



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

El Procedimiento de Determinación de la Condición de Refugiado en el Derecho Internacional.

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Autor

María Eugenia Moreira Ceballos

Profesor Guía

Ximena Fuentes Torrijo

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	5
--------------------	---

CAPÍTULO I EL DERECHO INTERNACIONAL DE REFUGIADOS, SU ORIGEN Y FUENTES.

1 Origen del Derecho internacional de Refugiados.....	7
1.1 Primeros Instrumentos del Derecho Internacional de Refugiados.	9
1.2 La creación del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y el Estatuto de 1950.	13
2 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.	15
2.1 El Concepto De Refugiado En La Convención De 1951.	17
2.2 Obligaciones de los Estados contempladas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.	29
3 Otras fuentes del derecho internacional de refugiados.....	38
3.1 Tratados Internacionales de Derechos Humanos	39
3.2 La influencia de los instrumentos de Soft Law.	44
3.3 Instrumentos y Declaraciones a nivel Regional.	50
4 CONCLUSIONES	59

CAPÍTULO II EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

1 El procedimiento de determinación de la condición de refugiados y la ausencia de normas que lo regulen en la Convención de 1951.....	62
1.1 No existe una obligación de los Estados de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en el derecho interno.	65
1.2 Argumentos en torno a la existencia de una obligación de los Estados de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en su derecho interno.....	66
2 Conclusiones.	93

CAPÍTULO III LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

1 El acceso a un procedimiento justo y eficiente de determinación de la condición de refugiado.	97
1.1 Límites de acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado.	98

2	Autoridad Competente encargada de la determinación de la condición de refugiado. .	139
2.1	Autoridad central y especializada.....	140
2.2	La independencia del órgano de determinación	141
2.3	Órgano de determinación calificado.....	142
3	El papel del ACNUR.....	144
4	La asistencia legal de los solicitantes de refugio.....	146
5	Derecho de acceder a un intérprete calificado.....	150
6	El principio de confidencialidad.	152
7	La prueba en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado.	154
7.1	La Carga de la prueba.....	154
7.2	Los medios de prueba.....	155
7.3	Problemas vinculados a la valoración de la prueba.....	160
7.4	El mérito de la prueba	166
8	La garantía del plazo razonable.....	168
9	La fundamentación de las resoluciones.....	171
10	El derecho de revisión y el derecho a un recurso efectivo.	172
10.1	El derecho a solicitar la revisión de una resolución negativa por un tribunal u órgano independiente	172
10.2	El derecho a un recurso judicial efectivo.	173
10.3	Alcance de la revisión.	176
10.4	Plazo razonable para apelar.....	177
11	Disposiciones especiales en relación a grupos vulnerables.....	177
12	Conclusiones	182

**CAPÍTULO IV EL DERECHO INTERNACIONAL DE REFUGIADOS Y EL
PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN
CHILE 186**

1	Incorporación del derecho internacional de refugiados en Chile	186
1.1	La tradición latinoamericana del asilo en Chile.	186
1.2	Ratificación de la Convención de 1951.....	188
1.3	DL N° 1094 que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile de 1975.....	189
1.4	Ley N° 20.430 de 2010 que Establece disposiciones sobre Protección de Refugiados 192	
2	El procedimiento de determinación de la condición de refugiados en la Ley N°20.430196	
2.1	Acceso al procedimiento	196
2.2	Autoridad Competente encargada de la determinación de la condición de refugiado. 200	

2.3	El papel del ACNUR.....	202
2.4	El derecho a asistencia legal.....	203
2.5	El Derecho a contar con un intérprete calificado.	203
2.6	La confidencialidad.....	204
2.7	La prueba.....	204
2.8	La garantía del plazo razonable.....	207
2.9	Fundamentación y notificación de la resolución.....	209
2.10	Revisión del Acto Administrativo.....	210
2.11	Disposiciones especiales para grupos vulnerables.	215
2.12	Conclusiones	216
CONCLUSIONES FINALES		218
BIBLIOGRAFÍA.....		223

INTRODUCCIÓN.

El problema del desplazamiento forzado de personas como consecuencia de situaciones de persecución y de violaciones a los derechos humanos sigue siendo, lamentablemente, un tema recurrente y vigente en la actualidad.

Los últimos acontecimientos en Medio Oriente y en el Sur de África, nos muestran como el refugio sigue siendo una institución útil, que ha permitido que los Estados de acogida de estas personas desplazadas, se vean obligadas a velar por su protección y a no devolver a los refugiados a un Estado en el que el solicitante de refugio acredite tener un fundado temor de persecución y de esta manera ampararlos ante una eventual afectación grave de sus derechos fundamentales.

Pese a que el derecho internacional de refugiados ha experimentado un extraordinario desarrollo a partir de la segunda mitad del siglo XX, detallando las obligaciones de los Estados en esta materia y los elementos que componen la definición de refugiado, siguen existiendo vacíos en relación a cómo los Estados deben calificar estos elementos caso a caso, qué órgano debe hacer esta calificación y cuáles son las garantías procesales mínimas que los Estados deben respetar al hacer esta determinación, de manera que puedan dar cumplimiento a las obligaciones que el derecho internacional de refugiados reconoce.

Esta situación ha permitido que, en la práctica, los Estados terminen eludiendo el cumplimiento de sus obligaciones de protección contenidas en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, al omitir establecer procedimientos de determinación de la condición de refugiados adecuados, que permitan asegurar la correcta determinación de los elementos que componen el concepto que recoge la Convención y por tanto, que las personas que cumplan con estas características puedan ejercer los derechos que este instrumento les reconoce.

A raíz de esta constatación, se ha estimado necesario en el presente trabajo dar respuesta al problema de cómo los Estados debieran determinar si un solicitante de refugio cumple con los requisitos para ser calificado como tal y si es posible encontrar en el derecho internacional ciertas garantías procesales mínimas que los Estados debieran respetar, a fin de que quienes califiquen como refugiados, puedan ejercer sus derechos en la práctica.

Con este objeto, se revisará en primer lugar, el origen del derecho internacional de refugiados, su evolución y las principales fuentes que lo componen, a fin de establecer un marco conceptual, que nos permita en los siguientes capítulos abordar con mayor precisión el problema ya enunciado. En particular se revisarán las principales disposiciones de la Convención de 1951 y los distintos instrumentos que han permitido complementar sus disposiciones.

A continuación, ante la constatación de que la principal fuente del derecho internacional de refugiados, la Convención de 1951, omite pronunciarse respecto del problema de cómo determinar la condición de refugiado y cómo debe efectuarse esta calificación, se intentará dar respuesta en el segundo capítulo a la pregunta de si existe una obligación independiente de los Estados en el derecho internacional de regular en su derecho interno el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, aún cuando no esté contemplada en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951.

En el tercer capítulo, se revisará, cuáles debieran ser las garantías procesales mínimas que los Estados debieran respetar al regular este tipo de procedimientos de calificación, a partir de la revisión de distintos instrumentos de derecho internacional, vinculantes y no vinculantes y de la escasa jurisprudencia al respecto, y cómo estas fuentes de derecho internacional han influido en el derecho interno de los Estados al momento de regular este tipo de procedimientos.

En el capítulo final, abordaremos el caso de Chile y cómo el desarrollo del derecho internacional de refugiados en esta materia ha influido el derecho interno chileno. En particular se revisará cómo las garantías ya descritas en el capítulo anterior, han sido incorporadas en la nueva ley N°20.430 que establece disposiciones acerca de la protección de los refugiados y los desafíos pendientes en esta materia.

Finalmente, se desarrollaran ciertas conclusiones de carácter general a partir de los distintos temas revisados en el presente trabajo.

CAPÍTULO I EL DERECHO INTERNACIONAL DE REFUGIADOS, SU ORÍGEN Y FUENTES.

1 Origen del Derecho internacional de Refugiados

El derecho internacional de refugiados se compone de un conjunto de normas que regulan la protección que los Estados deben proporcionar a aquellas personas que tienen un temor fundado de persecución en su Estado de origen y que se han visto forzadas a huir de su territorio.

Su principal objeto es suplir la falta de protección del Estado de origen del refugiado, en cuyo territorio teme ser perseguido, teniendo en consideración la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentra. A su vez, el establecimiento de este tipo de normas busca regular la carga que significa para los Estados acoger a las personas desplazadas, restringiendo la protección a quienes cumplan con los requisitos previamente definidos.

James Hathaway señala que hasta antes del siglo XX, no existía mayor preocupación a nivel internacional por establecer normas u obligaciones relativas a la protección de los refugiados, dado que el otorgar asilo a las personas perseguidas no era un acto que los Estados percibieran como una carga¹ y más bien, se concebía como un derecho de los Estados, como una manifestación propia de su soberanía y fuente de enriquecimiento cultural y material.²

Según concuerdan distintos autores, el derecho internacional de refugiados propiamente tal surge en Europa al finalizar la Primera Guerra Mundial, como consecuencia del éxodo masivo

¹ Según lo precisa Loesher, los refugiados eran considerados como un “activo” para los Estados principalmente porque a quienes se les concedía refugio eran personas con concepciones geopolíticas, religiosas o ideológicas similares a las del Estado de acogida y los gobernantes concebían el control de grandes poblaciones, junto con los recursos naturales y el territorio sí mismo, como un índice del poder y la grandeza nacional. LOESHER, GIL. *The Origins of the International Refugee Regime*. [en línea] En: *Beyond Charity: International Co-operation and the Global Refugee Crisis*. Oxford. Oxford University Press. 1993 <http://www.refugeelawreader.org/c/10/I.2.1_The_Evolution_of_the_InternationalRefugee_Regime> [consulta: 23 de septiembre de 2009] p. 1.

² Hathaway precisa en este sentido: “The practice of sheltering those compelled to flight was not perceived as a burden, but rather as a necessary incident of power, and indeed as a source of communal enrichment: Central governments pursued their own interests by facilitating immigration and discouraging or even forbidding emigration. Whether to be taxed, to contribute to the growth of manufactures and commerce, to offer specialized knowledge, or to join the military, talented or affluent foreigners were frequently deemed useful to society and welcomed with open arms by European monarchs or municipalities.” HATHAWAY, JAMES. *The Law of Refugee Status*. Toronto. Butterworths, 1991, p.1

de personas que fueron forzadas a huir de los imperios Ruso, Austrohúngaro y Otomano que se disolvieron en este período.³ El fin de la primera guerra mundial aceleró la caída de estos imperios multiétnicos, que se convirtieron en pequeños Estados más homogéneos, lo que provocó la huida de millones de personas que fueron privadas de su ciudadanía en los nuevos estados por motivos de idioma, etnia o afiliación religiosa, debiendo emigrar hacia otros territorios.⁴

Este desplazamiento coincidió con la proliferación de normas de carácter proteccionistas y mecanismos de control creados por los nuevos Estados europeos con el objeto de frenar la llegada de inmigrantes y proteger el bienestar de los nacionales.⁵ En este contexto, muchas personas que fueron forzadas a emigrar de sus países de origen, debieron entrar al territorio de otros países en la clandestinidad, atendido que no contaban con la documentación necesaria de su país de origen para poder ser admitidos en el territorio de otro Estado.⁶

A su vez, las personas desplazadas se veían privadas de solicitar la protección diplomática que regularmente se le otorgaba a los nacionales de un Estado en el extranjero. Esto, porque a quienes lograban huir de estas situaciones de persecución, se les había cancelado expresamente la nacionalidad en su país de origen o porque en la práctica, el Estado del que eran nacionales se negaba o no era capaz de entregarles la debida protección tanto dentro como fuera de su territorio.⁷ De esta manera, el refugiado que lograba huir de su Estado de origen, se

³ LOESHER, GIL. Op. Cit. P. 1. HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge. Cambridge University Press 2005. P. 122, GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. 3a ed. Oxford, Oxford University Press, 2007. P. 234.

⁴ LOESHER, GIL. Op. Cit. p. 3-4

⁵ Goodwin Gill precisa: "The twentieth century has been witness to substantial developments in immigration law and control. States have pressed on, assuming the right of exclusion to be "inherent in their sovereign powers". GOODWIN-GILL, GUY S. *International Law and the Movement of Persons Between States*, 1978. P. 96. Citado en: HATHAWAY, JAMES. *The Law of Refugee Status*. Toronto. Butterworths, 1991, p.1.

⁶ En este sentido, Loesher señala: "Governments thus rushed to erect protective barriers and close borders. Most responded to the plight of refugees by simply expelling as many displaced persons as they could round up. Hundreds of thousands of people were consequently plunged into an endless cycle of illegal entry, clandestine existence, expulsion, and yet further illegal entry." LOESHER, GIL. Op. Cit.. p. 4.

⁷ Según lo señala Won Kidane: "It is a well-established principle of international law that an injury to the citizen is an injury to the state of his or her nationality. Ordinarily, if a non-citizen is injured by the acts of a host state, the state of his or her nationality would seek redress. By definition, a refugee maintains no such relationship. The refugee not only has severed his relationship with the country of his nationality or habitual residence but also fears being persecuted by the government of that country. If that refugee is injured in a country where he sought refuge, then the country of origin that would have sought redress under normal diplomatic and consular situations certainly would be unwilling or even might be pleased to see the injury occur." KIDANE, WON. "A Injury to the Citizen, a Pleasure to the State: A Peculiar

transformaba en “un extranjero en cualquier lugar”, situándose en una especial condición de vulnerabilidad y desprotección⁸.

Además, según lo refiere Loesher, el enorme flujo de refugiados se convirtió en una importante fuente de tensión entre los Estados al exceder la capacidad de estos y de las organizaciones humanitarias de la época para hacerle frente y entregarles un mínimo para su subsistencia en el país de acogida⁹. En este contexto, los Estados acordaron crear los primeros instrumentos de protección a los refugiados a nivel internacional, a fin de poder aunar esfuerzos para contener los problemas que estos desplazamientos generaban.

1.1 Primeros Instrumentos del Derecho Internacional de Refugiados.

Los primeros acuerdos que trataron el problema de los refugiados, surgieron al alero de la Liga de las Naciones, por iniciativa del Alto Comisionado para los Refugiados, a partir de 1922. Su objeto era facilitar la entrega de documentos de identidad y de viaje a los refugiados rusos y armenios, turcos, asirios y asirio-caldeos, que debieron huir de la persecución, cuya documentación les había sido cancelada en sus países de origen, a fin de que pudiesen circular hacia los países de acogida, previendo los obstáculos que significaba para ellos no contar con documentación.

Según lo plantea Hathaway, las primeras normas del derecho internacional de refugiados fueron configuradas como una excepción humanitaria a las normas proteccionistas que establecían restricciones a la llegada de inmigrantes.¹⁰ De esta manera, estos instrumentos permitieron regular el estatuto jurídico de ciertos refugiados en los Estados de acogida, calificados con parámetros objetivos y de fácil determinación, a fin de asegurarles el ejercicio de ciertos derechos básicos, atendida la anómala condición en que se encontraban, al carecer de la protección de su Estado de origen.

Challenge to the Enforcement of International Refugee Law”. [en línea] Chicago-Kent Journal International and Comparative Law 2008, 6 <<http://ssrn.com/abstract=1211083>> [consulta: 23 de septiembre de 2009] p. 116-117.

⁸ HATHAWAY, JAMES. The Law of Refugee Status. Op.Cit. P. 84-85

⁹ En este sentido Loesher señala: Refugee movements became a source of interstate tension and far exceeded the limited capacity of individual governments to ameliorate them. Within this context, the first rudimentary international organizations were formed to promote the protection and resettlement of refugees. LOESHER, GIL. Op.Cit. p. 4.

¹⁰ HATHAWAY, JAMES. “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law.” [en línea] *Harvard International Law Journal*. 1990. 31 (1) <[http://www.refugeelawreader.org/c/10/I.2.1 The Evolution of the InternationalRefugee Regime](http://www.refugeelawreader.org/c/10/I.2.1%20The%20Evolution%20of%20the%20InternationalRefugee%20Regime)>[consulta: 29 de septiembre de 2009] p.4.

Todos los acuerdos relativos a la protección los refugiados que se crearon en este periodo se caracterizaron por ser una construcción jurídica *ad hoc* y de excepción, que regulaba la protección de grupos de personas perseguidas de nacionalidades determinadas y en un contexto bélico especial.

El primero de estos instrumentos fue el Acuerdo de 5 de julio de 1922 relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos¹¹, completado por el Acuerdo provisional de 12 de mayo de 1926¹², que define con mayor precisión el concepto de refugiado¹³. Ambos instrumentos regulaban la entrega de documentos de identidad y de visas especiales para los nacionales rusos y armenios que habían dejado de tener la protección de sus Estados de origen.

Poco tiempo después, se celebró el Acuerdo relativo al Estatus legal de Refugiados Rusos y Armenios de 30 de junio de 1928¹⁴ que contiene normas relativas al estatuto personal de los refugiados, se establece la excepción de reciprocidad respecto de ellos, y recomendaciones para evitar expulsarlos cuando no se encuentren en condiciones de entrar en un país vecino de manera regular.

Posteriormente, en 1933, se crea la Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados¹⁵, la que por primera vez establece obligaciones para los Estados relativas a la protección de los refugiados y no meras recomendaciones como los acuerdos anteriores. Este instrumento fue el primero en establecer la obligación de no devolución de los refugiados a su

¹¹ LIGA DE LAS NACIONES. Arrangement With Regard to the Issue of Certificates to Russian Refugees. 5 de Julio de 1922. Treaty Series Vol. XIII No. 355. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8b4864.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]

¹² LIGA DE LAS NACIONES. Arrangement Relating to the Issue of Identify Certificates to Russian and Armenian Refugees. 12 de Mayo de 1926. Treaty Series Vol. LXXXIX, No. 2004 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8b5802.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]

¹³ Conforme se establece en el apartado 2 Acuerdo de 12 de mayo de 1926

"2. The Conference adopts the following definitions of the term "refugees":

"Russian: Any person of Russian origin who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government of the Union of Socialist Soviet Republics and who has not acquired another nationality.

"Armenian: Any person of Armenian origin formerly a subject of the Ottoman Empire who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government of the Turkish Republic and who has not acquired another nationality."

¹⁴ LIGA DE LAS NACIONES. Arrangement Relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees. 30 de Junio de 1928. Treaty Series, Vol. LXXXIX, No. 2005 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8cde56.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]

¹⁵ LIGA DE LAS NACIONES. Convention Relating to the International Status of Refugees. 28 de Octubre de 1933. Series Vol. CLIX No. 3663 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8cf374.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]

país de origen, hoy conocido como principio de *non refoulement*¹⁶. También reguló el ejercicio de otros derechos sociales y económicos y estableció la excepción de reciprocidad¹⁷.

Esta Convención limitó su aplicación a los grupos de refugiados reconocidos por los acuerdos anteriores, estos es, únicamente regulaba la protección a los refugiados de origen ruso, armenio, turco y asirio. Poco tiempo después, en 1938, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados procedentes de Alemania¹⁸, amplió la protección otorgada por la Convención de 1933, incorporando a las personas perseguidas por el régimen nazi.

Pese al aporte que significaron estos los instrumentos revisados, al definir con mayor claridad las obligaciones en materia de protección a los refugiados, tanto la Convención de 1933 como la de 1938 gozaron de muy poca adhesión de los Estados¹⁹ y resultaron insuficientes para dar solución al problema generado por el desplazamiento forzado en Europa.²⁰

Con el objeto de hacer operativas las disposiciones de estos instrumentos, se crearon también distintos órganos de carácter internacional, a los que se les encomendó otorgar los documentos de identidad contemplados en los acuerdos a los refugiados y facilitar su entrada en los países de acogida.

¹⁶ Así se establece en el artículo 3 de este Instrumento: “Each of the Contracting Parties undertakes not to remove or keep from its territory by application of police measures, such as expulsions or non-admittance at the frontier (refoulement), refugees who have been authorised to reside there regularly, unless the said measures are dictated by reasons of national security or public order.

It undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin” LIGA DE LAS NACIONES. Convention Relating to the International Status of Refugees. Loc. cit.

¹⁷ La excepción de reciprocidad se establece en el artículo 14 de la Convención de 1933: “The enjoyment of certain right and the benefit of certain favours accorded to foreigners subject to reciprocity shall not be refused to refugees in the absence of reciprocity.” Ibid.

¹⁸ LIGA DE LAS NACIONES. Convention concerning the Status of Refugees Coming From Germany, 10 February 1938, League of Nations Treaty Series, Vol. CXCII, No. 4461 [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8d12a4.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]

¹⁹ La Convención de Refugiados de 1933 fue ratificada por ocho Estados, mientras que la de 1938 fue firmada sólo por seis Estados.

²⁰ Pese a la baja adhesión de estos instrumentos, Loesher recalca su importancia en el sistema de protección a los refugiados: “While neither of these conventions received the signatures of more than eight nations, they were significant as first international efforts to elaborate a body of treaty law designed to afford protection to refugees. Although the language of these conventions was purposely limited to benefit narrowly defined national groups and provided only minimal protection for the members of these groups, they were a step toward the formulation of more permanent international laws and institutions”. LOESHER, GIL. Op. Cit. p.5-6.

Así, en 1921, la Liga de las Naciones crea el cargo de Alto Comisionado para los Refugiados, nombrándose a Fridjoff Nansen, explorador, científico y diplomático noruego, quien había demostrado anteriormente una especial preocupación por la situación de los desplazados, desempeñando un papel activo, promoviendo su acogida en los Estados europeos. Al Alto Comisionado se le encargó la tarea de organizar la repatriación y prestar ayuda a los refugiados provenientes principalmente de Rusia, al finalizar la primera guerra mundial. Al finalizar su mandato, se creó la Oficina Internacional Nansen, que opera entre 1931 y 1938 y posteriormente el Alto Comisionado para los refugiados provenientes de Alemania por el período de 1933 a 1938.

Años más tarde, al agudizarse el problema de los refugiados en el contexto de la segunda guerra mundial²¹, los Estados estimaron necesario crear nuevos órganos de protección a los que se encomendaron nuevas funciones. Así, en 1938, se crea el Comité Intergubernamental de Refugiados dedicado a buscar alternativas de reasentamiento y en 1943 la Administración de ayuda y rehabilitación de las Naciones Unidas, cuyo mandato se concentró en promover y favorecer la repatriación de los refugiados hacia sus países de origen. A su vez, luego de finalizada la segunda guerra mundial, en 1946, se crea la Organización Internacional para los Refugiados, financiada en gran parte por Estados Unidos, organismo que se hace cargo principalmente de la relocalización de más de un millón de desplazados fuera del continente europeo, con un mandato de duración limitado hasta 1950.

Pese a todos los esfuerzos desplegados, las medidas adoptadas fueron insuficientes para contener el problema de los refugiados en la región, al finalizar la segunda guerra mundial. Así, al terminar el mandato de la Organización Internacional de Refugiados, comenzó a discutirse entre los países aliados la creación de un nuevo sistema de protección a los refugiados, más amplio y efectivo. En un principio, Estados Unidos se opuso a la creación de un nuevo órgano internacional de protección, por los altos costos que implicaría su establecimiento y por la inversión en que ya había incurrido este país para hacer operativa la Organización Internacional de Refugiados, pero finalmente primó la postura de la mayoría de los países de Europa occidental, que insistían en la creación de un órgano independiente que les permitiera, compartir la carga de acoger a los solicitantes de refugio con la comunidad internacional.²²

²¹ Según lo detalla Loescher: "By the end of World War II, millions of people were outside of their home country and in need of assistance. (...) this flow not only included the 20 to 30 million people uprooted during the war, but also "some 9.5 million displaced Germans returning from outside the Reich, and 4 million and probably more war fugitives who fled before the oncoming Soviet and Allied troops." LOESHER, GIL. Op. Cit. p. 11.

²² Ibid. p.17.

En este contexto, en diciembre de 1949, se aprueba finalmente por la Asamblea General de Naciones Unidas la creación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), como un órgano dependiente de la Asamblea General de las Naciones Unidas y en 1951, se celebra la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas, convocada por la Asamblea General, en la que se adopta la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ambos instrumentos constituyen hasta hoy el eje central en torno al cual se estructura el derecho internacional de refugiados vigente.

1.2 La creación del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y el Estatuto de 1950.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como un anexo a la Resolución Nº 428 que crea este organismo, el 14 de diciembre de 1950.²³

Según se establece en el primer capítulo de este instrumento, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados se crea como un órgano subsidiario de la Asamblea General de Naciones Unidas. Las principales funciones que se le asignan son las de proporcionar protección internacional a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en este Estatuto y la de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, tales como la repatriación, su reasentamiento o la integración definitiva en los países de acogida. También se precisa que la labor de este Alto Comisionado “tendrá carácter enteramente apolítico; será humanitaria y social y, por regla general, estará relacionada con grupos y categorías de refugiados”

A diferencia de los instrumentos anteriores de protección, este Estatuto contempló un concepto amplio de refugiado, al menos geográficamente, sin atender a la nacionalidad del solicitante y sin establecer limitaciones temporales que lo restrinjan. Así, el Estatuto del ACNUR comienza enumerando los grupos de refugiados que se encontraban cubiertos por los anteriores acuerdos internacionales²⁴, a los que hace automáticamente aplicables sus disposiciones y luego, consagra una definición general del término “refugiado”, en el Capítulo II, párrafo 6, número ii), letra A, señalando que se considerará como refugiado a “cualquier persona que, como resultado de

²³ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Adoptado por la Resolución 428 (V) de 14 de Diciembre de 1950 de la Asamblea General de Naciones Unidas. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3628.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]

²⁴ Según se establece en su Capítulo II, párrafo 6º, letra A. “ El Alto Comisionado tendrá competencia respecto a: A. i) Cualquier persona que haya sido considerada como refugiado en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados”

acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país o que por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él.”

En la letra B de este mismo párrafo agrega que la protección del ACNUR se otorgará también a “cualquier otra persona que se halle fuera del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, fuera del país en el cual tenía su residencia habitual, por tener o haber tenido temores fundados de ser víctima de persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, y no pueda o, debido a ese temor, no quiera acogerse a la protección del gobierno del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.”

La definición del concepto de refugiado que este instrumento contempla, atiende a elementos subjetivos, que deben ser revisados caso a caso por el ACNUR y de su determinación dependerá la extensión del mandato de protección de este organismo.

Posteriormente, el ACNUR ha incorporado dentro de sus acciones de protección a los desplazados internos y a otras categorías de migrantes que no caben estrictamente en la definición de refugiado ya revisada, pero que atendida su especial condición de vulnerabilidad, se ha considerado necesario entregar asistencia humanitaria a este grupo de personas.

A continuación, en el Capítulo II de este Estatuto, se detallan las funciones del ACNUR de “proporcionar protección internacional a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en el presente Estatuto”, y la de “buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados”. Dentro de la función de otorgar “protección internacional” a los refugiados, contempla la tarea específica de promover “la conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados, vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a los mismos”, “la ejecución de todas las medidas destinadas a mejorar la situación de los refugiados y a reducir el número de los que requieran protección” y procurar “la admisión de refugiados, sin excluir a los de categorías más desamparadas, en los territorios de los Estados”.

También, al ACNUR se le encarga la tarea de buscar “soluciones permanentes” para el problema de los refugiados, reconociéndose como alternativas de solución: la repatriación voluntaria, la integración local en los países de acogida y por último, el reasentamiento en terceros países, cuando no se ha logrado la integración en el primer país de acogida.

En el Capítulo III de este instrumento se introducen normas relativas a la administración, organización y hacienda de este organismo. En particular, se establece que el Alto Comisionado, constituye la autoridad máxima de este organismo y que será elegido por la Asamblea General a propuesta del Secretario General de esta entidad.

Así también, siete años después de la adopción de Estatuto en 1958, fue creado el Comité Ejecutivo del ACNUR, órgano consultivo del ACNUR mediante la resolución 1166(XII) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Este Comité se compone por distintos representantes de los Estados Miembros de Naciones Unidas, incluyendo países que no son parte en la Convención de 1951.

Las principales funciones del Comité Ejecutivo son asesorar al ACNUR en materias tales como la distribución y captación de fondos y también elaborar documentos o guías para los Estados relativos a la protección de los refugiados. Así, las “Conclusiones Generales del Comité Ejecutivo”, que se adoptan anualmente se han convertido actualmente en una importante fuente de *soft law* de gran influencia en el derecho interno de los Estados, según se desarrollará más adelante

2 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951²⁵ constituye hasta hoy la principal fuente del derecho de refugiados y es el instrumento de mayor aplicación a nivel internacional en esta materia, pese a que en sus orígenes se creó con la finalidad específica de afrontar el problema de las masas de refugiados generadas en Europa a mediados del siglo XX.

La creación de la Convención tuvo lugar justo después de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948²⁶ y fue fuertemente influenciada por la estructura normativa de este instrumento, al contemplar un catálogo de derechos mínimos de aquellas personas que sean calificadas como refugiadas, que los Estados deben respetar.

Así, en su preámbulo, establece consideraciones generales en torno al problema de los refugiados como “una cuestión de relevancia social y humanitaria” y hace un llamado a la

²⁵ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados. 28 de Julio de 1951. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3be01b964.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]

²⁶ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de Diciembre de 1948. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3712c.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]

cooperación y solidaridad internacional, con objeto de asegurar que todos los seres humanos, sin distinción, gocen de los derechos y libertades fundamentales ya reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

No obstante, pese a la pretensión de universalidad que se expresa en este texto, este mismo instrumento define posteriormente el concepto de refugiado, en el artículo 1º, limitándolo geográficamente y temporalmente. En particular, esta disposición requiere que los refugiados sean perseguidos como consecuencia de “acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa”, lo que evidencia el fuerte carácter europocéntrico de su origen.

Pocos años después, los nuevos conflictos que se fueron sucediendo en el mundo, tales como las guerras de descolonización en África y otras situaciones generalizadas de violencia en Asia²⁷, provocaron que los Estados afectados por este tipo de desplazamientos, comenzaran a promover la ampliación del campo de protección original de esta Convención.

Las limitaciones geográficas y temporales de la Convención, fueron superadas, con la creación del Protocolo de Nueva York de 1967²⁸ que amplía el concepto de refugiado que estableció la Convención, atendiendo, según se registra en su texto, que “han surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada y que existe la posibilidad, por consiguiente, de que los refugiados interesados no queden comprendidos en el ámbito de la Convención”

Conforme se establece en el artículo 1º de este instrumento:

“1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen.

²⁷ Según lo constata el ACNUR: “(...) pronto se hizo evidente que las crisis de refugiados continuaban y no estaban confinadas a un solo continente. En 1956, el ACNUR ayudó a coordinar la respuesta al éxodo que siguió al levantamiento en Hungría. Un año después, a la organización se le encomendó asistir a los refugiados chinos en Hong Kong. Al mismo tiempo, participó en la respuesta para los argelinos que habían huido a Marruecos y Túnez después de la guerra de independencia de Argelia. Las respuestas del ACNUR a las crisis marcaron el comienzo de su participación en operaciones de asistencia y protección de refugiados en gran escala.

Durante la década de 1960 los levantamientos causados por la descolonización detonaron numerosos movimientos de refugiados en África. Muchas personas huyeron a países que también eran inestables. Al final de la década, más de dos tercios del presupuesto del ACNUR se gastaban en África, reflejando el giro masivo del enfoque de la organización en solo una década. La comunidad internacional respondió a esta cambiante realidad adoptando el Protocolo de 1967 a la Convención de 1951”. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Introducción a la Protección Internacional Protección de las personas de la competencia del ACNUR. Módulo auto formativo 1. 2005. [en línea] < <http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/index.htm> > [consulta: 23 de septiembre de 2010]

²⁸ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. 31 de Enero de 1967. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3ae4.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]

2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término «refugiado» denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras «como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y ...» y las palabras «... a consecuencia de tales acontecimientos », que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.

3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a) del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1.”

De esta manera, el Protocolo de 1967 permitió a los Estados que lo suscribieran suprimir las limitaciones ya referidas y establecer un concepto de refugiado de aplicación universal.

2.1 El Concepto De Refugiado En La Convención De 1951.

El concepto de refugiado está definido en el artículo 1º de la Convención de 1951 y de su determinación dependerá el ámbito de aplicación de las obligaciones que emanan de este instrumento.

Según lo dispone esta norma, en el artículo 1, 2), el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

“Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.”

Tal como se desprende del texto citado, el nuevo concepto de refugiado que recoge la Convención de 1951, difiere bastante de los primeros instrumentos de protección ya revisados, en los que se recoge un concepto que alude a elementos objetivos y de fácil constatación, como

lo sería la nacionalidad u origen del solicitante. Por su parte, el concepto de refugiado de la Convención es esencialmente subjetivo e “individualista”²⁹, al atender a las circunstancias particulares de la persona que requiere protección y a cómo el solicitante percibe la persecución de que es objeto.

Bajo este instrumento, para poder determinar si una persona puede ser calificada como refugiada, los Estados deberán evaluar caso a caso si el solicitante de refugio cumple con los distintos elementos que exige el artículo 1º de este instrumento, procedimiento que puede resultar bastante complejo.³⁰ Así, según se establece en el Manual de Procedimiento y Criterios para la Determinación del Estatuto de Refugiado del ACNUR, para poder determinar la condición de refugiado de un solicitante se debe atender a distintos elementos, que se pueden clasificar en tres categorías principales. Estas categorías son las llamadas “cláusulas de inclusión”, “cláusulas de exclusión” y “cláusulas de cesación”³¹, que serán revisadas a continuación.

2.1.1 Las cláusulas de inclusión.

Las cláusulas de inclusión, según lo dispone el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados, contempladas en el artículo 1º, letra A de la Convención de 1951³², establecen los criterios a que debe responder una persona para ser considerada refugiado y “constituyen la base positiva sobre la que se apoya la determinación de la condición de refugiado”³³.

2.1.1.1 Que la persona se encuentre fuera de su país de origen.

La primera de estas cláusulas, que recoge el artículo 1º, letra A, número 2) de la Convención, exige que la persona solicitante de refugio se encuentre “fuera del país de su nacionalidad”, o, en el caso de que sea apátrida, “fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual”.

Según lo plantea Goodwin Gill el hecho de atravesar una frontera internacional es “una cualidad intrínseca de la calidad de refugiado”³⁴. Así se precisa también en el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados que expresa que “la protección

²⁹ PÉREZ BARAHONA, SERGIO. El Estatuto de “Refugiado” en la Convención De Ginebra De 1951. [en línea] < <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/perez.pdf> > [consulta: 23 de mayo de 2011] p. 232.

³⁰ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Op.Cit. P.36

³¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Ginebra. 1988. P. 7

³² GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. Op.cit. P. 37.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid. P. 63.

internacional no puede entrar en juego mientras la persona se encuentre bajo la jurisdicción territorial de su país de origen”³⁵

Esta restricción ha sido criticada por algunos autores como Shacknove y Hathaway, que plantean que el refugio tiene que ver más bien con la relación entre el ciudadano y el Estado y no con la relación territorial que existe entre ellos.³⁶ Hathaway, en este sentido, señala que esta exigencia resulta totalmente injusta, en tanto no reconoce las distintas barreras sociales, legales y económicas que hacen imposible a muchos de los refugiados escapar de los países de origen y acogerse a la protección internacional.³⁷

En la práctica, la mayoría de los Estados al incorporar las obligaciones de la Convención de 1951 en su derecho interno, han optado por no innovar en esta materia, manteniendo este requisito como un elemento esencial, exigiendo para otorgar la calidad de refugiado que la persona se encuentre fuera de su país de origen.³⁸

2.1.1.2 Que no pueda o no quiera acogerse a la protección de este país

³⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op.Cit. P.16

³⁶ Así, Shacknove señala que: “Whether a person travels ten miles across an international border or the same distance down the road into a neighboring province may be crucial for determining logistical and diplomatic action. Conceptually, however, refugeehood is unrelated to migration. It is exclusively a political relation between the citizen and the state, not a territorial relation between a countryman and his homeland” SCHACKNOVE ANDREW. “Who is a refugee?” [en línea] *Revista Ethics*. 1985. 95 (2) <http://www.refugeelawreader.org/c/54/II.2.1.1_Alienage> [consulta: 23 de septiembre de 2009] p. 283.

³⁷ HATHAWAY, JAMES. The Law of Refugee Status. Op.Cit. p. 29.

³⁸ Una interesante excepción, puede encontrarse en el Acta de Inmigración y Nacionalidad de Estados Unidos que permite ampliar la protección a aquellos solicitantes de refugio que se encuentren al interior del país en que son perseguidos, según lo dispone la sección 101(a)(42), de la manera que sigue:

“(A) Cualquier persona que se encuentre fuera de su país de nacionalidad o, en el caso de no tener nacionalidad específica, se encuentre fuera del país donde habitualmente reside y no puede o no quiere regresar a ese país y, no puede o quiere protegerse allí, debido a persecución o a un temor fuertemente fundamentado de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, membresía en un grupo social en particular u opinión política.

(B) En circunstancias especificadas por el Presidente de los Estados Unidos, después de haber obtenido el debido asesoramiento de acuerdo a la sección 207(e) de esta Acta, cualquier persona que se encuentre dentro de su país de nacionalidad o, en el caso de no tener nacionalidad específica, se encuentre dentro del país en el cual reside habitualmente, y sea perseguida o tenga un temor fuertemente fundamentado de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, membresía en un grupo social en particular u opinión política.”

Para que una persona pueda ser calificada como refugiada se exige también que el solicitante no quiera o no pueda acceder a la protección de ese país o no quiera regresar a él. En particular, el artículo 1, 2), exige que la persona, debido a fundados temores de ser perseguida, “no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección” del país de su nacionalidad, o en el caso de no tener nacionalidad, “no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar” al país de su residencia habitual.

Hathaway considera que la falta de protección del Estado resulta un elemento esencial para determinar la calidad de refugiado. A juicio de este autor: “la existencia de un sufrimiento pasado o la posibilidad de que este se produzca, no convierte a alguien en refugiado, a menos que el Estado haya fallado en su deber de defender a sus ciudadanos en contra de este daño de manera anticipada”³⁹. Así también, Goodwin Gill precisa que la protección que otorga la Convención, debe entenderse como una “protección sustituta”, que sólo tendrá lugar cuando la protección del Estado de origen falle.⁴⁰

Respecto a este elemento, el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados del ACNUR precisa que la Convención distingue entre los casos en que una persona “no pueda” acogerse a la protección, esto es cuando la falta de protección se deba a la existencia de circunstancias ajenas a la voluntad de la persona que solicita el refugio, de aquellos casos en que la persona “no quiera” acogerse a la protección o regresar al país de su residencia habitual, en tanto respecto de estos últimos se exige que la voluntad de rechazar la protección sea “a causa” de fundados temores de persecución. Bajo esta última fórmula, si no hay motivos basados en fundados temores para rehusar la protección, la persona de que se trate no tendría necesidad de protección internacional y no podría calificarse como refugiada.⁴¹

2.1.1.3 Que la persona no quiera acogerse a la protección de su país por un fundado temor de ser perseguida.

La tercera cláusula de inclusión, exige que “la persona tenga un temor fundado de ser perseguida”. Según el Manual del ACNUR, la expresión “fundados temores de ser perseguida” se compone de un elemento subjetivo, esto es, que la persona que solicita refugio tenga realmente un temor de ser perseguida y de un elemento objetivo, que tiene que ver con la

³⁹ HATHAWAY, JAMES. The Law of Refugee Status. Op.Cit. p. 28.

⁴⁰ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Op. Cit. P. 92

⁴¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op. Cit. P.17-18.

exigencia de que ese temor sea fundado, en base al análisis de la situación objetiva que genera el temor.⁴²

Al respecto, la doctrina mayoritaria entiende que el “temor fundado” debe determinarse en base a un criterio objetivo, atendiendo al “riesgo actual de que la persona sea perseguida”. Por su parte, existen posturas divergentes en torno a si se debe incluir también en este elemento, la dimensión subjetiva del “temor fundado de persecución”, entendida como la determinación del estado mental de la persona que solicita refugio frente a la amenaza a la que se enfrenta.⁴³

Quienes se oponen a la inclusión de este tipo de análisis, señalan que determinar el “temor fundado” bajo un “criterio subjetivo” puede resultar perjudicial para la protección efectiva de quienes se encuentren bajo riesgo de persecución de manera igualitaria, ya que este enfoque parece favorecer a aquellas personas que sean más temerosas o demostrativas, o a “quienes simplemente son capaces de articular su miedo de manera reconocible para quien toma la decisión”, respecto de quienes enfrenten el mismo nivel de riesgo, pero que “son más valientes, más reservados o cuya expresión de temor no sea reconocible como tal”.⁴⁴

A su vez, el temor fundado entendido objetivamente es más consistente con la estructura de la Convención, sobre todo si se analiza en concordancia con las cláusulas de cesación y el principio de *non refoulement*. Esto, porque según se establece en los números 5 y 6 del artículo 1, letra C) que recogen las cláusulas de exclusión, la condición de refugiado cesará si cambian las circunstancias en virtud de las cuales una persona fue reconocida como refugiada y estas circunstancias sólo pueden determinarse atendiendo a la situación objetiva de riesgo en el país y no al estado mental de la persona.

Además el principio de *non refoulement* o de no devolución que recoge la Convención en su artículo 33, según se revisará más adelante, se aplica cuando una persona tenga un genuino riesgo de ser perseguida en su país de origen y no considera el temor que manifieste la persona como un elemento relevante.

2.1.1.4 Que la persecución se dé por motivos de raza, religión, nacionalidad, por su pertenencia a determinado grupo social o por su opinión política.

⁴² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op. Cit. p. 8-9.

⁴³ UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL [en línea]. International Refugee Law: The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear. [en línea], < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/467fa3fb22.html> > [consulta: 11 Noviembre de 2009]

⁴⁴ *Ibíd.*

El último requisito o cláusula de inclusión al que los Estados deben atender es que la persecución que teme el solicitante de refugio debe ser “por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular o por la opinión política de una persona”

Los motivos de persecución que se señalan en la definición de refugiado fueron incluidos en la definición de refugiado de la Convención de 1951 atendiendo al contexto histórico asociado a su origen y a las características específicas del desplazamiento forzado de personas al finalizar la segunda guerra mundial en Europa. Por lo mismo, el ACNUR ha favorecido que estos motivos de persecución se interpreten de manera amplia, considerando que muchas de las concepciones sociales y culturales asociadas a estos conceptos, han variado en el tiempo.

En primer lugar, conforme se establece en el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado del ACNUR, el concepto de raza se debe entender “en su sentido más amplio”, abarcando todos los grupos étnicos habitualmente denominados como “razas”⁴⁵, esto es, aquellas “variaciones físicas que los miembros de una comunidad o sociedad consideran socialmente significativas.”⁴⁶

En segundo lugar, el reconocimiento de la religión, como un motivo de persecución de las personas que pueden ser calificadas como refugiadas, debe entenderse como un correlativo del derecho a la libertad religiosa, que ya reconocía la Declaración Universal de Derechos Humanos y que ha sido consagrada también posteriormente por otros tratados internacionales de derechos humanos.⁴⁷

La persecución por motivos religiosos puede adoptar distintas formas. Así, según lo ejemplifica Edwards “ha habido algún reconocimiento de que el castigo desproporcionado por negarse a llevar velo en algunas sociedades islámicas se equipara a la persecución por razones de «religión». De manera similar, las leyes que imponen castigos serios sobre la homosexualidad pueden ser consideradas bajo el motivo de «religión» donde estas leyes están arraigadas en la doctrina religiosa”⁴⁸

⁴⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op.Cit. 13.

⁴⁶ GIDDENS, ANTHONY. Sociología. Alianza Editorial. Madrid. 2000. P. 281.

⁴⁷ Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

⁴⁸ EDWARDS, ALICE. “Las dimensiones de edad y género en el derecho internacional de refugiados”. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) *Protección de los refugiados*

Respecto del concepto de nacionalidad, el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado precisa que no debe entenderse sólo como “ciudadanía”, sino que también debe considerarse la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de “raza”. También considera que los apátridas, pese a no tener propiamente “nacionalidad”, pueden ser objeto de persecución producto de la misma ausencia de nacionalidad, debiendo ser incorporados también en este grupo.⁴⁹

El concepto de “pertenencia a determinado grupo social”, como otro motivo de persecución, resulta en particular, difícil de acotar y de aplicar en la práctica. No obstante, cabe precisar que pese a ser un concepto amplio, su determinación no debería ser tan extensiva como para abarcar todos los demás motivos de persecución, de manera que la enumeración de los demás motivos que contempla la Convención de 1951 carezca de sentido.

Conforme lo señala Aleinikoff, para poder identificar un grupo social se debe atender a si los miembros de un grupo social comparten una característica común que defina al grupo. Estas características deben ser “innatas, inmutables, o de otro modo fundamentales para la dignidad humana”⁵⁰ Así también debería considerarse la relevancia del examen de la “percepción social”. En este sentido, Goodwin Gill plantea que al analizar el concepto de grupo social “los factores de enlace internos no pueden considerarse aisladamente, sino sólo en conjunción con factores definitorios externos, como las percepciones, las políticas, las prácticas y las leyes”^{51/52}

Por último, el concepto de opinión política como motivo de persecución, debiera considerar “cualquier opinión sobre cualquier materia de la cual se puede ocupar la maquinaria del Estado,

en el derecho internacional. Consultas globales del ACNUR sobre protección internacional. Barcelona, 2010. Editorial Icaria. P. 77

⁴⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Ginebra. 1988. P. 14.

⁵⁰ ALEINIKOFF, ALEXANDER. “Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de «pertenencia a un determinado grupo social»”. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op.Cit. P.342.

⁵¹ Ibid. P 328.

⁵²En particular, el ACNUR ha sostenido que resultaría concordante con la disposición del artículo 1º, bajo ciertas circunstancias, incluir dentro de los motivos de persecución, el género de una persona, incluyéndolo dentro de la categoría de “grupo social”. En este sentido, el Comité Ejecutivo ha señalado que “las mujeres en busca de asilo que se enfrentaban a tratos crueles o inhumanos debido a haber transgredido las costumbres sociales de la sociedad en que vivían, podían ser consideradas como un “determinado grupo social”, según lo dispuesto en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”. CONCLUSIÓN GENERAL N° 39. Las mujeres refugiadas y la protección internacional. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1985.

el gobierno y la política”. Así, según lo señala Goodwin Gill, el refugiado político típico es aquel que es “perseguido por el gobierno de un Estado u otra entidad a causa de sus opiniones, que son una amenaza real o que es percibida para el gobierno o sus instituciones, o para la agenda política y las aspiraciones de la entidad en cuestión”⁵³

También se debe atender a si el manifestar o tener una determinada opinión política, le puede generar consecuencias negativas al solicitante de refugio, que sean de tal gravedad, que se vea forzado a desplazarse de su país de origen. En este sentido, según se precisa en el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados, no bastaría con manifestar una opinión política disidente de quienes detentan el poder en el país de origen, sino que requiere además acreditar las consecuencias de ello.⁵⁴

2.1.2 Las cláusulas de exclusión

Las cláusulas de exclusión, según lo señala el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados, son aquellas que establecen “las circunstancias en las que una persona queda excluida de la aplicación de la Convención de 1951, aunque responda a los criterios positivos de las cláusulas de inclusión” Estas cláusulas de exclusión las recoge la Convención de 1951, en las secciones D, E y F de su artículo 1.

En primer lugar, la sección D de este artículo, señala que la Convención “no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”. Actualmente esta cláusula tiene escasa aplicación y opera únicamente en los casos en que un solicitante de refugio ya haya obtenido la protección del Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente creado en 1949 por la Asamblea General de Naciones Unidas, en tanto es el único órgano activo de Naciones Unidas que otorga este tipo de protección específica a los refugiados, con un ámbito limitado de competencia.⁵⁵

⁵³ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. Op. Cit. P. 87.

⁵⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados*. Op. Cit. P. 14-15.

⁵⁵ Los refugiados palestinos del Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (UNRWA) son personas cuyo lugar normal de residencia era Palestina y que perdieron sus casas y medios de sustento como resultado del conflicto árabe israelita de 1948, están inscritos ante el UNRWA y se refugiaron en Jordania, el Líbano, la República Arabe Siria, la Faja de Gaza y la Ribera Occidental. Así también los descendientes de estos refugiados pueden recibir protección, sólo si viven en alguno de los cinco campos de operaciones de este Órgano. UNRWA. United

Una segunda cláusula de exclusión alude a aquellas personas “a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país”, conforme lo dispone el artículo 1, letra E de la Convención.

En relación a esta cláusula, el ACNUR ha precisado que para su aplicación es necesario que las personas “hayan fijado su residencia” en el país de que se trate, lo que exige que tenga una residencia continua y no bastaría con una simple visita a un país con estas características. Además, para que esta cláusula opere se requiere que el solicitante de refugio haya sido asimilado a los nacionales de este país, en cuanto al ejercicio de sus derechos y obligaciones. Sólo en caso de configurarse estos elementos podría llegar a considerarse que la persona no necesita de protección internacional.⁵⁶

La tercera cláusula de exclusión, que contempla el artículo 1, letra F de la Convención de 1951 establece que las disposiciones de este instrumento 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.”

El origen de esta cláusula se explica en que al finalizar la Segunda Guerra Mundial, ciertos tipos de delitos fueron considerados tan graves y atentatorios contra la dignidad humana, que se justificaba excluir a sus perpetradores de los beneficios de la condición de refugiado. En este

Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East. [en línea] <[http://www.unrwa.org/userfiles/file/publications/sp/UNRWA\(1\).pdf](http://www.unrwa.org/userfiles/file/publications/sp/UNRWA(1).pdf)> [consulta: 10 agosto 2011].

⁵⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op. Cit. P. 25.

sentido, se consideró que los perpetradores de estos delitos eran “indignos de recibir protección como refugiados.”⁵⁷

En suma, lo que se intentó a través de esta disposición, fue garantizar que los fugitivos que sean perseguidos por estos delitos no eviten el procesamiento recurriendo a la protección provista por la Convención de 1951, y también “proteger a la comunidad anfitriona de los delincuentes peligrosos”⁵⁸

En el contexto actual, Geoff Gilbert señala que la interpretación y aplicación del artículo 1, letra F debiera basarse en un “enfoque evolutivo” y que debería tener en cuenta también el desarrollo que han experimentado otras áreas del derecho internacional a partir de 1951, en particular el derecho penal internacional, los instrumentos que regulan la extradición, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario⁵⁹. Según el autor, estas ramas del derecho contienen principios y mecanismos complementarios que resultan útiles para conciliar “la necesidad de evitar la impunidad y la necesidad de protección”⁶⁰. Así por ejemplo, el Estatuto de Roma que estableció la Corte Penal Internacional y los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, junto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de su creación y otros instrumentos del derecho internacional humanitario deberían guiar la interpretación de qué debiera entenderse como delitos “contra la paz”, “de guerra” o “contra la humanidad” a los que se refiere el artículo 1F(a).

En relación a los delitos graves que contempla el artículo 1F(b), la Mesa Redonda de Expertos convocada por el ACNUR para tratar el tema de las cláusulas de exclusión, señaló que este tipo de delitos serían aquellos que traen como sanción aparejada “un largo período de prisión” y que requieren una participación directa y personal del afectado. El requisito de gravedad de este tipo de delitos ha sido vinculado al principio de proporcionalidad, atendiendo a si “la consecuencia de la aplicación de la cláusula de exclusión (la eventual repatriación para el procesamiento) es proporcional al tipo de delito cometido”.⁶¹ Respecto a lo ya señalado resulta necesario, además, asegurar que esta cláusula se aplique teniendo en cuenta las circunstancias individuales de que

⁵⁷ Resumen de conclusiones: la exclusión de la condición de refugiado, mesa redonda de expertos, Lisboa, mayo de 2001. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op.Cit. P. 529-530.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ GILBERT, GEOFF. “Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión”. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P. 474.

⁶⁰ Ibid. P. 469.

⁶¹ “Resumen de conclusiones: la exclusión de la condición de refugiado, mesa redonda de expertos, Lisboa, Mayo de 2001”. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P. 531.

trate, y debería eliminarse cualquier barrera automática en la determinación de la condición de refugiado basada en la severidad de las penas asociadas al supuesto crimen cometido.⁶²

Por último respecto de la cláusula de exclusión del artículo 1F(c), ya citada, se ha criticado que su formulación en la Convención de 1951 es ambigua y deja demasiada discrecionalidad a los Estados para su determinación.⁶³ Según lo plantea Geoff “en vista de que el artículo 1F(c) es una limitación a un derecho fundamental”, su alcance debería ser interpretado de manera restrictiva. Siguiendo esta lógica, el autor precisa que la expresión “actos contrarios a las finalidades y los principios de las Naciones Unidas” sólo debiera considerar aquellos perpetrados en representación de un Estado o que afecten al Estado en su totalidad, en tanto son los Estados, quienes intervienen como sujetos ante dicho organismo y por tanto, se debería limitar el alcance del artículo 1F(c) “a los actos cometidos por personas en altos cargos dentro del Estado o dentro de un grupo terrorista internacional que amenaza la paz y la seguridad internacionales”.⁶⁴ De esta manera, no se podría excluir de la calificación de refugiado, a los individuos que actúen de manera aislada o sin afectar al Estado en su totalidad, en tanto, de no intervenir el Estado como sujeto, no podría considerarse que ha cometido un acto contrario a los principios de Naciones Unidas.

2.1.3 Las Cláusulas de Cesación

Según se establece en el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados, las cláusulas de cesación son aquellas “condiciones en que un refugiado deja de tener tal calidad”⁶⁵. El establecimiento de estas cláusulas sigue la lógica de que no se debe proporcionar protección internacional a una persona cuando la misma no sea necesaria ni esté justificada.

Las cláusulas de cesación se encuentran en el artículo 1º, sección C, que establece que “(...) esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la sección A precedente:

1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o

⁶² Ibid.

⁶³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op.Cit.. P.29.

⁶⁴ GILBERT, GEOFF. “Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión”. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P. 504.

⁶⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op.Cit. P. 7

- 2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
- 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o
- 5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad.

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

- 6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

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

El Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados clasifica estas cláusulas de cesación en dos tipos. La primera categoría reúne a aquellas cláusulas de cesación en que las nuevas circunstancias que la fundan son provocadas por él mismo refugiado, como sería el caso de la persona que se acoja de nuevo, voluntariamente, a la protección nacional; recobre voluntariamente su nacionalidad; adquiera una nueva nacionalidad o se establezca de nuevo, voluntariamente, en el país en el que tenía temor de ser perseguido.

En segundo lugar, este instrumento se refiere a aquellas cláusulas de cesación, enunciadas en los párrafos 5) y 6), que se basan en la idea de que la protección internacional ya no está justificada a consecuencia de los cambios ocurridos en el país en el que el refugiado se temía ser perseguido o

porque han desaparecido los motivos que tenía una persona para convertirse en refugiado, lo que se debe determinar según criterios objetivos.⁶⁶

Es importante señalar además que, atendida la configuración negativa y de excepción de las cláusulas de exclusión, las mismas deberían interpretarse de manera restrictiva y no deberían aducirse, “por analogía”, otras causas para justificar la privación de la condición de refugiado.⁶⁷

Pese a su incorporación formal en muchas legislaciones de los Estados Parte, las cláusulas de cesación han sido muy poco utilizadas por parte de los Estados, en particular por el gasto administrativo que significa poner fin a las concesiones individuales de la condición de refugiado basándose en una revisión de las condiciones generales de los derechos humanos en el Estado de origen y también porque la constatación de la existencia de una cláusula de cesación puede no dar como resultado la repatriación cuando el refugiado es elegible para permanecer con otro estado legal.⁶⁸

No obstante, en caso de que estas cláusulas sean efectivamente aplicadas al interior de los Estados, resulta necesario que se establezca un procedimiento formal de determinación de las mismas, en que se respeten ciertas garantías mínimas del debido proceso. En este sentido, Fitzpatrick y Bonoan señalan que “el proceso para la cesación de la condición de refugiado debe ser tan formal como el proceso para la concesión de asilo⁶⁹”, teniendo en cuenta las consecuencias que pueden significar para estas personas el cese de su protección.

2.2 Obligaciones de los Estados contempladas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

2.2.1 El principio de *non refoulement* o de no devolución.

El término *non refoulement* deriva del francés “*refouler*”, que significa devolver o repeler y que en el contexto de la inmigración significa “la reconducción a la frontera de quienes hayan

⁶⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op.Cit. P. 20

⁶⁷ Ibid. P. 20.

⁶⁸ FITZPATRICK, JOAN Y BONOAN, PATRICK. “La cesación de la protección a los refugiados. “Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión””. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P. 565.

⁶⁹ Ibid. P. 568.

entrado de manera ilegal al país” o “la prohibición de la admisión de quienes no cuenten con la documentación requerida”⁷⁰.

El principio de *non refoulement* constituye la principal obligación del derecho internacional de refugiado y su origen se asocia a la necesidad de regularizar la entrada de aquellas personas necesitadas de protección que no contaban con la documentación necesaria o que se veían forzados a abandonar sus países de origen, en el contexto del flujo masivo de desplazamiento forzado que se generó al finalizar la primera guerra mundial.

El primer instrumento internacional que reconoció el principio de *non refoulement* fue la Convención de 1933 relativa al Estatuto Internacional de Refugiado, en su artículo 3º⁷¹. En virtud de este artículo, los Estados se comprometían a no devolver a los refugiados, que cumplieran con los requisitos establecidos en los primeros acuerdos de refugiados, al lugar de origen en el que era objeto de persecución.

Años más tarde, la Convención de 1951, consagró este principio en su artículo 33, de la forma que sigue:

“Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

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

Según se detalla en las conclusiones de la Mesa redonda de expertos convocada por el ACNUR en el año 2001, la obligación de *non refoulement* que reconoce la Convención de 1951, prohíbe cualquier acto de los Estados “que pueda tener el efecto de devolver a un solicitante de asilo o

⁷⁰ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Ibid. P.201.

⁷¹ “Article 3: Each of the Contracting Parties undertakes not to remove or keep from its territory by application of police measures, such as expulsions or non-admittance at the frontier (refoulement), refugees who have been authorised to reside there regularly, unless the said measures are dictated by reasons of national security or public order.

It undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin.

