recursos para hacer frente a dichas crisis, lo cual refiere a la Unión Europea, a los Estados Unidos de Norteamérica y a los países del Golfo Árabe.

Una de las soluciones promovidas por los autores se centra en este principio de asignación eficiente de responsabilidades, que permite pensar en la asociación de los países más ricos con aquellos vecinos a los conflictos con el fin de diseñar una solución sostenible en el tiempo.

Otro principio mencionado por los autores en la reformulación del sistema es la “solidaridad”, que —según los autores— ha estado ausente en el proceso de escalamiento del conflicto sirio desde el año 2011, y que consiste en compartir no solo las obligaciones sino también en responder de manera rápida y adecuada, brindando recursos y también recibiendo refugiados en los propios territorios.

Asimismo, los autores proponen la utilización de la noción de “necesidad” en la utilización de los recursos de la comunidad internacional, para paliar el hecho de que no siempre los refugiados que llegan a la asistencia, son necesariamente los más necesitados de dicha asistencia en detrimento de aquellos que permanecen dentro de sus países. Ello implicaría también la eliminación de la selectividad en la recepción de refugiados, situación ilustrada por los autores, en los requisitos de educación exigidos por el gobierno alemán a los refugiados sirios para autorizar su transferencia.

Con relación a la asistencia económica a los refugiados, los autores señalan como elemento clave la noción de “autonomía”, en el sentido de poder lograr que el refugiado se provea su propio sustento y que pueda adquirir herramientas para reinsertarse en el mercado laboral lo antes posible.

El impacto de la mayor autonomía es reflejado en experiencias como el denominado plan “Jordan Compact”, el cual tuvo como objetivo principal otorgar visas de trabajo a doscientos mil refugiados sirios a cambio de una ayuda económica brindada por el gobierno del Reino Unido al gobierno de Jordania para la creación de una zona económica en la cual se pudieran desarrollar industrias que contrataran a estos refugiados. Para los autores la reinsertión de los refugiados en el mercado laboral resulta clave no sólo por la experiencia exitosa en Jordania, sino porque demuestra las potencialidades de una forma de cooperación asociativa internacional hasta ahora inexplorada.

Los autores también invitan a repensar la estructura de las instituciones internacionales encargadas de brindar protección a los refugiados, para lo cual consideran deseable un diseño que sea el resultado de la consideración de aspectos políticos, económicos y jurídicos, y que responda a tres preguntas fundamentales: i) cuáles deben ser los objetivos de las políticas aplicables a refugiados, ii) cuál debería ser la mejor forma de distribuir las responsabilidades para alcanzar esos objetivos, y iii) cuáles son las estructuras necesarias para asegurarnos que esas responsabilidades serán ejecutadas.

Respecto de la primera pregunta, la respuesta para los autores reside en dos conceptos ya esbozados, estos son el recate y la autonomía de los refugiados. Sobre el primero, la respuesta del ACNUR debiera ser poner a disposición del refugiado la satisfacción de sus necesidades más básicas de manera inmediata y por otro lado promover la respuesta implica asegurarles el acceso a trabajo y educación de manera que los refugiados puedan por sí mismos sostener sus condiciones de vida y aportar a sus comunidades.

Respecto del segundo interrogante, los autores vuelven a remarcar la importancia del concepto de responsabilidades compartidas y las ventajas de mejorar la coordinación internacional de modo de asignar apropiadamente las responsabilidades e identificar a aquellos países que puedan estar en mejores condiciones como receptores de refugiados y aquellos que pueden aportar más recursos para su asistencia.

Sobre el tercer interrogante, para los autores es crucial el papel del ACNUR como facilitador de la acción colectiva, que ha sabido por el momento desempeñarse adecuadamente respecto de cuestiones operativas y de ejecución de ayuda humanitaria, pero que no ha podido liderar la agenda política global con relación a los problemas de los refugiados, en parte por el rol apolítico y humanitario que se la ha dado al momento de su creación, en el contexto de la guerra fría.

### *3. ALGUNAS CONCLUSIONES*

Para finalizar este recorrido, los autores proponen un replanteo sobre el manejo de la crisis provocada por los refugiados provenientes de Siria, poniendo foco en el impacto de las decisiones adoptadas por los gobiernos y en la posibilidad de imaginar cuáles hubieran sido las consecuencias de adoptar medidas distintas destinadas a orientar los recursos en el lugar correcto frente a una emergencia de tal envergadura.

Al mismo tiempo, nos invitan a pensar con una mirada a largo plazo, la necesidad de evitar y revertir situaciones como las que se viven en Kenia, donde refugiados de larga data se encuentran aislados en campamentos sin la posibilidad de insertarse en la vida económica y social del país y sin contar aún con la autonomía suficiente para valerse por ellos mismos.

El lector puede optar por coincidir o no con el modelo de gestión propuesto por los autores, pero no puede en ningún caso dejar de acordar con ellos en la necesidad de una profunda modificación del modelo actual, el cual ha demostrado su fracaso, especialmente frente a los grandes flujos de personas que huyen forzosamente de situaciones de violencia masiva.

Recepción: 20/08/2017  
Aceptación: 15/11/2017



## APÉNDICE

### PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La Revista Jurídica de Buenos Aires, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre un determinado área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el lector pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés o traducciones.

### *PROCESO DE EVALUACIÓN*

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1) La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2) Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un evaluador externo experto en la temática. Desde la fecha de recepción, el evaluador tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Recomendación de publicación.
- b) Sugerencia de revisión o modificación para su posible publicación.
- c) No se recomienda su publicación.



3) Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por el editor, quien remitirá al evaluador el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez éste remita la evaluación al editor, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

### *REQUISITOS Y ENVÍO*

1. La entrega de los artículos, que se publican en el primer número de cada año, se realiza en diciembre del año anterior y la de los artículos, que se publican en el segundo número, se realiza en mayo de ese año. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica de cada número de la Revista.

2. Los artículos deben tener mínimo 6000 palabras y máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

3. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las **pautas de estilo**, que deberán solicitarse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

4. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista y el Departamento de Publicaciones de la siguiente forma:

*Archivo digital* enviado por correo electrónico que debe dirigirse a: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar). El archivo deberá contener los siguientes datos: nombre de la colaboración, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Es recomendable el formato Word, en sus últimas versiones.

5. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un **resumen biográfico** que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. La totalidad de los trabajos que se publiquen incluirán, al menos, una dirección de e-mail de por lo menos uno de sus autores.

6. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser de 1,5 pts. No deben emplearse sangrías ni espacios adicionales antes o después de los párrafos. El texto debe estar alineado a la izquierda (sin justificar). Las páginas deben estar numeradas consecutivamente a partir del número 1.

7. El **título** del trabajo deberá expresarse en español o portugués según el origen del artículo y en inglés. También debe incluirse un **resumen** de un máximo de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras)

y un **listado de cinco palabras clave**. El resumen y las palabras clave también deberán expresarse en español y en portugués según el origen del artículo y en inglés.

8. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, centrado. Allí debe incluirse una nota a pie donde debe consignarse el cargo o profesión del autor y una breve referencia académica. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del autor.

9. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

\* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

10. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las **pautas de estilo** y las siguientes indicaciones:

10.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres, se escribirán en párrafo aparte, separadas por doble interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas) y en un tamaño dos puntos más pequeño que el del cuerpo. Las citas directas con menos de 330 caracteres respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

10.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Éstas deberán realizarse de la siguiente manera: nombre y apellido del autor, nombre de artículo, parte, o libro, el lugar de publicación, la editorial, el año y el número la/s página/s, por ejemplo:

*Libros:*

Foucault, Michel, *Securité, territoire, population*, Seuil/Gallimard, Paris, 2004, p. 199.

*Artículos de Revistas:*

Muñoz Bravo, Tomás Milton, “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

10.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo.

11. Elementos complementarios:

11.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas

por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

11.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del autor del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

11.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con el editor.

12. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

**TÍTULO GENERAL** (Mayúscula en negrita y centrado)

**INTRODUCCIÓN**

**1. TÍTULO** (Capítulo)

**1.1 Título**

1.1.1 *Título*

1.1.2 Título

**1.2 Título**

**BIBLIOGRAFÍA**

## *DERECHOS DE PUBLICACIÓN*

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los autores, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

**Para enviar trabajos, solicitar las pautas de estilo o ante cualquier consulta, puede contactarnos a: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar).**

## GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a periodic publication of the School of Law of the University of Buenos Aires which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —coordinated by different directors— has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

### *EVALUATION PROCESS*

All works will be subject to double blind peer review (authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process) conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers.

The evaluation process has three stages:

1) The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.

2) The selected articles will be sent —preserving the author’s anonymity— to an external reviewer with expertise in the subject, who will have 30 (thirty) days since its reception to communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
- b) Suggestion for revisions before acceptance for publication.
- c) Recommendation of rejection.

3) The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise the submitted text must comply with the time frame established by the editor, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or

rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the editor, the final decision will be informed to the author/s.

### *REQUIREMENTS AND SUBMISSION*

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of article to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

3. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the **style guidelines**, which may be requested to the Director or to the Department of Publications.

4. Articles must be submitted to the Journal's Director and to the Department of Publications in the following format:

*A digital file* sent by email to [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar). The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

5. The author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

6. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Paragraph spacing must be 1.5 p and no indentation, nor additional space before or after each paragraph should be included. The text must not be justified and pages should be consecutively numbered beginning at 1.

7. The article's **title** must be in Spanish or Portuguese, depending on the language used throughout the text, and in English. An **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must also be included. The abstract and the list of keywords shall also be in Spanish or Portuguese, and in English.

8. The author/s' name should be centred under the title of the article. A footnote should be placed there, which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference. Acknowledgments may be included there.

9. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote with the following structure, completing the relevant information:

\*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

10. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The **style guidelines** and the following indications are to be followed:

10.1. Quotations that are 330 characters or more must be on a new line, separated by double space from the main body and written in a font size two points smaller, without quotation marks or italics. Quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotations marks and without italics.

10.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: name and surname of the author, title of the article, chapter or book, place of publication, publisher, year, page number/s. For example:

*Books:*

Foucault, Michel, *Securité, territoire, population*, Seuil/Gallimard, Paris, 2004, p. 199.

*Articles in Journals:*

Muñoz Bravo, Tomás Milton, "Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional", in *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, May-August 2014, pp. 87-116.

10.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, in accordance with the style guidelines.

11. Additional elements:

11.1. Tables and figures must be included within the text and consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

11.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

11.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the editor.

12. Titles and subtitles must respect the following format:

**TITLE** (capitalized, bold and centred)

**INTRODUCTION**

**1. TITLE** (Chapter)

**1.1 Title**

1.1.1 *Title*

1.1.2 *Title*

**1.2 Title**

**BIBLIOGRAPHY**

### *PUBLICATION RIGHTS*

The submission of a manuscript for publication entails the author's authorisation to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author assigns all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

**For further information, to submit manuscripts and to request the style guidelines, please contact us: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar).**





Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de mayo de 2018  
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130  
Avellaneda - Provincia de Buenos Aires - República Argentina

