It reserves the right to apply such internal measures as it may deem necessary to refugees who, having been expelled for reasons of national security or public order, are unable to leave its territory because they have not received, at their request or through the intervention of institutions dealing with them, the necessary authorisations and visas permitting them to proceed to another country.” LIGA DE LAS NACIONES. Convention Relating to the International Status of Refugees. 28 de Octubre de 1933. Loc. Cit.

refugiado a las fronteras de un territorio en el que su vida o libertad pueden verse amenazadas, o donde él o ella corra riesgo de persecución”⁷².

Así también, los autores reunidos en esta Mesa de trabajo, concluyeron que los actos de *refoulement* pueden consistir en “la expulsión directa o indirecta al lugar de persecución, la interceptación fuera de las fronteras del Estado o su rechazo en la frontera”.

La obligación de no devolución es de vital importancia en el sistema de protección de los refugiados que consagra la Convención de 1951 y por lo mismo, el artículo 42 de este instrumento, prohíbe que los Estados presenten reservas respecto de la obligación de *non refoulement* del artículo 33.⁷³

Con posterioridad a la creación de la Convención de 1951, este principio también ha sido reconocido en otros instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos que establece en su artículo 22, apartado 8 que: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.” Por su parte, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 también consagra este principio en su artículo 3.⁷⁴

Además, debido a la extensa aplicación que ha tenido el principio de no devolución por los Estados y el reconocimiento que ha tenido esta norma al interior en un gran número países⁷⁵, la

⁷² “Resumen de las conclusiones: el principio de no devolución”. Mesa Redonda de expertos, Cambridge, julio de 2001. “Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión”. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P. 199.

⁷³ “Artículo 42. -- Reservas

1. En el momento de la firma de la ratificación o de la adhesión, todo Estado podrá formular reservas con respecto a artículos de la Convención que no sean los artículos 1, 3, 4, 16 (1), 33 y 36 a 46 inclusive.
2. Todo Estado que haya formulado alguna reserva con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá, en cualquier momento, retirarla mediante comunicación al efecto dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.” Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados. Loc. Cit.

⁷⁴ “Artículo 3

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.”

⁷⁵ Lauterpracht y Bethlehem precisan que “La incorporación extendida de este principio al orden legal interno de los estados puede ser tomada como prueba de práctica estatal y opinio juris en apoyo del principio consuetudinario de no devolución.” Así, señalan que “alrededor de 80 estados ya han promulgado leyes específicas sobre no devolución o han incorporado expresamente la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 en su legislación interna” En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P.164.

mayoría de la doctrina sostiene actualmente que la obligación de *non refoulement* se ha convertido en una norma consuetudinaria de derecho internacional y que por tanto, obligaría también a aquellos Estados que no son parte en la Convención⁷⁶

2.2.2 No sanción de la entrada ilegal

La obligación de no sancionar la entrada ilegal de los refugiados y solicitantes de refugio se encuentra consagrada en el artículo 31 de la Convención de 1951:

“Artículo 31. -- Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.
2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión

⁷⁶ Así, en la Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en la Reunión Ministerial convocada por el ACNUR al cumplirse 50 años de la Convención, los Estados afirmaron: “la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución (*non-refoulement*) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional”. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001). Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra, 2001. [en línea], < <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf?view=1> > [consulta: 23 de septiembre de 2010] También, según lo plantea Goodwin Gill: “though a minority of commentators continue to deny the existence of *non refoulement* as a principle of customary law, the general consensus is that it has now attained that status. It encompasses *non refoulement* to persecutions, based on article 33 of the 1951 Convention, and also torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.” GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. Op.cit. 354. En contra de esta posición mayoritaria se manifiesta Hathaway quien plantea que la obligación de *non refoulement* no existe en el derecho consuetudinario internacional debido que en la práctica de los Estados no se evidencia el cumplimiento efectivo de esta norma, pese a las distintas declaraciones que la reconocen. En este sentido, concluye: “Customary law is not simply a matter of words, wherever spoken and however frequently recited: custom can evolve only through interstate practice in which governments effectively agree to be bound through the medium of their conduct. This standard simply is not yet met in the case of the duty of *non-refoulement*.” HATHAWAY, JAMES. The Rights of Refugees under International Law. Op. Cit. P. 363.

en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.”

En particular, esta disposición obliga a los Estados a garantizar que los refugiados “sean prontamente identificados” y que “no se inicien procedimientos, ni se apliquen sanciones por su ingreso o presencia ilegal, mientras esté pendiente la determinación expedita de sus solicitudes de asilo y reconocimiento de la condición de refugiado”⁷⁷

Esta obligación podría ser incumplida por parte de los Estados al establecer políticas para procesar o sancionar a los inmigrantes ilegales, o a quienes usan documentación de viaje falsa, que no tomen en cuenta las circunstancias de la huida en los casos individuales, negándose a priori a considerar los méritos de una solicitud de refugio. Según lo señala Goodwin Gill, este tipo de acciones, bastante comunes en la práctica, constituirían una clara violación a la norma del artículo 31 de la Convención de 1951.⁷⁸

Según se establece en las conclusiones de la Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, reunidos el año 2001 en Ginebra, para dar cumplimiento a esta obligación, los Estados deberían adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que los refugiados y los solicitantes de asilo no sean sujetos de sanciones. En particular recomienda que al interior de los Estados se establezcan “mecanismos nacionales, sujetos a controles externos, facultados para decidir sobre la aplicabilidad del artículo 31, que actúen respetando el estado de derecho y el debido proceso, incluyendo la información y la representación legal”⁷⁹.

2.2.3 Medidas administrativas y de documentación.

La Convención de 1951 contempla también la obligación para los Estados de disponer las medidas necesarias para proporcionar la ayuda requerida a los refugiados que en condiciones normales solicitarían a su propio país, a través de la embajada del país del que es nacional o del consulado.

⁷⁷ “Resumen de conclusiones: el artículo 31 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, mesa redonda de expertos, Ginebra, noviembre de 2001”. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P. 280

⁷⁸ GOODWIN-GILL, GUY S. “El artículo 31 de la Convención de 1951 relativa al estatuto de los refugiados: la no penalización, la detención y la protección”. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P. 243.

⁷⁹ Resumen de conclusiones: el artículo 31 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, mesa redonda de expertos, Ginebra, noviembre de 2001. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P. 280-281.

Dado que en el caso de los refugiados, por lo general la persona ha roto relaciones con el país de origen, será necesario que el Estado de acogida supla la función que normalmente cumplirían las autoridades del país de origen del refugiado, ya sea prestándole asesoría o entregándole documentación que el refugiado se vea privado de solicitar a su país de origen.

Según lo precisa Hathaway, esta última obligación vincularía “la teoría con la realidad” en materia de protección a los refugiados, en tanto que sólo al estar debidamente documentadas, las personas podrán hacer efectivos los derechos que les reconoce la Convención en la práctica.⁸⁰

Conforme se establece en el artículo 25 de este instrumento:

“Artículo 25. Ayuda administrativa

1. Cuando el ejercicio de un derecho por un refugiado necesite normalmente de la ayuda de las autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir, el Estado Contratante en cuyo territorio aquél resida tomará las disposiciones necesarias para que sus propias autoridades o una autoridad internacional le proporcionen esa ayuda.
2. Las autoridades a que se refiere el párrafo 1 expedirán o harán que bajo su vigilancia se expidan a los refugiados los documentos o certificados que normalmente serían expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas.
3. Los documentos o certificados así expedidos reemplazarán a los instrumentos oficiales expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas, y harán fe salvo prueba en contrario.
4. A reserva del trato excepcional que se conceda a los refugiados indigentes, pueden asignarse derechos por los servicios mencionados en el presente artículo, pero tales derechos serán moderados y estarán en proporción con los asignados a los nacionales por servicios análogos.”

⁸⁰ Según lo precisa Hathaway: “Art. 27 is the vital link between theory and reality. If a person legally entitled to the benefit of refugee rights could not document his or her entitlement to same, the Refugee Convention would be of little practical value. The right to receive provisional refugee identification set out in Art. 27 is therefore the essential key to enabling refugees to in fact benefit from the protections which states have determined should be their due.” HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Op. Cit. p. 626.

Según se expresa en esta disposición, los Estados tienen una responsabilidad afirmativa de establecer mecanismos para que los refugiados puedan obtener estos beneficios que se le reconocen formalmente en la práctica y no basta con su reconocimiento formal en una ley.⁸¹

A su vez, aparte de la obligación de otorgar ayuda administrativa y documentación que los refugiados no pueden solicitar a su país de origen, el artículo 27⁸² y 28⁸³ de la Convención de 1951, establecen la obligación de los Estados de otorgar documentos de identidad del país de acogida y de viaje a aquellos refugiados que no cuenten con este tipo de documentos. El documento de viaje que se otorgue, deberá ser reconocido también por los demás Estados contratantes en caso de que el refugiado salga del Estado que emita el documento.

2.2.4 El deber de cooperación de los Estados

La obligación de cooperación de los Estados parte en la Convención con el ACNUR se encuentra regulada en el artículo 35 de la Convención de 1951, según se cita a continuación:

“Artículo 35. -- Cooperación de las autoridades nacionales con las Naciones Unidas

⁸¹ Hathaway precisa que “the duty to provide administrative assistance to refugees under paragraph 1 of Art. 25 therefore goes beyond the responsibility to issue documents set out in paragraph 2, and logically includes “correspondence, investigations, recommendations, counseling, [and] personal assistance” needed to enable refugees to benefit from their Convention rights. Thus, a state party may not validly limit respect for refugee rights to only such refugees as are somehow able to advance those rights independently; governments have an affirmative responsibility under Art. 25(1) to establish a mechanism by which refugees may benefit in practice from their legal entitlements.” Ibid. P 635-636.

⁸² “Artículo 27. Documentos de identidad.

Los Estados Contratantes expedirán documentos de identidad a todo refugiado que se encuentre en el territorio de tales Estados y que no posea un documento válido de viaje.”

⁸³ “Artículo 28. Documentos de viaje.

1. Los Estados Contratantes expedirán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional; y las disposiciones del Anexo a esta Convención se aplicarán a esos documentos. Los Estados Contratantes podrán expedir dichos documentos de viaje a cualquier otro refugiado que se encuentre en el territorio de tales Estados; y tratarán con benevolencia a los refugiados que en el territorio de tales Estados no puedan obtener un documento de viaje del país en que se encuentren legalmente.

2. Los documentos de viaje expedidos a los refugiados, en virtud de acuerdos internacionales previos, por las Partes en tales acuerdos, serán reconocidos por los Estados Contratantes y considerados por ellos en igual forma que si hubieran sido expedidos con arreglo al presente artículo.”

1. Los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o con cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención.

2. A fin de permitir a la Oficina del Alto Comisionado, o a cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere, presentar informes a los órganos competentes de las Naciones Unidas, los Estados Contratantes se comprometen a suministrarles en forma adecuada las informaciones y los datos estadísticos que soliciten acerca de:

- a) La condición de los refugiados;
- b) La ejecución de esta Convención, y
- c) Las leyes, reglamentos y decretos, que estén o entraren en vigor, concernientes a los refugiados.”

Conforme lo dispone este artículo los Estados partes se obligan a colaborar con el ACNUR en el cumplimiento de las funciones que le asigna el Estatuto que lo crea.

Según Kälin, esta disposición impone la obligación a los Estados “de respetar el poder de supervisión del ACNUR y no ponerle obstáculos en esta tarea, además de cooperar con el ACNUR en este sentido para lograr la óptima implementación y la aplicación armonizada de la Convención y el Protocolo”⁸⁴

De esta manera, la norma del artículo 35, establece una base jurídica para que los Estados permitan que el ACNUR cumpla su función de brindar protección internacional a los solicitantes de asilo y los refugiados al interior de los mismos, obligándolos a responder a las solicitudes de información del ACNUR.

También Kälin señala, que esta disposición permite legitimar “el carácter autorizado de ciertas declaraciones del ACNUR”, tales como el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado y las Conclusiones Generales del Comité Ejecutivo del ACNUR, en tanto su acatamiento derivaría de esta obligación de colaborar con el ACNUR en el ejercicio de sus funciones.⁸⁵

⁸⁴ KÄLIN, WALTER. “Cómo supervisar el cumplimiento de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados: el artículo 35 y más”. En: FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. (eds.) Op. Cit. P. 736.

⁸⁵ Ibid. P. 737.

2.2.5 El catálogo de derechos de los refugiados contemplados en la Convención de 1951.

Además de las obligaciones específicas ya referidas que atienden a las necesidades particulares de los refugiados, la Convención de 1951 contempla un extenso catálogo de derechos generales que los Estados deben respetar a los solicitantes de refugio, estableciendo un estándar diferenciado de exigencia según el derecho de que se trate.

De esta manera algunos derechos serán reconocidos a los refugiados en igualdad de condiciones que a los nacionales del país de acogida, otros se otorgarán según “el trato más favorable posible que se da a los extranjeros” y en tercer lugar, algunos derechos le serán reconocidos a los refugiados “en igualdad de condiciones que a los nacionales”.

Así, los derechos de libertad de religión, reconocido en el artículo 7 de la Convención, el derecho a la propiedad intelectual e industrial, reconocido en el artículo 14, la igualdad de acceso a la enseñanza elemental, que reconoce el artículo 22.1, ciertos derechos laborales y de seguridad social que se establecen en su artículo 24, la igualdad en la aplicación de gravámenes fiscales, según lo dispone el artículo 29, se les reconoce a los refugiados “en igualdad de condiciones que a los nacionales”.

Por su parte, los derechos conexos a la adquisición de bienes muebles e inmuebles y su adquisición, conforme se establece en el artículo 13, el derecho de asociación del artículo 15, el derecho a acceder a un empleo remunerado, establecido en el artículo 17, el derecho a ejercer actividades por cuenta propia del artículo 18, el derecho a ejercer una profesión liberal, que se reconoce el artículo 19, la igualdad en el acceso a los beneficios en materia de vivienda, que se establece en el artículo 21, el derecho a acceder a enseñanza distinta de la elemental, según lo dispone el artículo 22.2, deben concederse a los refugiados, “dándoles el trato más favorable posible que el concedido generalmente a los extranjeros en iguales circunstancias”.

Finalmente, el derecho a la libertad de circulación, conforme se establece en el artículo 26 y todos los demás derechos que los Estados establezcan, de acuerdo a lo que dispone el artículo 7 de la Convención, deben ser reconocidos a los refugiados “en igualdad de condiciones que a los extranjeros”.

Cabe precisar, no obstante, que todas estas disposiciones deben interpretarse en concordancia con lo que dispone el artículo 5 de la Convención que establece que “ninguna disposición de esta Convención podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta Convención otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados”

Esta norma tiene especial importancia en la actualidad, teniendo en cuenta que, con posterioridad a la Convención de 1951, se han creado distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, que reconocen derechos fundamentales a todas las personas sin distinción, que establecen estándares más altos y que incorporan mecanismos de supervisión más efectivos, según se detallará más adelante, sin establecer un estándar diferenciado de exigencia, pudiendo ser aplicadas sus disposiciones por sobre las de la Convención.⁸⁶

Pese a que las disposiciones de estos instrumentos de derechos humanos creados con posterioridad pueden resultar más favorables para los refugiados y solicitantes de refugio, las disposiciones de la Convención de 1951 siguen siendo relevantes para la protección de los refugiados y resguardo de sus derechos fundamentales, en tanto resuelven aspectos específicos de la condición de los refugiados que los instrumentos del derecho internacional de derechos humanos no abordan, al consagrar la obligación de no penalización de la entrada ilegal, la obligación de *non refoulement* y la necesidad de contar con documentos de identidad y de viaje.⁸⁷

A su vez, la Convención de 1951 consagra distintos derechos económicos, sociales y culturales de manera absoluta, los que podrían ser exigidos directamente por los refugiados, si bien de manera menos exigente, a diferencia de los instrumentos internacionales vigentes que regulan el respeto a estos derechos como obligaciones de implementación progresiva.⁸⁸

3 Otras fuentes del derecho internacional de refugiados.

⁸⁶ En este sentido, Hathaway plantea que “It is certainly true that refugees will sometimes find it in their interests to rely on generally applicable norms of international human rights law, rather than on refugee-specific standards. Of greatest significance to refugees, nearly all internationally recognized civil rights are declared to be universal and not subject to requirements of nationality. The International Covenant on Civil and Political Rights generally extends its broad-ranging protection to “everyone” or to “all persons.” Each contracting state undertakes in Art. 2(1) to ensure the rights in the Covenant “to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction . . . without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.” While nationality is not included in this illustrative list, it has been determined to be embraced by the residual category of “other status.” Thus, the Human Rights Committee has explicitly affirmed that “the general rule is that each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens. Aliens must receive the benefit of the general requirement of non-discrimination in respect of the rights guaranteed by the Covenant.” HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Op. Cit. P. 120.

⁸⁷ Ibid. p. 121.

⁸⁸ Ibid. p. 122-123.

3.1 Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Según ya se señaló anteriormente, los instrumentos de derecho internacional de derechos humanos contemplan un extenso catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que también pueden aplicarse a los refugiados y solicitantes de refugio en tanto no distinguen para su aplicación, la calidad de extranjero o nacional de los titulares de los derechos que consagran.

Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos de mayor aplicación en materia de protección de los refugiados y solicitantes de refugio, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁹, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁹⁰ y la Convención sobre los Derechos del Niño⁹¹. A su vez, a nivel regional, resultan también aplicables a los refugiados y a los solicitantes de refugio, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los distintos instrumentos del derecho internacional de derechos humanos, han permitido fortalecer la protección de los refugiados, en su calidad de titulares de los derechos que estos instrumentos consagran, principalmente porque éstos establecen mecanismos y órganos de supervisión, que las disposiciones de la Convención de 1951 no contemplan⁹². Al respecto el ACNUR ha señalado que este tipo de instrumentos ofrecen “otra vía legal para garantizar la protección de los refugiados, por medio de mecanismos internacionales, de peticiones individuales, que no están previstos por la Convención de 1951 ni en el Protocolo de 1967⁹³”.

Uno de estos mecanismos es exigir a los Estados informar acerca del cumplimiento de las disposiciones contenidas en estos instrumentos a los órganos de supervisión, tal como se establece en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁹⁴, en la Convención contra la Tortura y

⁸⁹ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de Diciembre de 1966. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]

⁹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 10 de Diciembre de 1984. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3a94.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]

⁹¹ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de Noviembre de 1989 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38f0.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]

⁹² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Introducción a la Protección Internacional. Módulo Autoformativo 1. Op. Cit. P. 34

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Conforme se establece en el Artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁹⁵ y en la Convención sobre los Derechos del Niño.⁹⁶

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;

b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.

2. Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del presente Pacto.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia.

4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.

5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo.”

⁹⁵ Conforme se establece en el Artículo 19 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes:

1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, los informes relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo del año siguiente a la entrada en vigor de la Convención en lo que respecta al Estado Parte interesado. A partir de entonces, los Estados Partes presentarán informes suplementarios cada cuatro años sobre cualquier nueva disposición que se haya adoptado, así como los demás informes que solicite el Comité.

Después del examen de cada informe, el Comité puede de conformidad con el párrafo 3 del artículo 19 de la Convención, formular los comentarios generales acerca del informe que considere apropiados. Puede en particular señalar si le parece que el Estado de que se trata no ha cumplido determinadas obligaciones contraídas en virtud de la Convención. Los comentarios del Comité son comunicados al Estado Parte interesado, que puede a su vez presentar sus propias observaciones.”

También los órganos de supervisión de estos instrumentos pueden pronunciarse respecto de peticiones individuales presentadas por particulares, según se establece en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁷, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁹⁸ y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹⁹.

⁹⁶ En el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que: “1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;

b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.”

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.”

⁹⁷ Conforme se estableció en el Artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.”

⁹⁸ En el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: “1. Todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, de conformidad con el presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración.”

Un ejemplo claro, de cómo estos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos han contribuido a la protección de los refugiados y en particular al respeto del *non refoulement* se expresa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Así, la Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, impidiendo la devolución de los solicitantes de refugio al país de origen en el que podría estar expuesto a situaciones de tortura o a un trato inhumano o degradante, argumentando que en estos casos se estaría vulnerando el artículo 3 del Convenio que regula la prohibición de la tortura.¹⁰⁰

Por su parte, a nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado a favor de la protección de los solicitantes de refugio y del respeto al *non refoulement* en casos individuales, relacionándolo por el respeto al derecho de buscar y recibir asilo consagrado en el artículo XXVII de la Declaración Americana. De esta manera, al resolver la admisibilidad del caso 120 ciudadanos cubanos y 8 haitianos detenidos en las Bahamas señaló que el derecho de buscar y recibir asilo reconocido en la Declaración Americana, debe

¹⁰⁰ Así en *Soering vs. Reino Unido*, la Corte estableció que “En resumen, la decisión de un Estado contratante de extraditar a un fugitivo puede suscitar problemas de conformidad con el artículo 3 y, por ello, comprometer la responsabilidad del Estado según el Convenio, en casos en que se hayan mostrado razones sustanciales para creer que la persona involucrada, de ser extraditada, enfrentaría un riesgo real de ser sometida a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el estado solicitante” (párr. 91) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Soehring v. The United Kingdom*. 7 de Julio de 1989. [en línea] <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695496&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

También en *Chahal c. Reino Unido*, la Corte señaló que “las inmensas dificultades que enfrentan los Estados en estos tiempos modernos para proteger a sus comunidades de la violencia terrorista. Sin embargo, incluso en estas circunstancias, el Convenio Europeo prohíbe en términos absolutos la tortura, tratos o penas degradantes e inhumanos, sin considerar la conducta de la víctima (...). Así, cuando se hayan demostrado razones sustanciales para creer que una persona enfrentaría un riesgo real de ser sometida a tratamientos contrarios al artículo 3 en caso de ser trasladada hacia otro Estado, la responsabilidad del Estado contratante de salvaguardarlo de tales tratamientos se encuentra comprometida en caso de realizarse la expulsión. En estas circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, aunque resulten indeseables y peligrosas, no pueden ser una consideración material” (párr. 80) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Chahal v. The United Kingdom*. 15 de Noviembre de 1996. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b69920.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

Posteriormente en *Ahmed c. Austria*, la Corte estableció que “la expulsión de un extranjero de un Estado parte en el Convenio puede plantear problemas en relación con el artículo 3 del Convenio y comprometer la responsabilidad de dicho Estado cuando haya motivos considerables (“substantial grounds”) para creer que el interesado, de ser expulsado al país de destino, corre el riesgo real (“real risk”) de ser sometido a un trato contrario a dicha disposición. Si tal es el caso, el Estado parte está obligado, en virtud del artículo 3, a no expulsar a esa persona hacia ese país. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Ahmed v. Austria*. 17 de Diciembre de 1996. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b62f2c.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

ser interpretado en concordancia con la Convención de 1951, y en particular con el principio de *non refoulement* consagrado en su artículo 33:

“ 42. Con respecto a las reclamaciones de los Peticionarios relativas al artículo 33 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Comisión se refiere a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual decidió que:

La necesidad de que el sistema regional sea complementado por el universal encuentra su expresión en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y concuerda plenamente con el objeto y propósito de la Convención, la Declaración Americana y el Estatuto de la Comisión.

43. Guardando conformidad con la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, incluso la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión se referirá a dichos instrumentos internacionales de derechos humanos para facilitar su interpretación del artículo XXVII de la Declaración Americana, que se refiere al derecho de solicitar y recibir asilo. De igual manera, en este asunto ante la Comisión, ésta se referirá al artículo 33 del Tratado y el Protocolo en la etapa sobre los méritos bajo examen.”¹⁰¹

Posteriormente al pronunciarse sobre el fondo estableció que:

“ 163. La Comisión halla que Estados Unidos interceptó a refugiados haitianos y los repatrió sumariamente a Haití sin hacer un examen adecuado de su estado ni concederles una entrevista para determinar si reúnen los requisitos de "refugiados". La Comisión halla asimismo que se ha satisfecho la prueba del doble criterio sobre el derecho de "buscar" y "recibir" asilo en "territorio extranjero" conforme al artículo XXVII (de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales) de la Declaración Americana. Por consiguiente, la Comisión halla que Estados Unidos violó el artículo XXVII de la Declaración Americana cuando interceptó y repatrió sumariamente a Haití a Jeannette Gedeon, Dukens Luma, Fito Jean y otros haitianos no identificados, y les impidió ejercer su derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero como prevé la Declaración Americana.”¹⁰²

¹⁰¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. [Informe de Admisibilidad N° 28/93](http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.estadosunidos10.675.htm), Caso 10.675, Personas Haitianas (Haitian Boat People (Estados Unidos), 13 de octubre de 1993. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.estadosunidos10.675.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

¹⁰² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 51/96. [Informe de Fondo No. 51/96](http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/EEUU10675.htm), Caso 10.675, Personas Haitianas -Haitian Boat People- (Estados Unidos). 13 de Marzo de 1997. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/EEUU10675.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

También la Comisión se ha referido a los derechos de los solicitantes de asilo en el informe temático titulado “La situación de derechos humanos de los solicitantes de asilo en el sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado”¹⁰³ que analiza de manera detallada el cumplimiento por parte de Canadá de las obligaciones consagradas en la Convención Americana en relación a los solicitantes de refugio en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado en este país y recientemente en el “Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso” del año 2010, que se pronuncia respecto del derecho al debido proceso de los solicitantes de asilo detenidos.¹⁰⁴

La Corte Interamericana por su parte, no se ha referido a la protección de los refugiados en casos contenciosos. Sí trata el tema, de manera tangencial, en la Opinión Consultiva N° 18¹⁰⁵ que se refiere a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,¹⁰⁶ recalando la necesidad de hacer extensivos los derechos contenidos en la Convención a todas las personas migrantes y en particular de quienes deben desplazarse en condición irregular.

3.2 La influencia de los instrumentos de Soft Law.

Los instrumentos de *soft law* pueden ser definidos como aquellos que expresan expectativas comunes de conducta adoptadas generalmente en el marco de organizaciones internacionales, que son creados o adoptados en su mayoría por sujetos de derecho internacional, sin que para

¹⁰³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Temático Sobre La Situación De Los Derechos Humanos De Los Solicitantes De Asilo En El Marco Del Sistema Canadiense De Determinación De La Condición De Refugiado. 28 febrero 2000. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Canada2000sp/indice.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

¹⁰⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Sobre Inmigración En Estados Unidos: Detenciones Y Debido Proceso. 30 Diciembre de 2010. [en línea] <<http://cidh.org/countryrep/USImmigration.esp/Cap.III.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

¹⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS I.D.H. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18.

¹⁰⁶ Resulta relevante en este documento la opinión de la Corte de aplicar las garantías del debido proceso a todo procedimiento que afecte a los migrantes documentados y no documentados, precisando que “se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio” Ibid.

ello se siga todo el proceso tradicional para la creación de normas internacionales y que no resultan vinculantes para los Estados.¹⁰⁷

Shelton precisa que la expresión *soft law* se refiere a cualquier instrumento internacional escrito, que no sea un tratado, que contenga principios, normas, y otras declaraciones de un determinado comportamiento esperado respecto de los Estados. De esta manera, el *soft law* "expresa una preferencia y no una obligación de los Estados de actuar, o abstenerse de actuar, de una manera específica."¹⁰⁸

A partir de mediados del siglo XX, los instrumentos de *soft law* han cobrado cada vez más importancia dentro del derecho internacional y de manera particular en el derecho internacional de refugiados, en tanto al exigir menos formalidades para su creación, resultan una fuente flexible y de fácil adaptación a las necesidades que surgen en este campo del derecho. De esta manera, pese a no ser jurídicamente vinculantes, han terminado por ejercer una enorme influencia en el derecho interno de los Estados. En el derecho internacional de refugiados, en particular, este tipo de instrumentos han permitido llenar los vacíos que presenta la Convención de 1951 y armonizar prácticas en relación a temas que la Convención no trata.¹⁰⁹

La mayor parte de los instrumentos de *soft law* en el derecho internacional de refugiados han sido creados directamente por el ACNUR, como es el caso del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR o las Conclusiones Generales del Comité Ejecutivo, o han sido elaborados en reuniones de representantes de los Estados convocadas por este organismo¹¹⁰.

¹⁰⁷ DEL TORO, MAURICIO. "El Fenómeno del *Soft Law* y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional". [en línea] *Anuario mexicano de Derechos Humanos*. 2006, Volumen VI <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/6/art/art12.pdf>> [consulta: 14 de abril de 2011]

¹⁰⁸ SHELTON, DINAH. "Soft Law. Handbook of International Law. Routledge Press". [en línea] *GWU Law School Public Law Research Paper No. 322. 2008* <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387> [consulta: 14 de abril de 2011]

¹⁰⁹ "'Soft law' represents a form of non-binding normative framework in which existing norms from other sources are consolidated within a single document. Soft law guidelines may, for example, be compiled by drawing upon experts or by facilitating an inter-state agreement on the interpretation of how existing legal norms apply to a particular area. The value of soft law is that it can provide clear and authoritative guidelines in a given areas, without the need to negotiate new binding norms." BETTS, ALEXANDER. "Towards a 'Soft Law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migrants". [en línea] *International Journal of Refugee Law*. 2010. 22 (2) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/content/22/2/209.full>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]

¹¹⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001).

También los Estados han contribuido con otras declaraciones de *soft law* a nivel regional, como es el caso de la Declaración de Cartagena de 1984, la que según se detallará más adelante, ha terminado por ejercer una enorme influencia en el derecho interno de la mayoría de los Estados latinoamericanos.

3.2.1 El Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR.

Uno de los instrumentos de *soft law* de mayor aplicación del derecho internacional de refugiados, es el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR. Este documento fue elaborado por la División de Protección del ACNUR en 1979 dando cumplimiento a una petición del Comité Ejecutivo en ocasión de su vigésima octava sesión de “publicar-como orientación para los gobiernos-un manual relativo a los procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado”

El Manual se estructura en dos capítulos principales. En el primero se establecen los criterios para determinar la condición de refugiado y el segundo, se refiere al procedimiento para determinar la condición de refugiado, guiándose principalmente por los principios definidos a este respecto por el Comité Ejecutivo y la información recopilada acerca de la práctica de los Estados en esta materia.

Este instrumento ha tenido una extraordinaria influencia en el derecho interno de los Estados y en la jurisprudencia, al interpretar las disposiciones de la Convención de 1951. En este sentido, se observa que hay una clara tendencia en la jurisprudencia de los países del *common law*, de utilizar este Manual como herramienta de interpretación las disposiciones de la Convención de 1951 y en reconocerlo como una fuente autorizada para estos efectos.¹¹¹

Así por ejemplo, la House of Lords de Inglaterra, en el caso *Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan, Ex parte Aitseguer* precisó que: “Contracting states are obliged to co-operate with UNHCR. It is not surprising therefore that the UNHCR Handbook,

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

¹¹¹ Según lo señala Hathaway: “There is a traditional practice of giving particular weight to the UNHCR’s Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, a comprehensive analysis of the basic precepts of refugee law prepared at the behest of the Executive Committee more than a quarter of a century ago.” HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Op. cit. P. 114.

*although not binding on states, has high persuasive authority, and is much relied on by domestic courts and tribunals”*¹¹²

También la Corte Suprema de Estados Unidos se ha referido a la importancia de este Manual en la interpretación de las normas del Protocolo de 1967, estableciendo que: *“The Handbook provides significant guidance in construing the Protocol, to which Congress sought to conform. It has been widely considered useful in giving content to the obligations that the Protocol establishes”*.¹¹³

En varios países de América Latina por su parte, se ha reconocido expresamente que el Manual de Procedimiento y Criterios para determinar la condición de refugiado constituye una herramienta de interpretación en el derecho interno. En este sentido, la Ley 26.165 General de Reconocimiento y Protección al Refugiado en Argentina, establece en su artículo 35 que: “En el cumplimiento de las funciones que les son asignadas en la presente ley, la Secretaría Ejecutiva y la Comisión tendrán presente los criterios interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR”¹¹⁴

En Bolivia también se establece expresamente en el artículo 16 del Decreto Supremo N° 28.329 que “El Manual de Procedimiento y Criterios para determinar la condición de refugiado y otros instrumentos que se puedan elaborar por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el futuro, se constituyen en documentos de consulta para la determinación de la condición de refugiado.”¹¹⁵

Así también en el Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición De Personas Refugiadas De La República De El Salvador, se establece en su artículo 9 que “en la aplicación de la Ley y el Reglamento se tendrán en cuenta las Conclusiones sobre la Protección Internacional de los Refugiados, aprobadas por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR

¹¹² CÁMARA DE LOS LORES DE INGLATERRA. Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan, Ex parte Aitseguer. 19 de Diciembre de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b73b0.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

¹¹³ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Immigration and Naturalization Service contra Cardoza-Fonseca. 9 de marzo de 1987 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b68d10.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

¹¹⁴ Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

¹¹⁵ Decreto Supremo 28.32. BOLIVIA. Comisión Nacional del Refugiado en Bolivia. Reglamentación y Procedimientos. 12 de Septiembre de 2005.

y el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, publicado por el ACNUR.”¹¹⁶

Por su parte en Nicaragua, en el Artículo 1 del Reglamento de Ley creadora de la Oficina Nacional para Refugiados se establece que la Oficina Nacional para Refugiados es el órgano encargado de “aplicar y cumplir las disposiciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 y su Protocolo de 1967, ambos sobre el Estatuto de los Refugiados, y el Manual de Procedimiento recomendado por el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, publicado en septiembre de 1979 y demás Tratados o Convenios Internacionales que Nicaragua haya suscrito o se adhiera en lo que fueren pertinente, siempre en estrecha colaboración con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”¹¹⁷

A su vez, muchas de los conceptos y principios establecidos en este Manual, han sido incorporadas en el derecho interno de los Estados de manera expresa. Así por ejemplo, distintas legislaciones han incorporado el principio del “beneficio de la duda” en la apreciación de la prueba¹¹⁸ y el concepto de credibilidad en la apreciación de la prueba, siguiendo las recomendaciones de este Manual¹¹⁹

3.2.2 Conclusiones Generales del Comité Ejecutivo.

Las Conclusiones Generales del Comité Ejecutivo son resoluciones que expresan los acuerdos de los representantes de los Estados miembros de este Comité, adoptados respecto de temas

¹¹⁶ Decreto N°79. EL SALVADOR. Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas de la República de El Salvador. 7 de septiembre de 2005.

¹¹⁷ Ley N° 655. NICARAGUA. Ley de Protección a Refugiados. 9 de julio de 2008.

¹¹⁸ EL concepto de “beneficio de la duda” lo define el Manual en sus párrafos 203 y 204. En relación a este concepto, el ACNUR precisa que “Puede suceder que después de haber hecho el solicitante un auténtico esfuerzo para acreditar la veracidad de su declaración todavía falte comprobar algunas de sus afirmaciones. Como se ha explicado antes es casi imposible que un refugiado “pruebe” en todos sus puntos los hechos expuestos, y si ello fuera condición indispensable la mayoría de los refugiados no verían reconocida su condición de tales. De ahí que suela ser necesario conceder al solicitante el beneficio de la duda.”ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Ginebra. Op. Cit. P. 34.

¹¹⁹ En este sentido, el Manual recomienda que “Por consiguiente, aún cuando, en principio, la carga de la prueba incumbe al solicitante, el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes corresponde a la vez al solicitante y al examinador. Es más, en algunos casos el examinador habrá de recurrir a todos los medios que tenga a su disposición para conseguir las pruebas necesarias en apoyo de la solicitud.” Ibid.

relacionados con la protección de los refugiados que en su mayoría no están cubiertos por la Convención de 1951 o que permiten precisar el contenido de las disposiciones de este instrumento.

Estas conclusiones tratan temas diversos, tales como el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, la extensión del principio de no devolución, el derecho de asilo, la especial protección que se debe entregar a las mujeres, niños y otros grupos vulnerables y el reparto de la carga entre los Estados, entre otras materias.

Las Conclusiones del Comité Ejecutivo, a diferencia del Manual, expresan la opinión y práctica de los Estados que son parte en la Convención, al ser fruto del acuerdo de los representantes de los 79 países que integran este Comité.¹²⁰

Conforme lo señala Hathaway, pese a no ser jurídicamente vinculantes, estas normas tienen una fuerte autoridad política, en tanto resoluciones de consenso emitidas por un órgano oficial conformado por representantes de los gobiernos expresamente responsable de proveer orientación y forjar acuerdos sobre las políticas de protección y las prácticas necesarias para su materialización¹²¹

En este sentido la Corte Federal Canadiense se ha pronunciado señalando que:

“However, in Article 35 of the Geneva Convention the signatory states undertake to co-operate with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) in the performance of its functions and, in particular, to facilitate the discharge of its duty of supervising the application of the Convention Accordingly, considerable weight should be given to recommendations of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme on

¹²⁰ Los países que integran este Comité hasta el año 2010 son: Alemania, Algeria, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Benin, Brasil, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Dinamarca, Djibouti, Ecuador, Egipto, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Etiopía, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Guinea, Hungría, India, Irán (República Islámica de), Irlanda, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kenya, Líbano, Lesotho, Luxemburgo, Macedonia (ex República Yugoslava de), Madagascar, Marruecos, México, Montenegro, Mozambique, Namibia, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República de Corea, República de Moldova, República Democrática del Congo, República Unida de Tanzania, Rumania, Federación Rusa, Santa Sede, Serbia, Somalia, Sudáfrica, Sudan, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda, Venezuela (República Bolivariana de), Yemen, Zambia.

¹²¹ HATHAWAY, JAMES. The Rights of Refugees under International Law. Op. Cit. p. 113.

*issues relating to refugee determination and protection that are designed to go some way to fill the procedural void in the Convention itself*¹²²

A su vez, las Conclusiones del Comité Ejecutivo han sido ampliamente utilizadas por los tribunales nacionales para interpretar las normas de la Convención de 1951 y suplir sus vacíos¹²³.

En América Latina, las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR han sido expresamente consideradas en el derecho interno de los Estados como guías interpretativas de las disposiciones relativas a la protección de los refugiados. Así ocurre en el caso de Argentina, Bolivia y El Salvador¹²⁴, cuyas leyes o decretos reglamentarios se remiten expresamente a este tipo de declaraciones como fuentes de interpretación de las normas relativas a la protección de los refugiados.

3.3 Instrumentos y Declaraciones a nivel Regional.

Luego de la entrada en vigencia de la Convención, los Estados han terminado por adaptar muchas de las obligaciones que este instrumento contempla a las necesidades regionales que no fueron comprendidas en el instrumento original, a través de distintos instrumentos vinculantes a nivel regional y otras declaraciones de *soft law*, que han influido de manera notoria su derecho interno, según se revisara a continuación.

3.3.1 La Convención de la Organización de la Unidad Africana.

La Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, fue creada en 1969 y entró en vigor el 20 de junio de 1974.

En particular, la Convención de la OUA permitió hacer operativas y ajustar las obligaciones de la Convención de 1951 a la realidad africana y al enorme flujo de desplazamiento forzado en

¹²² CORTE FEDERAL DE APELACIONES DE CANADÁ. *Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. 1º de Marzo de 2002. [en línea], <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfaff0.html>> [consulta: 10 de julio de 2011]

¹²³ Ver la jurisprudencia recopilada por Bryan Deschamp y Rebecca Dowd en: DESCHAMP, BRYAN Y DOWD, REBECCA. *Review of the use of UNHCR Executive Committee Conclusions on International Protection*. [en línea], <<http://www.unhcr.org/487b672d2.pdf>> [consulta: 10 de julio de 2011] p. 24-27.

¹²⁴ Ver nota 114 a 116.

esta región en el contexto de los conflictos y situaciones de violencia generalizada¹²⁵ que comienzan a gestarse en distintos lugares de este continente en el contexto de la descolonización, precisando materias que la Convención de 1951 no trata.

Este instrumento amplía el concepto de refugiado, agregando al concepto clásico de la Convención de 1951, el siguiente párrafo:

“2. El término «refugiado» se aplicará asimismo a todas las personas que, debido a una agresión u ocupación externa, al dominio extranjero o a acontecimientos que perturben gravemente el orden público en cualquier parte o en la totalidad de su país de origen o nacionalidad, se vean obligadas a abandonar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad. [...]”

De esta manera, este instrumento contempla en el concepto de refugiado también a aquellas personas que son obligadas a desplazarse por situaciones objetivas de desprotección y vulneración masiva de derechos, incorporando motivos como la “agresión”, “ocupación extranjera” o “acontecimientos que perturben el orden público”. Esta modificación facilitó el reconocimiento de los refugiados generados producto del desplazamiento a gran escala que se dio en la región, ya que la definición clásica de la Convención de 1951 que atiende principalmente a criterios individuales del solicitante y de determinación subjetiva, resultó insuficiente para hacerle frente.

También, la Convención de la OUA permitió regular materias, que no trataba expresamente la Convención de 1951, tales como la cooperación entre los Estados en relación a la acogida los refugiados, el derecho de asilo, la prohibición de actividades subversivas y el principio de no devolución en la frontera, ampliando de esta manera las obligaciones de la Convención de 1951, a fin de cubrir las necesidades específicas que enfrentaba la región en materia de protección a los refugiados.

3.3.2 La Declaración de Cartagena de 1984.

¹²⁵ Según lo constata Micah Bond Rankin: “When draft work began on the OAU Convention in 1964, Africa was in the throes of decolonization. As early as 1957, a surge of independence movements would see much of the continent enter into anti-colonial struggles leading to the displacement of hundreds of thousands of people. Between 1963 and 1966, the number of refugees in Africa nearly doubled, from 300,000 to 700,000 people” BOND RANKIN, MICAH. “Extending the limits or narrowing the scope? Deconstructing the OAU refugee definition thirty years on”. [en línea] <<http://www.unhcr.org/425f71a42.pdf>> [consulta: 10 de julio de 2011] p. 1-2.

3.3.2.1 La tradición latinoamericana del asilo y la reticencia a incorporar las obligaciones del derecho internacional de refugiados.

Antes de la creación de la Convención de 1951, ya había en América Latina una arraigada tradición del asilo y existían distintas convenciones a nivel regional que lo regulaban, tales como el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, la Convención sobre Asilo de La Habana de 1928 y el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de Montevideo de 1939.

El asilo, según la tradición latinoamericana, puede clasificarse en dos tipos. Por un lado, el asilo territorial, es aquel que un Estado concede en su territorio a una persona perseguida por motivos políticos o acusada de cometer delitos políticos o comunes conexos con los políticos del asilo diplomático, mientras que el asilo diplomático es el que se otorga en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos.

Pese a que la figura del asilo en Latinoamérica, al igual que el derecho internacional de refugiados que surge en Europa a mediados del siglo XX, es una institución que busca hacer frente a situaciones de desplazamiento forzado y regula la respuesta que los Estados otorgan a este tipo de desplazamiento, opera según una lógica bastante diferente a la de la Convención de 1951.

Por un lado, en la tradición del asilo en Latinoamérica el sujeto de derecho siempre es el Estado. Según lo señala Mark Manly todas las convenciones que lo regulan son “tratados del derecho internacional clásico, que reconocen obligaciones recíprocas entre Estados y no crean derechos para los individuos ni obligaciones correspondientes para los Estados”¹²⁶

Esponda precisa que este tipo de convenciones se inspiran “en la necesidad política de prevenir problemas interestatales y en la afirmación del ejercicio de la soberanía, en relación con persecuciones de carácter político, para precaverse de cualquier reclamo que un gobierno pudiese formular a otro, por haber concedido o haber negado el asilo a determinada persona.”¹²⁷

¹²⁶ MANLY, MARK. Notas sobre la consagración del asilo a nivel universal y regional americano, documento producido durante esta investigación, San José, Costa Rica, agosto de 2001. Citado en ESPONDA, JAIME. “La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados”. En: FRANCO, LEONARDO. (Coordinador) *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. [en línea] ACNUR 2005 <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3186.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]

¹²⁷ ESPONDA, JAIME. “La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados”. En: FRANCO, LEONARDO. (Coordinador) Op. Cit. P. 102.

De esta manera, en la tradición del asilo latinoamericano, los Estados tienen el derecho de otorgarlo, según estos criterios generales, pero no se reconoce a las personas el derecho a obtenerlo.

Por su parte, el derecho internacional de los refugiados que surge en Europa, según se refleja en la Convención de 1951, centra la protección en el individuo calificado como refugiado, reconociéndole un catálogo de derechos que los Estados deben respetar y establece restricciones a la soberanía de los Estados con el objeto de otorgar protección a esta categoría de personas. En el sistema del derecho internacional de refugiados el solicitante de refugio es sujeto de derechos fundamentales y los Estados se obligan a garantizar estos derechos.

Otra diferencia importante entre ambas instituciones es su ámbito de aplicación. Por un lado, el asilo en Latinoamérica comprende la protección de los desplazados únicamente por motivos políticos¹²⁸, mientras que en la Convención de 1951, el ámbito de protección se extiende a todas aquellas personas que tengan un fundado temor de ser perseguidas por motivos de “raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”, según se contempla en el artículo 1º de este instrumento.

En un comienzo, los países de América Latina se mostraron bastante reacios a acoger en su derecho interno las disposiciones de la Convención de 1951 y en incorporar sus obligaciones que se alejaban de la lógica de la tradición del asilo¹²⁹. Según lo reconoce San Juan: “en la idea errada de una pretendida autonomía regional en materia de asilo y en el sesgo nacionalista que subyace a este instituto en tanto su origen está unido a la afirmación de soberanía, reside una explicación sobre la lenta recepción que los instrumentos de Naciones Unidas, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 tuvieron en América Latina; todo lo cual se vio reflejado en el escaso interés demostrado por sus países en la Conferencia de Plenipotenciarios que aprobó el texto de la Convención de 1951, en la que sólo cuatro Estados de la región participaron”¹³⁰

¹²⁸ Ibid. P.104.

¹²⁹ Ibid. P. 108

¹³⁰ SAN JUAN, WALTER. “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” En: FRANCO, LEONARDO. (Coordinador) Op. Cit. P. 66. Esponda, por su parte, cree que este desinterés se debió a “la resistencia de los gobiernos a someterse a un tipo de supervisión internacional (o “extranjera”, según el lenguaje utilizado por representantes de aquellos) que, en algún grado, está relacionada con la idea de que la Convención es un instrumento “europeo”. Esta renuencia es un factor mucho más importante que la creencia en la pretendida suficiencia de las legislaciones nacionales y en la fuerza de la tradición americana en materia de asilo”. ESPONDA, JAIME. “La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados”. En: FRANCO, LEONARDO. (Coordinador) Op. Cit. P.114

La reticencia latinoamericana para incorporarse al sistema internacional de protección de los refugiados comenzó a declinar luego de que aumentara el flujo de desplazamiento forzado a partir de los años sesenta en centroamérica.¹³¹ La crisis que generó el aumento en el desplazamiento no pudo ser enfrentada con los instrumentos de asilo vigentes, dado que su ámbito de protección no calzaba con las nuevas necesidades que se generaron a raíz de estos acontecimientos, ni con el perfil de los nuevos solicitantes de refugio.¹³²

Esto provocó que numerosos países en Latinoamérica iniciaran un proceso de ratificación y adhesión a la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, debido a las ventajas que presentaba este sistema internacional de protección respecto de los instrumentos que regulaban el asilo y a la cooperación que podía otorgarles el ACNUR en esta tarea.

A su vez, a partir de 1980 y de manera similar al proceso africano ya referido, los Estados manifestaron su necesidad de ampliar el campo de protección del derecho internacional de refugiados, abarcando también aquellas situaciones de desplazamiento propias del Continente. Es así como, ya en 1981, en el Coloquio sobre Asilo y Protección Internacional de los Refugiados en América Latina realizado en Tlatelolco de 1981 se manifestaba la inquietud por "las lagunas y carencias, tanto del Sistema Universal cuanto del Sistema Interamericano, así como del orden jurídico interno de los Estados para hacer frente a los complejos problemas legales, económicos, sociales, culturales y laborales" y reafirmaron la necesidad de realizar un esfuerzo, "acorde con las circunstancias por las que atraviesa la Región, que permita conjugar los aspectos más favorables de la tradición del Sistema Interamericano, con los elementos que aporta el Sistema Universal de protección a refugiados y asilados". Así también, en esta Declaración se manifiesta la intención de extender la protección "a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los Derechos Humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o

¹³¹Según lo señala San Juan "el proceso que se inició con la crisis de los refugiados cubanos en la década de 1960, y que luego siguió con los problemas del Cono Sur en la década de 1970 y de América Central en la de 1980, presentó nuevos desafíos, pues los problemas de refugiados empezaban a mostrar un rostro inédito, hasta entonces desconocido, que permitió poner en evidencia las ventajas que ofrecía el sistema de Naciones Unidas" SAN JUAN, WALTER. "El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" En: FRANCO, LEONARDO. (Coordinador) Op. Cit. P.. 66.

¹³² Esponda agrega como posible causa de esta situación: "la insuficiencia de la legislación americana sobre asilo territorial, "que podría reconocerse como asimilable (sólo) al caso individual" y, por otra, "la debilidad socioeconómica de las regiones de refugio", que impedía a los gobiernos de América Latina realizar, por sí solos, la acción urgente y eficaz que era exigible." ESPONDA, JAIME. "La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados". En: FRANCO, LEONARDO. (Coordinador) Op. Cit. P.117.

parte del territorio del país de origen"¹³³.

3.3.2.2 La creación de la Declaración de Cartagena de 1984.

Pocos años después del Coloquio de Tlatelolco, se realizó en 1984 en Cartagena de Indias el “Coloquio sobre Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, en el cual surgió la “Declaración de Cartagena”, instrumento que adquirió posteriormente una extraordinaria influencia en la región.

Uno de los principales aportes de la Declaración de Cartagena fue reconocer la necesidad de complementar el sistema de asilo latinoamericano con el sistema de protección internacional, promoviendo que los Estados se adhirieran al sistema internacional de protección de los refugiados que recoge la Convención de 1951 y el protocolo de 1967 y que se adoptaran normas de derecho interno inspiradas en sus principios y criterios, "coadyuvándose así en el necesario proceso dirigido a la armonización sistemática de las legislaciones nacionales en materia de refugiados".

A su vez, este instrumento incorpora una definición ampliada de refugiado, inspirada en la Convención Africana, incluyendo ciertas circunstancias objetivas como fundamento de la calificación. Así, la Declaración de Cartagena recomienda adoptar un concepto de refugiado 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”

También este instrumento contiene recomendaciones para el tratamiento de "éxodos de refugiados a gran escala", promoviendo la adopción de procedimientos especiales para su reconocimiento colectivo y atiende a la necesidad de protección de los desplazados internos, que no estaban considerados en la Convención de 1951, llamando la atención a las "autoridades nacionales para que les ofrezcan protección y asistencia"

Pese a su carácter no vinculante, hoy en día una gran cantidad de países de la región, han incorporado las recomendaciones de la Declaración de Cartagena en su derecho interno. Así, según lo ha constatado la Unidad Legal Regional del ACNUR, países como Argentina, Belice,

¹³³ Coloquio sobre Asilo y Protección Internacional de los Refugiados en América Latina realizado en Tlatelolco de 1981.

Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Nicaragua, Perú y Uruguay¹³⁴ han incorporado la definición ampliada de refugiado que consagra la Declaración de Cartagena en su legislación.

Así también, los Estados han reiterado la vigencia de las conclusiones adoptadas en la Declaración de Cartagena, en numerosas declaraciones adoptadas con posterioridad, tales como la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994¹³⁵, la Declaración de Río sobre la Institución del Refugio del año 2000¹³⁶ y la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina adoptada en el año 2004.¹³⁷

3.3.3 Las Directivas de la Unión Europea en materia de refugio.

Tal como se señaló anteriormente, los países europeos fueron los principales impulsores de la creación de un sistema internacional de protección a los refugiados, con objeto de hacer frente al fenómeno de desplazamiento forzado que se da en la región en el período de entreguerras y al finalizar la segunda guerra mundial.

No obstante, una vez, entrada en vigencia la Convención de 1951, no han mostrado la misma disposición para entregar protección a los flujos de refugiados provenientes de países en desarrollo que se observan como una amenaza para la estabilidad y seguridad de estos países. De esta manera, el derecho internacional de refugiados en Europa ha perdido progresivamente “su componente de protección para articularse en torno a la lógica de las medidas

¹³⁴ UNIDAD LEGAL REGIONAL DEL BURÓ PARA LAS AMÉRICAS DEL ACNUR. Definición Ampliada de Refugiado en América Latina. Incorporación de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en la legislación de los países de la región [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2541>> [consulta: 06 agosto 2011]

¹³⁵ COLOQUIO INTERNACIONAL: 10 AÑOS DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS (San José, Costa Rica, 1994) Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994 [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0012>> [consulta: 06 agosto 2011]

¹³⁶ REUNIÓN DE MINISTROS DEL INTERIOR DEL MERCOSUR, BOLIVIA Y CHILE (VIII, Río de Janeiro, Brasil, 2000) Declaración de Río sobre la Institución del Refugio [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0011>> [consulta: 06 agosto 2011]

¹³⁷ EVENTO CONMEMORATIVO FINAL DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE LOS REFUGIADOS DE 1984 (Ciudad de México, 2004) Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/3016>> [consulta: 06 agosto 2011]

compensatorias”¹³⁸ y se ha centrado hoy en día en buscar formas de aliviar la carga que significa para los Estados el otorgar refugio a este tipo de desplazados.¹³⁹

Un cambio importante en materia de regulación del derecho de refugiados en Europa, comenzó a gestarse en 1997 con la creación del tratado de Ámsterdam de 1997, en el que se acordó que el problema del asilo sería regulado por instrumentos de armonización legalmente vinculantes para los Estados miembros de la Unión Europea.¹⁴⁰

El primer instrumento adoptado en este marco es la Directiva 2004/83/CE del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004¹⁴¹, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

Este instrumento, también conocido como la “Directiva de Calificación”, fue creado con el objeto de dar cumplimiento al acuerdo adoptado por el Consejo Europeo en las Conclusiones de

¹³⁸ FERNÁNDEZ SOLA, NATIVIDAD. “Valores e Intereses en la Protección de los Derechos Humanos por La Unión Europea. El Caso de la Política de Asilo”. Universidad de Zaragoza. [en línea], <http://www.unizar.es/union_europea/files/asilo_UE.pdf> [consulta: 11 Noviembre de 2010].

¹³⁹ En este sentido, Gil Bazo señala en relación a la normativa desarrollada por la Unión Europea, que “The European Union’s (EU) concern with asylum is therefore primarily an utilitarian one. It is not driven by the wish to improve protection standards for refugees across Member States by adjusting the refugee protection regime to the reality of forced migration into Europe, but rather from the wish to control who enters the European economic space.” GIL-BAZO, MARÍA TERESA.” The Protection of Refugees under the Common European Assylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and Compliance with International Refugee and Human Rights Law”. [en línea] *Cuadernos Europeos Deusto*, 2007 (36) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=983722> [consulta: 23 de septiembre de 2010]

¹⁴⁰ Goodwin Gill precisa que el Tratado de Ámsterdam “moved asylum and immigration out of the inter-governmental decision-making process and into the area where legally binding instruments of harmonization can be legislated by the Council of Ministers” GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. Op. Cit. P.234.

¹⁴¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/83/CE del Consejo de la Unión Europea por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Diario Oficial Unión Europea. Luxemburgo, 30 de septiembre de 2004. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:ES:PDF>> [consulta: 06 agosto 2011]

Tampere en que se proponen establecer normas comunes sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado.¹⁴²

La Directiva de Calificación regula distintos aspectos de la determinación de la condición de refugiados, extendiendo la protección a quienes tengan un fundado de persecución tanto por parte de agentes estatales como no estatales y detalla cómo deben ser interpretados los motivos de persecución que establece la Convención de 1951.

Pese a reconocer a la Convención de 1951 como la “piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de refugiados”¹⁴³, la Directiva establece una definición de refugiado más estrecha que la que reconoce la Convención, restringiendo la protección a los nacionales de países terceros y a las personas apátridas, excluyendo de su esfera de aplicación a los nacionales europeos, presumiendo que en estos países no podrían darse situaciones de persecución que justifiquen una solicitud de refugio.¹⁴⁴ La Directiva ha terminado por restringir también el ámbito de protección que entrega la Convención de 1951, al ampliar las cláusulas de exclusión para calificar a los refugiados, lo que permitiría excluir a personas que podían ser calificadas como tales bajo la definición original.¹⁴⁵

Un segundo instrumento relevante en materia de protección de los refugiados a nivel regional en Europa es la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o

¹⁴² CONSEJO EUROPEO. Sesión especial del Consejo Europeo sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (Tampere, Finlandia, 1999) Conclusiones de la Presidencia [en línea] <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm> [consulta: 06 agosto 2011]

¹⁴³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/83/CE del Consejo de la Unión Europea por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Loc. Cit.

¹⁴⁴ El artículo 1 de la Directiva de Calificación establece: “El objeto de la presente Directiva es el establecimiento de normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida” *Ibíd.*

¹⁴⁵ Conforme lo plantea la organización EUROPEAN LEGAL NETWORK ON ASYLUM. “The directive’s exclusion clauses do not reflect international law, and leave dangerous scope for states to deny protection to deserving refugees.” EUROPEAN LEGAL NETWORK ON ASYLUM. *The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection*. 2008. [en línea], <<http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/index.htm>> [consulta: 19 de agosto de 2011]

retirar la condición de refugiado, publicada el 13 de diciembre de 2005¹⁴⁶, también conocida como Directiva relativa a los procedimientos de asilo.

La Directiva relativa a los procedimientos de asilo establece normas comunes en relación a la autoridad encargada de este tipo de determinación, establece ciertos principios y garantías fundamentales del procedimiento e incorpora también distintas restricciones de acceso a este tipo de procedimientos, permitiendo el rechazo de ciertas solicitudes en sede de admisibilidad o restringiendo las garantías procesales, atendiendo a presunciones difíciles de rebatir por el solicitante de refugio.

Esta Directiva ha sido criticada por establecer un mínimo demasiado acotado de exigencia en cuanto a las garantías que deberían respetar los Estados al establecer procedimientos de determinación de la condición de refugiado y por legitimar prácticas que buscan restringir el acceso al procedimiento de ciertas categorías de solicitantes de refugio, sin la debida justificación, materia que será revisada en detalle en el tercer capítulo.

4 CONCLUSIONES

Los primeros instrumentos de protección a los refugiados que se crearon en Europa al finalizar la primera guerra mundial, fueron creados con el objeto de afrontar situaciones específicas de desplazamiento forzado que se generaron en este contexto. Estos acuerdos buscaron entregar un mínimo de protección a los desplazados, de nacionalidades determinadas, en los Estados de acogida, atendiendo a que esta categoría de personas se encontraban en una especial situación de vulnerabilidad, al carecer de la protección de su Estado de origen y de la documentación necesaria para ingresar y permanecer en un nuevo Estado. Con este objeto, se establecieron recomendaciones y obligaciones para los Estados de adoptar documentos especiales de identidad y de viaje para ciertos refugiados, que permitió a esta categoría de personas salir de la clandestinidad y se les aseguró el ejercicio de algunos derechos básicos.

Llama la atención como en esta primera etapa, los Estados veían el problema de los refugiados como un fenómeno aislado y de excepción, que podría ser prontamente superado, a través de la adopción de estos acuerdos ad hoc acotados a situaciones específicas de persecución.

¹⁴⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Diario Oficial Unión Europea. Luxemburgo, 13 de diciembre de 2005. [en línea] < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:ES:PDF>> [consulta: 06 agosto 2011]

Por su parte, los principales instrumentos que regulan el sistema de protección internacional de refugiados vigente, surgen al finalizar la segunda guerra mundial. Esta nueva etapa nace con la creación del Alto Comisionado de Naciones Unidas, como un órgano subsidiario de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1950 y posteriormente, culmina con la celebración de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, celebrada en 1951, con el objetivo específico inicial de afrontar el problema del desplazamiento forzado que se genera en Europa como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.

Poco tiempo después de la creación de la Convención de 1951, los Estados siguieron enfrentando distintas situaciones de desplazamiento forzado, que hicieron necesario, ampliar su campo de aplicación, eliminando las limitaciones geográficas y temporales que este instrumento contenía. A raíz de lo anterior se crea el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, que amplía el concepto de refugiado y lo convierte en un concepto de aplicación universal.

Otro elemento que resulta importante en la evolución del derecho internacional de refugiados, ha sido la creación de distintos instrumentos de derechos humanos que contemplan catálogos de derechos fundamentales que se reconocen universalmente, sin atender a la nacionalidad ni a la situación migratoria del titular, estableciendo mecanismos de supervisión efectivos, que han podido ser utilizados por los refugiados, para exigir el ejercicio de los derechos que la Convención de 1951 les reconoce.

Así también resultan de extraordinaria influencia, las distintas recomendaciones de soft law, que han sido ampliamente incorporadas por los Estados, con el objeto de suplir los vacíos de la Convención de 1951 y adaptar sus disposiciones a las situaciones actuales de desplazamiento.

A su vez, a nivel regional, se han creado distintos instrumentos, vinculantes y no vinculantes, que han permitido adaptar las disposiciones de la Convención a las necesidades específicas de cada región. En esta revisión, llama la atención como hoy en día los países en vías de desarrollo, principalmente en América Latina y África, han sido más proclives a reconocer un concepto amplio de refugiado y de esta manera ampliar la protección de la Convención de 1951.

Por su parte, los países de mayor desarrollo y en particular, los países que conforman la Unión Europea, han sido reacios a ampliar el campo de protección de este instrumento y por el contrario, han buscado formas de restringirlo, principalmente, argumentando que la institución del refugio se ha prestado para muchos abusos, de parte de migrantes que provienen de países en desarrollo que solicitan este tipo de protección con objeto de burlar la rígida legislación migratoria de los países desarrollados y de esta forma acceder a los beneficios que esta calificación les otorga. Esta posición, no obstante, ha terminado por socavar, el régimen de

protección a los refugiados y requiere ser revisada a la luz de las normas de derecho internacional que siguen vigentes también respecto de estos países.

Según se pudo revisar en este capítulo, la principal fuente del Derecho Internacional de Refugiados, continúa siendo hasta hoy la Convención de 1951, complementada por los distintos instrumentos de derechos humanos que han surgido con posterioridad, y las distintas declaraciones y recomendaciones de soft law que han ejercido una extraordinaria influencia al interior de los Estados.

En base a lo que disponen estas normas, la determinación del concepto de refugiado que debe realizar cada Estado, constituye un asunto extremadamente complejo, al requerir un análisis particular y detallado de las distintas cláusulas de inclusión, exclusión y cesación del concepto clásico de la Convención y también de los nuevos elementos incorporados en el derecho interno de los Estados siguiendo las nuevos instrumentos a nivel regional y otras recomendaciones de soft law que hayan sido incorporadas en el derecho interno de los Estados.

No obstante la complejidad de esta calificación, no existe un instrumento de derecho internacional vinculante para los Estados, que se haya hecho cargo de abordar el problema de cómo los Estados deben realizar en concreto esta determinación de la condición de refugiado de un solicitante de refugio, tema que resulta sumamente relevante al momento de dar aplicación a las obligaciones que este instrumento contempla.

A su vez, tampoco existe un órgano de supervisión específico, ante el cual acudir a fin de denunciar el incumplimiento de la Convención, en tanto el mandato del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados no le otorga la facultad de recibir peticiones individuales.

El problema que se produce, en la práctica, es que si un Estado, no es capaz, o se niega a reconocer la calidad de refugiado a quien cumpla con todos los requisitos que exige la Convención, finalmente esta persona, no podrá ejercer ninguno de los derechos reconocidos en los instrumentos que se revisaron en este Capítulo y las obligaciones de los Estados en esta materia que se revisaron anteriormente no podrían ser exigibles. De ahí la necesidad de analizar el problema ya descrito y revisar cuáles deberían ser aquellas garantías mínimas que los Estados debieran respetar al hacer esta calificación, de manera de asegurar el cumplimiento efectivo y de buena fe de las disposiciones de la Convención de 1951 y de los demás instrumentos que conforman el derecho internacional de refugiados vigente, tema que será tratado en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

1 El procedimiento de determinación de la condición de refugiados y la ausencia de normas que lo regulen en la Convención de 1951.

Para poder implementar las obligaciones de la Convención de 1951 al interior de los Estados, se requiere en primer lugar, identificar si la persona que solicita refugio cumple con los requisitos que definen a un refugiado según lo dispone este instrumento.

Antes de la entrada en vigencia de la Convención de 1951, la determinación de la condición de refugiado de los solicitantes era una función que asumieron los órganos internacionales creados para la protección de los refugiados, tales como el Alto Comisionado de Naciones Unidas creado al alero de la Liga de las Naciones¹⁴⁷, los que entregaban documentos de identidad a los solicitantes de refugio que cumplieran los requisitos establecidos en los primeros instrumentos de protección, recomendándose a los Estados partes que reconocieran la validez de este tipo de documentos, pero sin que esto los obligara a autorizar su residencia.¹⁴⁸

¹⁴⁷ “Specifically, the international coordinating agencies created prior to 1950 were authorized to make determinations of refugee status on behalf of the participating states. UNHCR, by contrast, has no jurisdiction to engage in refugee status determination.” HATHAWAY, JAMES A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law. Op. Cit. p. 36.

¹⁴⁸ Así se establece por ejemplo en el Acuerdo relativo al Estatus legal de Refugiados Rusos y Armenios de 30 de junio de 1928:

“(1) It is recommended that the High Commissioner for refugees shall, by appointing representatives in the greatest possible number of countries, render the following services, in so far as such services do not lie within the exclusive competence of the national authorities:

- (a) Certifying the identity and the position of the refugees;
- (b) Certifying their family position and civil status, in so far as these are based on documents issued or action taken in the refugees' country of origin;
- (c) Testifying to the regularity, validity, and conformity with the previous law of their country of origin, of documents issued in such country;
- (d) Certifying the signature of refugees and copies and translations of documents drawn up in their own language;
- (e) Testifying before the authorities of the country to the good character and conduct of the individual refugee, to his previous record, to his professional qualifications and to his university or academic standing;
- (f) Recommending the individual refugee to the competent authority, particularly with a view to his obtaining visas, permits to reside in the country, admission to schools, libraries, etc.

Este tipo de determinación en la práctica no revestía mayor complejidad, atendido que los criterios que componían la definición de refugiado en los instrumentos anteriores a la Convención de 1951, según se detalló en el primer capítulo, eran objetivos y de fácil constatación, bastando en muchos casos con acreditar el origen o nacionalidad de la persona solicitante de refugio.

Por su parte, el nuevo concepto de refugiado que recoge la Convención de 1951, a diferencia de los instrumentos anteriores, es esencialmente individualista, y se compone de un conjunto de elementos objetivos y subjetivos que deben ser evaluados caso a caso, cuyo análisis reviste especial complejidad.¹⁴⁹ La Convención de 1951, no obstante, no detalla la forma en que se hará este tipo de determinación y tácitamente entrega la tarea de determinar la condición de refugiado a los Estados que adopten este instrumento.

Sólo el artículo 9 de la Convención de 1951, se refiere tangencialmente a esta materia señalando que “Ninguna disposición de la presente Convención impedirá que, en tiempo de guerra o en otras circunstancias graves y excepcionales, un Estado Contratante adopte provisionalmente, respecto a determinada persona, las medidas que estime indispensables para la seguridad nacional, **hasta que tal Estado Contratante llegue a determinar que tal persona es realmente un refugiado** y que, en su caso, la continuación de tales medidas es necesaria para la seguridad nacional”.

Tal como se precisa 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” del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, la persona “no

The above-mentioned representatives shall be appointed and shall act in agreement with the governments concerned. In countries in which persons or bodies already act unofficially in such a capacity, the High Commissioner may utilise their services.

Each Government shall be free to decide whether documents issued by such representatives may be recognised as having an official character. It is recommended in any case that the governments shall take the greatest possible account of such documents. It is also recommended that any fees charged to refugees not in a condition of indigence in respect of the delivery of documents or the fulfillment of the above-mentioned formalities shall be moderate.

It is understood that the activities of such representative shall be of an entirely non-political character and shall involve no encroachment whatsoever on the duties incumbent on the authorities of the country of residence.” LIGA DE LAS NACIONES. Arrangement Relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees. 30 de Junio de 1928. Loc.cit.

¹⁴⁹ Según lo señala Goodwin Gill: “Given the nature of the definition, the assesment of claims to refugee status involves a complex of subjective and objective factors (...)”. “The basic refugee definition, both in international law and in the form adopted by municipal systems, is highly individualistic. It supposes a dispassionate case-by-case examination, which may well prove impractical in the face of large numbers, although they too require the benefit of certain minimum rights” GOODWIN-GILL, GUY y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Op.Cit. P. 54. y P. 529.

adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.”¹⁵⁰ De esta manera, el acto de reconocimiento de la condición de refugiado es declarativo, da cuenta de un estado preexistente. La persona es considerada refugiada tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado.

En la práctica, sin embargo, si el Estado no permite el acceso al solicitante a algún tipo de procedimiento que permita acreditar su condición, la persona que solicita el refugio finalmente no podrá ejercer los derechos que la Convención le reconoce formalmente y el Estado podría llegar a incumplir las obligaciones que contiene este instrumento. En este sentido, el mismo Manual precisa que “es evidente que, para que los Estados partes en la Convención y en el Protocolo puedan aplicar sus disposiciones, es necesario que los refugiados sean identificados. Esa identificación, es decir, la determinación de la condición de refugiado, aunque se menciona en la Convención de 1951 (véase el artículo 9), no está regulada expresamente. En particular, la Convención no indica qué tipo de procedimientos han de adoptarse para determinar la condición de refugiado. Por consiguiente, cada Estado contratante puede establecer el procedimiento que estime más apropiado, habida cuenta de su propia estructura constitucional y administrativa.”¹⁵¹

Ante la falta de regulación en la Convención de los aspectos procedimentales de la determinación de la condición de refugiado, surgen las siguientes interrogantes: ¿existe un obligación que emane del derecho internacional para los Estados que son parte de la Convención de regular este tipo de procedimientos en su derecho interno? y además: ¿cuál sería la fuente de esa obligación?

Estos cuestionamientos no han sido lo suficientemente desarrollados en el derecho internacional de refugiados, dándose por supuesta la necesidad de regular este tipo de procedimientos por los Estados que son parte en la Convención, a fin de implementar sus obligaciones. Así, la mayoría de los Estados han terminado por regular este tipo de procedimientos siguiendo las numerosas recomendaciones del ACNUR y las declaraciones de los propios Estados que son parte en la Convención, pero sin un fundamento jurídico claro.

¹⁵⁰ Conforme se establece en este documento: “De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op. Cit. P. 7.

¹⁵¹ Ibid. P. 32.

Pese al escaso desarrollo de este problema en el derecho internacional, resulta necesario poder ahondar en él, antes de revisar el contenido de las garantías procesales mínimas que deberían respetarse al regular este tipo de procedimientos, tema que será abordado con mayor detalle en el tercer capítulo de este trabajo

1.1 No existe una obligación de los Estados de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en el derecho interno.

Una primera posición que se podría adoptar en relación al problema planteado es sostener que en realidad en el derecho internacional no existe obligación alguna para los Estados de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, atendido el silencio de la Convención de 1951 en la materia.

No obstante, es difícil encontrar en la doctrina contemporánea relativa al derecho internacional de refugiados, autores que nieguen la necesidad de los Estados de establecer en su derecho interno algún tipo de procedimiento de determinación de la condición de refugiado para poder implementar la Convención de 1951.

Hathaway pareciera argumentar en este sentido, al sostener que el derecho internacional no se pronuncia respecto al procedimiento de determinación que los Estados deben usar para determinar la condición de refugiado ni establece forma alguna de escrutinio a nivel internacional de los procedimientos adoptados. A su vez, plantea que, pese a que el Comité Ejecutivo del ACNUR ha planteado distintas recomendaciones en torno al procedimiento de determinación, que no han sido totalmente aceptadas por los Estados partes de la Convención de 1951 y en sí, son bastante limitadas.¹⁵² Según lo señala el autor, un Estado podría respetar todas las obligaciones de la Convención de 1951 sin necesidad de establecer un procedimiento formal de determinación de la condición de refugiado, como podría ocurrir en el caso que el Estado de acogida asegure a todas las personas que entran a su territorio, los derechos que contempla la Convención, sin atender a su condición de refugiado. De esta manera, si un Estado no regula este tipo de procedimientos, no necesariamente incumpliría la Convención.

¹⁵² Según Hathaway: “There is no obligation under the Convention to set up procedures for the determination of refugee status, and many countries have not done this. Where such procedures have been established they vary widely. The UNHCR does endeavour to encourage uniformity and a standard practice, but, due to the differences in the administrative structures and general circumstances of different countries, this is not easy.” HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Op. Cit. P. 12.

El autor no toma en cuenta que en la práctica, no existen Estados que aseguren los derechos que recoge a la Convención a todas las personas que entran a su territorio y justamente, teniendo en cuenta lo anterior, es que fue creado este instrumento. Así, los Estados en la práctica lo que han hecho es limitar la aplicación de las disposiciones de la Convención, en el ejercicio de su soberanía, sólo, a quienes logren acreditar su condición de refugiados ante una autoridad administrativa. Esta lógica de los Estados, ha generado, a su vez, la necesidad de regular estos procedimientos de determinación de la condición de refugiados y esa es la tendencia que han seguido en la práctica, según se revisará a continuación.

De todas maneras, cabe precisar que lo afirmado por Hathaway apunta más bien a sostener que la forma que adoptan los procedimientos en su derecho interno no está limitada por el derecho internacional y queda entregada a la discrecionalidad de los Estados, pero no niega necesariamente la necesidad de los Estados de establecer un procedimiento de determinación de la condición de refugiados para implementar la Convención de 1951.

Patricia Hyndman por su parte señala más tajantemente que “no existe una obligación en la Convención de 1951 de establecer un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y muchos países no lo han hecho”¹⁵³. De esta manera la autora niega la existencia de esta obligación en el texto de la Convención de 1951, en lo que la mayoría de los autores concuerdan, pero no precisa si acaso esta obligación puede encontrarse en otras fuentes del derecho internacional, ni toma en cuenta que, hoy en día la mayoría de los Estados que han ratificado la Convención, sí han regulado este tipo de procedimientos en su derecho interno, según se revisará a continuación.

1.2 Argumentos en torno a la existencia de una obligación de los Estados de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en su derecho interno.

1.2.1 La obligación de establecer un procedimiento de determinación de la condición de refugiado deriva de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

Ante la ausencia de disposiciones en la Convención de 1951 que se refieran al tema, se ha señalado que la obligación de los Estados de establecer el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en su derecho interno emanaría de una norma consuetudinaria de

¹⁵³ HYNDMAN, PATRICIA. “Refugees Under International Law with a Reference to the Concept of Asylum”. Citado en: HATHAWAY, JAMES. A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law. Op. Cit. p. 12

derecho internacional, dando cuenta de una práctica asentada de los Estados de adoptar este tipo de legislación. Así, según lo plantea Eva Menéndez, “teniendo en cuenta la práctica generalizada de los Estados, la existencia de procedimientos de asilo se configura en la actualidad como una norma consuetudinaria de carácter general”¹⁵⁴ También Marx, señala que a la vista de los números Estados que han adoptado procedimientos de determinación, puede llegarse a afirmar que existe una norma consuetudinaria que obliga a los Estados a regular este tipo de procedimientos.¹⁵⁵

Sin embargo, antes de determinar la existencia de la norma referida, debería revisarse si existen los dos elementos principales que la componen. En primer lugar debe “constatarse una práctica constante y uniforme” y en segundo lugar tiene que existir una *opinio juris* en este sentido o la “convicción de los Estados de que esta práctica es jurídicamente obligatoria”¹⁵⁶

En relación a la práctica constante y uniforme, resulta bastante evidente al revisar la numerosa legislación que regula este tipo de procedimientos al interior de los Estados, que hoy en día existe una práctica generalizada de los Estados parte de la Convención en este sentido.

Según se detalla en el cuadro que se muestra a continuación, a partir de la revisión de legislación interna de los Estados, al menos 124 de los 147 países que han adoptado la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967¹⁵⁷, han adoptado hasta la fecha legislación o reglamentos especiales que regulan el procedimiento de determinación, ya sea en normas específicas que se refieren a la determinación del estatuto de refugiados o en normas de carácter general que regulan la inmigración y los derechos de los extranjeros.

¹⁵⁴ MENÉNDEZ, EVA. “La exigencia de acceso universal a un procedimiento de asilo justo y eficaz” [en línea] <http://www.idpbarcelona.net/esp/2_recerca/immig/pdf/tj_menendez.pdf> [consulta: 19 de abril de 2011] p. 19.

¹⁵⁵ *Ibíd.* p. 10

¹⁵⁶ BENADAVA, SANTIAGO. Derecho Internacional Público. Santiago. Jurídica Conosur. 1997. p. 25

¹⁵⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Estados Parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo De 1967. [en línea], <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0506>> [consulta: 2 de abril de 2011]

PAÍS	REGULA EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN SU DERECHO INTERNO	LEY O REGLAMENTO ESPECIAL RELATIVA AL TRATAMIENTO DE LOS REFUGIADOS	LEY GENERAL DE INMIGRACIÓN	AÑO DE PUBLICACIÓN
Afghanistan	No existen normas internas que lo regulen. Sólo el artículo 4º, inciso final, de su Constitución de Enero de 2004 establece que "Affairs related to the citizenship and asylum are regulated by law."			
Albania	Sí	Law on Asylum, N°8432.		1998
Alemania	Sí	Asylum Procedure Act		1993
Argelia	Sí	Decreto de 1963 que crea la Oficina de Protección de Refugiados y Apátridas dependiente del ministerio de Relaciones Exteriores		1963
Angola	Sí	Refugee Status Act		1990
Argentina	Sí	Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N°26.165		2006
Armenia	Sí	Law on Asylum and Refugees		2009
Australia	Sí		Migration Act	1958
Austria	Sí	Federal Act Concerning the Granting of Asylum (2005 Asylum Act - Asylgesetz 2005)		2006
Azerbaijan	Sí	Law of the Republic of Azerbaijan on IDP (Internally Displaced Person) and Refugee Status		1999
Bahamas	No hay información			
Belarus	Sí	LAW OF THE REPUBLIC OF BELARUS No. 354-Z On Granting Refugee Status, Complementary and Temporary Protection to Foreign Citizens and Stateless Persons in the Republic of Belarus		2008
Bélgica	Sí	Loi sur l'accueil des demandeurs d'asile et de		2007

		certaines autres catégories d'étrangers		
Belize	Sí	Refugees Act, Chapter 165 (revised 31 December 2000)		2000
Benin	Sí	Decret no 97-647, Portant création, composition, attributions, et fonctionnement de la Commission Nationale Chargée des Réfugiés (CNR)		1997
Bolivia	Sí	Decreto Supremo N° 28329, Comisión Nacional del Refugiado en Bolivia - Reglamentación y procedimientos.		2005
Bosnia and Herzegovina	Sí	LAW ON MOVEMENT AND STAY OF ALIENS AND ASSYLUM		2008
Botswana	Sí	Refugees (Recognition and Control) Act, Cap. 25:03		1968
Brasil	SÍ	Ley N° 9.474 que define mecanismos para la implementación del Estatuto de los refugiados de 1951 y crea el "Comité Nacional para os Refugiados"		1997
Bulgaria	Sí	Law on Asylum and Refugee		2002
Burkina Faso	Sí	Zatu no. AN V-0028/FP/PRES portant statut de réfugiés		1988
Burundi	Sí	Loi No. 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi		2008
Camboya	Sí	Sub-Decree on Procedure for Recognition as a Refugee or Providing Asylum Rights to Foreigners in the Kingdom of Cambodia		2009
Camerún	Sí	Loi n° 2005/006 du 27 juillet 2005, Portant statut des réfugiés au Cameroun		2005
Canada	Sí	Immigration and Refugee Protection Act		
Cabo Verde	No hay información			
Chad	No hay información, pero sí existe una Comisión Especial dependiente del gobierno encargada de la calificación de la condición de refugiado			
Chile	Sí	Ley N° 20.430 Establece disposiciones sobre protección de refugiados y crea la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.		2010

China	No hay			
Chipre	Sí	Refugee Law of 2000 (last amended 2007)		2000
Colombia	Sí	Decreto No. 4503 del 19 de noviembre de 2009. Por el cual se modifica el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la determinación de la condición de refugiado y se adoptan otras disposiciones		2009
Congo, República Democrática	Sí	Loi n° 021/2002 du 16 octobre 2002 portant statut des réfugiés		2002
Congo, Rep. Of	Sí	Creation, Organisation, Attribution et Fonctionnement de la Commission d'Eligibilité au Statut de Refugie, Arret No. 8041		2001
Corea, República de	Sí		Immigration Law	1963
Costa Rica	Sí	Decreto N° 32195-G (proceso para la determinación de la condición de refugiado)		2004
Costa de Marfil	Sí	Arrêté No. 46 MAE/AGH/SDAH/SAARA du 1 février 2007 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission nationale d'éligibilité au statut de réfugié		2007
Croacia	Sí	Law on Asylum		2004
Dinamarca	Sí		Aliens (Consolidation) Act (No. 685)	2003
Djibouti	Sí	Décret n° 2001-0101/PR/MI modifiant le décret n° 77-054/PR/AE du 09 novembre 1977 portant création de la commission nationale d'éligibilité au statut des réfugiés		2001
Dominica	No hay información			
Ecuador	Sí	Decreto N° 3.301 - Reglamento para la aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967.		1992
Egipto	No hay, se delega determinación a ACNUR en 1954			
El Salvador	Sí	Decreto N° 918 de 2002. Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas y Decreto N° 79, Reglamento de la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas de 2005.		2002
Eslovaquia	Sí	Act on Asylum and Amendment of Some Acts.		2002

		N°480/2002 y Regulation No. 4 of the Slovak Republic Minister of Interior on Procedures of the Migration Office of the Slovak Republic Ministry of Interior and the Police Force Departments in Respect of Execution of the Law No. 480/2002 on Asylum and Amendments to Particular Laws DE 2003		
Eslovenia	Sí	Law on International Protection		2008
España	Sí	Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria		2009
Estados Unidos	Sí	Immigration and Nationality Act de 1952 y sus modificaciones		1952
Estonia	Sí	Act on Granting International Protection to Aliens		2006
Etiopía	Sí	Refugee Proclamation, No. 409 of 2004		2004
Fiji	Sí		Immigration Act	2003
Filipinas	Sí	Department Order No. 94/1998, Establishing a Procedure for Processing Applications for the Grant of Refugee Status		1998
Finlandia	Sí		Aliens Act 301	2004
Francia	Sí		CODE DE L'ENTREE ET DU SEJOUR DES ETRANGERS ET DU DROIT D'ASILE	2005
Gabon	Sí	Loi no. 5/98 Portant statut des réfugiés en République gabonaise		1998
Gambia	Sí	Refugee Act		2008
Georgia	Sí	Law of Georgia on Refugees (as amended in 2005)		2005
Ghana	Sí	Refugee Law		1992
Grecia	Sí	Presidential Decree 114/2010 on the establishment of a single procedure for granting the status of refugee or of beneficiary of subsidiary protection to aliens or to stateless persons in conformity with Council Directive 2005/85/EC on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status (L 326/13.12.2005)		2010
Guatemala	Sí	Acuerdo Gubernativo N° 383-2001, Reglamento		2001

		para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala	
Guinea	SÍ	Loi L/2000/012/AN adoptant et promulguant le statut des réfugiés en République de Guinée	2000
Guinea-Bissau	SÍ	Lei no. 6/2008. Aprovado o Estatuto do Refugiado	2008
Guinea Ecuatorial	No hay información		
Haiti	No hay información		
Holanda	SÍ		Aliens Act 2000
Honduras	SÍ		Decreto N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería y Reglamento de la Ley de Migración y Extranjería de 2004 2003
Hungría	SÍ	Act CXXXIX of 1997 on Asylum y Government Decree 172/2001 (IX.26.) On the Detailed Rules of Asylum Procedures and Documents of Temporarily Protected Persons	1997/2001
Islandia	SÍ		Acts on Foreigners N°96 2002
Iran (Islamic Rep. of)	SÍ	Regulations relating to Refugees	1963
Irlanda	SÍ		Refugee Act 1996
Israel	No hay información		
Italia	SÍ	Decreto Legislativo 24/2008	2008
Jamaica	No hay información		
Japón	SÍ		Immigration Control and Refugee Recognition Act Enforcement Regulations (Ordinance No. 54 of 1981) 1981
Kazajstán	SÍ		Law of the Republic of Kazakhstan on Population Migration (last amended 2002) 1997
Kenia	SÍ	Refugee Act	2006
Kirguistán	SÍ	Law on Refugees	2002
Letonia	SÍ	Asylum Law	2009
Lesotho	SÍ	Refugee Act	1983
Liberia	SÍ	Refugee Act	1993
Liechtenstein	SÍ	Gesetz vom 2. April 1998 über die Aufnahme von Asylsuchenden und Schutzbedürftigen	1998

Lituania	Sí	Republic of Lithuania Law on Refugee Status		2000
Luxemburgo	Sí	Loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection		2006
Macedonia	Sí	Law on Asylum and Temporary Protection		2003
Madagascar	Sí		Décret no. 1994-652 portant abrogation du Décret no. 1966-101 du 2 mars 1966 et fixant les nouvelles modalités d'application de la Loi no. 1962-002 du 6 juin 1962 sur l'organisation et le contrôle de l'immigration	1994
Malawi	Sí	Refugee Act		1989
Mali	Sí	Loi n° 1998-40 du 20 juillet 1998 portant sur le statut des réfugiés		1998
Malta	Sí	Refugees Act		2001
Marruecos	Sí	Décret no. 2-57-1256 du 2 safar 1377 (29 août 1957) fixant les modalités d'application de la convention relative au statut des réfugiés signée à Genève le 28 juillet 1951		1957
Mauritania	Sí	Décret no. 2005-022 fixant les modalités d'application en République Islamique de Mauritanie des Convention internationales relatives aux réfugiés		2005
Mexico	Sí	Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria		2011
Moldova	Sí	Law on Asylum in the Republic of Moldova		2008
Monaco	No hay información			
Montenegro	Sí	Law on Asylum		2006

Mozambique	Sí	Act No. 21/1991 of 31 December 1991 (Refugee Act)		1991
Namibia	Sí	Refugees Act		1999
Nicaragua	Sí	Ley de Protección a Refugiados, No. 655		2008
Niger	Sí	Loi No. 97-016 du 20 juin 1997 portant statuts des réfugiés		1997
Nigeria	Sí	Decree, National Commission for Refugees		1989
Noruega	Sí		Act Concerning the Entry of Foreign Nationals into the Kingdom of Norway and Their Presence in the Realm (Immigration Act)	1988
Nueva Zelandia	Sí		Immigration Act	2009
Panamá	Sí	Decreto Ejecutivo N° 23 por el cual se desarrolla la Ley no. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados, se derogan el Decreto No. 100 del 6 de julio de 1981 y la Resolución Ejecutiva No. 461 del 9 de octubre de 1984, y se dictan nuevas disposiciones en materia de protección temporal por razones humanitarias		1998
Papua New Guinea	Sí		Migration Act	1980
Paraguay	Sí	Ley N° 1938, General Sobre Refugiados		2002
Peru	Sí	Ley N° 27.891 - Ley del refugiado		2002
Polonia	Sí		Act on Aliens	2003
Portugal	Sí	Law 27/2008 Establishes the conditions and procedures for granting asylum and subsidiary protection and the statuses of asylum applicant, refugee and of subsidiary protection, transposing into internal juridical order Council Directives ns 2004/83/CE, of 29th April and 2005/85/CE, of 1st December		2008
Reino Unido	Sí		Immigration And Asylum Act	1999

República Centroafricana	Sí	Law on the Status of Refugees		2008
República Checa	Sí	ACT Of 11 November 1999 on Asylum and Amendment to Act No. 283/1991 Coll., on the Police of the Czech Republic, as amended (the Asylum Act)		1999
República Dominicana	Sí	Decreto presidencial N° 2.330 de 10 de septiembre de 1984, reglamento de la Comisión Nacional para los Refugiados		1984
Rumania	Sí	Law no. 122/2006 on Asylum		2006
Rusia	Sí	Law of the Russian Federation "On Forced Migrants"		1995
Rwanda	Sí	LOI N° 34/2001 DU 05/07/2001 SUR LES REFUGIES		2001
San Vicente y las Granadinas	No hay información			
Samoa	No hay información			
Saint Kitts and Nevis	No hay información			
Santo Tome y Príncipe	No hay información			
Senegal	Sí	Loi n° 68-27 du 24 juillet 1968 modifiée portant statut des réfugiés		1968
Serbia	Sí	Law on Asylum		2007
Seychelles	No hay información			
Sierra Leona	Sí	THE REFUGEES PROTECTION ACT		2007
Salomón, Islas	No hay información			
Somalia	Sí	Presidential Decree No. 25 of 2 June 1984, on Determination of Refugee Status		1984
Sudáfrica	Sí	REFUGEES ACT, 1998 (ACT NO. 130 OF 1998) y Refugee Regulations (Forms and Procedures) 2000		1998
Sudán	Sí	Regulation of Asylum Act		1974
Suriname	Sí		Aliens Act 1991, Law of 16 January 1992 concerning the Admission and the Expulsion	1992

			of Aliens	
Suazilandia	Sí	The Refugees Control Order		1978
Suecia	Sí		Aliens Act	2005
Suiza	Sí	Asylum Act		
Tajikistan	Sí	Law of the Republic of Tajikistan on Refugees		2002
Tanzania	Sí	Refugees Act		1998
Timor-Este	Sí		Law No. 9/2003 of 15 October, Immigration and Asylum Act	2003
Togo	Sí	LOI n°2000-09 PORTANT STATUT DES REFUGIES AU TOGO		2000
Trinidad and Tobago	No hay información			
Tunisia	No hay información			
Turquía	Sí	Regulation to Amend the Regulation on the Procedures and the Principles Related to Population Movements and Aliens Arriving in Turkey either as Individuals or in Groups Wishing to Seek Asylum either from Turkey or Requesting Residence Permission in order to seek Asylum from Another Country”.		2006
Turkmenistan	Sí	Law of Turkmenistan on Refugees		1997
Tuvalu	No hay información			
Ucrania	Sí	Refugee Law (with 2005 amendments)		2005
Uganda	Sí	The Refugees Act		2006
Uruguay	Sí	Ley N° 18.076 de 2006. Estatuto del Refugiado.		2006
Vaticano	No hay			
Venezuela	Sí	Ley orgánica sobre refugiados o refugiadas asilados o asiladas		2001
Yemen	No hay			
Zambia	Sí	Refugee (Control)		1970

		Act, 1970		
Zimbabwe	Sí	Refugee Act, 1983		1983

158

La práctica que se constata en el cuadro anterior de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, a su vez, ha sido especialmente promovida por el Alto Comisionado de Naciones Unidas a través de distintas declaraciones de su Comité Ejecutivo y en la efectiva colaboración que ha prestado este organismo a los Estados para la creación de estas normas.

Así, en la Conclusión N°8 de 1977, el Comité Ejecutivo del ACNUR se refiere a esta materia, observando que “sólo un número limitado de Estados partes en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967 habían establecido procedimientos para determinar formalmente la condición de refugiado de conformidad con esos instrumentos” y manifiesta su “esperanza de que todos los Estados partes en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967 que todavía no lo hubiesen hecho tomasen medidas para establecer esos procedimientos en un futuro próximo y examinasen favorablemente la posibilidad de que el ACNUR participase en tales procedimientos en la forma apropiada”¹⁵⁹.

Posteriormente, en la Conclusión N° 28 de 1982, el Comité manifestó su satisfacción al constatar que desde que se emitió la conclusión recién citada: “un número significativo de nuevos Estados Partes en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 habían establecido procedimientos para la determinación de la condición de refugiado, y que esos procedimientos concordaban con los requisitos básicos recomendados por el Comité Ejecutivo en su 28° período de sesiones”. También reiteró la importancia del establecimiento de procedimientos para la determinación de la condición de refugiado y “exhortó a los Estados Partes en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 que aún no lo hubiesen hecho a que estableciesen tales procedimientos en el futuro próximo”¹⁶⁰

Casi una década después, el Comité reafirmó la necesidad de regular este tipo de procedimientos en la Conclusión General N°65 de 1991, reconociendo que “el establecimiento de procedimientos justos y eficientes de asilo y el acceso a ellos de todos los solicitantes de

¹⁵⁸ Elaboración propia a partir de información extraída del sitio web “REFWORLD” Base de Datos del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados. [en línea], <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain>>

¹⁵⁹ CONCLUSIÓN GENERAL N°8. Determinación de la Condición de Refugiado. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1977.

¹⁶⁰ CONCLUSIÓN GENERAL N°28. Aplicación de las conclusiones anteriores del Subcomité sobre Protección Internacional en relación con la determinación de la condición de refugiado, entre otras cosas, con referencia a la función que le cabe al ACNUR en los procedimientos nacionales de determinación de la condición de refugiado. 1982.

asilo son elementos importantes de una estrategia internacional coherente de gestión y resolución de las situaciones que afectan a los refugiados”¹⁶¹ y en la Conclusión General N°71 de 1993: “*Reitera* la importancia de establecer, de conformidad con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, procedimientos equitativos y eficientes, a los que tengan acceso todos los solicitantes de asilo, para determinar la condición de refugiado con el fin de asegurar que se identifique y se otorgue protección a los refugiados y otras personas que reúnan las condiciones para acogerse a protección en virtud del derecho internacional o nacional”¹⁶²

Finalmente, en la Conclusión N°93 del año 2002, el mismo Comité: “*Reconoce* la necesidad de establecer y aplicar procedimientos de asilo justos y rápidos, a fin de reconocer sin demora a las personas que necesitan protección internacional y las que no, lo que evitará a los solicitantes de asilo períodos prolongados de incertidumbre, desalentará el uso indebido del sistema de asilo y reducirá las demandas que se ejercen sobre el sistema de recepción”¹⁶³.

Así también, en el documento elaborado a raíz de la segunda reunión de las Consultas Globales sobre Protección Internacional de 31 de mayo de 2001 convocada por el Comité Permanente del ACNUR¹⁶⁴, que se refiere en exclusiva a los “Procesos de Asilo”, se establece que: “Los procedimientos justos y eficientes constituyen un elemento esencial en la aplicación plena e integral de la Convención. Estos permiten a un Estado identificar a las personas que se deben beneficiar de la protección internacional, de conformidad con la Convención”¹⁶⁵ A su vez, en este documento, se constata una evolución en la práctica de los Estados en este sentido, señalando que “en el transcurso de los últimos años, muchos países han reformado su legislación y procedimientos de asilo” y que “se han introducido, además, procedimientos

¹⁶¹ CONCLUSIÓN GENERAL N°65. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Soluciones y la Protección. 1991.

¹⁶² CONCLUSIÓN GENERAL N°71. Conclusión general sobre la protección internacional. 1993.

¹⁶³ CONCLUSIÓN GENERAL N°93. Conclusión sobre la recepción de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo. 2002.

¹⁶⁴ En la 18a. reunión del Comité Permanente del Comité Ejecutivo del ACNUR se propuso que, al acercarse el 50 aniversario de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el ACNUR inicie un proceso de consultas globales con funcionarios gubernamentales de alto rango, ONGs y otros expertos en la protección de refugiados, para aclarar el alcance y el contenido de la protección en distintas situaciones generadoras de refugiados, tomando en cuenta aquellas que no están previstas en la Convención de 1951.

¹⁶⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2888>> [consulta: 10 de septiembre 2010] P. 2.

formales en varios Estados que accedieron recientemente a los instrumentos internacionales sobre refugiados y que todavía no habían establecido sistemas individuales de asilo”¹⁶⁶

Cabe agregar además que en la Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 del 13 de diciembre de 2001 en Ginebra, también en el marco de las Consultas Globales sobre Protección Internacional, los representantes de estos países adoptaron una declaración en la que, hicieron un llamamiento para que “los Estados que tomen o sigan tomando medidas que fortalezcan el asilo y hagan más efectiva la protección de acuerdo con los estándares internacionales aplicables, por medio de la adopción e implementación de legislación nacional sobre refugiados y de procedimientos para la determinación del estatuto de los refugiados y el tratamiento de los solicitantes de asilo y refugiados, prestando especial atención a los grupos vulnerables y a los individuos con necesidades especiales, incluyendo las mujeres, los niños y los ancianos”¹⁶⁷

Aún cuando es contundente la práctica de los Estados en este sentido y que existen numerosas declaraciones del ACNUR y de los Estados que recomiendan la adopción de legislación interna que regule los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, no resulta del todo claro que los Estados consideren “jurídicamente obligatorio” o que exista una *opinio juris* que respalde esta práctica, teniendo en cuenta que los textos referidos sólo “promueven” o “recomiendan” la adopción de este tipo de normas.

La necesidad de configurar este último elemento de la costumbre ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en particular, en el caso Plataforma Continental del Mar del Norte, en el que el Tribunal consideró que el principio de equidistancia reconocido en el artículo 6 de la Convención de Ginebra de 1958, no cumpliría con este requisito y por tanto no podría ser vinculante para los Estados que no son parte en este instrumento, en tanto considera que:

77. (...)Not only must the acts concerned amount to a settled practice. But they must also be such, or carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive*

¹⁶⁶ Ibid

¹⁶⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001). Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Loc. Cit.

necessitates. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.”¹⁶⁸

Siguiendo este criterio, puede señalarse que en las declaraciones referidas, la práctica de regular los procedimientos de determinación de la condición de refugiado es considerada como “necesaria” para implementar de manera efectiva la Convención de 1951, pero no como una obligación jurídica independiente para los Estados, cuyo incumplimiento podría hacerlos incurrir en responsabilidad internacional, en tanto no se sentirían obligados a ello, ni han manifestado hacerlo.

En relación al elemento subjetivo de la costumbre, Mendelson plantea que a fin de determinarlo, no bastaría con un enfoque voluntarista, esto es, no es que se exija que exista una voluntad determinada y manifiesta de todos los Estados obligados por ella, para poder señalar que exista una costumbre en determinado sentido¹⁶⁹. A su vez, no debería exigirse tampoco, que mientras se forma la costumbre, los Estados sean conscientes de que la norma resulta obligatoria para ellos.¹⁷⁰ Lo que sí se requiere es que, al menos, los Estados consideren que al constatarse una determinada práctica constante y uniforme, exista, al menos, una “legítima expectativa” de que deben actuar conforme a ella.¹⁷¹

El autor apunta a que el elemento subjetivo de la costumbre resulta útil para poder distinguir si una determinada práctica que uno o más Estados consienten, resulta obligatoria para los demás. Para ello, se debe atender a si existe una práctica constante, uniforme, sin ambigüedad, que sea lo suficientemente generalizada, que tenga lugar “en un contexto legal” y sin evidencia de

¹⁶⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands) 26 de Abril de 1968. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=e2&case=51&code=cs&p3=4>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

¹⁶⁹ MENDELSON, MAURICE. “The Formation of Customary International Law”. *Publications of the Hague Academy of International Law, Collected Courses*. Vol. 272. 1998. P. 255.

¹⁷⁰ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Statement Of Principles Applicable To The Formation Of General Customary International Law. Final Report Of The Committee On Formation Of Customary (General) International Law. Conferencia de Londres. 2000 [en línea] <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>> [consulta: 10 de mayo de 2011] En este sentido, Mendelson señala que “Now logically, to talk of a feeling of complying with an existing obligation when one is considering whether new conduct is capable of creating a new rule is a contradiction” Ibid. p. 282

¹⁷¹ Ibid. P. 292.

oposición, en la etapa de formación de la costumbre, que permita sostener que existe una legítima expectativa de que se debe actuar conforme a ella.¹⁷²

En base a lo ya señalado, pese a que existe una práctica abundante y uniforme de regular los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, no resulta del todo claro que se configure en ella el elemento subjetivo que la convierte en norma consuetudinaria. Esto es, porque no resulta evidente que exista una expectativa de actuar en este sentido para los Estados y no necesariamente se espera que todos los Estados regulen este tipo de procedimientos, a partir de esta práctica generalizada. Por el contrario, pareciera que la práctica de regular el procedimiento, no se expresa como una norma jurídicamente obligatoria e independiente para los Estados de carácter internacional, sino que más bien constituye una respuesta del derecho interno de los Estados a la necesidad de implementar las obligaciones sustantivas del derecho internacional de refugiados en el derecho interno y acotar su campo de aplicación. De esta manera, pese a las recomendaciones del ACNUR y las numerosas declaraciones de Soft Law que se formulan como una “recomendación” de regular este tipo de procedimientos, aún no puede señalarse con claridad que los Estados consideren como jurídicamente obligatoria esta conducta y que sea legítimo esperar que los demás Estados que no lo han hecho, adopten esta práctica.

1.2.2 El principio de Buena Fe de la Convención de Viena como fuente de la obligación de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado

Otro argumento a favor de la existencia de la obligación de los Estados de establecer y regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, se funda en el principio de buena fe que recoge el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados que dispone que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe”.

Eva Menéndez argumenta en este sentido, señalando que: “si trasladamos la obligación que impone el artículo 26 de la Convención de Viena al ámbito de la Convención de Ginebra, para que los Estados parte puedan cumplir de buena fe las obligaciones recogidas en dicha convención -principalmente el reconocimiento de la condición de refugiado a todas las personas que reúnan los requisitos de la definición del artículo 1A.2 y el Principio de non-refoulement-

¹⁷² Mendelson señala “where there is a constant and uniform practice of sufficient generality, in a legal context, it seems legitimate for members of the community to expect each other to continue to observe that practice” Ibid.

tienen que desarrollar necesariamente algún tipo de procedimiento”¹⁷³ La autora agrega que “teniendo en cuenta el espíritu y la finalidad de la Convención de Ginebra -ofrecer una protección eficaz a las personas que tienen un temor fundado a sufrir persecución-, la exigencia de establecer un procedimiento es inherente a la propia Convención pues, de no existir esta obligación, los Estados contratantes no podrían dar cumplimiento a las obligaciones que la misma les impone.”¹⁷⁴

También Federico Martínez, plantea que uno de los corolarios del principio de buena fe es precisamente que el Estado “debe tomar las medidas necesarias, incluso legislativas, a nivel nacional para aplicar dicho tratado. La ratificación de un convenio internacional hace necesario, por ejemplo, que se establezcan nuevas instituciones o se atribuyan responsabilidades a instituciones ya existentes para la implementación interna del tratado (por ejemplo, cuál institución tiene la función de determinar la condición de refugiado).”¹⁷⁵

Así también, Goodwin Gill, señala que para que un Estado pueda dar cumplimiento a las obligaciones que emanan de la Convención de buena fe, requiere adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para que los refugiados puedan ser identificados, garantizando que la persona no sea devuelta al territorio en el que corre peligro.¹⁷⁶

No obstante, el mismo autor precisa posteriormente que no es claro que el principio de buena fe obligue a los Estados a efectuar conductas concretas, como la regulación de este tipo de procedimientos, yendo más allá de lo que dispone la Convención. En este sentido, el autor cita a la Corte Internacional de Justicia, la que ha sostenido la posición de que el principio de Buena fe es uno de los principios básicos que gobiernan la creación y el cumplimiento de las obligaciones, pero no es en sí una fuente de obligaciones.¹⁷⁷

¹⁷³ MENÉNDEZ, EVA. Op. Cit. p. 10.

¹⁷⁴ Ibid. P. 12.

¹⁷⁵ MARTÍNEZ, FEDERICO. “La protección internacional de los refugiados: Buenas prácticas incorporadas en las legislaciones de los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración”. En: SEMINARIO SOBRE LEGISLACIÓN MIGRATORIA (2007, Ciudad de Guatemala).[en línea], <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4877>> [consulta: 25 de abril de 2011] p. 2.

¹⁷⁶ Goodwin Gill plantea que “In relation to the implementation of treaty obligations, the good faith dimension may be relatively clear; for example, only if the appropriate legislative and administrative steps are taken, will refugees be identified and guaranteed protection against refoulement” GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Op. cit. p.458

¹⁷⁷ En este sentido, Goodwin Gill señala: “The question is, to what extent, if at all, does the principles of good faith directly oblige a State to a particular course of conduct. The doctrine of abuse of rights is not commonly accepted today as a source of obligation in itself, but notions of reasonableness and

Por su parte, al interpretar la Convención de Refugiados de 1951, la Cámara de los Lores de Inglaterra en el caso conocido como “*Roma Rights Centre*” sostuvo también que el principio de buena fe no puede “crear” obligaciones internacionales. Así, Lord Bingham Of Cornhill precisa que, según lo disponen los artículos 26 y 31 de la Convención de Viena, debe exigirse a los Estados que actúen de buena fe en la interpretación y cumplimiento de un tratado, pero señala que “no hay falta de buena fe, si un Estado interpreta un tratado en el sentido de lo que dice y se niega a hacer algo significativamente mayor o diferente de lo que acordaron hacer. El principio de *pacta sunt servanda* no puede exigir actuar más allá de lo acordado”¹⁷⁸

Siguiendo esta lógica, no resultaría apropiado fundar la obligación de regular el procedimiento interno de determinación de la condición de refugiado en este principio, teniendo en consideración que no hay indicio alguno en la Convención de 1951, que permita concluir que los Estados se hayan comprometido a regular este tipo de procedimientos. Así, según lo revisado en este apartado, parece claro que el principio de buena fe que consagra la Convención de Viena, puede limitar la discrecionalidad de los Estados y orientar sus actos, pero no crea obligaciones por sí mismo. Las partes deben adoptar todas las medidas necesarias para poder dar cumplimiento a las obligaciones de este tratado “de buena fe” y dentro de estas medidas podemos considerar la de regular en el derecho interno el procedimiento de determinación de la condición de refugiado con objeto de poder identificar a los sujetos de protección y hacer efectivas las obligaciones de la Convención de 1951, pero ello no implica necesariamente que

proportionality do play a comparable role, particularly in the field of human rights” Ibid. Así también la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que: “The principle of good faith is one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations ...; it is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist.” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Nicaragua contra Honduras. (Border and Transborder Armed Action). 20 de Diciembre de 1988. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/74/6593.pdf>> [consulta: 10 de mayo de 2011] par. 94. Ratifica esta posición posteriormente en: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Camerún contra Nigeria. (Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria) 11 de junio de 1998. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=94&code=cn&p3=4>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

¹⁷⁸ “19. In urging a broader and less literal approach to interpretation of the Convention, Lord Lester relied on article 26 of the Vienna Convention, entitled *Pacta sunt servanda*, which requires that a treaty in force should be performed by the parties to it in good faith and also on the requirement in article 31(1) that a treaty should be interpreted in good faith. Taken together, these rules call for good faith in the interpretation and performance of a treaty, and neither rule is open to question. But there is no want of good faith if a state interprets a treaty as meaning what it says and declines to do anything significantly greater than or different from what it agreed to do. The principle that *pacta sunt servanda* cannot require departure from what has been agreed. This is the more obviously true where a state or states very deliberately decided what they were and were not willing to undertake to do.” CÁMARA DE LOS LORES DE INGLATERRA. Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Another, Ex parte European Roma Rights Centre y otros. 9 de Diciembre de 2004. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/41c17ebf4.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011] P. 17.

exista una obligación independiente de los Estados de regular este tipo de procedimientos y que por el sólo hecho de no hacerlo, los Estados incurran en responsabilidad internacional.

1.2.3 El Principio de eficacia de las obligaciones internacionales.

La existencia de una obligación internacional de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en el derecho interno de los Estados, también puede derivarse según plantean algunos autores, del “principio de eficacia de las obligaciones internacionales”. Pieter Boeles, argumenta en este sentido señalando que los Estados no podrán dar cumplimiento efectivo a las obligaciones que recoge la Convención de 1951 y en especial, no podrá dar cumplimiento a la obligación de non refoulement de las personas refugiadas, si previamente no es capaz de identificarlas a través de un procedimiento que se encuentre regulado en su derecho interno.¹⁷⁹

Boeles se basa, a su vez, en el razonamiento de Goodwin Gill, quien plantea que la discrecionalidad, que la Convención de 1951 entrega a los Estados en esta materia, está limitada por este principio y que todas las medidas que un Estado adopte en este sentido, o que omita adoptar, “serán evaluadas según estándares internacionales de eficacia razonable e implementación eficiente”.¹⁸⁰ En base a lo anterior, el autor señala finalmente que: “*the effectiveness requirement involves an obligation for the contracting States to institute procedures in which the questions whether or not someone is a refugee in the sense of the Convention is examined*”¹⁸¹

Así también Eva Menéndez, señala que “desde la perspectiva del principio de eficacia de las obligaciones internacionales, para garantizar el cumplimiento y aplicación efectiva de la Convención de Ginebra de 1951 en el ámbito interno, es necesario el establecimiento formal de procedimientos de determinación”.¹⁸² Agrega que “la existencia de un procedimiento es la única vía que asegura a una persona necesitada de protección la oportunidad de demostrar que tiene derecho a recibir la protección de la Convención de Ginebra porque es un refugiado.”

¹⁷⁹ “The requirement of effectiveness is related emphatically to compliance with the prohibition on refoulement. After all if these procedures do not offer effective guarantees against refoulement of persons who meet the conditions of refugee, then article 33 is violated.” BOELES, PETER. Fair Immigration Procedure in Europe. London. Martinus Nijhoff Publishers. 1997. P. 67.

¹⁸⁰ “For State parties to the Convention and Protocol, however, the outer limits of that discretion are confined by the principle of effectiveness of obligations, and the measures it adopts will be judged by the international standard of reasonable efficacy and efficient implementation” GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Op. cit. P. 528.

¹⁸¹ BOELES, PETER. Loc. Cit.

¹⁸² MENÉNDEZ, EVA. Op. Cit. p. 10.

Cabe precisar al respecto, que Goodwin Gill no señala precisamente que los Estados tengan la obligación de adoptar procedimiento internos de calificación de la condición de refugiado en base al principio de efectividad. Lo que el autor señala es que el nivel de cumplimiento de las obligaciones de los Estados que emanan de la Convención será evaluado en el contexto internacional según “el principio de efectividad de las obligaciones internacionales”, y que este nivel podría ser menor, si los Estados no adoptan las medidas legislativas y administrativas adecuadas que permitan al solicitante de asilo ser calificado como tal.

Pese a que el principio de efectividad de las obligaciones, debiese orientar el actuar de los Estados, al igual que el principio de buena fe, no es claro que de él surja una obligación propiamente tal independiente de las obligaciones que emanan de la Convención y que sólo por no regular este tipo de procedimiento, los Estados incurran en responsabilidad internacional. Bajo este principio, lo que se exige a los Estados, es que adopten todas las medidas necesarias para hacer efectivas sus obligaciones, de manera que si un Estado se niega a regular este tipo de procedimientos y por consiguiente se le niega a un solicitante de refugio el ejercicio de los derechos que la Convención contempla, sí podría llegar a incurrir en responsabilidad, pero ella se fundaría en el incumplimiento de las obligaciones que emanan directamente de la Convención y no en el incumplimiento de una obligación independiente de regular el procedimiento de determinación en el derecho interno.

1.2.4 La obligación de establecer un procedimiento de determinación de la condición de refugiado emana de una interpretación sistemática de las disposiciones de la Convención de 1951.

En relación al origen de la obligación de establecer un procedimiento de determinación de la condición de refugiado, también se ha señalado que esta emanaría de una interpretación sistemática de las normas de la Convención de 1951. En este sentido, Pablo Rodríguez, a partir de las distintas reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969, llega a la conclusión que la obligación de adoptar un procedimiento interno de determinación de la condición de refugiado, emana de una interpretación sistemática de las mismas disposiciones de este instrumento. Rodríguez considera que a la luz de la Convención de Viena, los Estados no deben considerar las obligaciones de la Convención en su sentido literal sino que deben atender al objetivo último de esta Convención, que es otorgar protección a los refugiados y al contexto en que sus disposiciones deben ser aplicadas por los Estados.

En particular, el autor llega a esta conclusión a partir de la norma del artículo 16 de la Convención de 1951 que establece que “en el territorio de los Estados contratantes, todo

refugiado tendrá libre acceso a los tribunales de justicia” y del principio de *non refoulement* que recoge el artículo 33 de la Convención.

Aunque el autor reconoce que la disposición del artículo 16, no se refiere a la determinación de la calidad de refugiado ni a los procedimientos administrativos que se utilizan para este objeto, sino que contempla únicamente el derecho de los refugiados de acceder a los tribunales de justicia, considera que “para que el derecho de *non refoulement* (artº33.1) sea respetado, el estado parte necesita un procedimiento. Dado que la DCR es por lo común un procedimiento administrativo y que solamente una vez resuelta la situación del solicitante por la administración podría tener acceso a los tribunales (artículo 16.1), deberemos concluir que para no tornar nugatorio este último es razonable inferir un derecho de libre acceso al procedimiento administrativo”¹⁸³

A su vez, plantea que para la correcta interpretación de la Convención de 1951 debe atenderse también a las reglas del artículo 31 de la Convención de Viena y atender a la intención de los Estados de obligarse a regular este tipo de procedimientos que consta en otros instrumentos de derecho internacional. Así, Rodríguez señala que según lo exige el artículo 31.3 de la Convención de Viena de 1969, para los efectos de la interpretación de la Convención de 1951 debe tomarse en consideración “a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” Según lo plantea el autor¹⁸⁴, la declaración adoptada el 13 de Diciembre de 2001 en la Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967¹⁸⁵, que llama a todos los Estados a adoptar y ejecutar normas domésticas de procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, “es un acuerdo ulterior entre todos los Estados parte acerca de la interpretación de la Convención de 1951 o de la aplicación de sus disposiciones” y que ella recoge la obligación de regular el procedimiento emanaría de la propia Convención de 1951.

Como ya se señaló anteriormente, a nuestro juicio, la declaración citada, lo que hace es recomendar a los Estados parte de la Convención de 1951 establecer procedimientos internos de determinación de la condición de refugiado, de manera de fortalecer y facilitar la implementación de la Convención, pero en ningún caso se expresa que esta práctica sea

¹⁸³ RODRÍGUEZ, PABLO. “Apuntes sobre el procedimiento para determinar la condición de refugiado”. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7326.pdf?view=1>> [consulta: 23 de Marzo de 2011] P.12

¹⁸⁴ Ibid. P. 8

¹⁸⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001). Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Loc. Cit.

obligatoria para los Estados, ni que esta obligación derive directamente de la aplicación o de la interpretación de alguna disposición de este instrumento.

A continuación, Rodríguez, plantea que conforme lo exige el artículo 31.3, letra c) de la Convención de Viena, al interpretar las disposiciones de la Convención, debieran considerarse también otras “formas del derecho internacional”, y en especial las normas internacionales consagradas en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Agrega que los refugiados deben considerarse como sujetos de estos derechos, sin excepción y esto traería como consecuencia para los Estados, la obligación de garantizar que los solicitantes de refugio puedan acceder a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado a fin de poder ejercer los derechos que la Convención les otorga.¹⁸⁶

Finalmente, en relación a la posición planteada por Rodríguez, cabe señalar que parece bastante forzada su interpretación de las disposiciones de la Convención, alejándose del claro sentido de las normas que cita, por ejemplo, al señalar que la obligación de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado provendría de una interpretación sistemática del artículo 16 de este instrumento, norma que se refiere expresamente al derecho de los refugiados de acceder a los tribunales de justicia en igualdad de condiciones que los nacionales, lo que no tiene relación directa con el procedimiento de calificación.

A su vez, tampoco se hace cargo del silencio de la Convención en materias que se refieran a la responsabilidad de los Estados de determinar el estatuto de refugiado o a la necesidad de regular algún tipo de procedimiento con este objeto.

1.2.5 La obligación de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en el derecho interno de los Estados y el derecho al debido proceso de los solicitantes de refugio.

El derecho al debido proceso ha sido reconocido en numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Así, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, establece que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un

¹⁸⁶ Ibid. P. 13.

tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” y la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza en su artículo 8.1 que “ 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.”

Pese a que el derecho al debido proceso se asocia en estos instrumentos principalmente a los procesos seguidos ante los Tribunales de Justicia, y en especial a procedimientos de carácter penal, tanto la práctica de los Estados como la Jurisprudencia Internacional han interpretado de manera amplia las normas que lo consagran, aplicando las garantías del debido proceso también a los procedimientos administrativos en que puedan verse afectados derechos de las personas interesadas.

Según lo plantea Daniel O`Donnell, “tanto el artículo 14.1 (PIDCP) como el artículo 8.1 (Convención Americana) reconocen el derecho genérico a ser oído con las debidas garantías”. De esta manera, ambas normas permitirían la aplicación a procesos civiles o administrativos de ciertas de las garantías plasmadas en los párrafos relativos a procesos penales.”¹⁸⁷

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

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

¹⁸⁷ O` DONELL, DANIEL. Derecho internacional de los derechos humanos. [en línea] Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004. <<http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonell%20parte2.pdf>> [consulta: 14 de abril de 2011] p. 426.

Posteriormente precisa que “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.”¹⁸⁸

Apoyándose en la argumentación de la Corte Interamericana, Pablo Rodríguez plantea que el procedimiento para determinar la condición de refugiado ha de cumplir también con el debido proceso”¹⁸⁹, en tanto el mismo es susceptible de afectar derechos del solicitante de refugio, en caso de que el Estado se niegue a otorgarle la calidad de refugiado, privándolo de los derechos que consagra la Convención de 1951 o proceda a su devolución.

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos refiriéndose en específico al procedimiento de determinación de la condición de refugiado ha señalado que “el proceso para determinar quién es o quién no es un refugiado implica hacer determinaciones caso por caso que pueden influir en la libertad, la integridad personal e inclusive la vida de la persona de que se trate. Como es evidente, los factores que impulsan a las personas a huir de la persecución son con frecuencia altamente específicos según su situación particular. Al mismo tiempo, los principios básicos de igual protección y debido proceso reflejados en la Convención Americana hacen necesarios procedimientos previsibles y coherencia en la toma de decisiones en cada etapa del proceso.”¹⁹⁰

De esta manera, de la obligación de los Estados de respetar el debido proceso, derivaría la de adoptar un procedimiento determinado y “previsible” en su derecho interno para poder calificar si una persona ostenta o no la calidad de refugiado, atendida la posible afectación de derechos que involucra este tipo de calificación. Para que un procedimiento sea “previsible”, se requiere que este tipo de procedimientos esté regulado y que pueda ser conocido por el solicitante de refugio. De ahí la obligación para los Estados de regular este tipo de procedimientos en su derecho interno, ya sea por ley o reglamento ante la ausencia de disposiciones en este sentido en la Convención de 1951.

Siguiendo esta lógica, la Corte Suprema de Canadá en el Caso Singh V. Minister of Employment and Immigration, declaró inaplicable disposiciones de la Immigration Act de 1976,

¹⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá. 2 de Febrero de 2001. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf> [consulta: 10 de mayo de 2011]

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ, PABLO. Op. Cit. P. 2.

¹⁹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Temático Sobre La Situación De Los Derechos Humanos De Los Solicitantes De Asilo En El Marco Del Sistema Canadiense De Determinación De La Condición De Refugiado. Loc. Cit.

por infringir el derecho de los solicitantes de asilo “a ser oídos en concordancia con los principios de justicia fundamental”, que consagra la sección 2 (e) de la Carta de Derechos de Canadá y por ser inconsistente con lo que dispone la sección 7 de la Carta de Derechos y Libertades. Así, la Corte señala que “El procedimiento de determinación de la condición de refugiados establecido en la Immigration Act de 1976 es inconsistente con los requerimientos de justicia fundamental articulados en la sección 7. Como mínimo, el procedimiento regulado por el acta debe otorgar al solicitante de refugio la oportunidad de exponer su caso y de conocer el curso que tomará este tipo de procedimientos”

Posteriormente agrega que “el procedimiento seguido para determinar la condición de refugiado en estos casos está en conflicto con la sección 2(e) de la Carta Canadiense de Derechos” y que “cuando un proceso (...) envuelve la determinación de derechos y obligaciones, se debe garantizar al solicitante el derecho “a ser escuchado bajo los principios de justicia fundamental”. A su vez, la Corte asume que el órgano que tiene competencia para establecer estas garantías es el poder legislativo y que este al regular este tipo de procedimientos debe garantizar que los solicitantes de refugio puedan acceder a estas garantías mínimas.¹⁹¹

Finalmente, pese a que la Corte Suprema de Canadá no hace referencia expresa a ninguna norma internacional de derechos humanos, ni en particular al derecho al debido proceso, para llegar a esta conclusión, finalmente, en la práctica, termina extendiendo garantías equivalentes a las del debido proceso a este tipo de procedimientos.

Es interesante, como el caso Singh, impulsa finalmente al poder legislativo de Canadá a regular este tipo de procedimientos, respetando garantías mínimas que derivan de su carta fundamental, las que se configuran de manera muy similar a las reglas que regulan el debido proceso en el derecho internacional. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que a partir de el Caso Singh “los poderes pertinentes del Gobierno (de Canadá) han efectuado cambios en el sistema destinados a darle mayor concordancia con la Carta y otras obligaciones aplicables, cumpliendo al mismo tiempo con el objetivo de proteger a los refugiados legítimos y otros

¹⁹¹ “The procedure for determining refugee status claims established in the Immigration Act, 1976 is inconsistent with the requirements of fundamental justice articulated in s. 7. At a minimum, the procedural scheme set up by the Act should provide the refugee claimant with an adequate opportunity to state his case and to know the case he has to meet. The administrative procedures, found in ss. 45 to 48 of the Immigration Act, 1976, require the Refugee Status Advisory Committee and the Minister to act fairly in carrying out their duties but do not envisage an opportunity for the refugee claimant to be heard other than through his claim and the transcript of his examination under oath. Further, the Act does not envisage the refugee claimant's being given an opportunity to comment on the advice the Refugee Status Advisory Committee has given the Minister.” CORTE SUPREMA DE CANADÁ. Singh v. Minister of Employment and Immigration. 4 de abril de 1985. [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/470a4a6d.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

intereses nacionales pertinentes. De acuerdo a la información con que cuenta la Comisión, las autoridades encargadas de la implementación del proceso de determinación continúan impulsando reajustes destinados a perfeccionar y fortalecer el sistema.”

Posteriormente la Comisión Interamericana ha reiterado la necesidad de implementar procedimientos adecuados de determinación, fundándose en la garantía del debido proceso de los solicitantes, al señalar que “(...) los procedimientos internos conforme a los cuales el refugiado solicita asilo deben ser adecuados y efectivos. La adecuación de los procedimientos internos no sólo implica los derechos formales del debido proceso en los trámites de inmigración, sino también los efectos que la detención puede tener en las garantías del debido proceso del o la solicitante de asilo”¹⁹²

En la práctica también, algunos Estados como Argentina y Ecuador, han reconocido expresamente la necesidad de regular sus procedimientos de determinación de la condición de refugiado respetando las garantías del debido proceso.

Así, en Argentina, la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado, N° 26.165, establece en su artículo 32 que: “El procedimiento para determinar la condición de refugiado se llevará a cabo con arreglo a los principios de confidencialidad y de debido proceso legal. En especial, se reconoce al solicitante de estatuto de refugiado el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete calificado si no comprende o no habla el idioma nacional; debe concedérsele el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de sus intereses y tendrá derecho a ser asistido por un defensor en todas las instancias del procedimiento. La Comisión deberá coordinar las acciones necesarias para la accesibilidad de servicios jurídicos gratuitos e idóneos para los solicitantes de asilo”¹⁹³

También en Ecuador, el Tribunal Constitucional al acoger un recurso de amparo constitucional en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores de este país presentado por un solicitante de refugio cuya solicitud había sido rechazada, estableció que “Podría señalarse que los actos discrecionales, como los que otorgan el estatuto de refugiado, no necesita motivación; sin embargo, la Constitución Política reconoce como derecho al debido proceso que todo acto de autoridad que afecte a las personas deba ser motivado, sin que en la disposición contenida en el número 13 del artículo 24 de la Carta Política se encuentre alguna exclusión, de ahí que aún los

¹⁹² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Sobre Inmigración En Estados Unidos: Detenciones Y Debido Proceso. Op.Cit.

¹⁹³ Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

actos discrecionales deban observar el cumplimiento de este derecho a favor de las personas; así establece de manera inequívoca el artículo 4 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, al señalar que "la motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa", disposición que por una parte impide la arbitrariedad de la autoridad y por otra la indefensión de las personas que se genera en la falta de conocimiento de las razones que justifican el acto"¹⁹⁴

En relación a las fuentes ya revisadas, podemos concluir que del respeto al derecho de toda persona a un debido proceso, reconocido en la mayoría de las Constituciones y cartas de derechos de los Estados Parte en la Convención, puede derivarse la obligación de los Estados de regular internamente los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, teniendo en cuenta los distintos derechos que podrían verse afectados, tales como la propia vida y libertad personal de solicitante, en caso de negar la calidad de refugiado a un solicitante producto de no haber implementado un procedimiento adecuado de determinación que cumpla con las garantías mínimas del debido proceso.

Finalmente, el derecho al debido proceso, no sólo obliga a los Estados a regular internamente este tipo de procedimientos, sino que también limita la discrecionalidad de la autoridad en cuanto al contenido de estas normas, estableciendo ciertas garantías mínimas que deben ser respetadas para garantizar que el solicitante pueda ser escuchado, antes de adoptar una decisión que puede llegar a afectar sus derechos fundamentales, según se podrá revisar en el tercer capítulo.

¹⁹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR. Caso No. 0235-05-RA. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/49d368092.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009].

2 Conclusiones.

Ante la ausencia de normas en la Convención de Refugiados de 1951 que se refieran al procedimiento de determinación de la condición de refugiados, el ACNUR ha tomado un rol activo en promover que los Estados regulen este tipo de procedimientos en su derecho interno, según lo ha manifestado en numerosas declaraciones y en la colaboración prestada a los Estados para la creación de este tipo de normas, con objeto de asegurar que los Estados cumplan las obligaciones que emanan de la Convención de 1951.

Hoy en día, la mayoría de los Estados que son parte en la Convención ha terminado por adoptar este tipo de procedimientos, según se detalló anteriormente. Sin embargo, pese a que pueda sostenerse que existe una práctica constante, uniforme y generalizada en este sentido, no es posible sostener que esta contemple una opinión juris o elemento subjetivo, lo suficientemente asentado, en el sentido de que exista una legítima expectativa de que todos los Estados deban necesariamente adoptar y regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en su derecho interno y que de lo contrario se considere que incurrirían en responsabilidad internacional.

A su vez, los Estados que regulan el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, no necesariamente lo hacen con el objeto de proteger a los solicitantes de refugio o por que se sientan obligados por una norma de derecho internacional, sino que lo hacen motivados por una necesidad práctica de limitar el campo de aplicación de las obligaciones que emanan de la Convención únicamente a quienes puedan ser calificados como refugiados por sus propios órganos de calificación.

Así también, existe una tendencia clara de los Estados, especialmente de los países más desarrollados, de limitar las posibilidades de los solicitantes de acreditar su condición de refugiados, aduciendo a criterios de eficiencia, estableciendo procedimientos más breves o presunciones que hacen imposible a muchas personas perseguidas acceder a este tipo de protección, justamente a través de la creación de normas de derecho interno o regionales¹⁹⁵ que regulan este tipo de procedimientos.

¹⁹⁵ Así por ejemplo la Directiva [2005/85/CE](#) del Consejo de la UE, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_migration/133140_es.htm

Siguiendo esta lógica, no podría señalarse que el derecho internacional obligue a los Estados a adoptar un procedimiento determinado y ante la ausencia de normas procesales internas no podría darse por establecido un procedimiento a partir de las normas de derecho internacional.

Los autores que afirman la existencia de una obligación de los Estados de regular este tipo de procedimientos basándose en el principio de *pacta sunt servanda* y en el principio de efectividad de las obligaciones internacionales, plantean que los Estados que son parte en la Convención de 1951 se obligan a cumplir con las disposiciones contenidas en este instrumento, lo que hace necesario que adopten todas las medidas requeridas para su implementación efectiva, entre ellas la de regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, que permita que los sujetos de protección bajo este instrumento puedan ser identificados como tales y así poder dar cumplimiento efectivo y de buena fe a las obligaciones que emanan de la Convención.

Estos principios resultan de gran ayuda para comprender la forma en que los Estados deben dar cumplimiento a sus obligaciones, adoptando medidas positivas para ello. Sin embargo, como contraargumento se señaló que si un Estado se niega a determinar la calidad de refugiada de una persona y por tanto se le priva al solicitante de refugio de la posibilidad de ejercer los derechos que la Convención contempla, el Estado incurriría en un incumplimiento de las obligaciones que emanan directamente de la Convención, pero no por el hecho de no implementar este tipo de procedimientos de determinación, sino que por no garantizar las obligaciones que la Convención consagra expresamente, como el respeto al *non refoulement* o la obligación de no sancionar la entrada ilegal.

Por último, la obligación de respetar el derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos en que se vean afectados derechos fundamentales de los solicitantes, asentada en la jurisprudencia y práctica de los Estados, aunque con un *quántum* menor de exigencia que en los procedimientos penales, permite justificar de mejor manera la existencia de una obligación independiente de regular este tipo de procedimiento. Esto, teniendo en consideración que en este tipo de procedimientos podrían ser afectados de manera indirecta distintos derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, la integridad física o la seguridad personal, de quienes se encuentran en una situación de persecución, en caso de no ser calificados de manera adecuada y ser expuestos a la devolución hacia su Estado de origen. Sólo si existe un procedimiento de determinación de la condición de refugiado, previamente regulado y que cumpla con ciertas garantías procesales mínimas, los Estados podrían asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los solicitantes de refugio, reconocidos en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho interno de los Estados.

CAPÍTULO III LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

Tal como se señaló en el Capítulo anterior, la Convención de 1951 no regula el procedimiento de determinación de la condición de refugiado y entrega a los Estados la facultad de determinar la forma en que se realizará este tipo de calificación. A su vez, la determinación de la calidad de refugiado constituye un procedimiento complejo, en el que se deben analizar, caso a caso, cada uno de los elementos que componen la definición de refugiado de la Convención de 1951. Así, de su correcto desarrollo dependerá el que los solicitantes de refugio puedan ejercer los derechos que este instrumento les reconoce.

El problema se produce al intentar conciliar el interés de los Estados en resguardar su soberanía y la seguridad nacional con el respeto y resguardo de los derechos de los solicitantes de refugio. Hoy en día, el derecho internacional considera legítimo que los Estados controlen el ingreso de extranjeros y decidan si permitir su ingreso, en base a criterios tales como la “utilidad nacional”, el resguardo de su seguridad nacional y de su soberanía. Bajo esta lógica, los Estados han establecido distintas limitaciones de ingreso, tales como exigencias de visas u otras medidas de interceptación, incluso fuera de sus fronteras, con el objetivo de frenar el ingreso de inmigrantes, que pudieran llegar a afectar su economía y estabilidad.

Sin embargo, la protección a los refugiados opera bajo una lógica distinta y de excepción, que no atiende a los méritos o a la utilidad de la persona para permitir su ingreso, sino que a su necesidad de protección, ante la amenaza de ver sus derechos fundamentales vulnerados en el país de origen. ¿Cómo diseñar entonces un procedimiento que concilie los intereses ya señalados y permita asegurar que quienes cumplan con los requisitos que exige la Convención de 1951 puedan ser reconocidos como tales, por parte de los Estados que son parte en ella?

Tal como se revisó en el capítulo anterior, las garantías del debido proceso, constituyen una útil herramienta para definir el marco en el que se debieran desarrollar este tipo de procedimientos. Tanto en la jurisprudencia internacional, cómo en el derecho interno de los Estados, se ha observado como las garantías del debido proceso, originalmente diseñadas para ser aplicadas a procedimientos penales, han sido aplicadas también a procedimientos civiles y administrativos, siempre que existan derechos fundamentales en juego. Siguiendo esta lógica, las garantías procesales ya referidas debiesen ser utilizadas también en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, teniendo en cuenta, que de su correcto desarrollo dependerá la protección efectiva de las personas refugiadas, quienes podrían verse expuestas a la amenaza o la afectación directa de su derecho a la vida, a la integridad física y otras garantías básicas, que

los mismos Estados se han comprometido a resguardar en distintos instrumentos del derecho internacional de derechos humanos.

A partir de esta constatación, los distintos actores del derecho internacional de refugiados, liderados por el ACNUR, han optado por desarrollar un marco de garantías procesales mínimas de los solicitantes de refugio inspiradas en el derecho al debido proceso, con objeto de asegurar el correcto desarrollo de este tipo de procedimientos, a fin de poder distinguir a quienes cumplen con los requisitos que exige la Convención de 1951 y hacer operativas las obligaciones que en ella se contemplan.

De esta manera, la primera declaración internacional, de carácter no vinculante, que se refirió a las garantías procesales mínimas del procedimiento de determinación de la condición de refugiados fue la Conclusión General N°8 acerca de la Determinación de la Condición de Refugiado, adoptada en el 28° período de sesiones del Comité Ejecutivo del ACNUR en 1977¹⁹⁶. En este documento, el Comité recomendó a los Estados que los procedimientos de determinación de la condición de refugiado se ajustaran a ciertos requisitos básicos, tales como, establecer una autoridad central de determinación, permitir a los solicitantes que puedan solicitar la revisión de una decisión negativa y proveer de los medios necesarios al solicitante para poder intervenir en el procedimiento de determinación.

Posteriormente en 1979, 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”, el ACNUR establece que este tipo de procedimientos deberían regirse por los principios definidos a este respecto por el propio Comité Ejecutivo y reitera la importancia de respetar las garantías que recoge la Conclusión General N°8.¹⁹⁷

El Comité Ejecutivo del ACNUR ha precisado también, en las Consultas Globales elaboradas en el marco del quincuagésimo aniversario de la Convención de 1951, que los “procedimientos justos y eficientes” constituyen “un elemento esencial en la aplicación plena e integral de la Convención”, ya que permiten a los Estados identificar a las personas que se deben beneficiar de la protección internacional.¹⁹⁸

¹⁹⁶ CONCLUSIÓN GENERAL N°8. Determinación de la Condición de Refugiado. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1977. P.1-2.

¹⁹⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Ginebra. 1988. p. 32-38.

¹⁹⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op. Cit. P. 3

Según lo señala Goodwin Gill, pese a que las distintas recomendaciones del ACNUR no son obligatorias para los Estados, indican al menos un “mínimo necesario” para que los refugiados puedan ser identificados y se les otorgue la debida protección.¹⁹⁹ A su vez, a partir de estas recomendaciones, los Estados han ido desarrollado un extenso catálogo de garantías procesales comunes que enmarcan este tipo de procedimientos.

A continuación se revisaran, las principales garantías reconocidas en distintos instrumentos de soft law promovidos por el ACNUR, en las declaraciones de los Estados y otras que se han podido constatar en el derecho interno de los Estados que son parte en la Convención. También se revisará como los Estados han establecido mecanismos para eludir este tipo de garantías, haciendo prevalecer sus intereses de resguardar la soberanía y seguridad nacional.

1 El acceso a un procedimiento justo y eficiente de determinación de la condición de refugiado.

Tanto el ACNUR como los Estados parte en la Convención de 1951 han recalcado la importancia de permitir el acceso a los solicitantes de asilo a procedimientos de determinación de la condición de refugiados que sean justos y eficientes.

En particular, el Comité Ejecutivo del ACNUR recomendó en la Conclusión General N°81 que los Estados contemplen “el acceso, en consonancia con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967, de todos los refugiados a procedimientos imparciales y efectivos para la determinación del estatuto de refugiado y las necesidades de protección” y “el no rechazo en las fronteras sin que se hayan aplicado esos procedimientos”²⁰⁰.

A su vez, en la Conclusión General n°82, el Comité subrayó la necesidad de aplicar a los solicitantes de refugio “procedimientos imparciales y efectivos para la determinación del estatuto y las necesidades de protección”²⁰¹ y en la Conclusión General N°85, el Comité “deplora firmemente que la devolución en todas sus modalidades, entre ellas las expulsiones

¹⁹⁹ GOODWIN-GILL, GUY S. “Who to protect, How..., and the Future?” [en línea] *International Journal of Refugee Law* 1997 9(1), <http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/pdf_extract/9/1/1> [consulta: 10 de septiembre 2009] p.5.

²⁰⁰ CONCLUSIÓN GENERAL N°81. [Conclusión general sobre la protección internacional](#). Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1997.

²⁰¹ CONCLUSIÓN GENERAL N°82. Conclusión general sobre la salvaguarda del asilo. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1997.

sumarias, a veces en masa, siga teniendo consecuencias humanitarias a menudo trágicas, y a este respecto reitera la necesidad de admitir a los refugiados en el territorio de los Estados, lo cual abarca no rechazarlos en las fronteras sin permitirles tener acceso a procedimientos justos y eficaces de determinación de su situación y sus necesidades de protección.”²⁰²

De esta manera, el ACNUR ha sido constante en recalcar la importancia de que los Estados permitan el acceso de todos los solicitantes de refugio al procedimiento de determinación, a fin de poder hacer efectivas las obligaciones de protección contenidas en la Convención de 1951 e impedir que se produzca la devolución del solicitante de refugio en la frontera del Estado de acogida.

1.1 Límites de acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

Pese a las recomendaciones ya referidas, en la práctica, los Estados han tendido en las últimas décadas a establecer distintas barreras de acceso a este tipo de procedimientos. Los Estados justifican la adopción de este tipo de barreras como para frenar el aumento sostenido de solicitudes de refugio de parte de migrantes que no reúnen los requisitos para hacerlo, que intentan eludir las políticas cada vez más restrictivas de inmigración, principalmente en los países desarrollados. Así, este tipo de limitaciones de acceso son justificadas por los Estados, argumentando que existe un abuso del sistema de protección a los refugiados por parte de este tipo de migrantes.

Goodwin Gill, señala que se han implementado diversos mecanismos para limitar el acceso a los solicitantes de refugio a un procedimiento de determinación “justo y eficiente”, principalmente en los países desarrollados. En particular, el autor hace referencia a los casos de interceptación fuera del territorio del Estado al que se dirige el solicitante de asilo por parte de países desarrollados como Estados Unidos y Australia y a la introducción de conceptos como el de “estado de origen seguro”, “tercer estado seguro” o “primer país de asilo” en Europa, que se formulan como presunciones de que el solicitante no se encuentra en necesidad de protección, sin siquiera revisar los méritos de la solicitud o como una justificación para establecer procedimientos acelerados o limitar la posibilidad de apelación de los solicitantes.²⁰³

²⁰² CONCLUSIÓN GENERAL N°85. [Conclusión general sobre la protección internacional](#). Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1998.

²⁰³ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. 3a ed. Oxford, Oxford University Press, 2007. P.392

Otros países también han limitado el acceso a los procedimientos de determinación a los solicitantes de refugio, estableciendo plazos excesivamente cortos para admitir este tipo de solicitudes y también al permitir el rechazo en sede de admisibilidad de solicitudes que se consideran como “manifiestamente infundadas”²⁰⁴

Este tipo de políticas, pese a que puedan tener una justificación legítima por parte de los Estados, han terminado por debilitar el régimen de protección de los refugiados. Según lo sostienen Hathaway y Neve, estas prácticas que denominan de “desviación”, más que fortalecer el sistema de protección a los refugiados, a través del control de los abusos y del adecuado reparto de cargas, lo han debilitado, impidiendo que muchos refugiados tengan siquiera la posibilidad de demostrar su condición y que se revise sustantivamente los méritos de su solicitud.²⁰⁵ A continuación se revisaran en detalle algunas barreras de acceso al procedimiento que los Estados han implementado en su derecho interno.

1.1.1 La Intercepción de los Solicitantes de Refugio

El Comité Ejecutivo del ACNUR define el concepto de intercepción en la Conclusión General N° 97 del año 2003, señalando que “es una de las medidas empleadas por los Estados para: i) Impedir que las personas inicien un viaje internacional; ii) Impedir otros desplazamientos internacionales de las personas que han comenzado su viaje; iii) Controlar los buques respecto de los cuales haya motivos razonables para pensar que transportan personas en contravención del derecho marítimo nacional o internacional; cuando, en relación con lo que antecede, las personas no tienen la documentación necesaria o autorizaciones válidas de entrada; y que esas

²⁰⁴ VAN SELM, JOANNE. “Access to Procedures. Safe Third Countries, Safe Countries of Origin and Time Limits”. 2001. [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b39a152d.html> > [consulta: 19 de abril de 2011] P. 2

²⁰⁵ Hathaway y Campbell precisan que: “Management of the asylum system to share responsibility and avoid abuse is a sensible goal. Our concern, however, is that rather than having developed effective management tools to safeguard the refugee protection system, Northern governments have opted for what we term policies of *deflection*, that is, mechanistic rules designed to avoid responsibility to assess asylum claims. Deflection is not specifically targeted at abusers. Because deflection is directed against asylum seekers as an undifferentiated class, it stymies the arrival both of fraudulent claimants and of genuine refugees. As such, deflection undermines the very refugee protection system that it is presumably designed to safeguard”. HATHAWAY, JAMES Y NEVE, ALEXANDER. “Fundamental Justice And The Deflection Of Refugees From Canada” [en línea] <http://www.ohlj.ca/archive/articles/34_2_hathaway_neve.pdf> [consulta: 19 de abril de 2011] p. 216-217.

medidas también sirven para proteger la vida y la seguridad de los viajeros en general, así como de las personas que son objeto de tráfico ilícito o transporte irregular.”²⁰⁶

Goodwin Gill por su parte, define la intercepción es un sentido más amplio, señalando que el concepto se aplica a “todas las medidas aplicadas por los Estados fuera de sus fronteras que previenen, interrumpen o detienen el movimiento de aquellas personas que no cuentan con la documentación de inmigración necesaria para cruzar sus fronteras por tierra, mar o aire”.²⁰⁷ El autor agrega, teniendo como marco la obligación de *non refoulement* de los Estados de acogida, que al implementar las medidas de intercepción, los Estados no han otorgado las garantías suficientes para poder distinguir a los necesitados de protección internacional de los demás migrantes y en la práctica han sido utilizadas como una barrera de entrada a los solicitantes de asilo.²⁰⁸ De esta manera, la utilización de las medidas de intercepción, podría exponer a muchos solicitantes de refugio a ser devueltos a un lugar en el que puede sufrir daño o persecución, infringiéndose de esta manera el *non refoulement*.

Legomsky señala que en el proceso de disuadir las peticiones infundadas, la intercepción puede llegar a disuadir a los verdaderos refugiados. En particular plantea que en cualquier procedimiento de determinación de la condición de refugiado en estas circunstancias se verá limitado por las dificultades obvias de los solicitantes de asilo para acceder a asistencia jurídica y para lograr preparar su solicitud de manera adecuada, teniendo en cuenta que el examen de su solicitud se realizará a bordo de una embarcación o en localidades remotas.²⁰⁹

²⁰⁶ CONCLUSIÓN GENERAL N°97. Conclusión sobre las Salvaguardias de Protección de las Medidas de Intercepción. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2003.

²⁰⁷ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. 3a ed. Oxford, Oxford University Press, 2007. P.373

²⁰⁸ Goodwin Gill señala que al hacer operativas este tipo de prácticas “typically lack sufficient safeguards for distinguishing those in need of international protection from other migrants, and in practice operate as barriers to the right to seek asylum” ²⁰⁸ Ibid. A su vez, Brouwer y Kumin señalan en este sentido que “if interception measures fail to distinguish between those intercepted persons who require international protection and those who do not, the ability of persons in need of protection to reach safety and to have access to fair and effective asylum procedures is jeopardized and intercepted persons are at risk of refoulement. States have both a legal and moral obligation to ensure that refugees and asylum seekers may enjoy their human rights, including access to protection.” p.17 BROUWER, ANDREW y KUMI, JUDITH. “Interception and Asylum: When Migration Control and Human Rights Collide” [en línea] <<http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/refuge/article/viewFile/21305/19976>> [consulta: 19 de abril de 2011] p. 17

²⁰⁹ Legomsky plantea, en particular que: “in the process of deterring unfounded claims, interdiction can also deter genuine refugees. And if there is any attempt at all to identify true refugees among the passengers, it is characteristically halfhearted, given the obvious logistical constraints inherent in interviewing on board ship. Even if nearby islands are used, there are physical and sometimes legal barriers to obtaining assistance in the preparation of claims.” LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker’s Bill of Rights in a Non Utopian World.” [en línea] *Georgetown Immigration Law Journal*. 2000.

Brouwer y Kumi agregan que la obligación de *non refoulement* conlleva “un deber positivo de los Estados que interceptan a migrantes irregulares de otorgarles una oportunidad para solicitar el refugio y de acceder a un procedimiento justo y eficiente antes de disponer el retorno a su país de origen”.²¹⁰

Según lo sostiene el Comité Ejecutivo del ACNUR, este tipo de medidas no deberían dar como resultado “que se niegue a los solicitantes de asilo y los refugiados el acceso a la protección internacional, o que los que necesiten protección internacional sean devueltos, directa o indirectamente, a las fronteras de territorios donde su vida o libertad se vería amenazada por motivos previstos en la Convención, o cuando la persona pueda invocar otros motivos de protección sobre la base del derecho internacional” En virtud de lo ya señalado, el ACNUR recomienda que todas las personas, incluidos los funcionarios públicos y los empleados de entidades comerciales que apliquen medidas de intercepción reciban “formación especializada” y que puedan orientar a las personas interceptadas para que expresen su “necesidad de recibir protección internacional a las autoridades apropiadas del Estado en que haya tenido lugar la intercepción o, según proceda, al ACNUR”²¹¹

Las recomendaciones que el ACNUR ha planteado en esta materia han sido criticadas por no ser claras en condenar este tipo de prácticas, permitiendo a los Estados eludir su responsabilidad de permitir el acceso a procedimientos de determinación adecuados que permitan garantizar el respeto al principio de *non refoulement*, a aquellos solicitantes de refugio interceptados fuera de su territorio.²¹²

Por su parte, los tribunales al interior de los Estados también se han pronunciado en relación a la conformidad de este tipo de medidas con las obligaciones internacionales asumidas. Así en el fallo de *Sale v. Haitian Centers*, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió legitimar la práctica de interceptar a los solicitantes de refugio procedentes de Haití mediante embarcaciones dispuestas más allá de las aguas de su soberanía. La Corte Suprema justificó su decisión argumentando que la Convención de 1951 al consagrar el principio de *non refoulement* no obliga a los Estados a su aplicación fuera de sus fronteras. En particular sostiene que teniendo en cuenta los trabajos preparatorios y la historia de este instrumento, puede señalarse que el concepto de “*non refoulement*” en la Convención de 1951 se formuló de manera “defensiva” y

konstanz.de/content/center/events/de/events/mpf11/asylumbillofrights.pdf > [consulta: 1 de abril de 2011] P.6

²¹⁰ BROUWER, ANDREW y KUMI, JUDITH. “Interception and Asylum: When Migration Control and Human Rights Collide”. Op. cit. P. 16

²¹¹ CONCLUSIÓN GENERAL N°97. Loc. Cit.

²¹² GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. Op. cit. p.398.

sólo tiene aplicación una vez que el solicitante haya logrado entrar al territorio en el que solicita refugio.

En contra de la posición de la Corte, en el voto de minoría, el Juez Blackmun sostuvo que la aplicación del artículo 33 que consagra el principio de no devolución no tiene limitación geográfica y que pese a que el Estado no está obligado a admitir a los solicitantes de asilo, al menos debe garantizar que los refugiados no sean devueltos al lugar en el que son objeto de persecución.²¹³

Hathaway, a su vez, sostiene que la Corte Suprema Norteamericana en este fallo erróneamente asume que los derechos que reconoce la Convención son sólo exigibles al interior del Estado y no tiene en cuenta que los Estados son responsables de sus actos, en cualquier lugar en el que ejerza algún tipo de jurisdicción *de facto* fuera de su territorio. El autor precisa que la práctica de Estados Unidos de interceptar embarcaciones en aguas internacionales califica claramente como un ejercicio de esta jurisdicción *de facto*. Esto implica necesariamente que el Estado en el ejercicio de esta jurisdicción, respete las obligaciones internacionales contraídas y en este caso en particular, que respete el principio de *non refoulement* que consagra la Convención de 1951.²¹⁴

²¹³ Según lo sostiene el Juez Blackmun en el voto de minoría: "Article 33.1 of the Convention states categorically and without geographical limitation: "No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion." The terms are unambiguous. Vulnerable refugees shall not be returned. The language is clear, and the command is straightforward; that should be the end of the inquiry. Indeed, until litigation ensued, see *Haitian Refugee Center v. Gracey*, 257 U.S. App. D.C. 367, 809 F.2d 794 (1987), the Government consistently acknowledged that the Convention applied on the high sea (...). The refugees attempting to escape from Haiti do not claim a right of admission to this country. They do not even argue that the Government has no right to intercept their boats. They demand only that the United States, land of refugees and guardian of freedom, cease forcibly driving them back to detention, abuse, and death. That is a modest plea, vindicated by the Treaty and the statute. We should not close our ears to it." Corte Suprema de Estados Unidos. Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. contra Haitian Centers Council. 21 de junio de 1993. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7178.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

²¹⁴ Hathaway precisa en este sentido que: "In line with the views of both the European Court of Human Rights and the International Court of Justice, the duty to respect these rights inheres wherever a state exercises effective or de facto jurisdiction outside its own territory, including at a minimum both situations in which a state's consular or other agents take control of persons abroad; and where the state exercises some significant public power in foreign territory which it has occupied, or in which it is present by consent, invitation, or acquiescence. There can therefore be little doubt that interception by United States military vessels in international waters easily qualifies as an exercise of de facto jurisdiction abroad." HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge. Cambridge University Press. 2005. P.339.

Otro argumento en contrario a la postura de la Corte Suprema de Estados Unidos es que esta no toma en consideración que la Convención de 1951 prohíbe expresamente en su artículo 33 que los Estados “por expulsión o devolución”, pongan “en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas” ²¹⁵, cualquiera sea la forma en que esto se produzca y que justamente el propósito fundamental de la Convención es resguardar los derechos de las personas que se encuentran en riesgo de persecución y facilitar su huida hacia otro Estado que sea capaz de otorgarle protección. A su vez, el ACNUR, en la Carta Amicus Curiae presentada en este caso, señaló que la interpretación de la Corte obstaculizaría el ejercicio de uno de los derechos más básicos de la Convención, el derecho al *non refoulement*, de manera arbitraria, “respecto de todo un grupo de refugiados”, que serían todos aquellos solicitantes que han logrado escapar del lugar de persecución, pero que no han podido todavía entrar al territorio de otro Estado. Bajo esta interpretación, el deber de los Estados de proteger a los refugiados “estaría supeditado a la habilidad del solicitante de refugio para entrar clandestinamente al territorio del Estado que podría entregarle protección”, medida que resultaría absolutamente arbitraria y discriminatoria. ²¹⁶

También resulta relevante en esta materia el pronunciamiento de la House of Lords de Inglaterra en el fallo conocido como “Roma Rights Case”²¹⁷. En este caso, la House of Lords se pronunció rechazando la reclamación presentada por un grupo de gitanos de República Checa quienes tenían la intención de solicitar refugio en Inglaterra, cuya salida de este país fue impedida por parte de funcionarios de inmigración británicos dispuestos en el Aeropuerto de Praga, impidiendo que los solicitantes de asilo pudieran tomar su vuelo con destino a Inglaterra. En este caso la Corte rechazó la reclamación de los solicitantes de asilo, sosteniendo que el principio de no devolución se aplica únicamente a quienes se encuentran dentro del Estado de acogida o en la frontera de este Estado y que en este caso los nacionales checos no cumplían con los supuestos ya descritos.

²¹⁵ HATHAWAY, JAMES. The Rights of Refugees under International Law. Op. cit. P.338

²¹⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Brief Amicus Curiae of the Office of the High Commissioner for Refugees in Support of Respondents. 1992. Gene McNary, Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. (Petitioners) v. Haitian Centers Council, Inc., et al. (Respondents) [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f336bbc4.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

²¹⁷ CÁMARA DE LOS LORES DE INGLATERRA. Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Another, Ex parte European Roma Rights Centre y otros. 9 de Diciembre de 2004. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/41c17ebf4.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

Es interesante, como en este caso, la Cámara de los Lores asume una posición más moderada que la Corte Suprema de Estados Unidos, pero con el mismo resultado en la práctica, al señalar que en este caso, a diferencia de los solicitantes de asilo en el caso *Sale*, que se vieron forzados a regresar a su Estado de origen, los solicitantes eran libres de solicitar asilo a otro país o de utilizar otro medio transporte para solicitar asilo en la frontera de Inglaterra.²¹⁸

Según lo plantea Goodwin Gill, aún cuando la Corte reconoce que es de “general aceptación” que el principio de *non refoulement* comprende también el no rechazo en la frontera, finalmente no toma en cuenta que lo que hace el servicio de inmigración inglés en este caso es crear una “frontera virtual” en el aeropuerto de Praga. De esta manera, según lo plantea el autor, la práctica del servicio de inmigración inglés estaría también vulnerando el principio de *non refoulement*.²¹⁹

Otro caso práctico de intercepción que resulta interesante analizar, pese a que no llegó a ser resuelto en tribunales, es el llamado “*Tampa case*”. Este caso se refiere a la situación que se generó en agosto de 2001, cuando el carguero noruego *MV Tampa* salvó de hundirse en una balsa en las aguas entre Indonesia y Australia a un grupo de solicitantes de refugio, en su mayoría de origen afgano. El Capitán de esta embarcación, intentó desembarcar en territorio australiano, por ser el lugar más cercano para hacerlo, a fin de que se le pudiera otorgar la debida atención médica y protección a estos solicitantes de refugio, pero el gobierno australiano se opuso a su entrada, señalando que en este caso, el gobierno de Noruega, por ser el país de origen de la embarcación, y el de Indonesia, en tanto país de tránsito, tenían la responsabilidad

²¹⁸ Según lo detalla D’Angelo: “Despite nearly identical reasoning, the British Court of Appeals distinguished the European Roma Rights case from *Sale*. In fact, the British court regarded *Sale* as wrongly decided because it used an outdated approach. The Court of Appeals stated that “preventing an aspiring asylum seeker from gaining access from his own country to its territory and on the other hand returning such a person to his own country . . . is a crucial distinction.” The British Court of Appeals, however, seems to overstate the distinction between these two cases. While UK procedures stop the refugee in his country of origin, rather than the high seas, the UK procedures had the same effect as the U.S.—ensuring refugees did not gain access to the border. The UK simply saved the trouble of returning the asylum-seekers to the Czech Republic by intercepting them before they left. The British court’s distinction is not legally sustainable; in both cases, the state took affirmative action to secure its borders from refugees by using state procedures to ensure asylum-seekers could not access the border. The methods—interception on the high seas and interception in the country of origin—are indistinguishable in terms of implications for the principle of non-refoulement.” D’ANGELO, ELLEN. *Non-Refoulement: The Search for a Consistent Interpretation of Article 33*. [en línea] <http://findarticles.com/p/articles/mi_hb3577/is_1_42/ai_n31390919/> [consulta: 19 de abril de 2011] P. 16.

²¹⁹ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. Op. cit. P.248

de otorgar protección a estas personas²²⁰. Por su parte, el gobierno de Noruega argumentaba “basado en el artículo 98 del UNCLOS²²¹, la costumbre de derecho internacional y otros principios humanitarios generalmente aceptados”²²², que Australia tenía la obligación de permitir el desembarco de los rescatados en el puerto más cercano y prestarles auxilio. Finalmente Australia, ante la presión de la comunidad internacional, logró que el gobierno de Nauru, un pequeño Estado que no era parte de la Convención de 1951, accediera a procesar las solicitudes de asilo en su suelo.²²³

En relación a este caso, Goodwin Gill critica la posición de Australia de impedir el ingreso de los solicitantes de refugio, señalando que este país tenía, si bien no de manera exclusiva, una responsabilidad clara de protección respecto de los rescatados por el Tampa, atendida “su innegable condición de refugiados y porque ellos se encontraban en aguas australianas” al momento de ser interceptados.

²²⁰ MALEY, WILLIAM. “Recibiendo a buscadores de asilo de Afganistán: Australia, la ‘crisis’ del Tampa y la protección a refugiados”. [en línea] <http://www.migracionesforzadas.org/pdf/RMF13/RMF13_19.pdf> [consulta: 19 de abril de 2011]

²²¹ Por “UNCLOS82”, Goodwin Gill se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que en su Artículo 98 establece el “Deber de Prestar auxilio”, señalando que:

“1. Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbore su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros:

- a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar;
- b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo;
- c) Caso de abordaje, preste auxilio al otro buque, a su tripulación y a sus pasajeros y, cuando sea posible, comunique al otro buque el nombre del suyo, su puerto de registro y el puerto más próximo en que hará escala.

2. Todo Estado ribereño fomentará la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperará para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales.”

²²² GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. Op. Cit. P. 82.

²²³ Según lo detalla Hathaway: “More recently, the Australian government has implemented its so-called ‘Pacific Solution,’ under which many persons wishing to seek refugee status in Australia may be expelled from its territorial waters or contiguous zone to neighboring countries which, in exchange for often substantial development assistance and other payments, agree to receive them. This program began with the expulsion of several hundred Afghan and other refugee claimants who sought to enter Australian waters aboard the KM Palapa I in late August 2001. Some particularly vulnerable individuals were admitted to New Zealand’s refugee status determination procedure, but the majority were taken aboard an Australian naval vessel to the tiny and impoverished island nation of Nauru. That country agreed to admit them for status verification by UNHCR and eventual resettlement in exchange for a payment of A\$10 million worth of fuel, A\$3 million for new generators, the cancellation of A\$1 million worth of hospital bills run up by Nauruans in Australia, refurbishment of the island’s sports oval, and the provision of sporting and educational scholarships for Nauruans to come to Australia” HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge. Op. cit. P.661.

También señala que “Australia no tenía el derecho de imponer una obligación de protección unilateralmente a Noruega o a Indonesia” y que ni el derecho internacional ni la práctica de los Estados establecen una obligación para el Estado de origen de la embarcación, de realizar la determinación de la condición de refugiado, con la excepción de las embarcaciones navales u otros que pertenezcan directamente al Estado.²²⁴

A partir de este caso, el Comité Ejecutivo del ACNUR en el año 2002 en la Nota sobre Protección Internacional se refirió al problema del acceso a los territorios y a los procedimientos aplicados a las personas que llegan por vía marítima. Al respecto el ACNUR señaló que la negativa de algunos Estados a permitir el desembarco de los rescatados, o incluso a auxiliarlos, ha dado lugar “a un grave problema” y que “los Estados debían admitir a los solicitantes de asilo por lo menos temporalmente”²²⁵. Ese mismo año, el ACNUR convocó a una “Mesa Redonda de Expertos sobre El Rescate en Alta Mar” en Lisboa, en la que participaron representantes de los gobiernos, del sector del transporte marítimo, organizaciones internacionales, ONG y el mundo académico, en cuyas conclusiones se reafirmó la costumbre de que los Estados costeros colaboraran en este tipo de rescate asegurando su desembarco y recomendó que los procedimientos de determinación de la condición de refugiados se llevaran a cabo una vez que los solicitantes llegaran a tierra firme.²²⁶

Así, finalmente, el incidente de Tampa permitió, paradójicamente, clarificar la responsabilidad de los Estados ribereños de prestar auxilio y reforzar el compromiso de la comunidad internacional en torno a la protección de los rescatados en el mar que solicitaran refugio, a través de los instrumentos de soft law ya citados.²²⁷

1.1.2 Refugiados que provienen de un “tercer país seguro”

²²⁴ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Loc. Cit.

²²⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Nota sobre protección internacional. 2002. [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2888>> [consulta: 17 de junio de 2011] P. 7.

²²⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Rescue-at-Sea: Specific Aspects Relating to the Protection of Asylum-Seekers and Refugees. Mesa Redonda de Expertos. Lisboa, 2002. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3cd14e3b4.html>> [consulta: 17 de junio de 2011]

²²⁷ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Loc. Cit.

El concepto de “tercer país seguro” se utiliza para hacer referencia a aquel Estado por el cual el solicitante de refugio transitó o residió temporalmente, antes de dirigirse al país en el que presenta finalmente la solicitud de refugio, que se presume como apto para otorgar la debida protección al solicitante.²²⁸

Según lo precisa Costello, el tercer país seguro es aquel Estado en el que el solicitante de refugio “pudo haber solicitado protección, pero no lo hizo”²²⁹ La noción de “tercer país seguro” presume que la persona tuvo la capacidad de solicitar asilo y que, por lo tanto, debió haberlo hecho en caso de haber transitado por un país seguro en ruta al país donde ha presentado su solicitud.

Este concepto ha sido utilizado por los Estados principalmente para denegar la admisión al procedimiento en la frontera o al interior del Estado de destino y también para tramitar este tipo de solicitudes mediante procedimientos acelerados, o para reducir o excluir la posibilidad de presentar apelación, ya sea estableciendo listas públicas de “terceros países seguros” o caso a caso, atendiendo a las particularidades de la solicitud.

Los Estados han justificado este tipo de prácticas señalando que estas permiten distribuir adecuadamente la carga de los Estados de la región y frenar los movimientos secundarios de los solicitantes de refugio desde terceros países a los países que les resultaban más atractivos a los solicitantes de refugio, recargando los sistemas de asilo de estos Estados.²³⁰

²²⁸ Según lo señala John-Hopkins: “The ‘ safe third country ’ concept is premised on the notion that for those asylum seekers who have not arrived directly from their country of origin, where they claim to face persecution, it is more appropriate for them to seek asylum in a third country. A ‘ third country ’ can be defined as one the countries through which an asylum seeker travels en route to a destination country. The term ‘ destination country ’ is used to mean the final or ultimate country to which an asylum seeker travels, where they apply for some form of international protection” JOHN-HOPKINS, MICHAEL. “The Emperor's New Safe Country Concepts: A UK Perspective on Sacrificing Fairness on the Altar of Efficiency” [en línea] *International Journal of Refugee Law*. 2009 21 (2) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/content/21/2/218.full.pdf+html?sid=55743903-dcbb-432e-967d-4a265d73d462>> [consulta: 18 de mayo de 2011] P. 218-219

²²⁹ Costello señala que el concepto de Tercer País Seguro “refers to a country where the person could have found protection but did not do so”. COSTELLO, CATHRYN. “The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices”. [en línea] <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/ejml7&div=8&id=&page=>>> [consulta: 18 de mayo de 2011] p. 39.

²³⁰ John- Hopkins precisa: “one of the reasons for applying this concept is to erect procedural barriers to such applications in order to ensure that destinations countries asylum systems can function smoothly and efficiently, or, in other words, to ensure that they do not disproportionately bear the burden of substantively determining applications from asylum seekers who may be in search of more favorable conditions, or whose claims do not manifestly fall within the scope of international refugee or humanitarian protection. Seen in this way, the application of the safe third country concept can be seen as

El concepto de “tercer país seguro” surgió en Europa Occidental y fue utilizado por primera vez, en la legislación danesa en 1986. Posteriormente se propagó rápidamente su uso en otros países de Europa. A nivel regional, el Convenio de Dublín sobre determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo de 1990 intentó también regular este tipo de prácticas,²³¹ fijando aquellos criterios necesarios para determinar si un tercer estado, por el que habría transitado o residido un solicitante de refugio antes de llegar al Estado de destino o aquel con el cual el Estado tuviera algún tipo de vínculo, era responsable de procesar la solicitud de asilo y readmitir al solicitante.

En 1992, el Consejo de Ministros Europeos encargados de asuntos relativos a la Inmigración, elaboró la “Resolución de Londres relativa a la armonización de las cuestiones referidas a los Terceros Estados Anfitriones”, instrumento que no tenía el carácter de vinculante, pero que tuvo gran influencia en los países de la región. Esta Resolución recogió la práctica de que los solicitantes de refugio fueran devueltos al tercer país en el que el solicitante ya había obtenido protección, en el que se encontraba habilitado para solicitarla, o en el que existiera clara evidencia de que el solicitante podría ser admitido, siempre que este Tercer Estado cumpliera ciertos requisitos generales de seguridad y se respetara el principio de *non refoulement* en los términos del artículo 33 de la Convención de 1951.²³²

Una década más tarde, el 18 de Febrero de 2003, la Unión Europea adoptó el Reglamento de Dublín II²³³, que sustituye las disposiciones del Convenio de Dublín de 1990 y que al igual que

an attempt to stem the rising tide of secondary movements of asylum seekers from third countries to final destination countries”. JOHN-HOPKINS, MICHAEL. Loc.Cit.

²³¹ CONVENIO DE DUBLÍN SOBRE DETERMINACIÓN DEL ESTADO RESPONSABLE DEL EXAMEN DE LAS SOLICITUDES DE ASILO DE 1990. Este instrumento entró en vigor el 1 de septiembre de 1997 para los doce países firmantes, el 1 de octubre de 1997 para Austria y Suecia, y el 1 de enero de 1998 para Finlandia, sustituyendo acuerdos similares sobre determinación de la responsabilidad para examinar las solicitudes de asilo, que habían estado vigentes desde el 26 de marzo de 1995 entre los Estados que aplicaban el Acuerdo de Schengen.

²³² Al respecto Van Selm plantea que: “In their Resolution on a harmonized approach to questions concerning host third countries, the Ministers of the Member States of the (then) European Communities, expressing their determination to harmonize asylum policies and their fidelity to the Geneva Convention, especially Articles 31 and 33, noted that they needed, in the light of article 3(5) of the Dublin Convention (which was not yet ratified by all) to agree on the principles defining a third country to which an asylum seeker could be sent. Some seven years later the European Commission acknowledged that problems can arise in connection with Article 3(5) due to State discretion in applying it: “Problems can arise in cases where the Member State to which a transfer request is made would apply the ‘safe third country’ concept in a case where the requesting State would not do so because it does not consider that the third country can be regarded as safe for the applicant.” VAN SELM, JOANNE. Op. Cit. P. 10-11.

²³³ Reglamento Del Consejo De La Unión Europea N° 343/2003 Por El Que Se Establecen Los Criterios Y Mecanismos De Determinación Del Estado Miembro Responsable Del Examen De Una Solicitud De

este instrumento, estableció criterios para determinar el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo y plazos para su determinación. Conforme se establece en este instrumento, las solicitudes de asilo deben ser examinadas “por un solo Estado miembro”, el que será responsable de esta determinación según si cumple con los criterios mencionados en el capítulo III. Estos criterios, atienden a los vínculos familiares del solicitante en este tercer estado²³⁴, a la expedición de permisos de residencia o visados²³⁵, a criterios relacionados con la entrada o permanencia ilegal en un Estado miembro²³⁶ y también prevé un “criterio por defecto” estableciendo que cuando no se pueda designar a ningún Estado miembro como responsable del

Asilo Presentada En Uno De Los Estados Miembros Por Un Nacional De Un Tercer País (“Reglamento Dublín II”).

²³⁴ Este reglamento establece que “si el solicitante de asilo es un menor no acompañado, será responsable del examen de su solicitud el Estado miembro en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia, siempre que ello redunde en el mayor interés del menor. En ausencia de un miembro de su familia, será responsable de examinar su solicitud el Estado miembro en el que el menor la haya presentado”

Así también “si un miembro de la familia del solicitante tiene ya la condición de refugiado en un Estado miembro, éste será responsable de su solicitud de asilo, siempre que el interesado así lo desee. Si un miembro de la familia del solicitante tiene una solicitud de asilo que todavía no ha sido objeto de una primera decisión en un Estado miembro, este último también será responsable de su solicitud, siempre que el interesado así lo desee.” Finalmente el Reglamento dispone que se estudien de forma conjunta las solicitudes de asilo presentadas por varios miembros de una familia en un mismo Estado miembro simultáneamente o en fechas suficientemente cercanas.

²³⁵ Según lo dispone el reglamento “el Estado miembro que haya expedido al solicitante un documento de residencia o visado que esté vigente será responsable de la solicitud de asilo. Si el solicitante es titular de varios permisos o visados, será responsable aquel Estado que haya concedido el derecho de residencia más prolongado o, en caso de idéntica duración, el que haya expedido el permiso con mayor plazo de validez. Se aplicará la misma regla en caso de visados de diferente naturaleza; haya expedido el visado que caduque en fecha posterior, si los visados son de la misma naturaleza.

No obstante, si el solicitante de asilo es titular de uno o de varios documentos de residencia caducados desde hace más de dos años o de uno o de varios visados caducados desde hace más de seis meses, será responsable el Estado miembro en el que se haya presentado la solicitud.”

²³⁶ Este instrumento dispone que si el solicitante ha cruzado la frontera de un Estado miembro de forma irregular, éste será el responsable del examen de la solicitud de asilo. Esta responsabilidad cesará doce meses después de la fecha en que se haya producido el cruce irregular de fronteras

Si se determina que el solicitante ha vivido en un Estado miembro durante un período continuo no inferior a cinco meses antes de presentar su solicitud de asilo, ese Estado miembro será responsable del examen de dicha solicitud. Si el solicitante hubiera vivido durante un período no inferior a cinco meses en varios Estados miembros, el Estado miembro en que haya vivido de forma más reciente será responsable del examen de la solicitud de asilo.”

También se establece que si el nacional de un tercer país solicita asilo en un Estado miembro donde no está sujeto a la obligación de tener visado, será responsable el Estado miembro en que se haya presentado la solicitud.

El reglamento establece, a su vez, que si la solicitud de asilo se presenta en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto de un Estado miembro por un nacional de un país tercero, la responsabilidad del examen de la solicitud recaerá en dicho Estado miembro.

examen de la solicitud aplicando los criterios anteriormente expuestos, el primer Estado miembro en el que se haya presentado la solicitud será el responsable del examen de la misma. De esta manera, el Reglamento de Dublín legitima la práctica de los Estados de negarse a procesar una solicitud de asilo de quien provenga de un tercer país en el que haya residido o transitado, pero a diferencia de la Resolución de Londres no exige atender a si este tercer Estado es realmente seguro para el solicitante y si acaso le entregará protección efectiva, sino que atiende a los criterios sustantivos y formales de conexión del solicitante con este Estado ya referidos.

Poco tiempo después, la Directiva de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado²³⁷, reguló de manera detallada el concepto de tercer Estado Seguro y su aplicación en los artículos 23, apartado 4, letra c); 25, apartado 2, letra c); 27 y 36. Además, establece en su preámbulo que los Estados miembros “no deberían estar obligados a evaluar la sustancia de una solicitud de asilo en la cual el solicitante, debido a una conexión con un tercer país tal como se define en el Derecho nacional, podría razonablemente buscar protección en dicho tercer país”. A su vez, señala que si el solicitante proviene de determinados terceros países europeos que mantengan “criterios especialmente altos con respecto a los derechos humanos y a la protección de los refugiados”, los Estados miembros deberían estar autorizados a no realizar examen de la solicitud de asilo o no llevarlo plenamente a cabo, según lo dispone el artículo 36 de esta Directiva.

El artículo 27, apartado 1 de la Directiva, establece los requisitos que debe cumplir un Tercer Estado para ser considerado seguro y la forma en que se puede aplicar el concepto en el derecho interno, ya sea estableciendo listas de país o evaluando los casos de manera individual, pero siempre atendiendo a las circunstancias particulares de cada solicitud²³⁸. El efecto de esta calificación, conforme lo establece el artículo 28, apartado 2, es que los Estados Miembros podrían declarar una solicitud como “manifiestamente infundada” cuando el solicitante

²³⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Loc. Cit.

²³⁸ El Artículo 27 de la Directiva dispone que: “1. Los Estados miembros sólo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante recibirá en el tercer país un trato conforme a los siguientes principios:

a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política; b) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; c) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional; d) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra.

provenza de un tercer país fuera de la Unión Europea que sea considerado como seguro y tramitarla en un procedimiento más expedito, o derechamente, conforme lo establece el artículo 25 (2) (c), se podría declarar la solicitud como inadmisibile.

La práctica de limitar el acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado a aquellos solicitantes que provengan de un tercer país seguro, como ya señaló, ha tenido su mayor aplicación en los países europeos. Los países miembros de la Unión Europea que han incorporado el concepto de “tercer país seguro” en su legislación interna, y que autorizan declarar como inadmisibles las solicitudes de quienes provengan de estos países, son España²³⁹, Finlandia²⁴⁰, Grecia²⁴¹, Eslovenia²⁴² e Inglaterra²⁴³. A su vez, Bulgaria²⁴⁴, Grecia²⁴⁵, República Checa²⁴⁶, Finlandia²⁴⁷ e Inglaterra²⁴⁸, contemplan tramitar este tipo de solicitudes como manifiestamente infundadas, limitando las garantías procesales y reduciendo los plazos de la tramitación

El concepto de Tercer país seguro se ha extendido también fuera de Europa y se aplica bajo ciertas restricciones en Canadá y Estados Unidos en virtud del *Third Safe Country Agreement*, celebrado entre ambos países²⁴⁹ y en Australia, según lo dispone la Migration Act de 1958²⁵⁰. Van Selm observa también que esta práctica se ha extendido a países como Belarús, Rusia,

²³⁹ Artículo 20, letra d) de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. ESPAÑA. 2009.

²⁴⁰ Sección 103 de *Alien's Act* 301/2004. FINLANDIA. 2004.

²⁴¹ Artículo 18 b) del Decreto Presidencial 114/2010. GRECIA. 2010.

²⁴² Artículo 63 (1) Law on International Protection. ESLOVENIA. 2004.

²⁴³ Part 5, Schedule 3, 2004 Act. INGLATERRA. 2004

²⁴⁴ Artículo 13 (3) Law on Asylum and Refugees of Bulgaria. BULGARIA. 2002.

²⁴⁵ Artículo 17. 3 del Decreto Presidencial 114/2010. GRECIA. 2010.

²⁴⁶ Sección 16, d) Asylum Act. REPÚBLICA CHECA. 2001.

²⁴⁷ Sección 104 de *Alien's Act* 301/2004. FINLANDIA. 2004.

²⁴⁸ Part 5, Schedule 3, 2004 Act. INGLATERRA. 2004.

²⁴⁹ Canadá y Estados Unidos celebraron el “Acuerdo de Tercer País Seguro” el 30 de Agosto de 2002, el que entró en vigor el 29 de diciembre de 2004. En virtud de este acuerdo, el Estado responsable de determinar la condición de refugiado del solicitante será aquel en el cual el solicitante haya ingresado primero, salvo que el solicitante tenga un vínculo familiar en el Estado de acogida o si ya se le ha otorgado previamente una visa de residencia. AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF CANADA AND THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA. Washington, 2002. [en línea] <<http://www.uscis.gov/files/article/appendix-c.pdf>> [consulta: 19 de abril de 2011]

²⁵⁰ En Australia, el concepto de Tercer País Seguro se regula en la *Migration Act de 1958*, Sección 91 E que autoriza al Ministro de Inmigración para rechazar las solicitudes de refugio de quienes provengan de estos países.

Kazajstan, Kirguistán, también en algunos países de África, como Sudáfrica y Botswana²⁵¹ y otros países de Asia Central.²⁵² En América Latina, el concepto de tercer país seguro no ha sido incorporado en la legislación interna de estos países, pero sí constituye un elemento que se toma en consideración al rechazar las solicitudes de asilo, aunque sin que se restrinjan las garantías procesales de los solicitantes.

Al respecto el ACNUR ha recomendado que para que un Tercer Estado pueda considerarse seguro se debe atender a “si el individuo es readmitido en el país, tiene acceso a procedimientos de asilo justos y, de ser reconocido, es capaz de disfrutar de protección efectiva en ese lugar”²⁵³. Van Selm agrega que debe garantizarse también, que la solicitud del peticionario sea procesada normalmente a su vuelta y que no se le establezcan restricciones en el tercer estado por haberse ausentado del país o por haber hecho una solicitud de refugio en otro país. También señala que es necesario que el tercer Estado y el individuo, consientan en su retorno, a fin de evitar situaciones de devoluciones sucesivas.²⁵⁴

Legomsky, por su parte, recomienda que se tenga en consideración que este tercer país: consienta en readmitir y calificar la condición de refugiado del solicitante mediante un procedimiento justo; no devuelva al refugiado al país en que sufre persecución; respete todos los derechos que reconoce la convención de 1951, en especial el principio de *non refoulement*; respete los demás derechos reconocidos al solicitante en instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos; asegure un procedimiento justo de determinación de su condición de refugiado; sea parte de la Convención de 1951 y por último que otorgue soluciones duraderas a los solicitantes de asilo, favoreciendo su integración y residencia.²⁵⁵ Agrega que, como mínimo, para poder admitir el retorno a un tercer estado seguro, se requiere que este Estado no practique la persecución por sí mismo; contemple un procedimiento justo para determinar una solicitud de refugio; y no envíe a ningún solicitante a otro país a menos que se asegure que el otro Estado contemple la misma definición de seguro. A juicio de este autor, este

²⁵¹ RUTINWA, BONAVENTURE. “The end of asylum? The changing nature of refugee policies in Africa” [en línea] *Working Paper No.5, UNHCR New Issues in Refugee Research*. 1999 <<http://www.unhcr.org/3ae6a0c34.html>> [consulta: 19 de abril de 2011]

²⁵² VAN SELM, JOANNE. Op. Cit. P. 9 y 21.

²⁵³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op. cit. p. 4-5

²⁵⁴ VAN SELM, JOANNE. Op. Cit. p. 58-59

²⁵⁵ LEGOMSKY, STEPHEN. “Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection”. [en línea] *International Journal of Refugee Law*, 2003. 15 (4) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/19/3/401>> [consulta: 23 de septiembre de 2011] p. 52-80

último requisito, evitaría que el solicitante sea objeto de sucesivas devoluciones y finalmente regrese al país de origen.²⁵⁶

La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han incorporado en su legislación interna los mismos requisitos que contempla el artículo 27, apartado 1 de la Directiva de la Unión Europea,²⁵⁷ mientras que Bulgaria agrega a estos requisitos la exigencia de que el solicitante no tenga un “temor fundado” de regresar a este tercer país.²⁵⁸

En el caso de Estados Unidos, el concepto está regulado en la *Immigration and Nationality Act*²⁵⁹, y se exige para su aplicación que exista previamente un acuerdo de readmisión con el tercer país seguro²⁶⁰. También exige que no se vea amenazada la vida o libertad del solicitante por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política y por último que el solicitante pueda tener acceso a un procedimiento completo y justo para determinar su solicitud de asilo o protección temporal equivalente. Llama la atención que Estados Unidos no requiere que el tercer país respete el principio de *non refoulement* ni exige la protección efectiva del solicitante. Sólo exige que al menos formalmente el solicitante pueda acceder a un procedimiento de determinación de su solicitud de refugio.

Australia por su parte en la *Migration Act*, exige para su aplicación que el solicitante pueda obtener protección en este Tercer Estado, ya sea porque se constate que el solicitante tiene el derecho de ser readmitido y residir en un Estado distinto de Australia o incluso basta con que haya residido previamente en un tercer país. No se precisa, sin embargo, qué tipo de protección debiera recibir el solicitante en este tercer país, ni se establece otro requisito que atienda a la conexión del solicitante con el tercer país ni exige que el solicitante sea efectivamente readmitido en este.²⁶¹

Otro elemento que se exige para poder retornar al solicitante de refugio a un “tercer país seguro” es que exista una conexión o vínculo del solicitante con este tercer Estado. En la Directiva de la

²⁵⁶Según Legomsky: The definition of "safe country" could be altered to require that the country (1) not practice persecution itself; (2) provide a full and fair procedure for assessing asylum claims; and (3) not send anyone to other countries unless those other countries meet this same definition of "safe." LEGOMSKY, STEPHEN. "An Asylum Seeker's Bill of Rights in a Non Utopian World". Op.Cit. P. 7-8.

²⁵⁷ Así por ejemplo, Grecia, Holanda, Eslovenia y España.

²⁵⁸ Item 9 (a) Parágrafo 1 de la Provisión Adicional de la Ley de Asilo y Refugio de Bulgaria.

²⁵⁹ Immigration and Nationality Act, Título II, Capítulo I, Sección 208 (a), (2) (A). ESTADOS UNIDOS.

²⁶⁰ Hasta ahora sólo se ha celebrado este tipo de acuerdo con Canadá, conocido como *Safe Third Country Agreement*. AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF CANADA AND THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA.

²⁶¹ Migration Act. AUSTRALIA. 1998.

UE, se señala en su artículo 27 (2) (a) que los Estados deben atender a la “conexión” que existe entre el solicitante de refugio y el tercer estado, “por la que sería razonable que el solicitante fuera a ese país”. Este requisito implica que debe existir un “vínculo significativo” entre el solicitante de refugio y el tercer país y el solo “tránsito” por este país no bastaría para establecer este tipo de vínculo.

Según lo señalan Byrne y Shacknove, este tipo de criterios utilizados por los países europeos no debería referirse únicamente a cuestiones técnicas relativas al tránsito o estadía en un tercer país, sino que debería atender al vínculo sustantivo entre el solicitante y este tercer estado. De lo contrario, a juicio de estos autores, esta práctica sería inconsistente con la Convención de Dublin, la que exige atender a cuestiones sustantivas que permitan acreditar este tipo de conexión²⁶².

En la práctica, sólo uno de los Estados Miembros de la Unión Europea ha establecido criterios sustantivos para determinar este tipo de vínculos en su derecho interno.²⁶³ En particular, Holanda exige en su legislación interna que exista una conexión entre el solicitante de asilo y el tercer estado que “permita suponer que es razonable que esta persona vuelva a ese país”.²⁶⁴ Para determinar este vínculo se debe atender a todos los hechos y circunstancias relevantes en relación a la forma en que se desarrolló su estadía en este tercer país y la duración de la misma.²⁶⁵ Por su parte, los demás Estados miembros de la Unión Europea sólo exigen residencia

²⁶² Según Byrne y Schacknove “the criteria for allocating asylum-seekers to States for purposes of status determination rely primarily on the technicalities of transit rather than on the substantive links between a claimant and a putative host country. This approach is inconsistent with the Dublin Convention, which places primary emphasis on the principle of substantive contacts. Furthermore, it is an inhumane method for resolving issues of residence for genuine refugees and is not conducive to an efficient system-wide allocation of costs” BYRNE, ROSEMARY Y SHACKNOVE ANDREW. “The Safe Country Notion in European Asylum Law” [en línea] *Harvard Human Rights Journal* 1996, 9 <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/hhrj9&div=11&id=&page=>> [consulta: 9 de noviembre de 2010] P.194.

²⁶³ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice Key Findings and Recommendations Law. [en línea] < <http://www.unhcr.org/4ba9d99d9.html> > [consulta: 9 de noviembre de 2010] p. 63

²⁶⁴ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice. Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4c63e52d2.pdf> > [consulta: 9 de noviembre de 2010] p. 309.

²⁶⁵ Artículo 3.106a (2) y (3). Aliens Decree. HOLANDA. 2000: “(2). An application for the issue of a residence permit for a fixed period as referred to in section 28 shall only be rejected on the grounds of Article 30 (1) (d) or Article 31(2)(h) Aliens Act, if there is a connection between the person seeking asylum and the third country concerned on the basis of which it would be reasonable for that person to go to that country; 3. In the assessment whether the connection, as meant in paragraph 2, can be established,

previa, estadía, presencia o la oportunidad de tener contacto con las autoridades a fin de solicitar protección como elemento de conexión suficiente con el tercer país.

Byrne y Shacknove señalan que finalmente los procedimientos expeditos usados por los oficiales de inmigración en las fronteras y puertos para determinar si el solicitante proviene de un tercer país seguro, generalmente consisten en un chequeo mecánico de los documentos de viaje. En base a esta constatación, los funcionarios devuelven a los solicitantes de asilo a los Estados de tránsito, teniendo como único antecedente la estadía previa en dichos Estados y sin considerar la conexión efectiva del solicitante con ese Estado y la efectividad de la protección.

266

Legomsky precisa que en el Third Safe Agreement entre Canadá y Estados Unidos, tampoco considera como un elemento relevante el vínculo sustantivo que pudiera existir entre el solicitante y el país que se niega a aceptar su solicitud, pero sí contempla como excepción para la calificación de un tercer Estado como seguro, el hecho de que los solicitantes tengan familiares en el Estado de destino²⁶⁷ y se permite en estos casos que el solicitante no sea devuelto al tercer estado seguro²⁶⁸

1.1.2.1 Críticas que se plantean al uso del concepto del “tercer país seguro” como barrera de acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado.

1.1.2.1.1 La libertad de elegir el país de refugio.

Según lo señala Goodwin Gill, el mayor argumento que tendrían los Estados para justificar este tipo de prácticas es la suposición de que un “verdadero refugiado” debería buscar refugio en el primer país al que arribe luego de huir de una situación de persecución y que cualquier movimiento secundario no tendría por finalidad obtener protección propiamente tal, sino que sería netamente un movimiento migratorio por motivos económicos o para mejorar su calidad

all relevant facts and circumstances will be taken into account, such as the character, the period and the circumstances of the earlier stay in that country”

²⁶⁶ Según los precisan Byrne y Schacknove: “Although policy-makers may endorse the principle that mere transit is insufficient to render an applicant ineligible for asylum, in practice the expeditious procedures used by immigration officers at borders and ports often amount to a mechanical check of travel documents and result in the return of asylum-seekers based on very short stays in a transit country. In some European States, transit through immigration control is considered an adequate opportunity to apply for asylum and thus a legitimate basis on which to effect a return. [66] Other States go further, returning to a transit State asylum-seekers who have not passed through immigration control”. BYRNE Y SCHACKNOVE. Op. cit. P. 8-9

²⁶⁷ Así lo establece el artículo Artículo 4º del Third Safe Country Agreement. AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF CANADA AND THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA. Loc.Cit.

de vida, aspiraciones que no tienen relación con los motivos de protección que establece la Convención de 1951.

Goodwin Gill considera que este tipo de argumento para justificar el retorno de un solicitante de refugio a un “tercer país seguro” resulta bastante débil, teniendo en consideración que “el derecho internacional no impone un deber al solicitante de refugio de buscar protección en el primer Estado en el que no sea objeto de persecución” y que “el derecho internacional parecería reconocer como mínimo, un derecho limitado al refugiado de elegir el país al cual solicitar asilo, especialmente cuando miembros de su familia ya viven en ese estado”²⁶⁹

Así también Hathaway señala que los solicitantes de refugio, que genuinamente tengan dicha calidad, pueden decidir no solicitar asilo en el primer país al que arriban por distintos motivos, como por ejemplo, no conocer el idioma, o porque desean vivir en un lugar en el que su cultura y religión sea respetada o aquel en que existan más posibilidades de asentarse económica y socialmente. También muchos refugiados tienen en consideración las posibilidades que tienen de ser reconocidos como refugiados en dicho país y si existe un sistema justo y eficiente de determinación de la condición de refugiado. Ninguna de estas motivaciones, afectan la veracidad de su necesidad de protección ni le resta validez a la solicitud de refugio, por lo que pareciera legítimo que se le otorgue la oportunidad de decidir dónde formular la solicitud de refugio, independientemente si el refugiado ha transitado por un Estado distinto antes de llegar al Estado de destino en el que solicita refugio.²⁷⁰ Van Selm, también plantea que se debe atender a que los solicitantes de refugio pueden tener distintas motivaciones para solicitar refugio en un país distinto de aquél al cual haya arribado luego de huir de su país de origen, como por ejemplo tener una mayor afinidad cultural o la posibilidad de una mejor integración ya más a largo plazo y esto no obsta a que su necesidad de protección sea legítima.²⁷¹

²⁶⁹ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. p. 392.

²⁷⁰ Hathaway precisa en este sentido que “Even genuine refugees may decide not to seek protection from the very first non-persecutory state at which they arrive. They may be motivated to continue their journey by the desire to seek asylum in a state where their language is spoken, where their culture or religion is respected, or where they believe they will have the best likelihood of re-establishing themselves economically and socially. None of these motivations in any way detracts from the genuineness of their claim to refugee status.

More fundamentally, refugees will not willingly stop in the country of first arrival if they believe that the status determination system or refugee rights regime in that state will not afford them solid protection. The buffer states of Southern, Central, and Eastern Europe, for example, tend to have rudimentary refugee protection systems, and to offer comparatively weak human rights guarantees to asylum seekers and recognized refugees. It is, therefore, profoundly logical that many refugees choose not to rely on these countries, but instead prefer to seek asylum from a state in Western or Northern Europe where they believe they will be better protected”. HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Op Cit. P. 217-218

²⁷¹ VAN SELM. Op. Cit. P. 24.

En este sentido, en el caso *NAGV v. Australia*²⁷², la Corte Suprema Australiana resolvió anular la decisión del Ministro de Inmigración y Asuntos Indígenas de Australia de rechazar la solicitud de refugio de un padre e hijo judíos que huían de Rusia, únicamente por considerar que los solicitantes tenían la posibilidad de residir en Israel, por ser este último gobierno generoso en otorgar residencia a quienes tuvieran origen judío, aún cuando los solicitantes habían optado por no viajar a Israel, porque no hablaban el idioma, no tenían una conexión mayor con el país, nunca habían residido en él y la esposa de este solicitante no era judía, lo que podía dificultar obtener su residencia en este país.

La Corte Suprema, rechazó la posición del Ministro de Inmigración, estableciendo que Australia sí estaba obligada a acoger a los solicitantes en virtud de las obligaciones que emanan de la Convención de 1951 y sus disposiciones de derecho interno, pese a que existiera otro Estado, que estaría supuestamente abierto a recibir a los solicitantes. Lo contrario además, suponía una medida discriminatoria en contra de los solicitantes de refugio judíos, quienes nunca podrían solicitar refugio en Australia, bajo el criterio adoptado por el Ministro de Inmigración y se les privaría de la libertad de solicitar refugio en un país distinto a Israel, con el que tuvieran una mayor conexión y cuyo asentamiento les resultara más fácil.

1.1.2.1.2 El problema de los refugiados “en órbita”

Otra crítica que se plantea a la utilización del concepto de “tercer estado seguro” como una barrera de entrada a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado es que puede generar que los solicitantes de refugio sean objeto de sucesivos retornos forzados y finalmente devueltos al país en que sufre persecución.

Tal como lo describe Legomsky: “Suponga que una persona huye de una situación de persecución en un país A y pasa por los países B, C y D, en su trayecto hacia el país E en el que solicita refugio. Asuma que el país D y E tienen un acuerdo de tercer estado seguro. En virtud del acuerdo, el país E envía a la persona al país D considerado como seguro, el cual no practica la persecución ni envía a un solicitante de refugio a un país en el que pueda sufrir persecución. El País D, a su vez, envía al solicitante al país C, por cuanto asume que este país tampoco practica la persecución ni envía a un solicitante de refugio a un país en el que pueda sufrir persecución. Desafortunadamente el país C, a su vez, devuelve al solicitante al país B, el que tampoco practica por sí mismo la persecución, pero envía al solicitante al país A, en el que el

²⁷² Corte Suprema de Australia. *NAGV and NAGW contra Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*. 2 de Marzo de 2005. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42c533034.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

solicitante sufre persecución. En este caso no hay técnicamente una violación del acuerdo de tercer país seguro, en tanto ninguno de los países contratantes devolvió al solicitante a un país en el que el solicitante sufriera persecución ni a un país que devolviera al solicitante al país en el que teme ser perseguido”²⁷³

En este caso, pese a que el país B cumplió con sus obligaciones contraídas en el acuerdo con el país C, en la práctica finalmente se da el resultado indeseado de que el solicitante es devuelto al país de origen en el que sufre persecución como consecuencia de las devoluciones sucesivas, a partir de la primera devolución que efectuó el país B al Tercer Estado considerado como seguro. Esta situación, claramente debilita el sistema de protección a los refugiados y deja a los solicitantes de refugio en absoluta indefensión

Así, en el caso de la Convención de Dublín, la disposición del artículo 3, apartado de este Convenio, norma que también contempla el nuevo Reglamento de Dublín, permite a los Estados hacer prevalecer la aplicación de las normas internas que regulan la devolución de los solicitantes a un Tercer Estado Seguro, por sobre las normas del Convenio. De esta manera, un Estado podría devolver al solicitante de refugio a un tercer país que se encuentre fuera del Convenio, el que a su vez podría retornar al refugiado al lugar de persecución, o a un tercer Estado que sí sea parte del Convenio, que tampoco necesariamente tendría la responsabilidad de determinar la condición de refugiado del solicitante, según los criterios que el Convenio contempla. A su vez, el Estado podría ordenar el retorno del solicitante a un tercer país o al Estado de persecución directa o indirectamente.

En este sentido, el ACNUR ha manifestado que le preocupa “la posibilidad que tiene cualquier Estado miembro bajo el Convenio de Dublín, de trasladar la responsabilidad de estudiar la solicitud a un Estado fuera de la Unión Europea, pudiéndose romper así la cadena de compromisos y garantías mutuamente acordadas con las que el ACNUR pudiera contar razonablemente dentro del espacio europeo”.²⁷⁴

Como solución al problema de los refugiados en órbita en el contexto de este tipo de prácticas, Van Selm plantea que los acuerdos de readmisión deberían ser estructurados exigiendo el consentimiento para el retorno tanto del Estado como del individuo y estableciendo garantías

²⁷³ LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker`s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op.cit. P. 7

²⁷⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Nuevo Examen del Convenio de Dublín. Reflexiones del ACNUR sobre el documento de trabajo de la Comisión [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1212.pdf?view=1> [consulta: 10 de septiembre 2009] P. 3

contra la devolución, como también de acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado conforme a estándares internacionales.²⁷⁵

Legomsky también agrega, que para poder considerar a un tercer estado como seguro, el Estado de acogida debería considerar que este tercer Estado no envíe al solicitante nuevamente a otro Estado que no cumpla con los requisitos mínimos ya utilizados para calificar al Estado como seguro.²⁷⁶ De esta manera se evitaría la cadena de devoluciones del solicitante hacia el país en el que puede sufrir persecución. Así por ejemplo, el Acuerdo de Tercer Estado Seguro celebrado entre Canadá y Estados Unidos, ha seguido esta recomendación, estableciendo la prohibición de que el Estado parte al cual el refugiado es retornado, devuelva al refugiado a un tercer estado para que se determine su condición de refugiado, evitando de esta manera una cadena de devolución.²⁷⁷

1.1.2.1.3 Incumplimiento de la obligación de *non refoulement* de manera indirecta.

Vinculado al problema de los refugiados en órbita, también se ha señalado que como consecuencia de las devoluciones sucesivas de las que podría ser objeto un refugiado, los Estados podrían llegar a incumplir el principio de *non refoulement* de manera indirecta.²⁷⁸

Así, en el fallo TI v. UK, la Corte Europea de Derechos Humanos revisó el caso de un solicitante de refugio, que aducía haber sido torturado en Sri Lanka, por funcionarios policiales y que motivado por un “fundado temor de persecución” habría huido hacia Alemania. A su vez, en Alemania, se rechazó su solicitud de refugio, atendido que se consideró que este tipo de prácticas de tortura, no era un hecho atribuible al Estado y que constituía una conducta aislada de ciertos funcionarios que el mismo Estado se comprometía a no tolerar en el futuro, sin que pudiera señalarse que el temor del solicitante de regresar a su país fuera “fundado”. Atendido el rechazo de su solicitud, el solicitante viajó hacia Inglaterra, país que rechazó la solicitud

²⁷⁵ VAN SELM. Op.cit. P. 58-59

²⁷⁶ LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker’s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op. cit. P. 7.

²⁷⁷ LEGOMSKY, STEPHEN. “Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection”. Op. Cit. P. 21.

²⁷⁸ Legomski, por ejemplo se refiere al caso de diecinueve guatemaltecos que en agosto de 2002 solicitaron ser reconocidos como refugiados en el aeropuerto de Londres, luego de haber hecho escala en Estados Unidos y España. Las autoridades inglesas los devolvieron a España, país que a su vez, los envió devuelta a Miami. Desde ahí, Estados Unidos los deportó a Guatemala, sin que se revisara la posibilidad de reconocimiento de su condición de refugiados en ninguno de los tres países, pese a las solicitudes presentadas por los mismas personas y respaldadas por Amnistía Internacional a estos tres gobiernos. Ibid. P. 14

presentada en sede de admisibilidad, dando aplicación al Convenio de Dublin y ordenando su retorno a Alemania, país que sería responsable de evaluar su solicitud. Dado que el solicitante temía que su solicitud fuera rechazada nuevamente y enviado de vuelta a su país de origen, solicitó a la Corte Europea que se pronunciara al respecto, argumentando que se estaría infringiendo los derechos que le conferían el artículo 2, 3, 8 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁷⁹

El ACNUR, por su parte, sostuvo en el informe solicitado por la Corte en este caso que “la exigencia de *non refoulement* se aplica en todos los casos en que el Estado considera devolver a una persona a un territorio en el que su vida o libertad se pudiera ver amenazado” y que “la devolución indirecta de un refugiado hacia un tercer país, que subsecuentemente enviará al solicitante al lugar de persecución, también constituiría un caso de *refoulement*, incurriendo ambos países involucrados en responsabilidad.”²⁸⁰

Finalmente, el Tribunal precisó que “(...) *the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention [European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms]. Nor can the United Kingdom rely automatically in that context on the arrangements made in the Dublin Convention concerning the attribution of responsibility between European countries for deciding asylum claims.*”²⁸¹

De esta manera, la Corte consideró que previo a la devolución del solicitante a Alemania, Inglaterra tenía la obligación de examinar la solicitud de refugio, a fin de determinar si es efectivo que como consecuencia de su devolución a Alemania, el afectado podría ser deportado finalmente a su país de origen en el que temía ser expuesto a un trato inhumano y degradante, ya que de lo contrario se estaría incumpliendo el artículo 3º de la Convención Europea.

Así también, la House of Lords de Inglaterra en el caso *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan and Others* se pronunció en este sentido, señalando que la

²⁷⁹ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. T.I. v. The United Kingdom. 7 de marzo de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42c533034.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

²⁸⁰ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. T.I. And The United Kingdom. Submission By The United Nations High Commissioner For Refugees.[en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/42f7737c4.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]. P.3.

²⁸¹ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. T.I. v. The United Kingdom. 7 de marzo de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42c533034.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

devolución de dos de los solicitantes desde Inglaterra a Alemania y uno de ellos a Francia, en tanto supuestos estados seguros, infringiría el principio de *non refoulement*, considerando que ambos países no consideraban para calificar la condición de refugiado el hecho de que los solicitantes pudieran ser perseguidas por agentes no estatales, como habría ocurrido en su caso, por lo que era probable que sus solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, fueran rechazadas en estos países y eventualmente deportados a sus países de origen²⁸².

Para concluir, según se revisó en este apartado, la aplicación del concepto de “tercer estado seguro” como una barrera de entrada a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado es una práctica que se ha generalizado en Europa y que se ha extendido también fuera de sus fronteras. Pese a que el ACNUR sólo ha señalado aquellas garantías mínimas que deberían respetarse al aplicar este tipo de práctica, desde la doctrina y jurisprudencia de los Estados, se han planteado distintas críticas concretas que atienden a la libertad que deberían tener los solicitantes de refugio al solicitar asilo, al problema de los refugiados en órbita y a la posibilidad de incumplimiento de la obligación de *non refoulement* que podría generar este tipo de prácticas, debilitándose de esta manera el sistema de protección a los refugiados.

Por último en caso de implementarse este tipo de prácticas al interior de los Estados, parece necesario, que al menos el procedimiento que se adopte para determinar si un Estado puede considerarse como un Estado seguro sea lo suficientemente transparente, se garantice que el solicitante pueda refutar la presunción de seguridad y además se exija que este tercer estado readmita y se pronuncie respecto del fondo de la solicitud de refugio a fin de que el solicitante pueda recibir finalmente protección. También debiera tomarse en consideración, la conexión real que tiene el solicitante con este Tercer Estado y si le será posible integrarse en él.

1.1.3 Solicitantes que provienen de un “primer país de asilo”

El concepto de primer país de asilo se relaciona estrechamente con el concepto de “tercer país seguro” ya analizado y plantea problemas similares en su aplicación. No obstante, mientras este último concepto, sólo exige que el refugiado tenga la posibilidad de ser reconocido como refugiado en un tercer país por el que transitó o con el cual tenga algún tipo de vínculo, el concepto de “primer país de asilo” requiere que el solicitante de refugio ya haya obtenido

²⁸² CÁMARA DE LOS LORES DE INGLATERRA. Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan, Ex parte Aitseguer. 19 de Diciembre de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b73b0.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

formalmente dicho reconocimiento y protección en el tercer país antes de solicitar refugio en el Estado de destino.

La utilización del concepto de “primer país de asilo” por parte de los Estados, tuvo su origen en la necesidad de frenar el desplazamiento secundario de los solicitantes de refugio que arribaban a Europa y que, a juicio de los Estados de destino, podían llegar a desestabilizar el sistema de protección a los refugiados.

El ACNUR, en la Conclusión N°58 de su Comité Ejecutivo, en 1989, identificó el problema de aquellos solicitantes de asilo “que abandonan de manera irregular los países donde ya han encontrado protección a fin de buscar asilo o reasentamiento permanente en otra parte”, señalando que este tipo de desplazamientos los realizan en gran medida personas que se “sienten obligadas a partir, debido a la falta de posibilidades de educación y de empleo y a la inexistencia de soluciones duraderas a largo plazo mediante repatriación voluntaria, integración local y reasentamiento”.²⁸³ En este documento, el Comité Ejecutivo del ACNUR justifica la práctica de los estados de acogida de los refugiados de devolver a los solicitantes de asilo al primer país de asilo, bajo ciertas garantías.

En particular el ACNUR señala que “cuando los refugiados y las personas que buscan asilo abandonan de manera irregular un país en el que ya han encontrado protección, se les podrá devolver a ese país: i) si están protegidos en ese país contra la posibilidad de una devolución, y ii) si se les permite permanecer allí y son objeto de un trato conforme a las normas humanitarias básicas reconocidas hasta que se encuentra una solución duradera para ellos.”²⁸⁴

En la práctica, los países europeos han incorporado el concepto de “primer país de asilo” en su derecho interno, con objeto de justificar el retorno de los solicitantes de refugio a este tercer país, el que debería ser capaz de seguir otorgándole protección, lo que se determina, por lo general, en sede de admisibilidad en el Estado de destino, denegándosele el acceso a un procedimiento de determinación de su condición de refugiado, a aquellos solicitantes que provengan de un “primer país de asilo”.

La Directiva de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado²⁸⁵, legitima esta práctica de los Estados, definiendo el concepto de “primer país de asilo” y autorizando a los

²⁸³ CONCLUSIÓN GENERAL N°58. Problema de los Refugiados y de los Solicitantes de Asilo que abandonan de manera irregular un País en el que ya habían encontrado Protección. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 1989. P. 1

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. *Loc. Cit.*

Estados para que denieguen el acceso al procedimiento de determinación de su calidad de refugiado a aquellos solicitantes que provengan de estos Estados en sede de admisibilidad.

Según se dispone en el preámbulo de la Directiva: “los Estados miembros no deberían estar obligados a evaluar la sustancia de una solicitud de asilo cuando un primer país de asilo hubiere concedido el estatuto de refugiado al solicitante u otro tipo de protección suficiente, y el solicitante sea readmitido en dicho país”²⁸⁶ De esta manera, si la solicitud cumple con los supuestos que recoge el artículo 26, el Estado podrá declarar su inadmisibilidad y no se verá obligado a examinar la solicitud, según lo dispone el artículo 25 de este instrumento.

La mayoría de los países de la unión Europea han incorporado formalmente el concepto de “primer país de asilo” en su derecho interno. Así se constata en países como Bulgaria, República Checa, Finlandia, Alemania, Grecia, Italia, Holanda, Eslovenia, España e Inglaterra.
287

No obstante, según lo ha constatado el ACNUR, pese al reconocimiento formal del concepto en países como Bulgaria, República Checa, Grecia y Eslovenia, este tipo de disposiciones no tienen ninguna aplicación en la práctica, mientras que en los demás países en los que se reconoce formalmente el concepto, tiene escasa aplicación.²⁸⁸

En cuanto a los requisitos que debe cumplir un Estado para poder aplicar el concepto de “primer país de asilo”, el artículo 26 de esta Directiva establece que se debe atender a “a) si éste ha sido reconocido como refugiado en dicho país y puede aún acogerse a dicha protección, o bien b) si éste goza de protección suficiente en dicho país” y “se acoge al principio de no devolución” y en ambos casos “siempre que el solicitante sea readmitido en dicho país”²⁸⁹

El Consejo Europeo de Refugiados y Exilio (en adelante ECRE), compuesto por una red de organizaciones no gubernamentales que promueven políticas en Europa a favor de los refugiados, ha manifestado su preocupación por el hecho de que la Directiva haya utilizado el concepto de “suficiente protección” y no el de “protección efectiva” como requisito para

²⁸⁶ Conforme se establece en el artículo 25.2 de la Directiva “Los Estados miembros podrán considerar inadmisibles una solicitud de asilo con arreglo al presente artículo si: a) otro Estado miembro ha concedido el estatuto de refugiado; b) un país que no sea un Estado miembro se considera primer país de asilo del solicitante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26”

²⁸⁷ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice. Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions.* Op. Cit. p. 284

²⁸⁸ *Ibid.* p. 285

²⁸⁹ El artículo 26 de la Directiva establece los requisitos para calificar un primer país de asilo. Conforme esta norma “Un país podrá ser considerado primer país de asilo de un solicitante de asilo: a) si éste ha sido reconocido como refugiado en dicho país y puede aún acogerse a dicha protección, o bien b) si éste goza de protección suficiente en dicho país, e incluso se acoge al principio de no devolución, siempre que el solicitante sea readmitido en dicho país”.

permitir la devolución del solicitante a un primer país de asilo, en tanto implica que los estándares de exigencia serán más bajos que los que recomienda el ACNUR.²⁹⁰

El ACNUR precisa que la expresión “suficiente protección” del artículo 26, letra b) no representa una garantía lo bastante precisa ni adecuada para autorizar el retorno de un solicitante de refugio a un “primer país de asilo” y recomienda que se reemplace el término “suficiente protección” por el de “protección efectiva”, de manera de estar en línea con la Convención de 1951, siguiendo las recomendaciones que se adoptan en la “Conclusión de Lisboa”,²⁹¹ documento elaborado por la mesa redonda de expertos convocados por el ACNUR en esta ciudad en Diciembre de 2002 para tratar este tema.²⁹²

La Conclusión de Lisboa en particular define al concepto de “Protección Efectiva” en el contexto de los movimientos secundarios de Refugiados y solicitantes de asilo, estableciendo aquellos factores considerados fundamentales para realizar su valoración, los que no se limitan al reconocimiento formal de derechos, sino que exige también valorar el “riesgo real” del solicitantes de ser objeto de persecución y de incumplimiento del principio de *non refoulement*,

²⁹⁰ El ECRE precisa que: “ (...) mere protection against *refoulement* in the first country of asylum cannot be considered “sufficient protection”. The full range of refugee rights enumerated in the 1951 Refugee Convention, the Qualification Directive, and other international and European human rights instruments must be guaranteed. Such protection must also be available in practice in the country concerned, and must be assessed on an individual basis by the State intending to apply the concept. Changing the language to ‘effective protection’ instead of ‘sufficient protection’ would better reflect this requirement” EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Comments From The European Council On Refugees And Exiles On The European Commission Proposal To Recast The Asylum Procedures Directive. 2010 [en línea] < <http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/162.html>> [consulta: 10 de junio 2010] P 36

²⁹¹ La “Conclusión de Lisboa” fue adoptada por una mesa redonda de expertos convocados por el ACNUR en Lisboa en Diciembre de 2002 con el objeto de analizar el concepto de “Protección Efectiva” en el contexto de los movimientos secundarios de refugiados y solicitantes de asilo. La Mesa Redonda se realizó en seguimiento directo del “Programa de Protección”, el cual define como una de sus seis metas la “Protección de los refugiados en los grandes movimientos migratorios”, estableciendo que el el ACNUR, en cooperación con los interlocutores pertinentes, ha de analizar las razones de esos movimientos, y proponer estrategias para abordarlos en situaciones concretas, sobre la base de una descripción más precisa de lo que constituye una protección efectiva en los países de primer asilo, y teniendo en cuenta la solidaridad internacional y la repartición de la carga”. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. El concepto de “Protección Efectiva” en el contexto de los movimientos secundarios de Refugiados y solicitantes de asilo: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Lisboa. Mesa Redonda de Expertos. Lisboa, 9-10 de Diciembre de 2002 Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Instituto de Políticas Migratorias. [en línea] < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2229>> [consulta: 10 de mayo 2011]

²⁹² ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice. Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4c63e52d2.pdf>> [consulta: 9 de noviembre de 2010] Op. cit. p.291.

considerar la práctica de los Estados en materia de respeto a los derechos humanos de los refugiados y tener en cuenta el acceso a medios de subsistencia en este Tercer Estado, entre otros factores²⁹³.

En cuanto a la práctica de los Estados en este sentido, cabe destacar el caso de España, que acogiendo la recomendación del ACNUR, terminó por incorporar el concepto de protección efectiva como requisito para proceder a la devolución de un solicitante a un primer país de asilo. Así, según lo dispone el artículo Artículo 20 de la Ley 12/2009, de 30 de Octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria: “sólo podrá ser declarada inadmisibile una solicitud por este tipo de causal “c) cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo

²⁹³ El párrafo 15 de este documento establece que “los siguientes elementos, que no tienen carácter exhaustivo, son factores fundamentales para realizar la valoración de la “protección efectiva” en el contexto del retorno a un tercer país:

- a) La persona no tiene un riesgo fundado de persecución en el tercer Estado, por motivos contemplados en la Convención de 1951.
- b) Existirá un respeto por los derechos humanos fundamentales en el tercer Estado, de conformidad con los estándares internacionales, incluyendo –aunque sin limitarse- los siguientes:
 - no existe un riesgo real de que la persona sufriría tortura o tratamientos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el tercer Estado;
 - no existe un riesgo real contra la vida de la persona en el tercer Estado;
 - no existe un riesgo real de que la persona sería privada de su libertad en el tercer Estado, sin las garantías del debido proceso.
- c) No existe un riesgo real de que la persona sería enviada, por el tercer Estado, a otro Estado en el cual no recibiría una protección efectiva o se encontraría en riesgo de ser enviado desde ahí a cualquier otro Estado en el cual dicha protección no estaría disponible.
- d) El tercer Estado ha acordado, aunque en respeto a los principios de protección de la información, readmitir a la persona como un solicitante de asilo o, según el caso, como un refugiado.
- e) Aunque la adhesión a instrumentos internacionales sobre refugiados y sobre derechos humanos básicos es un indicador fundamental, la práctica actual de los Estados en su cumplimiento de estos instrumentos resulta clave para valorar la efectividad de la protección. Cuando se trata del retorno de un solicitante de asilo a un tercer Estado, la adhesión y el cumplimiento con la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 resultan esenciales, a menos de que el país de destino pueda demostrar que el tercer Estado ha desarrollado una práctica semejante a la Convención de 1951 o su Protocolo de 1967.
- f) El tercer Estado brinda acceso a la persona a procedimientos justos y eficientes para la determinación de la condición de refugiados, los cuales incluyen –como base para el reconocimiento de la condición de refugiado- motivos que estarían reconocidos en el país de destino. Sin embargo, en los casos en que el tercer Estado provea reconocimiento prima facie del estado de refugiado, la valoración debe establecer si la persona puede acceder a tal reconocimiento y a la adecuada protección.”
- g) La persona tiene acceso a medios de subsistencia suficientes para mantener un estándar de vida adecuado. Luego del reconocimiento como refugiado, el tercer Estado adopta medidas para alcanzar progresivamente su independencia, mientras la persona aguarda la adopción de una solución duradera.
- h) El tercer Estado toma en cuenta cualquier vulnerabilidad especial de la persona afectada y tutela la privacidad de la persona o su familia.
- i) Si la persona es reconocida como refugiado, la protección efectiva permanecerá disponible hasta que se adopte una solución duradera.” ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. El concepto de “Protección Efectiva” en el contexto de los movimientos secundarios de Refugiados y solicitantes de asilo: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Lisboa. Loc.cit.

25.2.b) y en el artículo 26 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, la persona solicitante se halle reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado, siempre que sea readmitida en ese país, no exista peligro para su vida o su libertad, ni esté expuesta a tortura o a trato inhumano o degradante y tenga protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra”

1.1.3.1 Críticas a la aplicación del concepto de primer país de asilo.

Los aspectos problemáticos de la práctica de los Estados de denegar el acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado a los solicitantes de protección que provengan de un “primer país de asilo”, son similares a los ya planteados respecto del concepto de “tercer estado seguro”.

Así, Legomsky, señala que, a través de este tipo de prácticas también podría llegar a generarse el problema de los refugiados “en órbita” si no se asegura la readmisión de los solicitantes en el primer país de asilo.²⁹⁴ A su vez, este tipo de prácticas puede generar una desigual distribución de la carga de los Estados de otorgar protección, sobrecargando a aquellos países fronterizos de los países de origen de los solicitantes de refugio, los que en muchos casos no cuentan con los recursos necesarios ni las instituciones adecuadas para otorgar la debida protección, como ocurre en el caso de los países de Europa del Este que han adoptado de manera reciente la Convención de 1951, y que han debido acoger un gran flujo de refugiados provenientes de Asia, por estar más cercanos a sus fronteras, en tanto son considerados por los demás países europeos como primeros países de asilo, al haber entrado los solicitantes previamente en su territorio y ser acogidos como tales.²⁹⁵

Otro aspecto que resulta problemático es que, al aplicar este concepto, los Estados por lo general no toman en consideración aquellas situaciones de hecho que impiden que el solicitante

²⁹⁴ En este sentido, Legomsky señala que “non-acceptance of returning irregular movers” by asylum countries has become increasingly frequent, for a variety of reasons. It is probably now the norm for first countries of asylum at least to resist, if not firmly refuse, the readmission of so-called “irregular movers.” Syria, Jordan, Lebanon, Iran, and Pakistan routinely refuse readmission to those who enjoyed protection in their territories, left in an irregular manner (for example, without exit visas, a common occurrence because a promise not to return is often required for exit visas), and then were sent back by their destination countries. (Analogous practices are less common in Africa, largely because border control problems are so overwhelming.) When destination countries attempt to return asylum seekers to third countries that will not readmit them, there is at least the risk of orbit and, depending on what the particular third country does next, the further risk of refoulement.” LEGOMSKY, STEPHEN. “Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection”. Op. cit. P.22.

²⁹⁵ Ibid. P.32.

pueda recibir una “protección efectiva” en el primer país de asilo y que justamente motivan en la mayoría de los casos el desplazamiento hacia un tercer país. Así, según lo detalla Legomsky, los refugiados en un primer país de asilo, aun cuando se le reconozca formalmente su condición, podrían ser objeto de persecución en un tercer país por agentes no estatales, podrían ver restringido el ejercicio de sus derechos civiles o presentar dificultades para cubrir sus necesidades básicas o verse limitados para acceder a soluciones duraderas que permitan su integración y establecimiento prolongado.²⁹⁶

Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Abdolkhani and Karimnia V. Turkey*²⁹⁷, se pronunció recalando la necesidad de que los Estados de acogida atiendan a las circunstancias particulares del primer país de asilo, antes de disponer su devolución y atiendan a la posibilidad real de que puedan recibir protección efectiva. En este caso, dos refugiados iraníes que habían sido reconocidos como tales en Irak y que habían vivido en un campamento para refugiados en este país, habrían intentado huir hacia Turquía a fin de solicitar ayuda al ACNUR, luego de que se cerrara el campamento en que vivían y la oficina del ACNUR en Irak por haber sido objeto de un atentado terrorista. En Turquía, sin embargo, fueron detenidos por intentar entrar a este país con pasaportes falsos y se ordenó la deportación de los solicitantes de refugio a Irak. Ante esta situación, los solicitantes acudieron a la Corte Europea de derechos Humanos, aduciendo que la deportación a Irak constituía un acto contrario al Artículo 3 de la Convención de Derechos Humanos, ya que este país no era capaz de asegurar su protección efectiva contra la persecución y posible devolución a Irán.

Finalmente la Corte resolvió que dado que en Irak no existían las garantías suficientes para evitar la persecución de que podían ser objeto los solicitantes en este país y para impedir que fueran enviados a Irán, Turquía estaría violando el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos si la deportación se hacía efectiva y acoge la petición de los solicitantes de refugio de no ser deportados a Irak, pese a que los solicitantes habrían sido reconocidos como refugiados previamente en dicho país.²⁹⁸

²⁹⁶ Ibid. P.29-31.

²⁹⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*. 22 de Septiembre de 2009. [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ab8a1a42.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

²⁹⁸ “88. The Court reiterates in this connection that the indirect removal of an alien to an intermediary country does not affect the responsibility of the expelling Contracting State to ensure that he or she is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention (see *T.I. v. the United Kingdom* (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000-III; *Salah Sheekh*, cited above, § 141). 89. Given that the applicants' deportation to Iraq would be carried out in the absence of a legal framework providing adequate safeguards against risks of death or ill-treatment in Iraq and against the applicants' removal to

De esta manera, la Corte tuvo en cuenta que, pese a que Irak había reconocido la calidad de refugiados de los solicitantes, no resultaba en la práctica un lugar seguro frente a una posible devolución a Irán y por tanto, sanciona el hecho de que Turquía aplique el concepto de “primer país de asilo”, para impedir el acceso del solicitante a un procedimiento justo de determinación de sus condición de refugiado.

Otro aspecto que resulta problemático, y que se hace evidente en la regulación de la Directiva de la Unión Europea²⁹⁹, es que la aplicación de el concepto de primer país de asilo en sede de admisibilidad, impidiendo la tramitación de la solicitud, no asegura a los refugiados la oportunidad de refutar la presunción de seguridad del “primer país de asilo”, ni que tengan acceso a una entrevista personal, de manera de que los solicitantes puedan aportar antecedentes que desvirtúen la presunción de que el primer país de asilo es en realidad seguro.

En este sentido el ACNUR recomienda que la Directiva sea reformada en el sentido de exigir expresamente que los solicitantes de asilo tengan la posibilidad de refutar la presunción de seguridad e impugnar aquella resolución que declare inadmisibile su solicitud por provenir el refugiado de un “primer país de asilo”³⁰⁰

A modo de conclusión, puede señalarse que el mayor problema de este tipo de práctica es que permite rechazar las solicitudes de refugio atendiendo a un criterio netamente formal, de manera automática, sin sopesar todas aquellas circunstancias de hecho que pudieran llegar a justificar la decisión de un solicitante de refugio para abandonar un país en que se le reconoció su condición de refugiado. Por lo mismo, es imprescindible que los países al aplicar esta restricción de acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado y devolver al solicitante al primer país de asilo, tengan en consideración todas aquellas circunstancias de hecho que permitan asegurar que el solicitante podrá recibir una protección efectiva y que no será forzado finalmente a devolverse a su país de origen.

Iran by the Iraqi authorities, the Court considers that there are substantial grounds for believing that the applicants risk a violation of their rights under Article 3 of the Convention if returned to Iraq. European Court of Human Rights” CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*. 22 de Septiembre de 2009. [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ab8a1a42.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

²⁹⁹ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Comments From The European Council On Refugees And Exiles On The European Commission Proposal To Recast The Asylum Procedures Directive. Op.cit. P 36-37.

³⁰⁰ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice Key Findings and Recommendations Law. Op.cit. p. 60.

En este sentido, resulta fundamental, que se respeten las garantías procesales del solicitante, para que pueda refutar la presunción de seguridad que se le estaría aplicando en este tipo de casos y que además se asegure la readmisión del solicitante en el primer Estado que le otorgó el refugio.

1.1.4 Solicitantes que provienen de un País seguro de origen

El concepto de “país seguro de origen” se utiliza para referirse a aquellos países que conforme a la percepción del Estado de acogida “normalmente no generan refugiados”³⁰¹ atendiendo a parámetros objetivos y consideraciones en torno a la estabilidad de estos Estados, presumiéndose que aquellos solicitantes que provengan de estos países no requerirán de protección bajo los supuestos del derecho internacional de refugiados.

Este concepto se basa en la premisa que ciertos países pueden ser considerados como “inherentemente seguros” y que es dable suponer que los solicitantes de asilo que sean nacionales de estos países no se encuentran necesitados de protección.³⁰² Así, algunos Estados, mayoritariamente en Europa, teniendo como premisa este concepto han elaborado extensas listas de países seguros, las cuales aplican “como una barrera automática para denegar el acceso a los procedimientos de asilo” o también como supuesto para tramitar este tipo de solicitudes por medio de procedimientos acelerados, para establecer presunciones probatorias o como justificación para limitar el derecho de apelación de los solicitantes de refugio.³⁰³

301 Según lo señalan Martenson y Mc Carthy: “In many national legislative texts, the definition that a SCO is one ‘where it can be clearly shown, in an objective and verifiable way, normally not to generate refugees’, (Reilly 1995: 1) as stated in the London Resolutions 1992, has been watered down by the states implementing the SCO concept. MARTENSON, HENRY Y MC CARTHY, JOHN. “‘In General No Serious Risk of Persecution’: Safe Country of Origin Practices in Nine European States” [en línea] *Journal of Refugee Studies*. 1998. 11 (3) <<http://jrs.oxfordjournals.org/content/11/3/304.abstract>> [consulta: 23 de mayo de 2011] p. 12.

302 Conforme lo precisa John-Hopkins: “The ‘safe country of origin’ concept is premised on the assumption that certain asylum seekers do not require protection at all because their country of origin is regarded by the destination country as inherently safe.” JOHN-HOPKINS, MICHAEL. Op.cit. P. 219

303 ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op.cit. P. 10.

Los gobiernos han justificado esta práctica señalando que la misma tiene por objeto agilizar los procedimientos de determinación y evitar las solicitudes abusivas.³⁰⁴ Hailbronner, en este sentido señala que este tipo de mecanismos permiten “identificar de manera temprana a los solicitantes que no tienen nada que temer en su país de origen, respecto de quienes se puede presumir que han abusado del procedimiento de asilo para eludir las leyes de inmigración”³⁰⁵

Así también, este tipo de prácticas permitiría descongestionar los sistemas de asilo, desincentivando que los demás inmigrantes que no se encuentren en peligro de persecución por los motivos que establece la Convención de 1951 presenten solicitudes de refugio y favorecería que los Estados puedan concentrarse en aquellos solicitantes de asilo que verdaderamente se encuentran necesitados de protección.

El primer país que introdujo el concepto de “país seguro de origen” fue Suiza en 1990 y posteriormente su uso se extendió a otros países de Europa³⁰⁶, a partir de la publicación de las “Conclusiones acerca de los Países en los que generalmente no existe un riesgo serio de Persecución”³⁰⁷ o también denominada “Resolución de Londres”, elaboradas por los Ministros competentes en materia de inmigración de los países de la comunidad europea reunidos en Londres, en 1992. Este documento definió el concepto de país seguro de origen como aquel “en que se observe claramente, en una forma objetiva y verificable, que normalmente no genera refugiados o que las circunstancias que justificaron en algún momento acudir a la Convención de 1951 han dejado de existir”

La Resolución de Londres estableció cuatro criterios para determinar si un Estado puede ser considerado seguro. En primer lugar, señala que se debe atender al número de refugiados que el país en cuestión ha generado en el pasado, por cuanto considera que si un país ha generado un número bajo de refugiados, lo más probable es que exista una tendencia en este sentido hacia el

³⁰⁴ MARTENSON, HENRY Y MC CARTHY, JOHN. Op. cit. P. 3

³⁰⁵ Así, según lo señala Hailbronner: “(...) the underlying idea is to single out at an early stage those applicants who have nothing to fear in their home country and who can therefore be presumed to have abused the asylum procedure to circumvent immigration laws” HAILBRONNER, Kay. “The Concept of 'Safe Country' and Expeditious Asylum Procedures: A West European Perspective”. [en línea] *International Journal of Refugee Law* 1993, 5 (1) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/content/5/1/31.abstract>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]

³⁰⁶ MARTENSON, HENRY Y MC CARTHY, JOHN. Op.cit. P.4.

³⁰⁷ UNIÓN EUROPEA. Conclusions on Countries in Which There is Generally No Serious Risk of Persecution (“London Resolution”). 1992. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f86c6ee4.html>> [consulta: 20 de Mayo 2011]

futuro. El segundo factor a considerar es la “observancia de los derechos humanos”, esto es que el país sea respetuoso de las obligaciones asumidas en esta materia, tanto mediante instrumentos internacionales como aquellas que emanan de su derecho doméstico. El tercer elemento que considera es la existencia de instituciones democráticas y por último señala que se debe atender a la estabilidad del país, situación que deberá ser revisada mediante información actualizada. Finalmente precisa que una vez determinado aquellos países que pueden considerarse como seguros, no se debe rechazar automáticamente las solicitudes de asilo de quienes provengan de estos Estados ni privarlos de acceder a procedimientos de determinación individuales, pero sí autoriza que se utilicen procedimientos acelerados de asilo, al considerarse estas solicitudes como “manifiestamente infundadas”

La Directiva de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, se refiere también al concepto de “país de origen seguro”, señalando en su preámbulo que “una consideración clave para establecer si una solicitud de asilo está justificada es la seguridad del solicitante en su país de origen” y que “cuando un tercer país puede considerarse como país de origen seguro, los Estados miembros deberían estar en condiciones de presuponer que es seguro para un solicitante concreto a menos que este último presente graves contraindicaciones”.

A continuación, el artículo 29 precisa que “el Consejo, por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará una lista mínima común de terceros países que tendrán la consideración de países de origen seguros para los Estados miembros”³⁰⁸ No obstante, esta norma no ha sido aplicada finalmente en la práctica, ante la dificultad de que el Consejo llegue a un acuerdo acerca de su contenido.³⁰⁹

³⁰⁸ Costello señala que originalmente la Comisión propuso una lista opcional, sujeta a garantías estrictas, pero finalmente en Octubre de 2003, el Consejo optó por establecer una lista común mínima que los Estados estarían obligados a acatar. Esta regulación es criticada en cuanto, la Unión Europea sólo tendría competencia para establecer “estándares mínimos” respecto de este tipo de procedimientos y no obligaciones para los Estados, tendientes a restringir derechos de los refugiados. COSTELLO, CATHRYN. “The European asylum procedures directive in legal context”. [en línea] <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/4552f1cc2.pdf>> [consulta: 10 de mayo de 2011] P. 14.

³⁰⁹ Según precisa Costello: “it proved impossible to reach the requisite unanimous agreement on the list, so the Directive now foresees later adoption of a common list. (As previously mentioned, the procedure for agreeing the common list has been challenged by the European Parliament before the ECJ). At least two attempts to agree such a list have failed. The more recent, in June 2006, floundered not only due to the absence of agreement in the Council, but also due to differences among the College of Commissioners. One problem in agreeing the list is that an entire country must be deemed safe for its entire population. It is not possible to make group or geographically-specific designations, in contrast to the practice of some Member States. As a result, Member States prefer to maintain their own more detailed context-sensitive lists, which are explicitly permitted under the Procedures Directive”. Ibid. P. 14-15

No obstante lo ya señalado, la Directiva en su artículo 30 también autoriza a los Estados para introducir o mantener legislación en su derecho interno que permita, la designación de terceros países distintos de los incluidos en la lista mínima común como países de origen seguro a los efectos del examen de solicitudes de asilo. Según lo dispone la Directiva, los Estados miembros deben tomar en consideración “la situación jurídica, la aplicación del Derecho y las circunstancias políticas generales del tercer país de que se trate”, basándose en una serie de fuentes de información, incluida en particular la información procedente de otros Estados miembros, el ACNUR, el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales pertinentes.

En cuanto a su aplicación por los Estados miembros, la Directiva establece que las solicitudes de quienes provengan de países de origen seguro se considerarán como infundadas y se tramitarán de manera acelerada. Para que se aplique esta disposición se requiere que el solicitante tenga la nacionalidad del país considerado seguro, su residencia habitual la tenga en dicho país y que “no haya aducido motivo grave alguno para que el país no se considere país de origen seguro en sus circunstancias particulares a los efectos de su derecho al estatuto de refugiado.

Finalmente, los países miembros han incorporado estas disposiciones, a través de distintas vías, ya sea elaborando listas de países seguros, como ocurre en el caso de Francia, Alemania e Inglaterra o aplicando el concepto caso a caso, atendiendo a las características particulares de la solicitud como ocurre en Finlandia y España.

En todos estos casos el concepto se utiliza como supuesto para aplicar procedimientos acelerados de determinación, estableciendo ciertas restricciones procesales a los solicitantes, como por ejemplo suprimiendo la posibilidad de que los solicitantes puedan presentar apelaciones con efecto suspensivo o limitando la posibilidad de acceder una entrevista personal.

1.1.4.1 Críticas al concepto de “país de origen seguro”

EL ACNUR ha señalado que las prácticas asociadas al concepto de “país de origen seguro” pueden permitir hacer más eficientes los sistemas de asilo, simplificando los procedimientos de

determinación, en aquellos casos en que resulte manifiesto que el solicitante proviene de un país seguro y que por tanto no cumple con los requisitos que exige la Convención para ser calificado como refugiado.

No obstante, sostiene que si el concepto se utiliza para excluir automáticamente de la determinación de la condición de refugiado a “todo un grupo de solicitantes” de una nacionalidad determinada, sería totalmente inconsistente con el espíritu y el texto de la Convención de 1951, al configurarse como una reserva de facto al artículo 1º, que define el concepto de refugiado, limitando geográficamente la aplicación de la Convención.³¹⁰

Además sería inconsistente con el principio de no discriminación que reconoce el artículo 3 de la Convención y eventualmente podría exponer a los solicitantes de refugio a ser devueltos a países en los que su vida pueda correr peligro, vulnerándose de esta manera la obligación de *non refoulement* del artículo 33.

En virtud de lo ya señalado, el ACNUR se opone a que este tipo de conceptos se utilice para bloquear el acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado o para restringir sus garantías, considerando que cualquier decisión acerca de la “seguridad” de un país es extremadamente difícil de hacer, dado que las situaciones de afectación de derechos humanos son “volátiles”, requieren ser revisadas constantemente y a que las consideraciones políticas o de política exterior podrían influir de manera indebida a los Estados al hacer este tipo de calificación.³¹¹

El ECRE, adopta una posición más extrema, señalando que este tipo de prácticas socavan los principios básicos de protección a los refugiados no sólo al impedir el acceso a un procedimiento de determinación en sede de admisibilidad sino que también al procesar este tipo de solicitudes en procedimientos acelerados³¹², ya que aún cuando se le otorgue la posibilidad formal a los solicitantes de refutar la presunción de seguridad, en la práctica, les será muy difícil hacerlo, teniendo en cuenta las limitaciones para aportar suficientes medios de prueba en este

³¹⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op. Cit. P. 10-11.

³¹¹ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice. Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions. Op. cit. p. 331.

³¹² EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Ecre Guidelines On Fair And Efficient Procedures For Determining Refugee Status. 1999. [en línea] < <http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/163.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011] P. 14

tipo de procedimientos³¹³ y a que la carga de la prueba será exclusivamente del solicitante. De esta manera, descarta la legitimidad de cualquier tipo de práctica asociada al concepto de “país de origen seguro”.

Así también, Rosemarie Byrne y Andrew Shacknove critican la adopción de este tipo de mecanismos en cualquiera de sus formas³¹⁴. Según lo señalan estos autores, si el concepto de país seguro de origen se utiliza como una barrera absoluta de acceso al procedimiento, el Estado estaría violando directamente la Convención de 1951, al establecer una reserva a la aplicación de la Convención, que este instrumento prohíbe. Además resultaría contraria al principio de no discriminación que recoge el artículo 2 de este instrumento. A su vez, si el concepto no se utiliza como una barrera absoluta al procedimiento, igualmente puede producir consecuencias dañinas para el sistema de protección de los refugiados, al limitar la posibilidades de los solicitantes de poder acreditar su condición de refugiados, ya sea eliminando garantías procesales o suprimiendo la posibilidad de apelación en los procedimientos acelerados³¹⁵.

Otro aspecto criticado, es la forma en que los Estados elaboran las listas de aquellos países que pueden considerarse seguros. Legomsky, en este sentido señala que “no existen países que

³¹³Según lo manifiesta el ECRE: “while the individual may rebut the presumption of safety, s/he may be required to do so in an accelerated procedure with only limited safeguards and with the burden of proof lying exclusively with him/her.” EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Letter to Mr Antonio Vittorino, Call for Withdrawal of the Asylum Procedures Directive. [en línea] <<http://www.statewatch.org/news/2004/mar/ngo-asylum-letter.pdf>> [consulta: 10 de mayo de 2011] 2004 p 2.

³¹⁴BYRNE, ROSEMARY Y SHACKNOVE ANDREW. Op. Cit. P. 14

³¹⁵ En este sentido, Van Selm: “The key factor of concern with the ‘safe country of origin’ principle is the discrimination on the basis of nationality which it entails. If the notion of a person’s coming from a ‘safe country of origin’ would not only be taken into account in the assessment of an asylum application, but even be a starting presumption on the part of those judging the claim, it would appear that barriers (perhaps not insurmountable in all cases, but high barriers nonetheless, would be put in the way of fair assessment of the facts. An acceptance of general presumptions of safety as being satisfactory as a starting point in substantive assessment of an asylum claim certainly takes State concerns into account, but may not balance those concerns fairly with the individual’s right to an objective assessment of his or her asylum claim.” VAN SELM, JOANNE. Op.cit. P. 41. Además, según lo precisa Costello: “Currently, the most worrying feature of SCO practices is the continuing deterioration of the procedural consequences of SCO designation. Applications from SCO are generally treated as manifestly unfounded. Other procedural restrictions may also apply. For example, in France since 1996, SCO designations deprives asylum seekers of the right to a suspensive appeal. In the UK, there is a clear procedural deterioration evident from the 1993 Asylum and Immigration Appeals Act to the 2000 Nationality Immigration and Asylum Act. More recently a new UK scheme was set up to “super fast track” applicants from certain countries, applying a two-day time limit. Similarly, in Norway a new 48 hour procedure was applied for SCO applicants. What this means in effect is that it becomes increasingly difficult, if not impossible for applicants to rebut the assumption of safety, precluding all individual assessment of the claim”. COSTELLO, CATHRYN. The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices. Op. cit. P. 52.

puedan considerarse cien por ciento seguros y libres de cualquier tipo de persecución” y que necesariamente van a existir presiones externas y políticas³¹⁶ para incluir en estas listas a países que no cumplen los requisitos necesarios de seguridad como para asegurar que estos Estados no generaran refugiados.³¹⁷

En virtud de lo ya señalado, parece existir acuerdo en torno a señalar que el concepto de “Estado seguro de origen” no puede ser determinante en sede de admisibilidad, por cuanto implicaría un acto discriminatorio, que vulneraría el principio de no discriminación que recoge la Convención de 1951 en su artículo 3º y por tanto, que no se debería impedir el acceso al solicitante a un procedimiento de determinación con objeto de examinar los fundamentos de la solicitud.

Por su parte, el introducir restricciones procesales a este tipo de procedimientos o plazos excesivamente breves de tramitación de este tipo de solicitudes, podría conducir al mismo resultado, al impedir que el solicitante que provenga de un Estado considerado seguro pueda refutar la presunción de seguridad que se establece en su contra. Por lo mismo, parece necesario, que los Estados acojan las recomendaciones del ACNUR y del ECRE en este sentido y aseguren a los solicitantes las garantías procesales requeridas para poder refutar una presunción con estas características.

1.1.5 Solicitudes extemporáneas

Otra práctica que los Estados han introducido en su derecho interno para limitar el acceso de los solicitantes a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado, ha sido la de establecer plazos fatales para que los solicitantes puedan solicitar el refugio una vez que arriben al Estado de acogida, declarando su inadmisibilidad en el caso que los solicitantes excedan dicho plazo.

³¹⁶ Van Selm en este sentido plantea que: “The notion of safe countries of origin is also susceptible to political manipulation. Once they have established a list of nations which fall into this category, the world’s more affluent States may be tempted to include their closest allies and most important trading partners.” VAN SELM, JOANNE. *Global Consultations on International Protection/Third Track: Access to Procedures. Safe Third Countries, Safe Countries of Origin and Time Limits*. Op.cit. P. 36.

³¹⁷ Según Legomsky “The dangers of this approach are, however, considerable. The most obvious is the difficulty of deciding whether a given country is safe. The complexity of this decision alone can create errors, especially when the country is large. There can also be foreign policy pressures to include countries whose human rights records are marginal. Moreover, there will be difficult questions as to who should decide which countries to put on the list. And, even if a list is perfect at the time it is drawn up, rapid changes in human rights conditions might destroy its accuracy well before its use is discontinued. Apart from those considerations, there is a fundamental policy question whether the interests of justice inherently demand individualized consideration. No country is 100 percent free of persecution”. LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker’s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op.Cit. P. 6-7

Conforme lo ha señalado el Comité Ejecutivo del ACNUR, en su Conclusión N°15 de 1979, letra i) “si bien puede establecerse que quienes busquen asilo estén obligados a presentar su solicitud dentro de un cierto plazo, el hecho de no hacerlo, o de no cumplir con otros requisitos formales, no debería excluir la consideración de una petición de asilo”³¹⁸

En el año 2001, el ACNUR precisó que “una salvaguardia fundamental que existe en algunos sistemas y que, en criterio del ACNUR, debería ser promovido en todos los Estados es el reconocimiento de que la falta de presentación de la solicitud dentro de un período específico o la falta de cumplimiento de otros requisitos formales no debería conducir *per se* a que la solicitud no reciba la debida consideración, aunque en ciertas circunstancias una solicitud tardía podría afectar su credibilidad.”³¹⁹ A su vez, según lo señala el ACNUR “dada la situación tan especial de los solicitantes de asilo, en particular los efectos del trauma al que han estado expuestos, problemas de idioma, falta de información, experiencias previas que con frecuencia los llevan a sospechar de las autoridades, sentimientos de inseguridad, como así también el hecho que éstas y otras circunstancias pueden variar enormemente de un solicitante de asilo a otro, no hay límite de tiempo que pueda aplicarse mecánicamente o asociarse con la expresión “sin demora”.³²⁰

Recientemente, también la Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado de la Unión Europea, siguiendo el criterio del ACNUR, estableció en el artículo 8, apartado 1, que: “los Estados miembros garantizarán que las solicitudes de asilo no se rechacen ni excluyan del examen por el único motivo de no haberse presentado tan pronto como era posible.”³²¹

En la práctica, no obstante, siguen existiendo legislaciones que establecen este tipo de plazos como barrera de entrada al procedimiento de determinación. Así ocurre en el caso de Estados Unidos, en el que se establece el plazo de un año para presentar la solicitud de refugio desde que

³¹⁸ CONCLUSIÓN GENERAL N°15. Refugiados sin país de asilo. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1979.

³¹⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op. Cit. P. 6.

³²⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/publisher.UNHCR.THEMGUIDE.,48abd59a2.0.html> > [consulta: 10 de mayo 2011] P. 2.

³²¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Loc. Cit.

el solicitante entra al país³²² y México, que establece un plazo de treinta días³²³. A su vez, existen otros países en los que se establecen plazos de presentación de las solicitudes de refugio y en caso de incumplimiento del mismo la solicitud se tramitará mediante procedimientos acelerados, como ocurre en España³²⁴.

Pese a lo ya señalado, en los últimos años, según lo precisa Van Selm, se han abolido varias de las disposiciones que establecían este tipo de plazos en Europa central y Europa del este, siguiendo el criterio establecido por el ACNUR en esta materia y la disposición ya citada de la Directiva³²⁵

La Corte Europea de Derechos Humanos también se ha pronunciado respecto de la implementación de este tipo de plazos, criticando la forma en que han sido aplicados como barrera de ingreso a este tipo de procedimientos. Así, en el caso *Jabari v. Turquía*, el Tribunal resolvió acoger el recurso presentado por Hoda Jabarí, de nacionalidad iraní, quien fuera acusada de adulterio en Irán y temía ser expuesta a un tratamiento inhumano por parte de las autoridades de este país, por lo que habría solicitado refugio en Turquía, declarándose inadmisibles sus solicitudes en este último país por haberlas presentado fuera del plazo de cinco días que establece la legislación interna de este país. Al respecto, el Tribunal expresó “que no se encuentra convencido de que el Estado demandado haya realizado una valoración significativa de la alegación del demandante, incluyendo su argumentabilidad. En apariencia, el incumplimiento del plazo de 5 días contemplado en la Ley de Asilo de 1994 negó a la demandante la posibilidad de un escrutinio de los fundamentos de hecho que motivaban sus temores de ser enviada a Irán.” A su vez, en relación con el plazo de 5 días contemplado en la ley, el Tribunal declaró que: “(...) la aplicación automática y mecánica de un plazo tan corto para la presentación de solicitudes de asilo debe ser considerada en discordancia con la protección del valor fundamental consagrado en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.”³²⁶

Al respecto, Van Selm señala que si este tipo de plazo se utiliza para impedir el acceso a un procedimiento de determinación, quienes se verán más afectados serán aquellas personas que

³²² Sección 208 (a) y (b) de la Immigration and Nationality Act. ESTADOS UNIDOS.

³²³ Artículo 18 de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria. 2011. MÉXICO.

³²⁴ El solicitante debe presentar la solicitud “sin demora” y en el plazo máximo de un mes desde la entrada a territorio español o desde que ocurran los acontecimientos que fundan su solicitud. En estos casos se aplica tramitación “de urgencia”. Artículo 25, apartado 1, letra e) de la LEY 12/2009 ESPAÑA. Ley Reguladora del asilo y de la protección subsidiaria. 2009.

³²⁵ VAN SELM, JOANNE. Op. cit. P. 42

³²⁶ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Jabari v. Turkey*. 11 de julio de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42c533034.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

tengan menos conocimiento de la regulación del país de acogida, quienes se encuentran en desventaja por no contar con representación, o quienes se encuentran impedidos física o psicológicamente para enfrentar este tipo de procedimientos.³²⁷ De esta manera, considera que el establecimiento de este tipo de plazos, y la presunción de irregularidad de su permanencia, si el plazo se excede, no parecen ser una herramienta útil o apropiada que pueda ser utilizada por los Estados para frenar las solicitudes de asilo.

Legomski, por su parte, señala, que un “solicitante de asilo genuino”, generalmente tiene razones prácticas para no efectuar su solicitud de manera inmediata. Precisa que muchos refugiados están traumatizados y por lo general su primera prioridad al llegar al lugar de destino es poder encontrar a sus familiares, amigos o quien les pueda otorgar la ayuda necesaria para obtener alimentación y alojamiento. Además, por lo general los solicitantes se enfrentarán a barreras de lenguaje, ignorancia acerca de las leyes del país de acogida, dificultad para encontrar asistencia legal o representación y para poder acceder a pruebas y documentos que respalden su solicitud, lo que por lo general entorpecerá que el solicitante pueda efectuar su solicitud apenas llegue al Estado de acogida.³²⁸

Otro problema de este tipo de disposiciones, se puede dar en aquellos casos en que el solicitante de asilo sea devuelto desde un país hacia otro Estado considerado como un “tercer estado seguro”, en base a que el solicitante habría residido o transitado previamente en él. Si el plazo para presentar la solicitud, desde que el solicitante entró por primera vez al tercer estado hasta su vuelta, se ha excedido, el solicitante se verá privado de acceder a un procedimiento de determinación de su condición de refugiado también en el Tercer Estado y finalmente, lo más probable es que el solicitante termine siendo deportado a su país de origen.

Por todo lo anterior, parece razonable y acorde al mandato de protección de la Convención de 1951, que los Estados no apliquen de manera mecánica los plazos regulados en su derecho interno, declarando inadmisibles este tipo de solicitudes, sino que deben permitir que la autoridad competente pueda examinar el fondo de estas solicitudes antes de adoptar la decisión de rechazarlas.

³²⁷ VAN SELM. Op. Cit. P. 46

³²⁸ LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker`s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op.Cit. P.6

2 Autoridad Competente encargada de la determinación de la condición de refugiado.

Atendido el silencio de la Convención de 1951 al respecto, los Estados son quienes deben establecer cuál será la autoridad encargada de hacer la determinación de la condición de refugiado en su derecho interno y regular cuáles deben ser sus características y cuáles serán las facultades que esta autoridad tendrá para hacerlo.

Respecto a este punto, Goodwin Gill, recomienda que esta autoridad se calificada, capacitada e imparcial³²⁹, mientras que Legomski acentúa la necesidad de que este tipo de órganos sean independientes, eviten los prejuicios infundados y que a su vez, tengan la debida preparación para enfrentar y entender la diversidad cultural de quienes solicitan refugio.³³⁰

Conforme lo señala el Comité Ejecutivo del ACNUR en la Conclusión General N°8, en todo procedimiento debiera existir “una autoridad claramente identificada - de ser posible una sola autoridad central - encargada de examinar las solicitudes de concesión de la condición de refugiado y de adoptar una decisión en primera instancia”³³¹

A su vez, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al referirse a las garantías procesales que se deben respetar en los procedimientos administrativos en los que se determine el estatus migratorio de una persona, ha señalado que las decisiones en materia migratoria deben ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos especializados que sean responsables ante la ley, ante sus superiores jerárquicos, y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas.

Además precisa que “su nombramiento y su ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y “blindados” contra posibles presiones e influencias”. Pese a que considera que es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos que estas decisiones se confíen a funcionarios administrativos, “tales

³²⁹ GOODWIN-GILL, GUY S. “Who to protect, How..., and the Future?”. Op.cit. P. 4

³³⁰ LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker`s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op. Cit. P. 11-12.

³³¹ CONCLUSIÓN GENERAL N°8. Determinación de la Condición de Refugiado. Op. cit. P.1-2.

funcionarios deben reunir las características de imparcialidad y responsabilidad mencionadas”³³²

2.1 Autoridad central y especializada.

La mayoría de los países que son parte en la Convención de 1951 han establecido una autoridad central, encargada de recepcionar y procesar las solicitudes de asilo, la que por lo general será una autoridad administrativa o un órgano especializado, perteneciente al poder ejecutivo.

Así, algunos Estados han optado por crear Comisiones especiales encargadas de examinar las solicitudes de refugios y que adoptan su decisión en base a lo que decida la mayoría de sus miembros, luego de recabar todos los antecedentes necesarios para ello. Estas Comisiones están conformadas mayoritariamente por representantes del poder ejecutivo y por un representante del ACNUR, el que, por lo general, no tendrá derecho a voto en este tipo de procedimientos, pero colaborará dando su opinión a los demás miembros de la Comisión.

Este modelo ha sido adoptado por países como Brasil, Argentina, Bolivia, Perú, Camerún, Kenia y Burundi, quienes han establecido este tipo de Comisiones, con una composición y estructura de funcionamiento similar.³³³ En otros países, como Alemania, España, Estados Unidos, Grecia, Inglaterra, Japón, México y Sudáfrica el órgano de determinación designado será exclusivamente una autoridad del poder ejecutivo, por lo general, el Ministro del Interior, el Ministro de Relaciones Exteriores o el Ministro de Justicia, quien podrá delegar la función de examinar las solicitudes en una unidad especializada dependiente de estos Ministerios.

³³² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Segundo Informe De Progreso De La Relatoria Sobre Trabajadores Migratorios Y Miembros De Sus Familias. [en línea]<<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3704.pdf?view=1>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]

³³³ En Brasil, el Comité Nacional para los Refugiados se compone de representantes del Ministerio de Justicia, Ministerio del Trabajo, Ministerio de Salud, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Educación, un representante de una ONG que se dedique a la protección de los derechos de los refugiados , un representante de la Policía Federal, todos con derecho a voz y voto y también un representante del ACNUR que sólo tiene derecho a voz. Artículo 14 de la Ley N° 9.474. BRASIL. Ley Nacional de Refugiados. 1997. Por su parte en Argentina, la Comisión Nacional para los Refugiados está integrada por cinco comisionados, un representante del Ministerio del Interior, un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, un representante del Ministerio de Desarrollo Social y un representante del Instituto Nacional Contra la Discriminación y Xenofobia. Además, se integrarán a la Comisión con derecho a voz y sin derecho a voto, un representante del ACNUR y un representante de las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, que propendan a los fines objeto de esta ley que será designado por los miembros de la Comisión, teniendo en consideración su trayectoria en la asistencia y defensa en los derechos de los refugiados. Artículo 18 de la Ley N° N° 26.165. Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

2.2 La independencia del órgano de determinación

También se ha planteado la necesidad de que los órganos de determinación sean lo suficientemente independientes, con objeto de adoptar decisiones objetivas e imparciales al momento de calificar la condición de refugiado de un solicitante.

En este sentido, Gerald Heckman plantea que la independencia de este tipo de órganos es una “exigencia de derecho internacional” y considera que esta garantía que emana de las normas generales del debido proceso, consagradas en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. De estas normas derivaría el derecho de los solicitantes de asilo de acceder a un “tribunal independiente establecido por ley” para la determinación de sus derechos.³³⁴

Legomsky señala que los Estados deben velar porque el órgano de determinación de la condición de refugiado goce de independencia, en especial en los sistemas adjudicativos de determinación,³³⁵ argumentando que para poder adoptar una decisión imparcial, se requiere que el órgano que decida no tenga interés alguno en el resultado del caso y que quienes lo compongan no vean afectada su estabilidad laboral según la decisión que adopten.³³⁶

Goodwin Gill también considera relevante esta característica de los órganos de determinación, criticando el hecho de que la “Directiva del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado” del año 2005, haya desaprovechado la oportunidad de exigir a

³³⁴ HECKMANN, GERALD. “Canada’s Refugee Status Determination System and the International Norm of Independence”. 2008. [en línea] <<http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/refuge/article/view/26033> p. 80> [consulta: 10 de mayo 2011]

³³⁵ LEGOMSKY, STEPHEN. “Refugees, Tribunals, and Real Independence: Dangers Ahead for Australia” [en línea] 1998. <<http://lawreview.wustl.edu/inprint/76-1/761-17.html>> [consulta: 10 de mayo 2011]

³³⁶ Según lo precisa Legomsky: “the adjudicator must not have a stake in the outcome of the case. One sub-issue here is independence; as just suggested, one’s employment status should not ride on the outcome of one’s decision. Another sub-issue is separation of functions; subject to many qualifications, the adjudicator should not simultaneously be a prosecutor in the same case.” LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker’s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op.Cit. P. 11

los países miembros de la Unión Europea, que establezcan órganos de determinación “independientes o autónomos”³³⁷

En la práctica, sin embargo, los Estados se han mostrado reacios a reconocer la independencia de los órganos de determinación de la condición de refugiados en primera instancia y según ya se revisó en el apartado anterior, la mayoría de estos de órganos están integrados por funcionarios de la administración central del Estado que dependen directamente del poder ejecutivo. Sólo, excepcionalmente en el caso de Canadá, y Bélgica, los órganos de determinación de primera instancia gozan de independencia al momento de adoptar sus decisiones.

Respecto de los órganos de revisión de las decisiones administrativas, sí ha existido mayor consenso de los Estados en torno a consagrar su independencia de manera expresa, tal como ocurre en el caso de la *Board of Immigration Appeals* en Estados Unidos, la *Refugee Appeal Division* en Canadá, el *Immigration and Asylum Chamber* en Inglaterra y la *Appeal Board* en Sudáfrica.

2.3 Órgano de determinación calificado.

El ACNUR también ha recomendado que las personas que integran los órganos de determinación de la condición de refugiados “tengan la capacitación apropiada en técnicas de entrevista transculturales y familiaridad con el empleo de intérpretes, así como el conocimiento necesario en materia de refugiados y solicitantes de asilo”³³⁸.

Goodwin Gill, a su vez, sostiene que quienes califican la condición de refugiado deben estar especialmente capacitados para realizar entrevistas a los solicitantes de refugio, recabar antecedentes, atender a las diferencias culturales de los solicitantes y para evaluar su credibilidad.³³⁹

³³⁷ Goodwin Gill señala que el Consejo de la Unión Europea “missing out an opportunity to require a higher level authority, either independent or autonomous, as a first step towards raising standards region-wide” GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. Op. cit. P. 539.

³³⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional*. Op. cit. P. 15

³³⁹ Goodwin Gill precisa: “Decision-makers, for example, must be able to elicit relevant information from the narrative which is the applicant’s story; to asses the credibility of applicants, witnesses and experts, and to justify decisions on credibility; to weigh the evidencie rationally; to determine an state what are

El ECRE, por su parte, recomienda que el personal de este tipo de órganos reciba al comenzar y durante su permanencia en este tipo de cargos, capacitación especializada en derecho de refugiados y derecho internacional de derechos humanos y que se mantengan actualizados en materias vinculadas al non refoulement, información de los países de origen y que tengan conciencia respecto a la diversidad cultural³⁴⁰

En la práctica, los Estados también han acogido estas recomendaciones al regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado. Así, por ejemplo, en Inglaterra se exige que el personal encargado de analizar las solicitudes de refugio tenga el conocimiento necesario respecto a los estándares aplicables en el campo del derecho de los refugiados y el asilo³⁴¹, mientras que Grecia establece que se deben organizar capacitaciones con la colaboración del ACNUR con este fin.³⁴² Argentina, por su parte exige que todos los integrantes de la Comisión Nacional para los Refugiados sean “personas de alta autoridad moral y reconocida idoneidad en la materia”.³⁴³

the material facts; to apply the law to the facts; to take decisions and to justify those decisions by reference to reasons and principle. This in turn requires a degree of competence, even skill, in the arts of questioning interviewing, and examination, and a capacity to bring out the relevant elements from an individual narrative. It requires skill also in the use of interpreters, as well as confidence in the use of country of origin and jurisprudential information, discrimination in the selection of such sources, and in their evaluation and assessment” GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. Op. cit. P. 543.

³⁴⁰“All officials involved in decision-making should receive initial and continuing specialist training in asylum law and relevant international human rights law and be kept fully informed of developments in these fields. Particular emphasis should be placed on the need to respect the principle of non-refoulement, information on the situation in the countries of origin, and cultural awareness. Training should also cover specific sensitive issues such as gender, torture, post-traumatic symptoms, sexual orientation, and child development.” EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. *Ecre Guidelines On Fair And Efficient Procedures For Determining Refugee Status*. Op.cit. P. 32

³⁴¹ “The Secretary of State shall ensure that the personnel examining applications for asylum and taking decisions on his behalf have the knowledge with respect to relevant standards applicable in the field of asylum and refugee law.” Sección 339 HA, *Immigration Rules*. INGLATERRA.

³⁴² Decisions on applications shall be taken on an individual basis, following a comprehensive, objective and impartial examination. To that end the Central Authority: b. shall ensure that the personnel responsible to examine applications and recommend decisions have the knowledge with respect to legislation and case law on international protection.

To this end, it shall organize training seminars on its own or in cooperation with the United Nations High Commissioner for Refugees or non-governmental organizations, and shall make available to the authorities competent to receive, to examine and to decide on applications for international protection the guidelines and circulars from the United Nations High Commissioner for Refugees on international protection issues. Artículo 6.2.b. Presidential Decree Number 114. GRECIA. 22 de Noviembre de 2010.

³⁴³ Artículo 18 de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado. Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

3 El papel del ACNUR.

El ACNUR también puede participar en los procedimientos de determinación de la condición de refugiados, entregando asesoría a los órganos de decisión en materia de refugio o determinando directamente la calidad de refugiado de los solicitantes de refugio, en los casos en que los Estados no hayan dispuesto de los medios para hacerlo. Esta colaboración deriva de la función que se establece en el Estatuto de creación del ACNUR de “promover la admisión de los refugiados en el territorio de los Estados” y de vigilar la aplicación de la Convención de 1951 y por otro lado, de la obligación de los Estados de cooperar con este organismo según lo establece el artículo 35 de la Convención de 1951.³⁴⁴

El ACNUR puede intervenir en el procedimiento de determinación de la condición de refugiados de distintas formas. Así, pese a que ni el Estatuto del ACNUR ni la Convención de 1951 lo establecen expresamente, el ACNUR ha actuado de manera directa haciéndose cargo de esta calificación, a través de procedimientos liderados por funcionarios especialmente preparados para ello, en aquellos países que no cuentan con un procedimiento de determinación interno o que no cuentan con un órgano competente encargado de esta tarea.³⁴⁵

Resulta paradójico, sin embargo, que el ACNUR, no haya regulado este tipo de procedimientos hasta recién el año 2004 y que tampoco haya incorporado durante este período las garantías procesales que el mismo organismo promovía adoptar a los Estados desde el año 1977, al elaborar la Conclusión General N°8. Así, Michael Alexander, criticaba en 1999, que en los procedimientos liderados por el ACNUR no se garantizaba el derecho a asistencia legal de los solicitantes y el derecho a ser representados, no se les permitía el acceso a sus expedientes, ni al registro de las entrevistas practicadas, no se daban razones del rechazo de la calificación por escrito y tampoco se establecía un mecanismo de apelación o revisión independiente.³⁴⁶

Recién en el año 2004, haciendo frente a las distintas críticas que apuntaban a las deficiencias de este tipo de procedimientos y a la disparidad en la forma en que eran aplicados según el país, el ACNUR elaboró finalmente las “Normas Procesales para determinar la Condición de Refugiado bajo el mandato del ACNUR”. En estas normas, el ACNUR, reguló el acceso de los

³⁴⁴ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. Op. cit. p. 373

³⁴⁵ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Statistical Yearbook 2009 Country Data Sheets*, October 2010. [en línea] <<http://www.unhcr.org/4ce532ff9.html>> [consulta: 10 de mayo 2011] P. 35.

³⁴⁶ ALEXANDER, MICHAEL. “Refugee status determination conducted by UNHCR. *International Journal of Refugee Law*”. [en línea] *Int J Refugee Law*. 1999. 11 (2). <<http://ijrl.oxfordjournals.org/content/11/2/251.full.pdf+html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]

solicitantes de refugio a sus expedientes, estableció el derecho a acceder a intérpretes y los requisitos que deben cumplir, consagró el principio a la confidencialidad y la exigencia de fundamentar las decisiones, entre otras garantías. Estas normas representaron un gran avance a la hora de garantizar el respeto al debido proceso en este tipo de procedimientos, pero dejaron fuera materias importantes, tales como la apreciación y carga de la prueba y el derecho a asistencia legal de los solicitantes de refugio.

Pese a que actualmente han disminuido la cantidad de países que entregan la tarea de determinar la condición de refugiado al ACNUR³⁴⁷, según lo ha promovido el mismo organismo, al solicitar a los Estados que regulen y establezcan sus propios órganos de determinación, sigue siendo relevante esta función del ACNUR en varios países que no han disponen de los recursos necesarios para hacerlo, en particular en países de menor desarrollo, por lo que sería recomendable que sus estándares procesales se ajusten también a las recomendaciones que el mismo organismo ha hecho a los Estados.

Además de encargarse directamente de la determinación de la condición de refugiado, el ACNUR también ha adoptado distintos roles en los países que cuentan con un órgano y procedimiento propio de determinación de la condición de refugiado, según se precisa en el derecho interno de los Estado. Así, el ACNUR participa en los procedimientos con derecho a voz o a voto en las decisiones de primera instancia o de segunda instancia, como ocurre en países como Argentina, Uruguay y Brasil, puede designar un juez experto en el órgano de apelación, como se establece en Sudáfrica o colaborar en proyectos para mejorar la toma de decisiones, como ocurre en Grecia e Inglaterra.

También el Comité Ejecutivo del ACNUR ha recomendado a los Estados que se les otorgue a los solicitantes de refugio el derecho de contactarse con representantes del ACNUR en el país de acogida, antes de iniciado el procedimiento de determinación, para obtener asesoría acerca de cómo presentar su solicitud, durante su desarrollo y también al momento de apelar y solicitar la revisión del caso.³⁴⁸ El ACNUR, a su vez, recomienda a los Estados que se les permita a sus

³⁴⁷ Según lo precisa el ACNUR: “Over the last few years UNHCR has handed over the responsibility for assessing asylum claims to a number of States. While in 2002 UNHCR was responsible for assessing asylum claims in 56 countries, this number had dropped to 47 in 2009”. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Statistical Yearbook 2009 Country Data Sheets, October 2010. Op. Cit. P.35.

³⁴⁸ En la Conclusión n°8, el Comité Ejecutivo del ACNUR establece que “Debe darse también al solicitante la oportunidad, acerca de la cual se le debe informar, de ponerse en contacto con un representante del ACNUR”. CONCLUSIÓN GENERAL N°8. Determinación de la Condición de Refugiado. Op.cit. P.2.

funcionarios acceder a información individual de las solicitudes de asilo y de los procedimientos respectivos, a fin de poder supervisar la forma en que se aplica la Convención de 1951.³⁴⁹

La Unión Europea siguiendo estas recomendaciones, en la Directiva de Procedimiento sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, señala en su artículo 21, que los Estados deben permitir a los solicitantes de asilo contactarse con el ACNUR, también en caso de estar detenidos, en los aeropuertos, puertos o zonas fronterizas. También se le debe otorgar información al ACNUR acerca de las solicitudes individuales de refugio, siempre que los solicitantes lo autoricen y permitir que emita su opinión en cualquier etapa del procedimiento de determinación de la condición de refugiado o una vez finalizado este³⁵⁰

4 La asistencia legal de los solicitantes de refugio.

Pese a que la asistencia legal en los procedimientos de determinación de la condición de refugiados no es una garantía que haya sido expresamente recogida en la Convención de 1951, los propios Estados, han reconocido la necesidad de los solicitantes de refugio de poder acceder a ella, teniendo en consideración la dificultad que implica para el solicitante el poder

³⁴⁹ Según lo señala el ACNUR “Best State practice guarantees access by UNHCR to asylum-seekers and information on asylum applications in order to present its views, in the exercise of the Office’s supervisory responsibilities under its Statute and Article 35 of the 1951 Convention, to any competent authorities regarding individual applications for asylum at any stage of the procedure. Information on the applicant’s file is usually shared with UNHCR and States normally take UNHCR’s position into account when determining refugee status. Depending on the system in place, UNHCR offers its advice and expertise at the admission stage (e.g. airports), in the first instance or appeal stage.” ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Fair and efficient asylum procedures: a non-exhaustive overview of applicable international standards. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/432ae9204.html>> [consulta: 10 de septiembre 2009] P. 7-8.

³⁵⁰ El Artículo 21 de la la Directiva de Procedimiento sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado establece que: “1. Los Estados miembros permitirán al ACNUR: a) tener acceso a los solicitantes de asilo, incluidos los que están internados y los que se encuentran en zonas de tránsito aeroportuarias o portuarias; b) acceder a información sobre solicitudes individuales de asilo, sobre el curso del procedimiento y sobre resoluciones adoptadas, siempre y cuando el solicitante de asilo dé su consentimiento; c) manifestar su opinión, en el ejercicio de sus responsabilidades de vigilancia de conformidad con el artículo 35 de la Convención de Ginebra, a toda autoridad competente sobre solicitudes individuales de asilo en cualquier fase del procedimiento. 2. El apartado 1 se aplicará igualmente a cualquier organización que trabaje en el territorio del Estado miembro en cuestión en nombre del ACNUR en virtud de un acuerdo con dicho Estado miembro.” Directiva 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Loc.cit.

comprender la legislación que regula el procedimiento y los demás aspectos legales y prácticos involucrados en este tipo de procesos.

El Comité Ejecutivo del ACNUR al establecer las garantías de todo Procedimiento en la Conclusión General N°8³⁵¹, pese a no hacer referencia a la necesidad de que los solicitantes de refugio puedan ser asistidos o representados por un asesor legal, señaló que los Estados deben proporcionar al solicitante “todos los medios necesarios (...) para presentar su caso a las autoridades competentes” y posteriormente ha precisado que “en cualquier etapa del procedimiento, incluso en la fase de admisibilidad, los solicitantes de asilo deben contar con asesoría sobre el procedimiento y, además, deben tener acceso a asistencia legal.”³⁵²

Según lo precisa Legomsky esta garantía no exige que el asesor legal sea un abogado, sino que basta con que tenga suficientes conocimientos acerca del procedimiento de determinación de la condición de refugiado y que esté debidamente acreditado por las autoridades respectivas. Además, señala, que el poder acceder a asistencia legal calificada resulta imprescindible para los solicitantes de refugio cuando la determinación de su condición se realiza en un procedimiento de carácter contradictorio, en el que la administración del Estado será generalmente representada por abogados de mayor experiencia y calificación.³⁵³

A nivel regional, la Directiva de la Unión Europea sobre Normas Mínimas para los Procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de Refugiado reconoce el derecho a asistencia jurídica y representación judicial de manera expresa en el artículo 15 de este instrumento, disponiendo que “los Estados miembros brindarán a los solicitantes de asilo la oportunidad de consultar, a su costa, de manera efectiva a un asesor jurídico u otro consejero, admitido o permitido como tal en virtud del Derecho nacional, sobre asuntos relativos a sus solicitudes de asilo.” Así también, en el apartado 2 del mismo artículo la Directiva establece el derecho de los solicitantes de refugio de acceder a asistencia jurídica o representación legal gratuita, pero únicamente al solicitar la revisión o impugnación de una decisión negativa y sujeto a una serie de limitaciones que establece el apartado 3 de la misma disposición.³⁵⁴

³⁵¹ CONCLUSIÓN GENERAL N°8. Determinación de la Condición de Refugiado. Op. Cit. P.1-2.

³⁵² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op.cit. P. 15.

³⁵³ LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker’s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op.cit. P.12.

³⁵⁴ Conforme lo detalla el apartado 3 del artículo 15 de la Directiva de la Unión Europea sobre Normas Mínimas para los Procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de Refugiado, “Los Estados miembros podrán establecer en su Derecho nacional que se conceda asistencia jurídica o representación legal gratuitas: a) únicamente para los procedimientos ante

El ECRE critica las disposiciones ya citadas de la Directiva por restringir excesivamente el derecho a acceder a asistencia jurídica gratuita, sólo para la tramitación de este tipo de solicitudes en segunda instancia y únicamente si el recurso “tiene posibilidad de prosperar”³⁵⁵ En este sentido, el ECRE argumenta que el proporcionar asistencia legal a los refugiados en la primera instancia de determinación permite resguardar que el procedimiento sea más eficiente y justo, ya que la asesoría legal de una persona calificada permite concentrar la actividad del órgano de determinación en aquellos hechos relevantes para hacer la calificación y facilita que se adopten decisiones fundadas, evitando en muchos casos tener que iniciar un procedimiento de apelación, lo que podría resultar más costoso y lento tanto para el Estado de acogida como para el solicitante de asilo.³⁵⁶

Goodwin Gill también critica la forma en que se articula esta garantía en la Directiva, señalando que distintos estudios demuestran que las “decisiones de mayor calidad”, tanto positivas como negativas, se adoptan en los casos en los que los solicitantes cuentan con asesoría legal en este tipo de procedimientos desde su inicio.

A su vez, según se refleja en el estudio efectuado por la Comisión para la Libertad Religiosa de Estados Unidos, entre los años 2000 a 2004 respecto de los procedimientos adversariales de remoción en este país, mientras el 25 por ciento de los solicitantes que contaban con representación legal tuvo éxito en impugnar la deportación, sólo un 2 por ciento de los

un órgano jurisdiccional de conformidad con el capítulo V y no para nuevos recursos o revisiones previstos en el Derecho nacional, incluida la revisión de un recurso debida a un nuevo recurso o revisión, y/o b) únicamente a quienes carezcan de medios suficientes, y/o c) únicamente a los asesores jurídicos u otros consejeros designados específicamente por el Derecho nacional para asistir o representar a los solicitantes de asilo, y/o d) únicamente si el recurso o revisión tiene probabilidades de prosperar.

Los Estados miembros velarán por que no se restrinja de manera arbitraria la asistencia jurídica ni la representación legal concedidas en virtud de la letra d)” Directiva 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Loc.cit.

³⁵⁵ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. ECRE Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status. [en línea] < <http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/118.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011] P. 16

³⁵⁶ Ibid. P.15. Así también el ACNUR ha precisado que: “Asylum-seekers are often unable to articulate the elements relevant to an asylum claim without the assistance of a qualified counselor because they are not familiar with the precise grounds for the recognition of refugee status and the legal system of a foreign country. Quality legal assistance and representation is, moreover, in the interest of States, as it can help to ensure that international protection needs are properly identified”. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Fair and efficient asylum procedures: a non-exhaustive overview of applicable international standards. Op.cit. P. 3

solicitantes que no contaban con representación logró este mismo resultado. En virtud de estas cifras, Won Kidane concluye que los solicitantes de refugio que se enfrentan a este tipo de procedimientos sin asistencia legal son particularmente vulnerables a ser expulsados del país de manera errónea.³⁵⁷

Legomsky, refiriéndose también a la situación de Estados Unidos, plantea que esta garantía resulta difícil de ser ejercida en la práctica en los casos de intercepción de los solicitantes de refugio, en los que, generalmente, la calificación se realizará a bordo de embarcaciones o en localidades alejadas, como Guantánamo, dificultando a los solicitantes poder acceder a asistencia legal calificada al presentar una solicitud de refugio.³⁵⁸

Los Estados en general, reconocen el derecho de los solicitantes a acceder a asistencia legal, la mayoría de ellos a cargo del solicitante y no garantizan su gratuidad, al menos en primera instancia.³⁵⁹ Así en Europa, los Estados Miembros han seguido las disposiciones de la Directiva que se limita a exigir asistencia jurídica gratuita a los solicitantes que actúan en segunda instancia, para solicitar la revisión de una decisión negativa, pero no reconocen en general el derecho de los solicitantes de acceder a asistencia legal ante el órgano administrativo que recibe la solicitud.

Así también en Estados Unidos no se garantiza con asistencia jurídica gratuita en primera instancia, pero existen distintas organizaciones no gubernamentales que otorgan asesoría jurídica gratuita a la que los solicitantes puede acceder desde el inicio del procedimiento.

Otros países, como Argentina reconocen la gratuidad de la asesoría legal en todas las instancias del procedimiento, conforme se establece en el Artículo 32 de la Ley General de Reconocimiento y Protección a los Refugiados y también España al establecer que los

³⁵⁷ KIDANE, WON. Op. cit. p.169.

³⁵⁸ “This element--reasonable access to counsel in the preparation of the case--is one of the components most likely to be missing in the settings mentioned above. When claims are decided at foreign airports, on board ship, at remote locations like Guantanamo, through a summary exclusion process, or in conjunction with detention, the practical impediments to obtaining assistance are obvious.” LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker`s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op.cit. P.6

³⁵⁹ En Grecia, por ejemplo conforme lo establece el artículo 11.1 del Decreto Presidencial que regula la tramitación de este tipo de procedimientos señala que: “Applicants have the right to consult, at their own cost, a lawyer or other counsellor on matters relating to their applications.”

solicitantes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita desde la formalización de la solicitud.³⁶⁰

5 Derecho de acceder a un intérprete calificado.

Según lo recomienda el Comité Ejecutivo del ACNUR en la Conclusión General N°8, los Estados deberían proporcionar al solicitante “los servicios de un intérprete calificado para presentar su caso a las autoridades competentes”³⁶¹. Así también, el ACNUR ha señalado que los Estados deben procurar que los intérpretes sean “imparciales” al desempeñar sus funciones.³⁶² El ECRE también precisa que “a menos que el solicitante de asilo hable de manera fluida el idioma local”, se debe garantizar que el solicitante pueda acceder a “un intérprete competente, profesional, capacitado e imparcial” durante todas las etapas del procedimiento.³⁶³

A su vez, según lo señalan Méndez, Olea y Feldmann, toda persona, sin considerar su condición migratoria, debiera poder comprender el procedimiento en el que interviene y conocer sus derechos en el procedimiento, lo que sólo será posible si se le proporciona la debida traducción respecto de todas las actuaciones que afecten al solicitante.³⁶⁴

En este sentido, también la Relatoría para los Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “debe garantizarse que el inmigrante, cualquiera sea su status, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda”³⁶⁵

Es importante también que el intérprete sea imparcial y que este los suficientemente capacitado para intervenir en este tipo de procedimientos, facilitando la comunicación entre el examinador

³⁶⁰ Artículo 16, apartado 2 y 18, apartado 1, letra b). Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

³⁶¹ CONCLUSIÓN GENERAL N°8. Determinación de la Condición de Refugiado. Op.cit. P.1-2.

³⁶² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op. Cit. P.15.

³⁶³ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Ecre Guidelines On Fair And Efficient Procedures For Determining Refugee Status. Op. Cit. P. 6-7

³⁶⁴ MÉNDEZ, JUAN, HELENA OLEA Y ANDREAS FELDMANN. “International Standards of Due Process for Migrant Workers, Asylum Seekers, and Refugees”. En: BAYEFISKY, ANNE (ed.). *Human Rights, Refugees and Displaced Persons in Process: Essays in Honor of Joan Fitzpatrick*. Leiden. Brill Academic Publishers. 2006. p. 471.

³⁶⁵ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Segundo Informe De Progreso De La Relatoria Sobre Trabajadores Migratorios Y Miembros De Sus Familias. Loc. Cit.

y el solicitante, teniendo en especial consideración no solo la diferencia idiomática, sino que también atienda a las diferencias culturales y formas en las que un solicitante se expresa.³⁶⁶

La Directiva de la Unión Europea sobre Normas Mínimas para los Procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de Refugiado también reconoce este derecho como una garantía del solicitante de refugio, al señalar en el artículo 10, letra b), que los Estados miembros deben disponer “en caso necesario, de los servicios de un intérprete para exponer sus argumentos ante las autoridades competentes. Los Estados miembros considerarán necesario proporcionar estos servicios al menos en caso de que la autoridad decisoria convoque al solicitante a una audiencia y no pueda asegurarse la comunicación adecuada sin tales servicios. En este caso y en otros casos en que las autoridades competentes convoquen al solicitante, los servicios se abonarán a través de fondos públicos”³⁶⁷

El ECRE considera que el reconocimiento de este derecho en la Directiva, resulta extremadamente restringido, por cuanto no se garantiza el acceso a un intérprete durante todas las etapas del procedimiento, sino que sólo durante la audiencia que se desarrolle ante la autoridad competente y porque además no exige que los intérpretes sean los suficientemente calificados e imparciales, como para asegurar que la traducción no entorpezca la comunicación con el órgano de determinación.³⁶⁸

Los países en general han reconocido esta garantía de los solicitantes de refugio, garantizando que puedan acceder a los servicios de un intérprete gratuito en especial durante el desarrollo de las entrevistas ante el órgano de determinación, tal como lo reconocen los Estados Miembros de la Unión Europea al incorporar la disposición ya citada de la Directiva y también en países como México³⁶⁹, Grecia³⁷⁰, Argentina³⁷¹, Uruguay³⁷² y Sudáfrica³⁷³, se garantiza el acceso a un

³⁶⁶ KÄLIN, WALTER. Troubled Communication: Cross-Cultural Misunderstandings in the Asylum-Hearing. [en línea] *International Migration Review* 1986 20 (2) < <http://www.jstor.org/stable/2546033>> [consulta: 23 de septiembre de 2010] P. 5.

³⁶⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Loc. Cit.

³⁶⁸ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. ECRE Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status. Op.cit. P. 12.

³⁶⁹ En la substanciación del procedimiento, especialmente durante el desarrollo de las entrevistas, en caso de ser necesario se contará con el apoyo de un traductor o intérprete y de los especialistas que se requieran para facilitar la comunicación con el solicitante, mismos que en todo momento deberán de preservar la confidencialidad de la información. (artículo 23, inciso 3º) Ley Sobre Refugiados Y Protección Complementaria. MEXICO. 27 Enero De 2011.

intérprete en todas las etapas del procedimiento. No obstante, aún existen países en los que no se garantiza al solicitante que pueda acceder a los servicios de un intérprete, como ocurre en el caso de Japón.³⁷⁴

6 El principio de confidencialidad.

El principio de confidencialidad en este tipo de procedimientos exige que el órgano de determinación guarde reserva respecto de todos los datos e información presentada por el solicitante de refugio, en particular evitando que esta información pueda ser conocida por las autoridades del país de origen en el que el solicitante de refugio teme ser objeto de persecución.

En el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados, el ACNUR se refirió a la confidencialidad en particular al realizar las entrevistas personales, señalando que “el examinador tendrá que ganarse la confianza del solicitante con objeto de ayudarlo a presentar su caso y a exponer cabalmente sus opiniones y manera de sentir. Como es lógico, para crear ese clima de confianza es de suma importancia que las declaraciones del

³⁷⁰ “Artículo 8. b. They shall be provided with the services of an interpreter in order to submit their case to the authorities competent to receive and examine the application and for the conduct of the interview at all stages of the procedure, if appropriate communication cannot be ensured without such services. The interpreter’ costs shall be paid for out of public funds”. Presidential Decree Number 114. GRECIA. 22 noviembre 2010

³⁷¹ Artículo 32 de la Ley General De Reconocimiento Y Protección Al Refugiado: (...) En especial, se reconoce al solicitante de estatuto de refugiado el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete calificado si no comprende o no habla el idioma nacional” Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

³⁷² Artículo 22. “(Derecho a intérprete y asistencia letrada).- Durante la sustanciación del procedimiento de determinación, el solicitante de refugio tiene derecho a contar con un intérprete” LEY N° 18.076. URUGUAY. Estatuto Del Refugiado. 14 de Noviembre de 2006.

³⁷³ “Cuando sea necesario y práctico durante todas las etapas del procedimiento” lo provee el Departamento de Home Affairs “si no es práctico, se puede solicitar en caso que lo requiera el solicitante” Artículo 38 (f), Refugees Act y Regulation 5, Regulations to the South African Refugees Act. SUDÁFRICA. 2000

³⁷⁴ There is no national interpreter service comprising recommended and approved interpreters and no formal scheme in place to test an interpreter’s linguistic skills or to evaluate their suitability for the task. This can lead to inadequate interpreters being provided, for example when they are from the same country as the applicant but do not speak the same language or dialect (Turkey/Kurdish; Afghanistan/Dari or Pashtu). Likewise there could be difficulties if the “interpreter” is not speaking in their mother tongue or is a Japanese student of the language without the necessary knowledge adequately to interpret. In some cases there has been complete denial of access to an interpreter.³¹ The inadequate provision of and access to a professional interpreter service have been consistently raised by lawyers and other refugee advocates. WRITENET. Japan: Refugees and Asylum Seekers. 2006. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/43f4a4b94.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011] P. 10.

solicitante tengan el carácter de confidenciales y que se le informe de ello.”³⁷⁵ El ACNUR a su vez ha recalcado la importancia de la confidencialidad, señalando que “los procedimientos de asilo deben respetar, en todas las etapas del procedimiento, la confidencialidad de todos los aspectos de la solicitud de asilo, incluso el mismo hecho de que el individuo ha planteado una solicitud. Asimismo, no se debe compartir ninguna información de la solicitud con el país de origen.”³⁷⁶

El ECRE, por su parte, también se ha referido a la importancia de proteger los datos del solicitante y de mantenerlos en reserva, impidiendo el acceso a ellos a los posibles agentes de persecución en el país de origen del solicitante y recalca la necesidad de que el solicitante se mantenga en el anonimato.³⁷⁷

La Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, reconoce el principio de la confidencialidad, en su artículo 41, el que establece que los Estados deberán asegurarse de que “las autoridades encargadas de la aplicación de la presente Directiva estén obligadas por el principio de confidencialidad, definido en el Derecho nacional, en relación con la información que obtengan en el curso de su trabajo.”

Fuera de Europa³⁷⁸, otros Estados en su derecho interno han considerado como un principio básico de todo procedimiento de determinación de la condición de refugiado la confidencialidad de los datos aportados por el solicitante. Así por ejemplo lo reconocen expresamente en su legislación, la mayoría de los países que regulan el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en América Latina,³⁷⁹ Estados Unidos y Canadá.

³⁷⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op.cit. p. 35

³⁷⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op. Cit. P. 15

³⁷⁷ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Ecre Guidelines On Fair And Efficient Procedures For Determining Refugee Status. Op. Cit. P. 33-34

³⁷⁸ En España se establece que “Toda la información, incluso el hecho de la presentación de la solicitud, debe ser confidencial” (Artículo 16, apartado 4) Ley 12/2009. ESPAÑA. Ley Reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. 30 de octubre de 2009.

³⁷⁹ En Argentina, el procedimiento para determinar la condición de refugiado se llevará a cabo con arreglo al principio de confidencialidad. (Artículo 32 y Artículo 48). Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006. En México según lo establece el Artículo 5, VI y 10, se señala que la información aportada será tratada “con la más estricta confidencialidad.” Ley Sobre Refugiados Y Protección Complementaria. MEXICO. 27 Enero De 2011. Así también en Uruguay y Venezuela.

7 La prueba en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

Una vez iniciado el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, se le dará la oportunidad al solicitante para aportar todos aquellos elementos de prueba que permitan acreditar su condición de refugiado, atendiendo a los elementos definidos en la Convención de 1951.

No obstante, por regla general para un solicitante de refugio será muy difícil poder contar con todos los medios de prueba necesarios para poder acreditar los requisitos que establece la Convención de 1951 para poder ser calificado como refugiado.

Según lo reconoce el ACNUR “es frecuente que el solicitante no pueda aportar, en apoyo de sus declaraciones pruebas documentales, o de otra clase, y los casos en que pueda presentar pruebas de todas sus afirmaciones serán la excepción más que la regla. La mayoría de las veces, una persona que huya de la persecución llegará con lo más indispensable y, en muchos casos, incluso sin documentación personal”

En virtud de lo ya señalado, los Estados, al regular esta materia en su derecho interno, deberían atender a esta dificultad de los solicitantes de refugio para poder acceder a los medios de prueba, estableciendo estándares probatorios menos onerosos y adoptando un papel más activo en la búsqueda de evidencia.

A continuación se revisará la forma en que el problema ha sido enfrentado por el derecho internacional y el derecho interno de los Estados, en especial al regular la carga de la prueba, la entrevista personal y la valoración de la prueba.

7.1 La Carga de la prueba.

Según lo dispone 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 del ACNUR, “es un principio general de derecho que la carga de la prueba incumbe al peticionario”.

En seguida, en este mismo documento, se matiza esta afirmación, teniendo en cuenta la dificultad que presenta para el solicitante de refugio reunir las pruebas necesarias, señalando que

“aún cuando la carga de la prueba incumbe al solicitante”, el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes “corresponde a la vez al solicitante y al examinador”.³⁸⁰

Gorlick, por su parte, precisa que tanto el solicitante, como el órgano de decisión en este tipo de procedimientos, deben compartir la responsabilidad de la carga de la prueba, “en vista de la situación particular y la vulnerabilidad que experimentan los solicitantes de refugio”. En particular señala que el examinador debe procurar buscar y analizar información objetiva del país de origen que permita acreditar los hechos que el ocurrente afirma en su solicitud.³⁸¹ En este sentido, el ACNUR señaló que el examinador comparte con el solicitante “el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes del caso” y que esto sólo se logra “cuando el examinador se familiariza con la situación objetiva en el país de origen que corresponda, se mantiene informado de los asuntos importantes de conocimiento público, guía al solicitante para que provea la información relevante y verifica adecuadamente los hechos alegados que puedan ser probados”.³⁸²

7.2 Los medios de prueba

Por lo general, los solicitantes de refugio al desplazarse no contarán con todos los medios de prueba necesarios para acreditar su condición y en estos casos, la mejor forma que tendrán para acreditar su condición, será su propio testimonio, que presentará ante el órgano de determinación que calificará su calidad de refugiado. Además, los examinadores deberán recopilar información relevante acerca del país de origen y harán los esfuerzos necesarios para que esta información sea lo más completa y actualizada posible, a fin de verificar si la solicitud tiene el sustento adecuado.

7.2.1 La entrevista personal

Como ya se señaló, atendida la dificultad del solicitante para presentar documentación escrita y otros medios de prueba, la entrevista personal del solicitante resultará clave para poder acreditar el “temor fundado de persecución” que justifica su petición.

³⁸⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op. Cit. P. 34.

³⁸¹ GORLICK, BRIAN. Common burdens and standards: legal elements in assessing claims to refugee status. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1991.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009].

³⁸² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba que en las Solicitudes de Asilo. 1998. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1906.pdf?view=1>> [consulta: 10 de Mayo 2011] P. 3

Según lo señala el ECRE, “todo solicitante de asilo debe tener la oportunidad de acceder a una entrevista completa y justa con la autoridad competente.” El ECRE precisa que en esta entrevista el examinador debe informar todos los derechos y obligaciones que tiene el solicitante en el procedimiento y el propósito e importancia de la entrevista, haciendo hincapié en que toda la información que proporcione será confidencial a fin de facilitar su declaración. A su vez, el entrevistado debería tener derecho a ser acompañado por su representante o asesor legal y por un funcionario del ACNUR, teniendo ambos la oportunidad de intervenir para clarificar lo expresado por el solicitante y sugerir la corrección de errores de transcripción.³⁸³

El ACNUR ha señalado también que la entrevista debe registrarse por escrito y que se debe permitir al solicitante, o a su representante, acceder a este registro, a fin de corregir posibles errores de interpretación.³⁸⁴

La Unión Europea también ha reconocido como una garantía de todo procedimiento de determinación de la condición de refugiado, el poder acceder a una entrevista personal, según se recoge en el artículo 12 de la Directiva de la Unión Europea sobre Normas Mínimas para los Procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de Refugiado, señalando en su apartado 1 que “antes de que la autoridad decisoria adopte una resolución, se brindará al solicitante de asilo la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal sobre su solicitud de asilo con una persona competente con arreglo al Derecho nacional para celebrar dicha audiencia”. No obstante, a continuación, en el apartado 2 de este artículo, señala que podrá prescindirse de la entrevista personal cuando: “la autoridad decisoria pueda adoptar una resolución favorable basada en las pruebas disponibles, en los casos en que “la autoridad competente ya se haya reunido con el solicitante con el fin de ayudarlo a rellenar su solicitud y de facilitarle la información básica en relación con la solicitud” o cuando “basándose en un estudio completo de la información suministrada por el solicitante, considere infundada la solicitud en los casos en que sean aplicables las circunstancias mencionadas en el artículo 23, apartado 4, letras a), c), g), h) y j)”. Señala también en el apartado 3 que podrá prescindirse de la entrevista “cuando no sea del todo factible, en particular, cuando la autoridad competente considere que el solicitante está incapacitado o no es apto para ser entrevistado debido a circunstancias permanentes ajenas a su control. En caso de duda, el Estado miembro podrá solicitar un certificado médico o psicológico.”

Respecto de la disposición ya citada, el ECRE ha señalado que “la entrevista es necesaria para permitir que el solicitante pueda proporcionar toda la información relevante y para esclarecer

³⁸³ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Ecre Guidelines On Fair And Efficient Procedures For Determining Refugee Status. Op. Cit. p. 25

³⁸⁴ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Fair and efficient asylum procedures: a non-exhaustive overview of applicable international standards. Op. Cit. P.4

cualquier discrepancia, inconsistencia u omisión en su solicitud”. Por lo anterior, no resultaría adecuado privar al solicitante de la oportunidad de ser entrevistado personalmente, según lo establece el artículo 12, apartado 2, letra c), en los casos que el solicitante ya se haya reunido con la autoridad competente al rellenar su solicitud, sin que se haya dispuesto del tiempo y oportunidad adecuada para realizar una entrevista que cumpla con los objetivos ya señalados. También el ECRE critica que en la tramitación de ciertas solicitudes consideradas como “manifiestamente infundadas” y en especial las referidas a casos de país de origen seguro y tercer país seguro, se permita a los Estados abstenerse de realizar este tipo de entrevistas, tal como se establece en el artículo 12, apartado 2, letra d) , teniendo en cuenta que los peticionarios y “con mayor razón en estos casos”, deben tener la oportunidad de refutar la presunción de seguridad y que la entrevista personal, por regla general, será la mejor forma para hacerlo.³⁸⁵

Canadá fue uno de los primeros países en reconocer este derecho de los solicitantes a “ser escuchados” por el órgano de determinación y sus fundamentos se plasman claramente en el caso *Singh v. Minister*. En este fallo, la Corte Suprema de Canadá estableció que los solicitantes debían ser escuchados en una audiencia oral, atendido los derechos que podrían llegar a verse afectados en caso de una decisión negativa. De esta manera señala que: “*Where a process which comes under the legislative authority of the Parliament involves the determination of "rights and obligations", this paragraph grants the right to "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice"*³⁸⁶

Este fallo resulta de especial importancia, atendido que a partir de su dictación, según ya se señaló en el capítulo anterior, se reformó la legislación canadiense, estableciéndose el derecho a una audiencia oral de los solicitantes de asilo tanto en primera como en segunda instancia.

En Inglaterra, por su parte, la High Court en el caso *R v. Immigration Appeal Tribunal, Ex parte S.*, estableció la necesidad de contar con una audiencia oral, para efectos de determinar la credibilidad del solicitante, aun cuando no la considera exigible en todos los casos, haciendo referencia a distintos estudios en los que se constata la enorme diferencia en la calidad de las

³⁸⁵ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. ECRE Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status. Op. Cit. P. 14

³⁸⁶ CORTE SUPREMA DE CANADÁ. *Singh v. Minister of Employment and Immigration*. 4 de abril de 1985. [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/470a4a6dd.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

decisiones que se adoptan previa audiencia del interesado y aquellas que se adoptan sólo en base a documentación escrita.³⁸⁷

En la práctica, la mayoría de los Estados que han adoptado normas de derecho interno que regulan el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, han acogido las recomendaciones del ACNUR en este sentido, garantizando el derecho a una entrevista personal de los solicitantes de refugio. Así en Argentina, se establece que “es obligatorio mantener una entrevista personal con el solicitante”, según lo dispone el Artículo 36 de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado y que se deben consignar en actas las declaraciones del solicitante, conforme lo establece el Artículo 45, letra a) de esta ley. En España, la entrevista individual se debe realizar siempre individualmente y se debe dejar constancia en el expediente, conforme lo precisa el Artículo 17, apartado 4 y 5 de la Ley Reguladora del Asilo y de la Protección Subsidiaria. Por su parte, en Grecia, se establece además la obligación de entregar una copia al solicitante del acta de la entrevista y se le da la oportunidad de objetar aquellas afirmaciones que no se ajusten a lo expresado, según lo dispone el artículo 10 del Decreto Presidencial N°114 que regula los procedimientos de determinación de la condición de refugiado. También Inglaterra reconoce el derecho de los solicitantes de acceder a una entrevista personal ante la autoridad legalmente competente.

7.2.2 Información del País de origen

La información del país de origen es otro elemento probatorio que resulta fundamental en la determinación de la condición de refugiado. Este término se refiere en general al conjunto de informes y documentos emitidos por organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, información proporcionada por las embajadas del país de acogida en el país de origen, noticias de medios internacionales y nacionales, opiniones de expertos, entre otros

³⁸⁷ Así el Juez Sullivan señala en este caso que “in a comprehensive survey of the subject, Professor Genn notes that the success rate between appeals which went to a hearing and those decided on the papers varies dramatically: 30% of the former are allowed in full or in part, as opposed to only 2% of the latter. As to credibility, one special adjudicator is recorded in the report as saying ‘Assessing credibility is nine-tenths of the job’.

The difference that having a hearing makes to the success rate of appeals is confirmed by the experience of the Refugee Legal Centre (‘RLC’). They point out that the Secretary of State’s decision to grant or refuse asylum is based on, inter alia, interview notes, but the decision-taker would not be the interviewing officer. The former may attach significance to matters in the interview which were not considered to be important by the latter, hence were not fully explored. The hearing before an adjudicator is the appellant’s first opportunity to explain his position directly to the person who is actually taking the decision.” TRIBUNAL SUPERIOR (HIGH COURT) DE INGLATERRA. R v. Immigration Appeal Tribunal, Ex parte S. 9 de Febrero de 1998 [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b61bc.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

medios de prueba, que permiten al órgano de determinación evaluar las condiciones objetivas que fundan el “temor fundado de persecución” del solicitante de refugio.³⁸⁸

En este sentido, el ACNUR en el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados de Determinación de la Condición de Refugiado, señala que “las declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas en abstracto y deben examinarse en el contexto de la situación pertinente. El conocimiento de la situación en el país de origen del solicitante, aunque no sea un objetivo primordial, es un elemento importante para evaluar el grado de credibilidad de esa persona.”³⁸⁹

A su vez, al enumerar las garantías básicas que debería respetar un procedimiento justo y eficiente de determinación de la condición de refugiado, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha señalado que “las personas encargadas de tomar las decisiones deben tener acceso, como un elemento fundamental, a información sobre país de origen que sea precisa, imparcial y actualizada, proveniente de fuentes diversas.”³⁹⁰

También la Directiva de Calificación de la Unión Europea hace referencia a la información del país de origen en el artículo 4.3, señalando que “la evaluación de una solicitud de protección internacional se efectuará de manera individual e implicará que se tengan en cuenta (...) todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas la legislación y la reglamentación del país de origen y el modo en que se aplican”³⁹¹

En la “Investigación de Información sobre Países de Origen” elaborada bajo la dirección de la Cruz Roja Austriaca, se detallan aquellos elementos que se deberían tener en consideración al recopilar la información sobre países de origen. En primer lugar establece que se debe atender a su relevancia, es decir que la información se refiera a hechos relacionados con distintas formas de persecución y la protección efectiva que es capaz de otorgar el Estado de origen³⁹² En

³⁸⁸ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. Op. cit. P. 545

³⁸⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados*. Op. Cit. P. 9.

³⁹⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional*. Op. Cit. P. 15.

³⁹¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/83/CE del Consejo de la Unión Europea por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Loc. Cit.

³⁹² En particular se detalla que se debe atender a la legislación nacional, a las situaciones de persecución por parte de agentes no estatales, situaciones de persecución por motivos de género, las alternativas de huida interna y la posibilidad efectiva de protección en el país de origen ante estas formas de persecución.

segundo lugar precisa que la información debe ser fiable y equilibrada, teniendo en cuenta su autor, el origen de la documentación utilizada, quién o que organismo financió la investigación y por último, cuál es el fin de la misma. En tercer lugar requiere que la información sea precisa y actualizada, esto es que la información sea corroborada en distintas fuentes, haciendo presente las contradicciones entre las fuentes y actualizando dicha información de manera constante. Finalmente, exige que la recopilación de la información sea transparente en su elaboración, exponiendo las distintas fuentes encontradas, las dificultades en su elaboración y precisando aquella información que no ha sido posible recopilar.³⁹³

En cuanto al papel que juega este tipo de información del país de origen, se ha cuestionado el abuso que los órganos de determinación pueden hacer de la misma al utilizarla como medio de prueba fundante para la determinación de la condición de refugiado, en particular, cuando la misma no resulta lo suficientemente precisa, imparcial y actualizada, cuando no se explicita su uso al fundar una resolución y cuando no se les da la oportunidad a los solicitantes a acceder a esta información y presentar medios de prueba que contradigan la información recopilada.³⁹⁴

7.3 Problemas vinculados a la valoración de la prueba

7.3.1 El problema de la transculturalidad en la determinación de la condición de refugiado.

Walter Kälin fue uno de los primeros autores en advertir las dificultades que implica para poder determinar la condición de refugiado las diferencias culturales que existen entre los solicitantes de refugio y los encargados de evaluar su solicitud en el Estado de Acogida y cómo este tipo de

CRUZ ROJA AUSTRIACA. Investigación De Información Sobre Países De Origen. Un Manual De Formación. 2006. [en línea] <http://www.coi-training.net/content/doc/es_manual_COI_parte_I-final-online.pdf> [consulta: 23 de mayo de 2011] P. 50.

³⁹³ Ibid.

³⁹⁴ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Op. cit. P. 547. También el ACNUR, señala en este sentido: "Given that "automated" decision-making processes are neither feasible nor desirable, access to reliable and timely COI (Country of origin information) will remain important for individual status determination systems. Over-reliance on COI can also have negative implications and UNHCR has expressed its concern with regard to accelerated procedures, when processing so-called manifestly-unfounded claims or when judicial appeal has no suspensive effect. In such cases, aberrations can occur, for example, when a certain asylum claim refers to an event that is not well-documented and this "fact," or the absence of it, is interpreted as inference of implausibility of the entire claim or casting doubt on the credibility of the applicant". ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Country of Origin Information: Towards Enhanced International Cooperation. 2004 [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/403b2522a.html>> [consulta: 10 de junio 2011] P. 23

diferencias pueden distorsionar la comunicación entre ambos y repercutir negativamente en la valoración de la declaración del solicitante.³⁹⁵ Kälin pone especial atención a las diferencias en la manera de expresarse, la relatividad cultural que existe en la interpretación de ciertos conceptos, las dificultades de la traducción, distintas percepciones del tiempo³⁹⁶ entre otros factores.

Legomsky, a su vez, hace hincapié en que los solicitantes de asilo provienen de diferentes culturas en las que el lenguaje corporal y ciertas expresiones pueden expresar un significado distinto. Así por ejemplo, el hecho de que un solicitante de refugio sonría al hablar, evite el contacto visual y efectúe otro tipo de conducta extraña, podría resultar inadecuado para el examinador, en el contexto de una entrevista personal, y afectar la credibilidad del solicitante, pese a que el solicitante sea honesto en expresar los hechos que fundamentan su solicitud.³⁹⁷

Como solución a este problema, Legomsky recomienda capacitar adecuadamente a los funcionarios encargados de entrevistar y evaluar las declaraciones de los solicitantes de refugio, de manera que puedan saber cómo llevara adelante este tipo de examen, teniendo en cuenta esta diversidad cultural, al evaluar la credibilidad del solicitante.³⁹⁸ A su vez, el ACNUR ha señalado expresamente que las personas encargadas de tomar las decisiones “deben recibir capacitación apropiada en técnicas de entrevistas transculturales y tener familiaridad con el uso de interpretes”³⁹⁹

Los Estados también han incorporado este tipo de recomendaciones, en particular en las legislaciones más recientes, como ocurre en el caso de México, que expresamente exige que el

³⁹⁵ Según lo precisa Kälin: “Misunderstandings rooted in the differences between the asylum seeker's and the official's cultural background can seriously distort the process of communication during the asylum hearing and thus fundamentally impair the ability of refugees to make their claims credible.” KÄLIN, WALTER. “Troubled Communication: Cross-Cultural Misunderstandings in the Asylum- Hearing”. Op.cit. 234.

³⁹⁶ Así también Won Kidane refiriéndose a la importancia de estas diferencias culturales detalla que “Commenting on cultural differences regarding what is considered an important detail in life, Michael Kagan, who had a chance to observe refugee status determinations in Egypt, said that Sudanese refugees often struggled to remember their birthdates or wedding dates because such events are neither recorded nor considered important in southern Sudanese society. The writer of this article also encountered refugees in East Africa who had to struggle to remember the number, names, and ages of their children. These situations do not create any serious adjudicative problems in Africa because almost invariably, refugees flee well known and recognized hardships and as such the UNHCR considers them *prima facie* refugees. However, the refugees face problems in trying to establish their refugee status for resettlement to third countries that may use different cultural standards.” KIDANE, WON. Op. cit. p. 127.

³⁹⁷ LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker`s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op.Cit. P. 12

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op.Cit. P. 15

órgano de determinación tome en consideración “el contexto social y cultural de donde provenga el solicitante”, según consta en el artículo 23, inciso 2º de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.⁴⁰⁰ Por su parte, Grecia exige que las personas que lleven adelante las entrevistas estén lo suficientemente capacitadas para captar las circunstancias que acompañan una solicitud, atendiendo a las diferencias culturales y a la vulnerabilidad del solicitante, conforme se establece en el Artículo 10.9.a. del Decreto Presidencial que regula los procedimientos de determinación.⁴⁰¹ En la legislación argentina también se exige que se tomen en cuenta estas diferencias culturales al evaluar y resolver una solicitud de refugio.⁴⁰²

7.3.2 La “credibilidad”

La cuestión de la credibilidad es un tema extensamente desarrollado en el derecho anglosajón al analizar el procedimiento de determinación de la condición de refugiado y resulta difícil estructurar un único concepto a partir de las distintas concepciones que han sido desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia.

Sweeney señala que la credibilidad puede entenderse en sentido amplio o restringido. La credibilidad en sentido amplio se refiere a “que la solicitud en sí es meritoria y consecuentemente, exitosa” y que el solicitante, por tanto, merece obtener protección, por ser verídicos los hechos que fundan su solicitud.⁴⁰³

Por su parte, la credibilidad en sentido restringido, concepto que a su juicio resulta más útil y adecuado en este tipo de procedimientos, no atiende a la veracidad de una declaración, en los

⁴⁰⁰ La Secretaría, tomando en consideración el contexto social y cultural de donde provenga el solicitante, así como su edad, género y otras circunstancias particulares, realizará de manera personal las entrevistas que resulten necesarias, a fin de allegarse de elementos para el análisis de su solicitud. (Artículo 23, inciso 2º) Ley Sobre Refugiados Y Protección Complementaria. MEXICO. 27 Enero De 2011.

⁴⁰¹ Artículo 10.9.a. “the persons who conduct the interview must be sufficiently competent to take account of the personal or general circumstances surrounding the application, including the applicant’s cultural origins or vulnerability” Decreto Presidencial 114/2010. GRECIA. 2010

⁴⁰² “Las autoridades competentes resolverán las solicitudes en cada caso y de manera fundada, teniendo en cuenta el derecho vigente, las necesidades invocadas por los solicitantes y los valores culturales de sus países de origen”. (Artículo 6) Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

⁴⁰³ Sweeney precisa que “The broadest interpretation is that credibility is about whether the application is meritorious and, consequently, successful. On a broad interpretation of credibility, therefore, to describe a claim as ‘credible’ is to say that the applicant’s statements are true and that he or she warrants international protection. It is shorthand for expressing the strength of the case. SWEENEY, JAMES. “Credibility, Proof and Refugee Law” [en línea] *International Journal of Refugee Law* 2009 21 (4) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/19/4/639>> [consulta: 23 de mayo de 2011] P. 708.

casos que no ha podido ser probada por otros medios, sino que a que la misma sea consistente, plausible y que refleje hechos públicamente conocidos.⁴⁰⁴

Sweeney recomienda interpretar el concepto de credibilidad en sentido restringido, ya que, de lo contrario, se dificultaría en extremo que el solicitante pueda ver reconocida su condición de refugiado, ante la imposibilidad de ofrecer pruebas suficientes de todos los hechos declarados.

La credibilidad en sentido restringido, según lo precisa este autor resulta útil para evaluar todos aquellos casos en que el testimonio del solicitante no ha podido ser acreditado mediante otros medios de prueba más objetivos y confiables, permitiendo presumir la veracidad de lo afirmado por el peticionario, si su declaración es consistente coherente y ajustada a los hechos ya conocidos.

Siguiendo esta línea el ACNUR ha señalado que la imposibilidad de aportar prueba documental de los solicitantes para justificar sus declaraciones verbales “no debería impedir que la solicitud fuera aceptada, si tales declaraciones fueran compatibles con hechos de conocimiento público y la credibilidad general del solicitante fuera buena.” El ACNUR precisa que la credibilidad se podrá establecer en los casos en que el solicitante ha presentado una solicitud coherente y verosímil, que no contradice hechos de conocimiento público y que por lo tanto, en su conjunto, puede resultar creíble.”⁴⁰⁵

Sweeney al analizar el caso de Inglaterra, señala que en este país se ha optado por aplicar el concepto de credibilidad amplio, que atiende a la credibilidad o mérito de la solicitud “como un todo”, según lo detalla la “Asylum Policy Instruction”, exigiéndose a los solicitantes demostrar la veracidad de todo lo aseverado en su solicitud, en vez de servir como un elemento alternativo a la prueba material.⁴⁰⁶ Según el autor, esta concepción resulta contraria a las recomendaciones que da el ACNUR al respecto, el que ha sostenido que la credibilidad debe entenderse como una alternativa a la prueba, no como un equivalente y que su evaluación será útil en los casos en que los hechos no han podido ser acreditados fehacientemente por otros medios.

Otro elemento que a juicio de Kagan es importante tener presente al evaluar la credibilidad de una solicitud de refugio, es que la misma debe atender a criterios objetivos y no a consideraciones puramente subjetivas. Según lo señala el autor, el examinador no debe tener en consideración si a él personalmente el testimonio del solicitante le parece creíble, sino que debe

⁴⁰⁴ Según lo define Sweeney: “A ‘credible’ but otherwise unsupported statement is one that is not certainly true, not yet proven but, because it is plausible, consistent, and reflects generally known facts, must not be dismissed from the consideration of whether the applicant has a well founded fear of persecution” Ibid.

⁴⁰⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba que en las Solicitudes de Asilo. Op. Cit. P.10.

⁴⁰⁶ SWEENEY, JAMES. Credibility, Proof and Refugee Law. Op.Cit. P.709.

atender a que exista una base razonable que le permita llegar a establecer a un observador común que la declaración cumple con esta característica. Según lo precisa Sweeney, para poder determinar la credibilidad bajo criterios objetivos, se requiere tener en cuenta la consistencia de la declaración del sujeto, esto es que no existan contradicciones sustanciales en lo que asevera en sus testimonio, a si la misma es coherente con los hechos ya conocidos y acreditados mediante otros medios de prueba y por último que la declaración sea plausible, esto es, que se ajuste a los hechos públicamente conocidos. A su vez, a juicio de Kagan, se debe exigir al órgano de determinación que detalle las razones que tuvo en consideración al evaluar la credibilidad de un solicitante, lo que favorece que esta evaluación sea más objetiva, atendiendo a parámetros lógicos predefinidos y transparentes.⁴⁰⁷

En la práctica, el concepto de “credibilidad” ha sido introducido en el derecho interno de los Estados al regular la determinación de la condición de refugiado, pero sin que se precise en la mayoría de los casos, su contenido y los criterios para evaluarla. Así por ejemplo Argentina introduce el concepto de credibilidad en su acepción restringida, al establecer su aplicación supletoria en caso de ausencia de prueba, siguiendo las recomendaciones del ACNUR señalando en el artículo 44 de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado que “para considerar probados los hechos bastará que existan indicios suficientes. Si no pudiera recolectarse prueba directa, las autoridades, en su evaluación, podrán basarse de manera supletoria en indicios y presunciones y en la credibilidad del solicitante”. No obstante, omite referirse al contenido del concepto y a los criterios que se tomaran en consideración para evaluarla.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Así por ejemplo, destaca que tanto la jurisprudencia de Estados Unidos como la de Canadá, exigen este tipo de argumentación lógica al evaluar la credibilidad: “Administrative agencies, appellate tribunals, and courts have increasingly insisted that adjudicators explain the specific reasoning behind negative credibility findings. The U.S. Board of Immigration Appeals (BIA) has held that a refugee status decision-maker may not reject an applicant on credibility grounds without “specific and cogent reasons,” such as inconsistencies, vagueness or material omissions in testimony or evidence. The Canadian IRB’s guidelines note: The Federal Court has commented frequently that if the Board rejects a claim essentially because of a lack of credibility, clear reasons must be given. Those aspects of the testimony which appear not to be credible must be clearly identified and the reasons for such conclusions must be clearly articulated. . . . This generally includes an obligation to provide explanations or examples of the basis for not accepting the claimant’s testimony (for example, inconsistencies, implausibilities). It is not enough to say that the evidence is not believed, since this creates an appearance of arbitrariness.” Requiring reasons for negative credibility assessments allows credibility decisions to be reviewed, shows that decisions are not arbitrary, and makes concrete elements of a person’s testimony more important than an adjudicator’s personal judgment”. KAGAN, MICHAEL. “Is Truth in the Eye of the Beholder. Objective Credibility Assessment in Refugee Status Determination”. [en línea] < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/geoimlj17&div=27&id=&page=> > [consulta: 23 de mayo de 2011].

⁴⁰⁸ Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

En los países del common law ha existido mayor preocupación por precisar el concepto y establecer criterios o guías que los jueces, principalmente en segunda instancia, deberán aplicar al evaluar la credibilidad, como por ejemplo en Inglaterra a través de la Asylum Policy Instruction titulada “Assessing Credibility in Asylum and Human Rights Claims”⁴⁰⁹ o en Australia a través de la “Guidance on the Assessment of Credibility” publicada el año 2006⁴¹⁰.

Finalmente parece recomendable que los Estados que introduzcan este concepto en su derecho interno, definan la forma en que puede ser aplicado, limitando la discrecionalidad de los funcionarios que deben evaluar la declaración del solicitante, ya que como ya se señaló, podría prestarse para consideraciones subjetivas o arbitrarias y perjudicar la determinación de aquellos verdaderos refugiados que tienen dificultades para expresarse o que han experimentado traumas que dificultan efectuar declaraciones completas y precisas.

7.3.3 El beneficio de la duda

El concepto de “beneficio de la duda” fue introducido por el ACNUR en el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados de Procedimiento de determinación de la condición de refugiados, señalando que, dado que es “es casi imposible que un refugiado “pruebe” en todos sus puntos los hechos expuestos, y si ello fuera condición indispensable la mayoría de los refugiados no verían reconocida su condición de tales” se debe conceder al solicitante “el beneficio de la duda” en la determinación de la condición de refugiado.

Este beneficio de la duda debería concederse “cuando se hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles y el examinador esté convencido de la credibilidad general del solicitante” Este concepto se vincula estrechamente al de la credibilidad, en tanto ambos tienen aplicación ante la falta de pruebas materiales que permitan acreditar los fundamentos de una solicitud.

No obstante, según lo precisa el ACNUR, la credibilidad del solicitante se debe determinar antes de aplicar el beneficio de la duda, como un pre requisito para su aplicación. Sólo si el testimonio del solicitante es creíble, en el sentido ya señalado y se han hecho los esfuerzos necesarios para reunir los medios de prueba disponibles, entonces se podrá aplicar el beneficio de la duda al solicitante, presumiéndose la veracidad de su solicitud.⁴¹¹

⁴⁰⁹ KAGAN, MICHAEL. Loc.cit.

⁴¹⁰ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Op. cit. P. 548

⁴¹¹ Según se establece en el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados: “(...) el beneficio de la duda no debería concederse más que cuando se hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles y el examinador esté convencido de la credibilidad

De esta manera, según lo señala Sweeden, el beneficio de la duda se aplicaría como una presunción a favor del solicitante, en los casos en que lo afirmado en su solicitud no haya podido ser probado fehacientemente mediante otros medios de prueba.⁴¹²

El principio del “beneficio de la duda” también ha sido incorporado también en la legislación interna de los Estados y así se señala expresamente en la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado de Argentina, en su artículo 46 y en el artículo 16 de la Ley del Refugiado en Perú.

7.4 El mérito de la prueba

El mérito de la prueba, según lo señala el ACNUR, puede definirse como “el umbral que debe alcanzar el o la solicitante para persuadir al examinador sobre la verdad de sus afirmaciones respecto a los hechos acontecidos.”⁴¹³

La cuestión del mérito de la prueba ha tenido un extenso desarrollo en el common law, a diferencia de lo que ocurre en el derecho continental, que por lo general se regirá por un sistema de libre valoración de la prueba. Así, en el sistema anglosajón, el tema de la valoración de la prueba ha sido un tema especialmente controvertido en la jurisprudencia.

Gorlick, desarrolla el tema citando el caso Sivukuvaram⁴¹⁴, en el que la Cámara de Los Lores de Inglaterra resolvió que bastaría con alcanzar un “grado de probabilidad razonable” para poder determinar la calidad de refugiado de un solicitante, el que podría llegar a ser inferior al cincuenta por ciento de probabilidades de que los hechos alegados. De esta manera la exigencia sería menor que en los procedimientos de orden civil, en los que rige el estándar del “balance de probabilidades”⁴¹⁵. El estándar del “grado de probabilidad razonable” se utiliza ponderando

general del solicitante. Las declaraciones del solicitante tienen que ser coherentes y verosímiles, y no estar en contradicción con los hechos conocidos” ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Op. Cit. P. 35.

⁴¹² SWEENEY, JAMES. Op. Cit. P.715

⁴¹³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba que en las Solicitudes de Asilo. Op. Cit. P. 2

⁴¹⁴ CÁMARA DE LOS LORES DE INGLATERRA. R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Sivakumaran and Conjoined Appeals (UN High Commissioner for Refugees Intervening) 16 de Diciembre de 1987 [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b67f40.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

⁴¹⁵ GORLICK, BRIAN. “Common burdens and standards: legal elements in assessing claims to refugee status”. Op.Cit. P.367

el grave perjuicio que podría ocasionarse al solicitante de refugio en caso de que el órgano de decisión rechace su petición de manera errónea y se ordene su devolución al país en el que tiene un fundado temor de persecución.⁴¹⁶

Así también en el caso *INS v. Cardoza-Fonseca*, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió que “el mérito de la prueba, tal como fuera consistentemente interpretado por aquellos que lo redactaron, como así también por aquellos que se ocuparon de redactar los documentos que lo adoptaron, ciertamente no requiere que para ser considerado como refugiado, un extranjero deba demostrar que es más probable que improbable que vaya a ser perseguido”. Esto, teniendo en cuenta, tal como lo señala el Juez Stevens que “ciertamente uno puede tener fundado temor de que ocurra un hecho cuando existe menos de un cincuenta por ciento de probabilidades de que esto suceda”⁴¹⁷. De esta manera, la Corte resuelve que basta con que exista una “posibilidad razonable” de persecución para que se pueda reconocer la calidad de refugiado.

Según lo reconoce Gorlick, en los países nórdicos se ha optado por establecer criterios más exigentes para valorar la prueba, como ocurre en Dinamarca y Suecia, en los que el criterio de valoración atiende al “balance de probabilidades”,⁴¹⁸ exigiendo por tanto que la probabilidad de ocurrencia de los hechos que fundan la solicitud del refugiado sea mayor a un cincuenta por ciento.

Finalmente, el ACNUR basándose en la jurisprudencia norteamericana e inglesa ha recomendado utilizar el estándar de la probabilidad razonable y considera que no hay necesidad de probar de manera indiscutible si existe fundamento más allá de la duda, o incluso de probar

⁴¹⁶ Legomsky precisa que: “the standard of proof should reflect a conscious comparison of the "disutility" of the various types of errors. That is wise advice. An erroneous granting of asylum enables a person to stay in the host country when there is no particular reason to give him or her priority over anyone else. If such errors occur often enough, they might even exacerbate anti-refugee sentiment. In contrast, an erroneous denial of asylum by definition can return a genuine refugee to his or her persecutors, and possible imprisonment, torture, or death. Given these grave potential consequences, the standard of proof should not be set unnecessarily high.” LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker`s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op. Cit. P. 14

⁴¹⁷ Según lo detalla el Juez Stevens: “That the fear must be "well-founded" does not alter the obvious focus on the individual's subjective beliefs, nor does it transform the standard into a "more likely than not" one. One can certainly have a well-founded fear of an event happening when there is less than a 50% chance of the occurrence taking place.” CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Immigration and Naturalization Service contra Cardoza-Fonseca*. 9 de marzo de 1987 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b68d10.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

⁴¹⁸ GORLICK, BRIAN. “Common burdens and standards: legal elements in assessing claims to refugee status”. Op. Cit. P. 369.

que la persecución sea más probable que improbable, sino que basta con demostrar que la persecución sea razonablemente posible.⁴¹⁹

8 La garantía del plazo razonable.

La demora en la tramitación de las solicitudes de refugio por parte de los Estados de acogida, representa un gran obstáculo para el efectivo ejercicio de los derechos que la Convención de 1951 reconoce a las personas que tengan un fundado temor de ser perseguidas en su estado de origen. Atendido que por lo general, quien huye del territorio del Estado en el que sufre persecución, entrará en el territorio de otro Estado de manera irregular, sin contar con la debida documentación y careciendo de toda protección diplomática de su Estado de origen, resulta de suma relevancia, que atendida su especial condición de vulnerabilidad, la determinación de su calidad de refugiado, sea lo más expedita posible. No obstante, la complejidad que involucra este tipo de determinación y la falta de recursos dispuestos por los Estados de acogida, impiden que en la práctica las resoluciones se emitan con la celeridad necesaria.

Conforme se establece en distintos instrumentos de derecho internacional, dentro del derecho al debido proceso, es posible ubicar la garantía del plazo razonable, que busca asegurar que la tramitación de los procedimientos en que se determinen derechos fundamentales de las personas, sean lo suficientemente expeditos, teniendo en consideración, no obstante, la complejidad del caso.

Así se reconoce expresamente en el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que establece que: “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..”

Por su parte el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se refiere también a la garantía del plazo razonable al regular el derecho al debido proceso, señalando en su artículo 6º que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y **dentro de un plazo razonable**, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.”

⁴¹⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba que en las Solicitudes de Asilo. Op. Cit. P.4

Siguiendo el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece que las garantías del debido proceso debieran aplicarse también a los procedimientos administrativos en que se vean afectados derechos fundamentales de las personas, Juan Antonio Mondelli señala que “las solicitudes de asilo deben procesarse de la manera más oportuna y eficiente posible y deben ser resueltas dentro de un plazo razonable.”⁴²⁰

La garantía del plazo razonable no ha sido lo suficientemente desarrollada en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y no es posible encontrar jurisprudencia nacional o internacional, que se refiera a esta materia. No obstante, los mismos Estados han manifestado su intención de tramitar los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, de manera más expedita, a fin de dar cumplimiento a esta garantía. Así, por ejemplo, en el Plan de Acción de México se constata: “la lentitud de los procesos de determinación de la condición de refugiado o la debilidad de los procesos de documentación por falta, entre otros motivos, de recursos técnicos, humanos y financieros”

Atendido lo ya señalado, se insta “a los Estados a fortalecer los mecanismos institucionales creados para la determinación de la condición de refugiado, dotándoles de mayores recursos financieros”, a “garantizar el respeto de las normas del debido proceso, a través del acceso de los solicitantes al procedimiento de determinación de la condición de refugiado, el establecimiento de recursos efectivos, la adopción de decisiones en un plazo razonable y procedimientos de apelación ante instancias independientes” y “simplificar los trámites y facilitar la expedición de documentos”⁴²¹

En la práctica se constata también que ciertos Estados, al regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, han establecido plazos definidos para que la autoridad resuelva las solicitudes de refugio y han regulado el derecho de los solicitantes a una residencia provisoria mientras se resuelve su solicitud.

En este sentido, llama la atención el caso de Nicaragua, que establece en el Artículo 26, letra B) de la Ley N° 655 de Protección al Refugiado que las resoluciones de la CONAR deberán ser emitidas por escrito y notificadas a más tardar treinta días después de ser presentada la solicitud, mientras que en la letra C) del mismo artículo se precisa que “de no pronunciarse en los

⁴²⁰ MONDELLI, JUAN IGNACIO. “Procedimientos de asilo justos y eficientes: estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de refugiados”. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7430.pdf?view=1>> [consulta: 23 de septiembre de 2010].

⁴²¹ EVENTO CONMEMORATIVO FINAL DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE LOS REFUGIADOS DE 1984 (Ciudad de México, 2004) Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. Op. Cit. P.9.

términos establecidos en el inciso B, se operará el silencio administrativo a favor del solicitante.”⁴²²

Por su parte, la Ley Reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de España, establece expresamente la “obligación de la Administración de resolver expresamente” y “en caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceda los seis meses, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora”. No obstante, en caso de “transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud sin que se haya notificado la correspondiente resolución, la misma podrá entenderse desestimada”. De esta manera, en el caso español, el silencio administrativo opera en sentido negativo, a diferencia de la legislación nicaragüense, facultando al solicitante para ejercer los recursos contenciosos administrativos que correspondan ante un tribunal independiente para impugnar la decisión denegatoria.⁴²³

Por último, la legislación argentina, pese a no establecer plazos para resolver este tipo de solicitudes, garantiza de manera efectiva los derechos de los solicitantes de refugio mientras dure la tramitación de la misma. Así, el Artículo 42 de la Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado establece que “dentro de un plazo no mayor de veinte días hábiles desde el registro de la solicitud para la determinación de la condición de refugiado, el Secretariado Ejecutivo emitirá al solicitante y a los miembros de su familia incluidos en el expediente, la documentación que determine esta ley y su reglamentación y procederá a emitir las notificaciones correspondientes a las autoridades respectivas para legalizar su residencia temporal en el país hasta tanto se decida de manera definitiva sobre la solicitud”. A continuación, el artículo 43 de esta Ley establece que “a fin de facilitar el sostenimiento económico de los solicitantes de la condición de refugiado, la Secretaría Ejecutiva gestionará ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la expedición de un permiso de trabajo temporal del solicitante y los miembros de su familia en edad laboral dentro de los treinta días desde el registro de la solicitud.”⁴²⁴

⁴²² Ley N° 655. NICARAGUA. Ley de Protección a Refugiados. 9 de julio de 2008.

⁴²³ Ley 12/2009. ESPAÑA. Ley Reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. 30 de octubre de 2009.

⁴²⁴ Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

9 La fundamentación de las resoluciones

Otra garantía que el ACNUR reconoce como necesaria en todo procedimiento justo y eficiente en que se determine la condición de refugiado es que la resolución final le sea comunicada por escrito al solicitante de refugio y se expresen los fundamentos de hecho y de derecho. Además, en caso de solicitar el peticionario o su representante legal los antecedentes que se tuvieron a la vista para resolver rechazar su solicitud de refugio, se le debe permitir el acceso de manera oportuna, de manera que pueda solicitar la revisión de su caso con la suficiente preparación.⁴²⁵

El Comité Ejecutivo del ACNUR, en particular señala que “todos los solicitantes de asilo deben recibir, de manera automática, una decisión escrita, ya sea que se trate de la admisibilidad o sobre el fondo de la solicitud. En caso de que se rechace la solicitud, la decisión debe ser fundamentada”⁴²⁶

El ECRE, precisa que una decisión negativa debe establecer claramente las razones específicas del rechazo, de hecho y de derecho, la evidencia que se tuvo en consideración y que la misma debe informar al solicitante del derecho a apelar la resolución y sus plazos en un idioma que el solicitante comprenda. A su vez, señala que las resoluciones que acogen las solicitudes de refugio positivas también debieran expresar sus fundamentos, a fin de colaborar en el desarrollo de una jurisprudencia consistente.⁴²⁷

Por su parte, Goodwin Gill señala que las decisiones deben ser “razonadas”, expresando los hechos que se tuvieron en consideración, detallando cómo se valoró la credibilidad del solicitante, la prueba aportada y el derecho aplicable. El autor argumenta en este sentido señalando que obligación de expresar las razones de una decisión, ha sido reconocida como un

⁴²⁵ Según lo refiere Legomsky: “Best State practice ensures that the reasons for not granting refugee status are, in fact and in law, stated in the decision. Such information needs to be shared with the applicant as soon as necessary for allowing an appeal to be prepared and lodged in due time. In UNHCR’s view, it is important that decisions are properly substantiated so that the applicant could appeal meaningfully from such negative decision. Furthermore, it is generally recognized that the legal counsel who assists or represents an applicant for asylum also needs to know the reasons for rejection of the applicant’s claim”. LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker’s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op.cit. P. 14

⁴²⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op.cit. P. 16

⁴²⁷ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Ecre Guidelines On Fair And Efficient Procedures For Determining Refugee Status. Op. Cit. P. 28

pre requisito esencial de “justicia fundamental”⁴²⁸, citando para estos efectos el fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Hadjianastassiou v. Grecia*.⁴²⁹

Legomsky, a su vez, enfatiza la necesidad de que este tipo de decisiones se adopten por escrito, atendiendo a que la escrituración exige una fundamentación más articulada y cuidadosa del órgano de decisión, permite evitar que se adopten decisiones arbitrarias y facilita al solicitante impugnar la decisión.⁴³⁰

La Directiva de la Unión Europea sobre Normas Mínimas para los Procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de Refugiado también acoge estas recomendaciones, estableciendo en su artículo 9, apartado 1 que los Estados miembros “garantizarán que las resoluciones sobre las solicitudes de asilo se dicten por escrito” y en el apartado 2, señala que “también procurarán que, cuando se desestime una solicitud, las razones de hecho y de derecho se detallen en la resolución y se informe por escrito sobre qué hacer ante una denegación.

10 El derecho de revisión y el derecho a un recurso efectivo.

10.1 El derecho a solicitar la revisión de una resolución negativa por un tribunal u órgano independiente

Conforme lo establece el Comité Ejecutivo del ACNUR en la Conclusión General N°8, en caso de que no se reconozca al solicitante la condición de refugiado “debe concedérsele un plazo

⁴²⁸ GOODWIN-GILL, GUY S. “Who to protect, How..., and the Future?” Op. Cit. P. 4-5

⁴²⁹ En este caso, la Corte Europea resolvió acoger la demanda presentada por el Sr. Hadjianastassiou señalando que Grecia habría infringido el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al haberse dictado una resolución que condenaba al peticionario por haber divulgado un “secreto militar”, sin expresar sus fundamentos y no otorgándosele el tiempo necesario para presentar el Recurso de Casación para impugnar la decisión. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Hadjianastassiou v. Grecia*. 23 de Noviembre de 1992. [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6f78.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

⁴³⁰ Según lo señala Legomsky: “First, it is more difficult to reach a hasty conclusion when one has to articulate convincing reasons in writing. Hopefully the difficulties in explaining the decision will sometimes cause an adjudicator to reconsider. Second, the adjudicator who knows he or she will have to justify the decision in writing has a greater incentive to consider the case carefully before reaching a decision. Third, without reasons, the losing party will often find the result even more difficult to swallow. Fourth, a written record of reasons assures the public that the process is serious and careful. And fifth, reasons will be necessary if, as recommended below, the decision is subjected to possible review”. LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker`s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op. Cit. P. 14.

razonable para apelar ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, administrativa o judicial, con arreglo al sistema prevaleciente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada”

Posteriormente este organismo ha precisado que todos los solicitantes deben tener el derecho a una apelación o revisión “independiente” contra una decisión negativa, también si esta se da en sede de admisibilidad, o si es adoptada en un procedimientos acelerado.⁴³¹ Según observa el ACNUR: “los solicitantes de refugio tienen derecho a un remedio efectivo ante un tribunal u órgano independiente e imparcial”, el que debe revisar tanto “los hechos como el derecho” en que se funda la resolución de primera instancia. A su vez, precisa que una buena práctica de los Estados es la de “establecer órganos de apelación especializados, ya sea judiciales o cuasi judiciales, con la suficiente independencia para adoptar sus decisiones”.⁴³²

El ECRE, a su vez, recomienda que se asegure una “revisión independiente de los méritos y legalidad de las decisiones”. Esta posibilidad de revisión, agrega, no debería transformarse en una excusa para adoptar resoluciones poco prolijas en primera instancia⁴³³, sino que debiera fomentar que las decisiones de primera instancia se adopten de manera más cuidadosa teniendo en consideración que de lo contrario podrían llegar a ser revisadas por un órgano superior.⁴³⁴

10.2 El derecho a un recurso judicial efectivo.

Méndez, Olea y Feldmann señalan que “las decisiones pueden ser adoptadas en primera instancia, ya sea por un órgano administrativo o judicial, pero en cualquier caso “se debe otorgar la posibilidad de revisión judicial” cuando se vean afectados los derechos fundamentales del solicitante.⁴³⁵

⁴³¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op.Cit. P. 16

⁴³² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Fair and efficient asylum procedures: a non-exhaustive overview of applicable international standards. Op.Cit. P. 4.

⁴³³ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Ecre Guidelines On Fair And Efficient Procedures For Determining Refugee Status. Op. Cit. P. 32

⁴³⁴ En este sentido, Legomsky señala que “(...) the mere prospect of review encourages decision-makers to devote more care to the decision and to its articulation than they otherwise would. If that submission is right, then a review process accomplishes more in the vast majority of cases that never get to the review stage than in the smaller number that do” LEGOMSKY, STEPHEN. “An Asylum Seeker’s Bill of Rights in a Non Utopian World”. Op. Cit. P. 15.

⁴³⁵ MÉNDEZ, JUAN, HELENA OLEA Y ANDREAS FELDMANN. Op. Cit. P. 471

Así también la Relatoría sobre los Trabajadores Migratorios ha precisado en relación a las decisiones administrativas acerca del estatus migratorio de una persona que “Como se ha dicho, es lícito que estas decisiones se adopten en la esfera administrativa. Pero en todos los casos debe haber posibilidad de revisión judicial de las decisiones, ya sea por vía de recursos en lo contencioso-administrativo o por vía de amparo o habeas corpus. No postulamos que cada decisión administrativa de deportación deba ser examinada de novo por la justicia, pero sí que los jueces deben reservarse un mínimo de control de legalidad y de razonabilidad de las decisiones del poder administrador, para satisfacer el deber de garantía del Art. 1.1 y el derecho a un recurso rápido y eficaz previsto en el Art. 25 de la Convención Americana.”⁴³⁶

Hathaway en particular relaciona la disposición del artículo 16, apartado 1 de la Convención de 1951, que garantiza el acceso a tribunales a los refugiados, con el derecho de acceder a los tribunales de justicia para la revisión de una resolución de rechazo del reconocimiento de la condición de refugiado, estableciendo que “los esfuerzos de un número creciente de países de limitar el acceso a tribunales para que los solicitantes puedan impugnar una decisión negativa, podría ser incompatible con lo que dispone el artículo 16, apartado 1 de la Convención de 1951”.⁴³⁷

No obstante lo anterior, precisa que esta disposición sólo exige la igualdad de acceso, pero no obliga a los Estados a que determinadas materias sean objeto de revisión judicial, lo que debe determinarse por ley. De esta manera si el Estado en su legislación interna no garantiza el acceso a revisión judicial de este tipo de resoluciones, no necesariamente estaría vulnerando el artículo 16, apartado 1.

Por lo mismo, recomienda atender también a lo que dispone el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que establece que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, (...) para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”, teniendo en cuenta que la jurisprudencia se ha pronunciado señalando que esta garantía se aplica también a los procedimientos administrativos en que se determinan derechos como los que emanan de la Convención de 1951.

⁴³⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Segundo Informe De Progreso De La Relatoria Sobre Trabajadores Migratorios Y Miembros De Sus Familias. Loc. Cit.

⁴³⁷ Thus, subject only to the issue of subject-matter jurisdiction noted below, the efforts of an increasing number of countries to deny access to their courts to refugees seeking the review or appeal of a negative assessment of refugee status are prima facie incompatible with Art. 16(1) of the Convention. HATHAWAY, JAMES. The Rights of Refugees under International Law. Op. Cit. P. 645

En este sentido, señala que en caso de que el órgano de determinación no cumpla con las características ya señaladas de independencia e imparcialidad, como ocurre en muchos sistemas de asilo, se debe garantizar al solicitante de refugio poder acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial que pueda revisar tanto los asuntos de hecho como de derecho que se tuvieron en cuenta para adoptar la decisión negativa que afectó al solicitante.⁴³⁸

También otros instrumentos regionales, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8º y 25, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 13 y la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea en su artículo 47 reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva de ciertos derechos fundamentales y podrían ser invocadas también por los solicitantes de refugio para solicitar la revisión judicial de aquellas decisiones negativas que se pronuncien respecto de su solicitud de refugio, cuando ellas afecten derechos fundamentales del solicitante.

En el caso *Jabari v. Turquía*, la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció al respecto señalando que el recurso contra la orden de deportación interpuesto por la solicitante de refugio ante la Corte Administrativa de Ankara no podría considerarse como un recurso efectivo, en el sentido del artículo 13 del Convenio.

En particular, la Corte señaló que: “(...) en consideración del carácter irreversible del daño que podría ocasionarse en caso de materializarse el presunto riesgo de tortura o malos tratos y por la importancia que la Corte le confiere al artículo 3, el concepto de un recurso efectivo bajo el artículo 13 requiere un escrutinio independiente y riguroso de la solicitud para esclarecer si existen razones para temer un verdadero riesgo de tratamientos contrarios al artículo 3 y la posibilidad de suspender la ejecución de la medida impuesta”⁴³⁹

Siguiendo el criterio de la Corte, la Directiva de la Unión Europea sobre Normas Mínimas para los Procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de Refugiado reconoce en su artículo 39 el derecho a recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional, estableciendo que los Estados miembros garantizarán que los solicitantes de asilo tengan derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional contra una resolución adoptada sobre su solicitud de asilo, también aquellas que se dicten en sede de admisibilidad, en

⁴³⁸ HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Op. Cit. P. 647

⁴³⁹ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Jabari v. Turkey*. 11 de julio de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42c533034.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

particular en los casos de rechazo de solicitudes por provenir el solicitante de primeros países de asilo o de un tercer estado seguro o cuando se ordene el retiro de la condición de refugiado.

10.3 Alcance de la revisión.

En relación al alcance que debe tener la revisión de la decisión de primera instancia en materia de determinación de la condición de refugiado, no existe una práctica uniforme de los Estados en relación si la misma debe abarcar sólo la legalidad de la misma, o si debe comprender tanto los hechos como el derecho.

Según ya se señaló, tanto el ACNUR como el ECRE, recomiendan que la revisión comprenda tanto los fundamentos de hecho y derecho de la resolución⁴⁴⁰. Goodwin Gill, a su vez, precisa que la revisión de la legalidad y de los hechos que fundan la resolución “garantiza una mejor oportunidad de corregir errores y una mayor consistencia en las decisiones adoptadas”.

Pese a las recomendaciones ya referidas, Goodwin Gill, observa con preocupación cómo los Estados han respondido frente al aumento explosivo de los solicitantes de asilo, suprimiendo la posibilidad de apelación en ciertos casos o limitando la revisión sólo a la legalidad de la decisión, lo que puede llegar a mermar la protección efectiva de los refugiados cuya solicitud haya sido rechazada erróneamente.⁴⁴¹

También resulta relevante en este sentido el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Jabari v. Turquía, al referirse a la posibilidad de ejercer un recurso efectivo ante la orden de deportación que afectaba a una solicitante de refugio. En particular, el Tribunal declaró que: “(...) la peticionaria fue capaz de cuestionar la legalidad de su deportación en un procedimiento de revisión judicial. Sin embargo, esta acción no le permitió suspender la ejecución de la deportación ni examinar el fondo de la solicitud que estaba en juego”. En base a lo ya señalado, el Tribunal finalmente consideró que hubo una violación del artículo 13 del Convenio Europeo, por no revisarse la situación de hecho de la solicitante y limitarse a evaluar su legalidad.⁴⁴²

⁴⁴⁰ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice Key Findings and Recommendations Law. Op. Cit. p. 89. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Fair and efficient asylum procedures: a non-exhaustive overview of applicable international standards. Op. Cit. P. 4, EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Ecre Guidelines On Fair And Efficient Procedures For Determining Refugee Status. Op. Cit. P. 4

⁴⁴¹ GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. The Refugee in International Law. Op. cit. P. 535.

⁴⁴² CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Jabari v. Turkey. 11 de julio de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42c533034.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

10.4 Plazo razonable para apelar

Una importante limitación que han introducido los Estados para poder ejercer el derecho a solicitar la revisión de una decisión negativa, es el establecimiento de plazos excesivamente breves que impiden en la práctica poder preparar de manera adecuada la solicitud de revisión o apelación.

Conforme lo establece el Comité Ejecutivo del ACNUR en la Conclusión General N° 8: si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe concedérsele un plazo razonable para apelar ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, administrativa o judicial, con arreglo al sistema prevaleciente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada.

Según lo plantea el ACNUR el solicitante debe tener el tiempo suficiente y las facilidades para poder preparar y ejercer el derecho a presentar una apelación.⁴⁴³ Hathaway también concuerda en que establecer plazos excesivamente breves para apelar pueden transformar este tipo de recursos en un remedio ineficaz en la práctica.⁴⁴⁴

11 Disposiciones especiales en relación a grupos vulnerables.

Se ha reconocido que existen ciertas categorías de personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, tales como los menores no acompañados, las mujeres víctimas de violencia sexual, las personas con alguna discapacidad física o psíquica y los ancianos, quienes presentan dificultades para acceder a los procedimientos de determinación de la condición de refugiados en igualdad de condiciones que los demás solicitantes.

⁴⁴³ Según lo recomienda el ACNUR: “the applicant must have sufficient time and facilities in order to undertake all the steps required to exercise the right of appeal. Short time limits for lodging appeals may render a remedy ineffective in practice.” ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice Key Findings and Recommendations Law. Op.Cit. P. 85

⁴⁴⁴ En este sentido, Hathaway señala que: “The review of rejected refugee claims may also be foreclosed in practice by the setting of rigid deadlines within which an individual is required to seek judicial intervention. A clear example is provided by the Full Federal Court of Australia’s decision in Sahak, in which the Court affirmed the application of a twenty-eight-day, non-reviewable filing deadline in the case of a rejected asylum-seeker from Afghanistan” HATHAWAY, JAMES. The Rights of Refugees under International Law. Op. Cit. P. 630-631.

En este sentido, el ACNUR ha constatado que: “existen casos de solicitantes de asilo especialmente vulnerables que requieren particular atención, comprensión y sensibilidad, sobre todo si se establecen procedimientos acelerados o de alguna forma abreviados. Entre estos casos se suele identificar a víctimas de tortura, víctimas de violencia sexual, mujeres en circunstancias particulares, niños, en especial aquellos no acompañados o separados de sus familiares, personas mayores, personas perturbadas psicológicamente y apátridas. Algunos Estados han desarrollado procedimientos y directrices específicas para atender a estos grupos, los cuales sería útil adoptar también en otras regiones.”⁴⁴⁵

Así también en el Plan de Acción de México, los Estados participantes recomendaron “reforzar los servicios de asesoría legal y asistencia al refugiado y solicitante de dicha condición, dentro de una perspectiva que atienda los específicos requerimientos de los beneficiarios de sus servicios, ya sean éstos: hombres, mujeres, niños y niñas, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidades, indígenas u otras categorías”⁴⁴⁶

En particular, en relación a la tramitación de solicitudes de refugio de las mujeres, el ACNUR ha precisado que “es importante que, de estar acompañadas por familiares hombres, se les informe, de manera privada y en términos comprensibles para ellas, de su derecho de presentar una solicitud de asilo independiente en cualquier etapa del procedimiento, y que tienen la oportunidad de recibir asesoría legal antes de presentar esta solicitud. Las mujeres solicitantes de asilo preferiblemente deberían tener la oportunidad de ser entrevistadas por funcionarias e intérpretes mujeres, y en el contexto de un ambiente sensible en temas de género.”⁴⁴⁷

Así también, en la Conclusión General N° 105, el Comité Ejecutivo del ACNUR, recalcó la necesidad de que las mujeres tengan acceso real a procedimientos que tengan en cuenta el género, y que los Estados reconozcan que las formas de persecución relacionadas con el género en el contexto del párrafo 2 del artículo 1A de la Convención 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 pueden constituir motivo para otorgar la condición de refugiado.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op. Cit. P. 12.

⁴⁴⁶ EVENTO CONMEMORATIVO FINAL DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE LOS REFUGIADOS DE 1984 (Ciudad de México, 2004) Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. Op. Cit. P. 9-10.

⁴⁴⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op.Cit. P. 3

⁴⁴⁸ CONCLUSIÓN GENERAL N°105. Conclusión sobre las mujeres y las niñas en situación de riesgo. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2006.

Por su parte, en relación a los menores de edad, Mondelli plantea que “en el marco de una solicitud de asilo presentada por un niño separado o no acompañado, deben tomarse en consideración en el procedimiento los principios y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). De este modo, debería considerarse el desarrollo mental y madurez del niño, su interés superior, su participación en las decisiones que lo afecten y el hecho que los niños pueden manifestar sus temores de manera diferente a los adultos”⁴⁴⁹

Por su parte el ACNUR ha reconocido que el interés superior del niño es fundamental al realizar este tipo de determinación. En este sentido señala que “No se debe denegar el ingreso al niño o regresar a éste en el punto de entrada, o ser sometido a entrevistas minuciosas por parte de autoridades de migración en el punto de entrada. En cuanto se identifique a un niño separado, se debe nombrar un guardián o consejero para que lo asista durante todas las etapas del procedimiento. Las entrevistas deben realizarse por personal capacitado. Además, a los niños separados no se les debe detener por razones migratorias”⁴⁵⁰.

Así también el Comité Ejecutivo del ACNUR “reconoce los problemas que entraña identificar a los niños expuestos a mayor riesgo, ya que con frecuencia son menos visibles que los adultos y tal vez no tengan la oportunidad o no se sientan en condiciones de denunciar casos que den lugar a protección, especialmente si tienen lugar en el ámbito privado o guardan relación con estigmas o tabúes sociales; reconoce la necesidad de que los niños tengan acceso a adultos con aptitudes para entrevistarlos y comunicarse con ellos de una manera que tenga en cuenta su edad y su género a fin de cerciorarse de que se tomen en consideración las opiniones de los niños, se determinen sus necesidades y los riesgos de los que hay que protegerlos y se tomen las disposiciones del caso”

Además recomienda que se establezcan “procedimientos nacionales de asilo que tengan en cuenta el género y la condición de niño y procedimientos de determinación del estatuto a los efectos del ACNUR que estén adaptados al niño e incluyan los requisitos de prueba pertinentes, prioridad en la tramitación de las solicitudes de asilo de niños no acompañados o separados de su familia, representación letrada cualificada y gratuita o representación de otra índole para los niños no acompañados o separados de su familias, y considerar la posibilidad de aplicar la Convención de 1951 teniendo en cuenta la edad y el género y reconociendo, a esos efectos, las

⁴⁴⁹ MONDELLI, JUAN IGNACIO. “Procedimientos de asilo justos y eficientes: estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de refugiados”. Op. Cit. P. 23

⁴⁵⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. Op. Cit. P. 12.

manifestaciones y formas de persecución específicamente dirigidas contra los niños, entre ellas el alistamiento de menores de edad, la trata de niños y la mutilación genital de las niñas”⁴⁵¹

Por su parte la Directiva de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado estableció normas especiales para los menores no acompañados, estableciendo en su considerando 14 que “deben establecerse garantías procesales para los menores no acompañados, debido a su vulnerabilidad. En ese sentido, el mejor interés del niño debe ser una consideración principal de los Estados miembros”⁴⁵²

Los Estados en su derecho interno han incorporado estas recomendaciones, estableciendo normas procesales especiales para estas categorías de personas. Así por ejemplo, España establece en el artículo 46 de la Ley Reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que: “ se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos.”

En virtud de lo ya señalado, “se adoptarán las medidas necesarias para dar un tratamiento diferenciado, cuando sea preciso, a las solicitudes de protección internacional que efectúen las personas a las que se refiere el apartado anterior. Asimismo, se dará un tratamiento específico a aquéllas que, por sus características personales, puedan haber sido objeto de persecución por varios de los motivos previstos en la presente Ley”.

Por su parte, Argentina establece en el artículo 53 de la Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado que “La Comisión procurará cuando se tratare de mujeres o menores en especial si no están acompañados, que hubieren sido víctimas de violencia, la atención psicológica especializada de los mismos, y durante el procedimiento, se observará las recomendaciones del ACNUR formuladas en las Guías para la protección de mujeres refugiadas y las directrices sobre persecución por motivos de género. En caso de los menores se tendrá en cuenta las directrices sobre su protección y cuidado dando cuenta a los organismos con

⁴⁵¹ CONCLUSIÓN GENERAL N°107. Sobre los niños en situación de riesgo. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2007.

⁴⁵² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Loc. Cit.

responsabilidad primaria en políticas dirigidas a grupos vulnerables a los fines de una solución eficaz, rápida y de contención efectiva a dichas personas.⁴⁵³

Nicaragua también establece disposiciones especiales respecto de los menores de edad y adultos vulnerables en el artículo 21 de la Ley N° 655 de Protección al Refugiado, precisando que “Si el solicitante es un menor no acompañado o separado, o un adulto que no tiene las facultades para representarse por si mismo durante el procedimiento de asilo, se le debe asignar una persona encargada de su tutela que lo acompañe.”⁴⁵⁴

Por último cabe destacar el caso de Colombia, cuya legislación detalla con mayor precisión las medidas concretas que debe adoptar el Estado para asegurar el debido proceso de estos solicitantes más vulnerables. Así el Artículo 3 del Decreto Número 4503 por medio del cual se modifica el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la determinación de la condición de refugiado y se adoptan otras disposiciones, establece que “en caso de que mujeres solicitantes de la condición de refugiado sean acompañadas por familiares hombres, se les debe informar de manera privada y en términos comprensibles para ellas de su derecho de presentar una solicitud de asilo independiente y se les debe otorgar la posibilidad de recibir asesoría legal antes de presentar su solicitud” Esta disposición también establece que las mujeres “tendrán derecho a ser entrevistadas por funcionarias e intérpretes femeninas con la debida capacitación y en todo caso serán enteradas de esta posibilidad” y que “deben ser entrevistadas, en todo caso, en el contexto de un ambiente sensible a las diferencias de género”.⁴⁵⁵

A su vez, este mismo Decreto establece en su artículo 4° que “en casos de niños, niñas y adolescentes solicitantes de la condición de refugiado, se designará a un funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- para acompañarlos en todas las fases del procedimiento para garantizar el interés superior del niño. En casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados, un funcionario del ICBF será nombrado como representante legal durante todas las etapas del procedimiento y velará por la protección de sus derechos. En los casos de niños acompañados de familiares, un familiar adulto debe actuar como representante legal en las gestiones ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Las entrevistas a niños, niñas y adolescentes se realizarán por funcionarios capacitados en materia de protección

⁴⁵³ Ley 26.165. ARGENTINA. Ley General de Reconocimiento y Protección Al Refugiado. 28 de Noviembre de 2006.

⁴⁵⁴ Ley n° 655. NICARAGUA. Ley de Protección a Refugiados. 9 de julio de 2008.

⁴⁵⁵ Decreto Número 4503. COLOMBIA. Decreto por medio del cual se modifica el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la determinación de la condición de refugiado y se adoptan otras disposiciones.

de niños refugiados, en un ambiente sensible a sus necesidades especiales y a su grado de madurez.”

12 Conclusiones

Tal como se pudo observar en este capítulo, las garantías del debido proceso, representan un marco útil para definir la forma en que deberían desarrollarse este tipo de procedimientos, atendidos los derechos fundamentales en juego.

Tanto el ACNUR como los Estados Parte de la Convención de 1951, han recomendado el establecimiento de procedimiento “justos y eficientes”, que respeten ciertas garantías mínimas que aseguren la correcta determinación de la condición de refugiado de los solicitantes, por parte de los Estados. El que las garantías procesales revisadas sean exigibles a los Estados que son parte en la Convención de 1951, según el derecho internacional, dependerá de si estas garantías estén reconocidas en otros instrumentos de derecho internacional ratificados por los Estados o en otro tipo de normas vinculantes, tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyas garantías de debido proceso podrían ser exigibles también en procedimientos administrativos.

Las demás garantías que no se encuentran en estos instrumentos vinculantes, han sido formuladas en las distintas declaraciones revisadas como meras recomendaciones para los Estados. No obstante lo anterior, muchos Estados han terminado por incorporarlas en su derecho interno y asegurado su ejercicio, a fin de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención de 1951 y colaborar con el ACNUR en el mandato de protección.

A partir de la revisión de los distintos instrumentos de soft law, en su mayoría promovidos por el ACNUR, de los tratados internacionales de derechos humanos que regulan las garantías del debido proceso y de la práctica de los Estados, es posible elaborar un listado de garantías procesales mínimas que debieran respetarse por parte de los Estados, a fin de poder asegurar la correcta determinación de la condición de refugiado de quienes solicitan protección, las que se enuncian a continuación:

Una primera garantía que tanto el ACNUR como los Estados reconocen al menos formalmente es la del derecho de acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiados que los Estados regulen.

No obstante lo anterior, se constatan en la práctica, distintas barreras de acceso que los Estados han implementado con objeto de impedir que ciertos solicitantes de refugio puedan acceder a un procedimiento adecuado de determinación de su condición de refugiado. En particular nos

referimos a las medidas de interceptación, a la utilización de conceptos como el de tercer estado seguro, primer país de asilo y estado seguro de origen, en sede de admisibilidad y el rechazo de las solicitudes de asilo consideradas “extemporáneas”. Al respecto podemos concluir que este tipo de medidas, han terminado por debilitar el sistema de protección de los refugiados y en particular han afectado el debido cumplimiento del principio de non refoulement, al impedir, en sede de admisibilidad, que los solicitantes puedan acceder a una tramitación adecuada de su solicitud y exponiendo a los solicitantes de refugio a la devolución a su Estado de origen, tanto de manera directa, como indirecta.

En relación a la autoridad encargada de llevar adelante el procedimiento de determinación y sus características esenciales, podemos afirmar que sería recomendable que esta autoridad sea un órgano especializado, independiente y calificado, que esté lo suficientemente preparado para efectuar este tipo de calificación y a la vez, que actúe con imparcialidad. No obstante lo anterior, los Estados han sido reacios a limitar la discrecionalidad de la administración en este ámbito y es difícil encontrar en el derecho interno de los Estado órganos que cumplan con estas características.

También al revisar este punto, analizamos el papel que debería cumplir el ACNUR en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y cómo los Estados en su derecho interno han incorporado disposiciones que permiten su intervención directa en este tipo de procedimientos, ya sea siendo parte del órgano de determinación, con o sin derecho a voto, o colaborando en la recopilación de las pruebas y en la asesoría a los solicitantes de refugio. Esta colaboración entre el ACNUR y los Estados, ha permitido fortalecer la correcta aplicación de las normas de la Convención de 1951 en este tipo de determinación.

Resulta necesario, además, que los solicitantes de refugio en el procedimiento de determinación cuenten con asesoría legal durante la tramitación de su solicitud. Pese a que no existe una obligación de los Estados en este sentido, atendida la especial condición de vulnerabilidad y el desconocimiento del sistema legal de los países de acogida, resultaría recomendable que se garantizara este derecho a los solicitantes en el derecho interno de los Estados, a fin de asegurar, que puedan participar en este tipo de procedimientos, teniendo conocimiento de los distintos aspectos legales que implica este tipo de calificación y aportando todos los elementos probatorios necesarios. Además debieran contar con la debida asistencia para impugnar una decisión negativa y para actuar ante los tribunales con este objeto.

Así también, se requiere que los solicitantes de refugio cuenten con intérpretes calificados, que faciliten su participación en este tipo de procedimientos y la comunicación con el órgano de determinación.

A su vez, al revisar como se regula la carga de la prueba en este tipo de procedimientos, se evidencia la dificultad material de los solicitantes de refugio para aportar los suficientes elementos probatorios en este tipo de procedimientos y la necesidad de compartir la carga de la prueba con el adjudicador.

Los medios de prueba más utilizados en este tipo de procedimientos son la entrevista personal y la información del país de origen que recopila el órgano de determinación. Al respecto, se puede concluir que la entrevista personal debe ser conducida por funcionarios calificados, que tengan en cuenta las dificultades de los solicitantes para expresar los hechos que fundan las solicitudes de refugio, ya sea por sus diferencias culturales y por la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran luego de haber sufrido situaciones de persecución.

En relación a la “información de país de origen”, que corresponden a todos los elementos probatorios, principalmente de carácter documental, que son recopilados por el órgano de determinación, de manera de suplir la dificultad de los solicitantes de aportar elementos probatorios suficientes, resulta imprescindible que los solicitantes puedan tener acceso a la misma y puedan controvertir lo que en ella se expresa, a fin de asegurar que no se haga mal uso de ella por parte del órgano de decisión.

Cabe señalar también que es posible constatar distintos principales problemas asociados a la valoración de la prueba en este tipo de procedimientos, tales como las diferencias culturales que afectan la comunicación entre el adjudicador y el solicitante, la forma en que se determina la credibilidad del solicitante, la aplicación del principio del beneficio de la duda y el mérito de la prueba aportada.

La garantía del plazo razonable, como una de las garantías del debido proceso reconocida en distintos instrumentos de derecho internacional, también debería ser aplicada en este tipo de procedimientos, atendida la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran las personas perseguidas solicitantes de refugio antes de su calificación.

Por su parte, las resoluciones que se pronuncien acerca de la calidad de refugiada de una persona, debieran ser comunicadas al solicitante, expresando todos los fundamentos de hecho y de derecho que se tuvieron en cuenta para resolver, a fin de que en caso de denegación, pueda contar con la suficiente información para impugnarla.

En relación a la posibilidad de revisión de la resolución que se pronuncia acerca de la calidad de refugiado del solicitante y si este último tiene derecho a solicitar su impugnación en sede judicial, podemos señalar que los solicitantes de refugio deben tener derecho a un recurso efectivo en contra de decisiones que pudieran llegar a afectar sus derechos fundamentales, según se ha establecido en distintos instrumentos de derecho internacional de derechos humanos.

Resultaría recomendable también establecer disposiciones especiales para los solicitantes que pertenezcan a grupos más vulnerables y con necesidades especiales, como las mujeres, las víctimas de violencia sexual, los menores no acompañados y las personas con algún tipo de discapacidad grave. En particular, es necesario asegurar el correcto desarrollo de sus entrevistas, con el apoyo psicológico necesario y que puedan contar durante el desarrollo del procedimiento, con un tutor o representante que pueda suplir su dificultad para expresarse o para participar en el procedimiento de determinación en igualdad de condiciones que los demás solicitantes.

De la revisión de las garantías ya especificadas, podemos concluir que las normas del derecho internacional de derechos humanos y en específico el derecho internacional de refugiados, ya sea que provengan de fuentes vinculantes o no vinculantes para los Estados, han resultado bastante útiles para enmarcar los procedimientos de determinación al interior de los Estados en torno a ciertas garantías procesales mínimas que y de esta manera han permitido asegurar la protección de los refugiados al interior de los Estados, pese a que su exigibilidad a nivel internacional, esté limitada.

CAPÍTULO IV EL DERECHO INTERNACIONAL DE REFUGIADOS Y EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN CHILE

1 Incorporación del derecho internacional de refugiados en Chile

1.1 La tradición latinoamericana del asilo en Chile.

Tal como se precisó en el primer capítulo, antes del surgimiento del derecho internacional de refugiados en Europa, en América Latina ya existía una arraigada tradición en torno al asilo. Según lo señala San Juan, la práctica de otorgar asilo la han ejercido los países latinoamericanos “prácticamente desde el inicio mismo de su vida institucional”⁴⁵⁶. Así, en el caso de Chile, ya en 1812, el artículo 12 del Reglamento Constitucional Provisorio de la Junta de Gobierno, expresaba que “todo desgraciado que busque asilo en nuestro suelo será objeto de nuestra hospitalidad y socorros, siendo honrado.”⁴⁵⁷

A nivel regional, la costumbre del asilo se recogió en distintas convenciones. El primero de estos instrumentos fue el Tratado Penal de Montevideo de 1889, que establecía el deber de los Estados de otorgar asilo a aquellos perseguidos por delitos políticos. Posteriormente se celebraron tres convenciones que trataban el tema específico del asilo diplomático: la Convención sobre Asilo de La Habana de 1928, la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933 y la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas de 1954 y en 1939, como consecuencia de la revisión del Tratado Penal de Montevideo, se creó el Tratado de Asilo y Refugio, que reguló tanto el asilo diplomático como el territorial.

De los instrumentos citados, el único que fue ratificado por nuestro país fue la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933, que modificaba y restringía la regulación del asilo diplomático de la Convención sobre el Asilo de la Habana de 1928, pero que no establecía una obligación propiamente tal para los Estados de otorgar asilo a los perseguidos políticos.

⁴⁵⁶ SAN JUAN, WALTER. El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: FRANCO, LEONARDO. (Coordinador) El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [en línea], ACNUR 2005 <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3186.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009] P. 62

⁴⁵⁷ Reglamento Constitucional Provisorio de la Junta de Gobierno. Chile. 1812.

En la práctica, Chile incorporó plenamente la costumbre de otorgar asilo, pese a que no existía legislación interna que regulara la situación jurídica de los asilados, reservándose la facultad de otorgar asilo según su propia conveniencia. Así, en relación al asilo diplomático, en las “Instrucciones Generales del Cuerpo Diplomático Chileno”, modificadas por la Circular N°51 de 3 de Julio de 1952, en su artículo 501, se establecía que “Chile ha aceptado el asilo diplomático, siempre que se invoque por causas políticas, no como un derecho, sino como un recurso que puede ser útil para el país en el que se ejerce, y aconsejable, a veces, indispensable, por razones de humanidad. Corresponde al Gobierno exclusivamente declarar la procedencia del asilo” Por su parte, en relación al asilo territorial, el Ministerio del Interior señalaba en 1946, que “ha sido norma tradicional del Gobierno de Chile la de dispensar asilo y refugio a los perseguidos políticos extranjeros, siempre que ellos acaten nuestras leyes, no se inmiscuyan en política interna ni ejerciten actos que puedan inferir molestias a Gobiernos con los cuales el de Chile mantiene relaciones amistosas”.

Siguiendo estos criterios Chile otorgó asilo diplomático en España y recibió un gran contingente de refugiados políticos españoles, como consecuencia de la guerra civil española, a partir de 1936. También, en 1947, luego de finalizada la segunda guerra mundial, celebró un acuerdo con el Comité Intergubernamental de Refugiados de Londres, para recibir “hasta 2000 individuos especializados y técnicos, más los miembros de sus familias” provenientes de Europa, cuya selección, más que atender a razones humanitarias, se ceñía a las “necesidades inmigratorias de Chile, por profesiones”.

Paralelamente en Europa, según ya se refirió en el primer capítulo, se crearon distintas instituciones de protección de los refugiados al finalizar la segunda guerra mundial, proceso que culminó con la creación del ACNUR y la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Chile en un comienzo se opuso a la ratificación de la Convención de 1951, en tanto consideraba que la misma tenía por objeto hacer frente a una situación de desplazamiento que le era ajena y porque implicaba, según consta en un documento reservado del Ministerio de Relaciones Exteriores de la época, “dejar al Gobierno sujeto al control de autoridades extrañas en lo que se refiere a la aplicación de principios que hasta ahora han sido aplicados por nuestras autoridades, sin necesidad alguna de control internacional”⁴⁵⁸.

Así también, el Gobierno consideraba innecesario este instrumento de protección, argumentando que los refugiados provenientes de Europa “se han acomodado sin dificultad, dentro de las disposiciones de la Constitución y de las leyes, que no establecen diferencias entre nacionales y extranjeros para el disfrute de los derechos que ellas otorgan” y que ninguna de las

⁴⁵⁸ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Informe N° 382 / G.52. Santiago, Chile. 1956.

disposiciones de la Convención otorgaba a los refugiados mayor protección “que las leyes chilenas conceden a todos los extranjeros sin excepción”⁴⁵⁹.

1.2 Ratificación de la Convención de 1951.

Tal como se señaló en el primer capítulo, ya durante los años sesenta, el flujo de desplazamiento forzado en América Latina comenzó a aumentar, modificándose además el perfil de los solicitantes de asilo.⁴⁶⁰ A raíz de lo anterior, los países latinoamericanos que habían sido reacios a acoger las recomendaciones de las Naciones Unidas de incorporarse al sistema de protección internacional que surge a raíz del ACNUR y de la Convención de 1951, comienzan a ceder a su postura de rechazo a estos instrumentos, ante la necesidad de contar con la colaboración del ACNUR a fin de enfrentar la llegada de miles de desplazados que huían de situaciones de persecución, en condición de vulnerabilidad económica y social.

Así, en 1971, el gobierno del Presidente Salvador Allende en Chile, como consecuencia de la llegada masiva de refugiados de origen boliviano que se generaron luego del golpe de Estado en este país y también de otros países de Sudamérica que experimentaban conflictos internos, debió solicitar ayuda al ACNUR a fin de poder prestar asistencia a quienes habían llegado a nuestro país, huyendo de la persecución política. En este contexto, Chile finalmente accedió a ratificar en el año 1972 la Convención sobre el Estatuto de Refugiado.

La ratificación de esta Convención poco tiempo antes de sucederse el Golpe de Estado en Chile en 1973, facilitó que el ACNUR pudiera prestar ayuda a los cerca de cinco mil refugiados, principalmente de origen sudamericano que habían sido acogidos en el gobierno de la Unidad Popular y que se vieron amenazados luego del golpe militar. Además el ACNUR también cumplió la labor de asistir en su salida del país a los chilenos exiliados al iniciarse la Dictadura Militar.

⁴⁵⁹ Ibid.

⁴⁶⁰ Según lo sostiene San Juan: “el éxodo masivo de cubanos iniciado en 1959 había desafiado las premisas existentes hasta ese momento sobre la fácil integración de los refugiados y sobre la capacidad de absorción de los países de la región. Se afirma que desde entonces ha cambiado el problema de los refugiados, pues no se trata ya de pocos casos constituidos fundamentalmente por dirigentes que gozaban de medios de fortuna. Los movimientos políticos acaecidos en la mayoría de los países americanos y la falta de estabilidad democrática en algunos de ellos han provocado que gran cantidad de personas, la mayoría de ellas sin bienes de ninguna especie, se trasladen al territorio de otras repúblicas americanas a causa de las persecuciones de que son objeto”. SAN JUAN, WALTER. Op. Cit. p.67.

⁴⁶⁰ Esponda precisa que así ocurrió en el caso de Chile “país que tradicionalmente concedía asilo político siguiendo los criterios tradicionales americanos y que no era parte de la Convención de 1951, cuyo gobierno solicitó en 1971 apoyo al ACNUR para atender adecuadamente a una cadena de refugiados provenientes de Bolivia.” ESPONDA, JAIME. Op. Cit. P. 116

Según lo constata el ACNUR: “ Las expulsiones se llevaron a cabo en aplicación del Decreto Ley 81, de noviembre de 1973, que confería al régimen una autoridad prácticamente incondicional para expulsar a ciudadanos. A partir de diciembre de 1973, se permitió que los detenidos en aplicación del estado de sitio que aún no habían sido condenados pidieran la libertad a condición de ser expulsados inmediatamente. En abril de 1975, el Decreto Ley 504 amplió la aplicación de estas medidas a los presos con condena.

(...) Aunque no existen cifras exactas del número de personas que huyó al exilio en los años en los que el general Pinochet fue jefe del Estado, solamente el Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas permitió la salida de 20.000 personas en 1980. Otras fuentes calculan que el número total de quienes huyeron del régimen, ya fuera voluntariamente o expulsados, no fue inferior a 200.000 personas.”

En este contexto, el 20 de septiembre 1973 se abrió una oficina del ACNUR en Santiago, encargada de coordinar la salida de los desplazados, muchos de los cuales solicitaron asilo diplomático en distintas embajadas, mientras que otros fueron recibidos en distintos centros de refugio, administrados por el Comité Nacional de Refugiados, institución creada por el gobierno y financiada por el ACNUR para otorgar asistencia a estas personas mientras esperaban su reasentamiento en otros países.⁴⁶¹

1.3 DL N° 1094 que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile de 1975.

El Decreto Ley N° 1.094⁴⁶² dictado por la Junta de Gobierno en 1975 se creó con el objeto de regular la entrada y permanencia de los extranjeros en Chile e introdujo por primera vez normas relativas al refugio, en el párrafo cuarto de su Título I. Según lo constatan Cano, Soffia y Martínez, el D.L. 1094 se inspira fundamentalmente en la doctrina de la seguridad nacional y estuvo fuertemente influenciada por el contexto de enemistad política con aquellas naciones “vistas como antagonistas o enemigas del régimen impuesto en Chile”⁴⁶³. En este contexto señalan que la norma creada resultó “sumamente selectiva en la admisión de extranjeros y muy rigurosa en el control de las entradas y salidas, rasgos que bien quedan reflejados en el artículo

⁴⁶¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. La situación de los refugiados en el mundo: Cincuenta años de acción humanitaria. 2000. [en línea], <<http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/index.htm>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]

⁴⁶² Decreto Ley 1.094. Establece Normas sobre Extranjeros en Chile. Ley N° 19.476. CHILE. Diario Oficial. Santiago, Chile, 19 de Julio de 1975.

⁴⁶³ CANO CHRISTINY, MARÍA VERÓNICA; SOFFIA CONTRUCCI, MAGDALENA y MARTÍNEZ PIZARRO, JORGE. “Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio”. [en línea] *Series Población y Desarrollo*. CEPAL, 2009. <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/LCL.3086-P_Cano-Soffia-Martinez.pdf> [consulta: 23 de septiembre de 2009]

2º de la Ley de Extranjería: “mediante decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o de seguridad nacionales”. Así, en base a la doctrina de la seguridad nacional, ningún “potencial subversivo del régimen” podría atravesar las fronteras de Chile”⁴⁶⁴

El D.L.1094 regula la visa de residencia de los refugiados, asimilándolos en el trato otorgado a los asilados políticos y someramente regula el procedimiento de determinación de la condición de refugiado. Según se establecía en el artículo 39 del Decreto, la residencia de refugiado se otorgaba a todas las “personas que se encuentren en algunas de las situaciones previstas en las Convenciones Internacionales suscritas por el Gobierno de Chile”, tales como la Convención de 1951 y las modificaciones introducidas posteriormente por el Protocolo de 1967. No obstante, en sus disposiciones no incorporaba expresamente ninguna de las obligaciones que contempla la Convención.

El único beneficio de los refugiados que fueran calificados como tales por el Ministerio del Interior, conforme lo establecía el D.L. 1094 original, era el otorgamiento de una visa de residencia por un período máximo de dos años, la que podía ser prorrogada si así se solicitaba. A su vez, una vez cumplidos los dos años de residencia, el refugiado podía solicitar su residencia definitiva en el país.

El artículo 35 de este Decreto precisaba que los refugiados que ingresaran al territorio nacional de manera irregular también podrían solicitar este tipo de residencia. Para ello, estas personas estaban obligadas a presentarse ante las autoridades migratorias e invocar que se les acuerde este beneficio, debiendo formalizar por escrito la petición dentro de 10 días, contados desde la presentación ante la mencionada autoridad. Dentro de este mismo plazo, los extranjeros debían declarar su verdadera identidad, en el caso de no contar con documentos para acreditarla, o manifestar si el documento de identidad o pasaporte que presentaban era auténtico. Si se establecía que este documento no era auténtico y no lo hubieren declarado, estas personas quedaban sujetas a las sanciones que establecía este Decreto Ley.

Por último, el artículo 40 del Decreto permitía que los titulares de visación de refugiado, realizaran “actividades remuneradas u otras compatibles con su condición”. A su vez, el mismo artículo del Decreto establecía que los refugiados podían ser sometidos al control del Ministerio del Interior, el cual podía fijar “los lugares en que no les será permitido domiciliarse o residir”.

⁴⁶⁴ Ibid.

En lo relativo a prohibiciones de ingresos, sanciones, rechazos y revocaciones de residencia, las disposiciones del DL 1094 hacían aplicable a los refugiados las mismas normas que rigen a los demás extranjeros.

En cuanto al procedimiento de determinación, el artículo 35, inciso 3º del DL 1094 establecía que el Ministerio del Interior, era la autoridad encargada de pronunciarse sobre el otorgamiento o el rechazo de la petición de refugio previo informe de la Dirección General de Investigaciones. Además, mientras se resolvía la solicitud, esta misma norma autorizaba que los solicitantes de refugio, fueran sometidos a las medidas de vigilancia y control “que sean necesarias a juicio de la autoridad”, pudiendo, en determinados casos, privárseles de libertad hasta por 15 días.

Luego del regreso a la democracia, en 1996, las normas relativas al refugio del DL 1094 fueron modificadas por la Ley N°19.476⁴⁶⁵, que incorpora algunas de las obligaciones básicas contenidas en la Convención de 1951, tales como el principio de *non refoulement*, en el nuevo artículo 39, la no sanción de la entrada ilegal, en el artículo 40, inciso 2º y el derecho a obtener un documento de viaje según se detalla en el artículo 38.

A su vez, en relación al procedimiento de determinación de la condición de refugiado, se introduce el artículo 40 bis que crea una “Comisión de Reconocimiento” encargada de “asesorar al Ministerio del interior en el otorgamiento y revocación de la visación de residente con asilo político o refugiado”, compuesta por el Jefe del Departamento de Extranjería, dos representantes del Ministerio del Interior y un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores.⁴⁶⁶

Esta reforma introducida al Decreto Ley de Extranjería permitió fortalecer en alguna medida, el régimen de protección a los refugiados, al incorporar expresamente en el derecho interno las obligaciones que contemplaba la Convención de 1951, pero sigue insuficiente en relación a la

⁴⁶⁵ Ley N° 19.476. CHILE. Introduce Modificaciones al Decreto Ley N° 1.094, de 1975, en Materia De Refugiados. Diario Oficial. Santiago, Chile, 21 de octubre de 1996.

⁴⁶⁶ Según se establecía en el Artículo 64 del Reglamento de Extranjería (Decreto 597 de 1984 del Ministerio del Interior) la Comisión de Reconocimiento, establecida en el artículo 40 bis del Decreto Ley 1.094 de 1975, estaba integrada por los siguientes miembros:

“a) El Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior o quien éste designe.

b) Un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores designado por esa cartera.

c) Dos representantes del Ministerio del Interior, uno de los cuales debe pertenecer al Departamento de Extranjería y Migración y quien será, además, el Secretario de esta Comisión, los que serán designados por el Subsecretario del Interior, lo mismo que sus reemplazantes.

La Comisión será presidida por el miembro señalado en la letra a) precedente, sesionará con tres miembros a lo menos y enviará sus recomendaciones al Subsecretario del Interior.”

regulación del procedimiento de determinación de la condición de refugiado y los requisitos para la calificación. Así, durante la vigencia de las normas ya referidas del Decreto Ley N°1.094 y aún después de las reformas introducidas por la Ley N°19.476, la regulación del procedimiento de determinación de la condición de refugiado era bastante escasa. En particular, no se establecían las atribuciones de las autoridades involucradas en este tipo de procedimientos, no se regulaban los derechos de los solicitantes de refugio, los plazos de tramitación ni tampoco los recursos que podía invocar un solicitante ante una decisión negativa.

Por su parte, pese a no estar regulada la etapa probatoria, el ACNUR advertía que durante la vigencia de esta ley, las autoridades nacionales solían “formular exigencias de prueba documental de la persecución alegada”, lo que perjudicaba a muchos solicitantes de refugio que no contaban con este tipo de medios de prueba para acreditar su solicitud⁴⁶⁷ y además el estándar de valoración de la prueba utilizado era excesivamente alto.⁴⁶⁸

1.4 Ley N° 20.430 de 2010 que Establece disposiciones sobre Protección de Refugiados

La creación de la Ley N°20.430 que Establece disposiciones sobre Protección de Refugiados⁴⁶⁹, publicada el 15 de abril de 2010, tuvo por objeto, según se establece en el Mensaje del Ejecutivo, regular la institución del refugio, “de manera autónoma e integral”, separando el reconocimiento de la condición de refugiado del permiso de residencia que se les otorga, estableciendo garantías y obligaciones para el refugiado y regulando el procedimiento de

⁴⁶⁷ En este sentido, según lo constata el CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: “La situación del refugiado es compleja, dado que el viaje que emprende en resguardo de su vida y muchas veces la de su familia no es planificado; llegan al país sin archivos o documentos que respalden su caso, pues han debido escapar abruptamente del peligro” CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. [en línea] Ediciones Universidad Diego Portales, 2009. <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2009/>> [consulta: 23 de septiembre de 2010] p. 269.

⁴⁶⁸ Al respecto, Garretón analizaba esta práctica, señalando que “la prueba puede ser apreciada rigurosamente, pero no puede estar afecta ni a formalidades ni a exigencias procesales, debiendo imponerse en la calificación del caso el beneficio de la duda” GARRETÓN, ROBERTO. “Estudio sobre Aplicación en Chile del Derecho Internacional de los Refugiados. Normativa y Práctica”. En:

determinación y los recursos que proceden en contra de este tipo de decisión, entre otros asuntos relevantes.⁴⁷⁰

Al momento de dictarse ley, Chile era uno de los pocos países en Latinoamérica, que no habían establecido legislación especial que regulara este tipo de procedimientos y que precisara los derechos de los solicitantes de refugio. De esta manera, casi cuarenta años después de entrada en vigencia la Convención de 1951, Chile terminó de ajustar su derecho interno a las disposiciones de este instrumento, incorporando también distintas recomendaciones efectuadas por el ACNUR en este sentido y otras declaraciones a nivel regional, como la Declaración de Cartagena y el Plan de Acción de México.

La nueva ley de refugiados establece un concepto amplio de refugiado, extendiendo los motivos por los cuales una persona podría ser calificada como refugiada. El artículo 2 de la Ley define el concepto de refugiado señalando que:

“Tendrán derecho a que se les reconozca la condición de refugiado las personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1. Quienes, por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquél debido a dichos temores.
2. Los que hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya 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 en dicho país.

⁴⁷⁰ Mensaje de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un Proyecto de ley de Protección de Refugiados. Cuenta en Sesión 20, Legislatura 357. 26 de marzo de 2009. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.430. [en línea] <<http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?session=1277391492H54.18914&profile=bcn&uri=link=3100007~!584209~!3100001~!3100002&aspect=subtab146&menu=search&ri=1&source=~!horizon&term=Historia+de+la+Ley+no.+20.430+%3A+establece+disposiciones+sobre+protecci%C3%B3n+de+refugiados+%2F&index=ALTITLP>> [consulta: 23 de septiembre de 2010] p. 5

3. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él.

4. Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida.

Este nuevo concepto de refugiado que reconoce la ley, se ajusta a las situaciones de desplazamiento forzado en la región, que no podían ser subsumidas en la definición clásica de refugiado, inspirándose en las recomendaciones de la Declaración de Cartagena. Según se detalla en el mensaje presidencial, la ampliación del concepto de refugiado “se justifica en la necesidad de protección internacional que es requerida también por aquellas personas que sufren un ambiente de violencia generalizada, con escasas posibilidades de recurrir a las institucionalidad para defender sus derechos fundamentales.”⁴⁷¹ A su vez, la incorporación de una nueva definición de refugiado es consecuente también con la manifestación de voluntad del gobierno de Chile en este sentido, al suscribir el Plan de Acción de México en el año 2004, en el que se reiteró la voluntad de los Estados de ampliar el concepto de refugio, siguiendo las recomendaciones de la Declaración de Cartagena.

La Ley 20.430 establece también en su capítulo III ciertos principios básicos de protección, inspirados en las obligaciones que comprende la Convención de 1951. Así, en su artículo 4°, consagra el principio de no devolución, que ya lo recogía el DL 1094 en su artículo 39, pero la nueva norma agrega expresamente que no procederá “la prohibición de ingreso en la frontera” ni “cualquier medida que tenga por efecto la devolución” del solicitante de refugio a un país “donde su vida o libertad peligren”.

Luego, el artículo 6° de la nueva ley incorpora la norma de la Convención de 1951 que prohíbe la sanción del ingreso ilegal, señalando que no se impondrán a los refugiados ni a los solicitantes de refugio “sanciones penales ni administrativas con motivo de su ingreso o residencia irregular”; el principio de no discriminación, en su artículo 8° y por último, consagra el principio de reunificación familiar en su artículo 9°, siguiendo las recomendaciones del Comité Ejecutivo del ACNUR en esta materia.

⁴⁷¹ *Ibíd.* P. 6

La nueva ley, establece además “principios interpretativos”, señalando en su artículo 10 que las “disposiciones de la presente ley y su reglamento se interpretarán conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967.” A continuación, en el artículo 11 establece el principio del trato más favorable y el artículo 12, el principio de “no menoscabo”, disponiendo que “ninguna disposición de esta ley podrá interpretarse en el sentido de menoscabar cualquier otro derecho, libertad o beneficio reconocido a los refugiados.”

En el capítulo V, la ley N° 20.430 comprende un catálogo de derechos y obligaciones de los refugiados, remitiéndose también a las disposiciones de la Convención de 1951. En relación a los derechos, se señala en su artículo 13 que tanto los solicitantes de refugio como los refugiados “gozarán de los derechos y libertades reconocidos a toda persona en la Constitución Política de la República, sus leyes y reglamentos, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos y sobre refugiados de los que Chile es parte, en particular los derechos reconocidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967” En el inciso segundo de este artículo, agrega que “los refugiados y sus familias tendrán derecho a acceder a la salud, a la educación, a la vivienda y al trabajo, ya sea en condiciones de trabajador dependiente o por cuenta propia, en igualdad de condiciones que los demás extranjeros.”

En relación a las obligaciones de los refugiados y siguiendo el artículo 2 de la Convención de 1951, la Ley N°20.430 establece en el artículo 14 que “Todo refugiado tiene la obligación de acatar la Constitución Política de la República, sus leyes y reglamentos, así como todas aquellas medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público y la seguridad nacional.”

A continuación, el Título III regula las autoridades de aplicación de la ley y el Título IV establece normas relativas al Procedimiento de determinación de la condición de refugiado, las que serán desarrolladas y analizadas con detalle en el siguiente apartado.

El Título V establece disposiciones relativas a la Residencia, Documentación de Identidad y de Viaje de los refugiados. Entre ellas cabe destacar la norma del artículo 45 que establece que “las personas a quienes se les haya reconocido la condición de refugiado y sus familias, tendrán derecho a que se les otorgue un permiso de residencia permanente, de acuerdo a lo preceptuado en la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile, que les permita gozar de todos los derechos que se les reconocen en virtud de la presente ley y de las Convenciones Internacionales sobre esta materia” Esta disposición resulta un gran avance en la protección de

los refugiados, en tanto la legislación anterior sólo otorgaba una residencia temporaria por dos años, según se detalló anteriormente.

Finalmente el Título VI contempla la derogación de las normas del D.L. 1.094 “en lo que digan relación con los refugiados” y el deber de dictar un reglamento para hacer operativas las disposiciones de esta ley.

La Ley N°20.430 representó un gran avance en materia de protección a los refugiados, al contemplar un concepto amplio de refugiados y al reconocer de manera expresa un extenso catálogo de beneficios y derechos que pueden ser ejercidos por los refugiados, siguiendo fielmente las disposiciones de la Convención de 1951.

No obstante lo anterior, el mayor desafío que se presenta en la práctica, es cómo la autoridad administrativa dará cumplimiento a sus disposiciones y si existen los mecanismos y recursos adecuados para que los solicitantes puedan exigir su cumplimiento, sobre todo al momento de determinar su calidad de refugiado, a fin de que pueda posteriormente ejercer los derechos que esta ley les reconoce.

2 El procedimiento de determinación de la condición de refugiados en la Ley N°20.430

El procedimiento de determinación de la condición de refugiado se encuentra regulado en la Ley N°20.430 y en el Decreto Supremo 837 de 17 de Febrero de 2011 que establece el Reglamento de esta ley. Sin duda la regulación de este procedimiento, es bastante más completa que las leyes anteriores, pero sigue fallando en establecer ciertas garantías mínimas de los solicitantes de refugio, que se detallarán a continuación.

2.1 Acceso al procedimiento

La nueva ley N°20.430 garantiza el acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado a todos los solicitantes que se encuentren en el territorio de Chile, sea que su residencia sea regular o irregular, según se precisa en el artículo 26 de esta ley, quienes podrán presentar una solicitud en cualquier oficina de Extranjería. El inciso segundo de este artículo precisa que “al ingresar a territorio nacional” los extranjeros podrán presentar la solicitud “ante la autoridad migratoria que se encuentre en un paso habilitado de la frontera”. Los funcionarios que reciban la solicitud, deberán hacer llegar a la Secretaría Técnica, la que deberá informar al solicitante respecto del procedimiento de determinación, sus derechos y obligaciones y acerca

de la posibilidad de contactarse con un representante del ACNUR, en su idioma o en otro que el solicitante pueda entender.

El artículo 6° de la ley, no obstante, dispone que podrán aplicarse sanciones administrativas y penales al solicitante de refugio que haya ingresado clandestinamente o resida de manera irregular en el país y no se haya presentado ante las autoridades en el plazo de diez días desde que comete la infracción “alegando una razón justificada”. El problema de esta norma es que en la práctica, resulta bastante difícil que quienes ingresen de manera clandestina al país tengan información acerca de esta obligación de presentarse ante las autoridades migratorias en el breve plazo de diez días desde su ingreso a fin de excusarse de la aplicación de las sanciones ya referidas. En este sentido, según se señala en el informe del año 2010 del Instituto de Derechos Humanos: “De acuerdo con información del Sistema de las Naciones Unidas en Chile, la principal vía de ingreso de solicitantes de refugio se da en la frontera norte y si bien en un primer momento los ingresos se realizaban en forma regular por el paso Chacalluta (Arica-Tacna), últimamente se ha observado que muchos ingresan en forma irregular por el paso Colchane (frontera con Bolivia), a través de redes de tráfico de personas, por lo que difícilmente esta población conocerá del plazo perentorio que la ley establece, con lo cual se verá afectada su posibilidad de permanencia y de protección”.⁴⁷²

De esta manera, finalmente, en caso de constatar que ha transcurrido el plazo señalado en la ley, sin que el solicitante se haya presentado ante la autoridad migratoria, podrían aplicarse a estas personas las sanciones que establece el Decreto Ley N° 1094 de Extranjería, consistentes en multas e incluso se podría disponer el abandono y expulsión de quienes deseen solicitar refugio, sin que su solicitud sea sometida a tramitación.

Cabe precisar, sin embargo, que según lo dispone artículo 8, inciso 4° del Decreto 837 de 17 de Febrero de 2011 que establece el Reglamento de la Ley N° 20.430, la aplicación de las sanciones quedará suspendida “hasta tanto sea resuelta en forma definitiva la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado”⁴⁷³

⁴⁷² INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual 2010. Situación de Los Derechos Humanos en Chile. Santiago, 2010. [en línea] <http://www.politicapublicas.net/panel/attachments/article/734/2010-indh-informe_anual.pdf> [consulta: 10 de mayo 2011] P.147

⁴⁷³ El Artículo 8 del DS 837 de 2011 que establece el Reglamento de la Ley N°20.430 establece que “Los extranjeros que hubieren ingresado irregularmente al país o cuya residencia actual fuere irregular y deseen formalizar una solicitud de refugio, deberán presentarse ante la autoridad migratoria correspondiente, dentro de los 10 días siguientes de producida la infracción, alegando una razón justificada para ello.

Por su parte, el artículo 32 del Reglamento establece que el solicitante respecto de quien ya se haya dictado una medida de prohibición de ingreso, expulsión vigente o que se encuentre obligada a abandonar el país, podrá formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado “siempre que dichas medidas hayan sido previamente suspendidas o dejadas sin efecto”, lo que debería disponerse por la autoridad administrativa según se precisa en el artículo 8 del Reglamento hasta que sea resuelta la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. Esta disposición establece además que en cualquier caso “se garantizará el Principio de No Devolución al extranjero que no obstante encontrarse afecto por las señaladas medidas manifieste la intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, mientras se resuelve al respecto”⁴⁷⁴

Según lo precisa Helena Olea, Abogada Jefe de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales, en la práctica ocurre que en muchos casos no se le da aplicación a las disposiciones del Reglamento ya citadas, en tanto la autoridad administrativa opta por no suspender la aplicación de las sanciones administrativas y simplemente no se

No se impondrá sanciones penales ni administrativas con motivo de su ingreso o residencia irregular a aquellos solicitantes reconocidos como refugiados que se encuentren en la situación señalada precedentemente.

En las demás situaciones, los extranjeros estarán sujetos a las sanciones migratorias que establecen las normas sobre extranjeros en Chile.

La aplicación de las sanciones a que den lugar las antedichas infracciones quedará suspendida hasta tanto sea resuelta en forma definitiva la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de la autoridad migratoria para eximir de dichas sanciones a quienes hayan sido reconocidos como refugiados y hubieren formalizado su solicitud fuera del plazo indicado, de conformidad a la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile.

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

Corresponderá a los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado proporcionar a la autoridad los antecedentes de que dispongan relativos a la circunstancia de haberse visto forzados a recurrir a estas redes con dicho objeto.”

⁴⁷⁴ Conforme lo establece el Artículo 32 del DS 837 de 2011 que establece el Reglamento de la Ley N°20.430: “Podrá solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado toda persona que se encuentre dentro del territorio de la República de Chile, sea que su ingreso o residencia en el país fuere regular o irregular.

En caso de ingreso o residencia irregular en el país, se estará a lo dispuesto en artículo 8° del presente reglamento.

Los extranjeros afectados por una medida de prohibición de ingreso, expulsión vigente o que se encuentren obligados a abandonar el país, sólo podrán formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado siempre que dichas medidas hayan sido previamente suspendidas o dejadas sin efecto. En todo caso, se garantizará el Principio de No Devolución al extranjero que no obstante encontrarse afecto por las señaladas medidas manifieste la intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, mientras se resuelve al respecto.”

acogen a tramitación las solicitudes de refugio de aquellas personas que hayan infringido las disposiciones de la Ley de Extranjería, privando a los posibles solicitantes de acceder al procedimiento regular de calificación de su condición de refugiado.

Otra limitación práctica de acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado se constata en el Informe del Instituto de Derechos Humanos correspondiente al año 2010 que precisa que: “un aspecto que preocupa es el establecimiento de la práctica de preadmisibilidad para el reconocimiento de la condición de refugio, procedimiento no contemplado en la ley, que incide negativamente en el derecho a acceder a la protección internacional por parte de las y los solicitantes de refugio”. Según se detalla en este informe, el FASIC ha documentado “22 casos de rechazo de preadmisibilidad, incluidos 7 hijo/as, 15 de nacionalidad colombiana y 7 de nacionalidad cubana”⁴⁷⁵

Según lo detalla Helena Olea, esta práctica consistiría en que los mismos funcionarios del Departamento de Extranjería encargados de recepcionar las solicitudes de refugio, determinarían *a priori* que los solicitantes no cumplirían con los requisitos para obtener la calificación de refugiados, desincentivando la presentación de sus solicitudes por escrito o simplemente no las reciben, indicándole a los solicitantes que soliciten otro tipo de residencia, como la temporaria o la sujeta a contrato. De esta manera, los solicitantes de refugio que se encuentran en esta situación, se ven privados de acceder al procedimiento de determinación que regula la ley y que sus antecedentes puedan ser conocidos en primer lugar por la Secretaría Técnica y luego por la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, según lo exige la Ley N°20.430.

Así, pese a que en Chile no se establecen formalmente limitaciones de acceso al procedimiento, las prácticas ya referidas, representan un obstáculo importante para que los solicitantes de refugio puedan acceder a la protección que otorga la Ley N°20.430 y además podrían hacer incurrir a Chile en responsabilidad internacional, en tanto podría verse vulnerado eventualmente el principio de *non refoulement*, el derecho de igualdad ante la ley y el derecho al debido proceso de los solicitantes de refugio que se ven impedidos de ser calificados como refugiados y de acceder al procedimiento de determinación regulado por la nueva ley, sin la debida justificación legal.

⁴⁷⁵ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. P.148

2.2 Autoridad Competente encargada de la determinación de la condición de refugiado.

En Chile la autoridad encargada para decidir respecto de una solicitud de refugio, sigue siendo el Ministerio del Interior y conforme se establece en el artículo 19 de la Ley N°20.430 la decisión se materializará: “a través de Resolución del Subsecretario del interior, exenta del trámite de toma de razón”

A su vez, el artículo 20 de esta ley crea la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado como “un organismo encargado de asesorar al Ministerio del Interior y de proveer información necesaria para decidir respecto del otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación de la condición de refugiado”. Esta Comisión actúa como sucesora de la Comisión de Reconocimiento que establecía el artículo 40 bis del DL 1094 y no varía demasiado en cuanto a su composición y funciones respecto de esta última.

El artículo 21 establece que esta Comisión estará compuesta por el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, quien la presidirá, dos representantes del Ministerio del interior, dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, todos ellos con derecho a voto y podrá asistir además a las reuniones un representante del ACNUR, sin derecho a voto. Este órgano deberá sesionar con a lo menos tres de sus miembros con derecho a voto y sus decisiones se adoptaran por un mínimo de tres votos concurrentes.

A continuación, el artículo 22 de esta ley, detalla las funciones de esta Comisión, entre las que se encuentran: “proponer al Ministerio del Interior el reconocimiento o rechazo de tal condición, así como la exclusión, cesación, cancelación y revocación del estatuto de refugiado”, “proponer la aceptación o rechazo de las solicitudes de reunificación familiar de refugiados reconocidos”, “proponer la aceptación o rechazo de las solicitudes de reasentamiento”, “solicitar los antecedentes que estime convenientes para el cumplimiento de su tarea asesora, a los organismos públicos pertinentes” y “planificar, promover y coordinar políticas en materia de protección de solicitantes de la condición de refugiado y refugiados, relacionándose directamente, para tales efectos, con cualquier institución pública o privada, nacional, internacional o extranjera, que fuese pertinente”

La Ley N° 20.430 dispuso además la creación de una Secretaría Técnica, encargada de asistir a la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado. Conforme lo dispone el artículo 29, la Secretaría Técnica será la autoridad encargada de recepcionar las solicitudes de refugio y de informar los derechos y obligaciones del solicitante en el procedimiento. También, según lo

dispone el artículo 31, la Secretaría estará encargada de recopilar aquella información del país de origen que se precisa en esta norma que será útil para calificar la condición de refugiado.

La principal crítica que se puede plantear en relación a la autoridad designada para resolver las solicitudes de refugio, es que el Ministerio del Interior, no goza de la autonomía e imparcialidad necesaria para adoptar este tipo de decisiones. Esto porque, conforme lo establece en D.L. 1094, en su artículo 91, a este Ministerio se le atribuye la función de “prevenir y reprimir la inmigración o emigración clandestinas” y la de “aplicar las sanciones administrativas que correspondan” . En este sentido, no parece adecuado que la autoridad encargada de reprimir la inmigración irregular, sea la misma encargada de velar por la protección de los derechos de los solicitantes de refugio que pueden encontrarse en esta situación y de aplicar las disposiciones de la Ley N°20.430 que regulan la protección a los refugiados, las que operan bajo una lógica de excepción.

Por su parte, la Comisión de Reconocimiento, pese a tener una composición diversa, está compuesta en su mayoría por funcionarios dependientes del Ministerio del Interior. Además, sólo actúa como un órgano asesor y sus decisiones no son vinculantes para quien dicta la resolución, que sería el Subsecretario del Interior.

Otro aspecto relevante es que la Ley no exige mayor preparación de los miembros que componen la Comisión de Reconocimiento y tampoco respecto de la Secretaría Técnica⁴⁷⁶. Carolina Infante en este sentido, representante de la Fundación Libertad y Desarrollo ante la Comisión de Gobierno, señaló, mientras se discutía la aprobación de esta ley en el Congreso que la composición de la comisión de reconocimiento “es de vital importancia, (...)pues si no se conforma como un ente de carácter técnico, integrado por personas con formación profesional acorde a las exigencias y con acabados conocimientos en la materia, se da espacio a que puedan cometerse errores.” Por lo mismo considera que “se deben establecer requisitos de acreditación de capacidad técnica a los miembros designados por los respectivos ministerios, como un mínimo de exigencia de formación profesional y especialización, cuando menos, en derecho internacional”.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ La Ley N°20.430, exige en su artículo 30, que las personas que practiquen la entrevista personal a los solicitantes de refugio en este tipo de procedimientos “deberán ser especialmente capacitados a fin de identificar cualquier factor cultural; religioso; de género o de índole personal, tales como la edad y el nivel educativo, que pudieran afectar su habilidad para presentar el caso”, pero estas personas no serán necesariamente quienes resuelvan la solicitud de refugio no quienes hagan la calificación directamente.

⁴⁷⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión de Gobierno. 11 de septiembre de 2009. Cuenta en Sesión 79, Legislatura 357

Esta recomendación, finalmente no fue acogida por los legisladores y no existe ningún requisito especial en la Ley ni en el Reglamento que se refiera a la idoneidad profesional o calificación especial de quienes participan en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

El hecho de que los encargados de decidir respecto de una solicitud de refugio no sean funcionarios capacitados que cuenten con las habilidades especiales que exige este tipo de calificación, sin duda, puede obstaculizar la correcta determinación de la condición de refugiado del solicitante, atendida la complejidad de los elementos involucrados en este tipo de calificación, como la constatación de las causas de inclusión, exclusión y cesación, según se revisó en el primer capítulo, el análisis de la información de país de origen, los criterios de valoración de la prueba, la revisión de la credibilidad del solicitante, entre otras materias específicas, que requieren para su aplicación, una especial preparación de los funcionarios involucrados.

Además, según lo constata el Comité de Refugiados Peruanos y la Organización de Refugiados Colombianos en Chile, pese a la derogación del Decreto Ley 1.094 respecto de todas las disposiciones relativas a los refugiados, en la práctica la competencia sobre la materia se sigue delegando a la denominada “Sección de Refugio” del Departamento de Extranjería dependiente del Ministerio del Interior, la que no está considerada dentro de la nueva ley, “ello con la agravante de los cuestionamientos legítimos que se han realizado sobre su actuar”.⁴⁷⁸

2.3 El papel del ACNUR.

Conforme se establece en el artículo 29 de la Ley, una vez presentada la solicitud, se le debe informar al peticionario “acerca de la posibilidad de contactarse con un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados”.

Sería recomendable también que se le informara al solicitante antes de presentar su solicitud la posibilidad de contactarse con un representante del ACNUR, a fin de que pueda obtener asesoría respecto de cómo formular su solicitud y se le pueda orientar acerca de cómo acreditar su condición de refugiado. En este sentido, Roberto Garretón señalaba ya en 1996 que una vez

⁴⁷⁸ COMITÉ DE REFUGIADOS PERUANOS Y ORGANIZACIÓN DE REFUGIADOS COLOMBIANOS EN CHILE. Declaración Pública sobre el Refugio en Chile. [en línea] <<http://boards5.melodysoft.com/NoticiasDDHH/sobre-refugio-en-chile-17.html>> [consulta: 23 de septiembre de 2011].

recibida la petición y aún antes de su formalización, el Ministerio del Interior debería dar aviso a la representación en Chile del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, con objeto de prestar la debida asesoría a los solicitantes de refugio en relación a cómo formular su solicitud⁴⁷⁹.

Cabe precisar no obstante, que en Chile este organismo no cuenta con suficientes profesionales para prestar la debida asesoría a los solicitantes de refugio y que sólo existe materialmente en Chile una “Oficina de Enlace”, en la ciudad de Santiago, que depende directamente de la Oficina Regional del ACNUR, ubicada en Buenos Aires.

La ley N°20.430 permite también la participación de un representante del ACNUR en las reuniones de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, pero sin derecho a voto, conforme se establece en el artículo 21.

2.4 El derecho a asistencia legal

En Chile no se reconoce el derecho a acceder a asistencia jurídica a los solicitantes de refugio, ni a ser representados en este tipo de procedimientos en la Ley. Actualmente, las organizaciones que prestan asistencia a los refugiados son muy pocas en Chile y en su mayoría no prestan asesoría legal. En la ciudad de Santiago, sólo la Clínica Jurídica de la Universidad Diego Portales especializada en Migrantes, entrega asistencia jurídica especializada y otorga representación en este tipo de casos.

Atendida la complejidad de este tipo de determinación y los elementos legales involucrados en este tipo de calificación, sería recomendable que los solicitantes de refugio pudieran contar con asistencia jurídica gratuita, al menos, al ejercer el recurso de revisión ante una decisión negativa y para ejercer acciones judiciales ante la vulneración de sus derechos fundamentales en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

2.5 El Derecho a contar con un intérprete calificado.

Conforme se establece en el artículo 29 de la Ley N° 20.430: “al solicitante que así lo requiera o necesite, se le facilitarán los servicios de un intérprete calificado para asistirle en las entrevistas y en la presentación por escrito de los hechos en los que fundamenta su petición”

⁴⁷⁹ GARRETÓN, ROBERTO. Op. Cit. P. 198

En virtud de esta disposición, se reconoce el derecho de los solicitantes de asilo para poder efectuar sin dificultad su declaración y que el órgano de determinación pueda comprender su testimonio.

No obstante, pese a las recomendaciones del ACNUR en este sentido, la nueva ley no garantiza que el solicitante pueda acceder a los servicios de un intérprete para efectos de conocer el contenido la resolución que concede o rechaza la condición de refugiado ni tampoco para conocer el contenido del expediente, para efectos de solicitar la revisión de una decisión negativa, lo que podría perjudicar a aquellos solicitantes de refugio que no cuentan con recursos para contratar los servicios de un intérprete en esta instancia.

2.6 La confidencialidad.

El principio de confidencialidad se consagra en la Ley N°20.430 en su artículo 7°, señalando que “todo solicitante de la condición de refugiado y refugiado tiene derecho a la protección de sus datos personales. El registro de la información, así como el procedimientos de determinación de la condición de refugiado, en todas sus etapas, deberá respetar la confidencialidad de cada uno de los aspectos de la solicitud, inclusive el mismo hecho de que la persona haya requerido protección como refugiado”

De esta manera, nuestra legislación sigue las recomendaciones de soft law revisadas en el capítulo anterior, garantizando la protección de los datos personales de los solicitantes desde el inicio del procedimiento.

2.7 La prueba.

2.7.1 La carga de la prueba

Pese a que la ley no lo dispone expresamente, puede observarse que en el caso de Chile, la carga de la prueba en este tipo de procedimientos es compartida entre el solicitante de refugio y el órgano de determinación.

De esta manera el solicitante puede aportar todas la documentación con la que cuente que permita acreditar sus condición y además podrá presentar su testimonio ante el órgano de

determinación, mientras que la Secretaría Técnica estará encargada de recopilar toda la información posible acerca del país de origen.

2.7.2 Los medios de prueba

2.7.2.1 La entrevista personal:

El artículo 30 de la Ley N°20.430 dispone que todos los solicitantes de refugio “podrán ser entrevistados individualmente y en forma separada, a fin de garantizar que tengan la oportunidad de exponer su caso en forma independiente” Conforme el tenor de esta disposición, pareciera que es facultativo para el órgano de determinación el realizar estas entrevistas.

No obstante, el Reglamento de la Ley N°20.430, precisa en su artículo 40, que “toda persona que formalice una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, deberá ser entrevistada de manera individual, por personal idóneo que se desempeñe en el Ministerio del Interior, en un lugar que garantice la confidencialidad de la entrevista” A su vez, el inciso final de este artículo del reglamento establece que “La entrevista será considerada como un elemento esencial del procedimiento de determinación de la condición de refugiado”

2.7.2.2 La información del país de origen:

El artículo 31 de la Ley N°20.430 establece que la Secretaría Técnica será la encargada de recopilar información relevante acerca del país de origen del solicitante de refugio. En particular esta norma señala que se debe recopilar información “acerca de la situación del afectado ante la ley, sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; las costumbres sociales y culturales de dicho país, así como las consecuencias de su trasgresión; la prevalencia de prácticas tradicionales perjudiciales; la incidencia y formas de violencia contra algún grupo de personas; la protección de que disponen; las sanciones previstas para quienes ejercen violencia contra algún grupo de personas y los peligros que el afectado puede enfrentar si regresa a su país de nacionalidad o residencia habitual, después de haber presentado una solicitud de la condición de refugiado”

Pese a que esta disposición es bastante completa en detallar el contenido de la información que debe recopilarse del país de origen, no precisa cuáles serán las fuentes que podrán ser utilizadas por la Secretaría Técnica, ni la necesidad de que esta información sea contrarrestada. A su vez,

tampoco se indica si el solicitante de refugio, podrá acceder a esta información a fin de plantear sus observaciones a este tipo de pruebas durante el procedimiento de determinación.

Esta falta de regulación podría obstaculizar la contradictoriedad⁴⁸⁰ del procedimiento de determinación, principio que garantiza la participación del interesado en todo procedimiento administrativo y podría poner al solicitante en una situación de desventaja ante el órgano de determinación, quién podría fallar en base a la información de país de origen obtenida, sin que se le dé la oportunidad al solicitante de objetar la prueba recopilada por la Secretaría Técnica durante el procedimiento de determinación.

2.7.2.3 La valoración de la prueba.

La Ley N°20.430 incorpora las recomendaciones del ACNUR en materia de valoración de la prueba, en particular respecto de la credibilidad y el principio de la beneficio de la duda, según se constata en el artículo 34 de esta ley.

2.7.2.3.1 El beneficio de la duda

La norma del artículo 34 dispone que “Cuando no pudiera recolectarse prueba material suficiente, la Comisión podrá basar sus recomendaciones en indicios, presunciones y la credibilidad general del solicitante, en cuyo caso corresponderá otorgarle el beneficio de la duda”

No obstante, la parte final de este artículo señala que el beneficio de la duda se otorgará al solicitante, sólo en caso de cumplir con las obligaciones que establece el artículo 33. Esta última norma dispone que el solicitante tendrá la obligación de “decir la verdad, informar y cooperar activamente a fin de que puedan esclarecerse los hechos y razones en que se basa su solicitud”,

⁴⁸⁰ El Principio de contradictoriedad está regulado en el artículo 10 de la Ley N° 19.880. Según lo dispone esta norma: “Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.”

“aportar pruebas y suministrar explicaciones satisfactorias sobre la eventual insuficiencia o falta de las mismas”, “proporcionar información sobre su persona y experiencia con los detalles necesarios para determinar los hechos pertinentes”, “dar una explicación de las razones invocadas en apoyo de su solicitud”, “contestar todas las preguntas que le sean formuladas” y “fijar domicilio e informar, oportunamente, a la autoridad competente, cualquier cambio que éste sufra, en un plazo de quince días”

El problema de establecer esta restricción para otorgar el beneficio de la duda al solicitante, es que hace depender su aplicación de cuestiones que son ajenas al mérito de la solicitud, al exigir por ejemplo que el solicitante fije domicilio e informe cualquier cambio que sufra y que proporcione detalles de su experiencia, que muchas veces el solicitante tendrá dificultades de recordar. De esta manera, la falta de cumplimiento de este tipo de requisitos anexos que no tienen relación con el mérito de su solicitud, podrían afectar negativamente la calificación sustantiva de un solicitante que cumpla con los elementos esenciales para ser reconocido como refugiado, en tanto la exigencia probatoria será mayor en su caso.

2.7.2.3.2 La credibilidad

Vinculada al principio del beneficio de la duda, la norma del artículo 34 de la Ley N°20.430 establece que la Comisión podrá basar sus recomendaciones en la “credibilidad general del solicitante” en los casos en que no pudiera recolectarse prueba material suficiente. Como puede observarse en este artículo, el concepto de credibilidad, se aplica en sentido restringido, esto es, de manera supletoria, ante la falta de mayor evidencia material.

No obstante, esta disposición no detalla cómo se valora la credibilidad del solicitante ni los factores que se deberán tomar en consideración para evaluarla, por lo que se corre el riesgo, según se revisó en el capítulo anterior, que la misma se determine en base a consideraciones puramente subjetivas, lo que podría perjudicar a aquellos solicitantes que tienen dificultades para expresarse o que producto del trauma experimentado tengan dificultades para recordar su experiencia y detalles de la misma.

2.8 La garantía del plazo razonable

La nueva ley no establece plazos a la autoridad para resolver una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. No obstante según se señala expresamente en el artículo 25, “se aplicará supletoriamente la ley N°19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos que

rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado” en todo lo no regulado por esta ley.

Según lo dispone el artículo 24 de la Ley 19.880, el funcionario del organismo al que corresponda resolver, que reciba una solicitud, documento o expediente, deberá hacerlo llegar a la oficina correspondiente a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a su recepción. Si se sigue esta norma, todo funcionario que tenga conocimiento de la presentación de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado tendría la obligación de ponerla en conocimiento de la Secretaría Técnica, según lo dispone el artículo 27 de la Ley N°20.430, en el plazo de 24 horas.

Así, conforme consta en la discusión en el Senado, la indicación presentada por el Senador Navarro de incorporar un plazo máximo de 5 días para que el funcionario ponga en conocimiento de la Secretaría Técnica la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, habría sido desestimada por considerarse que “el plazo propuesto por el Honorable Senador señor Navarro no resulta necesario”, toda vez que “ya está contemplado un plazo para tal efecto en la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”.

También tendría aplicación, por tanto en este tipo de procedimientos, el Artículo 24, inciso 4° de la Ley N°19.880, que dispone que las decisiones definitivas deberán expedirse dentro de los 20 días siguientes, contados desde que, a petición del interesado, se certifique que el acto se encuentra en estado de resolverse y el artículo 27 que establece como norma de clausura, que “salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final.”

Finalmente el artículo 64 de la ley regula el “silencio positivo”, que operará una vez transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella.

En estos casos, el interesado deberá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad, en este caso la Subsecretaría del Interior, debería otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas. Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada.

En relación a este punto, al discutir la indicación del Senador Navarro de introducir un plazo en el artículo 27 de la Ley N° 20.430, el Senador Naranjo consultó si en este caso opera el silencio administrativo. Al respecto el Ministro Secretario General de la Presidencia don José Antonio Viera-Gallo, señaló que en este caso “opera el silencio administrativo, por lo que el plazo propuesto por el Honorable Senador señor Navarro no resulta necesario, toda vez que ya está contemplado un plazo para tal efecto en la ley. Precisó que, en la situación planteada, es aplicable la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.”

En la práctica, no obstante, no se conocen casos en que se haya solicitado la aplicación de esta figura en este tipo de procedimiento de determinación, pese a la excesiva demora en la tramitación de este tipo de solicitudes. Según se constata en el Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales del año 2009: “El tiempo promedio de este trámite, según la directora del DEM, es de un año. Pero la mayoría de las personas entrevistadas, (...) hacen referencia a procesos que tardan entre 18 y 24 meses.”⁴⁸¹ Esta situación también la evidencia el Instituto de Derechos Humanos en el año 2010, señalando que “otra de las dificultades que se advierte en el proceso de reconocimiento es el tiempo de tramitación de las solicitudes, que conforme a datos proporcionados por ACNUR, puede durar hasta dos años. A ello se agrega el alto centralismo tanto de las agencias encargadas de prestar ayuda como de los órganos del Estado encargados de cursar la solicitud (...)”⁴⁸²

Cabe precisar además, ante la evidencia de que no se estaría dando cumplimiento de los plazos legales establecidos, nuestro país podría llegar a infringir la garantía del plazo razonable en este tipo de procedimientos, contenida dentro de las garantías del derecho al debido proceso que consagra la Convención Americana, según se revisó en el Capítulo anterior.

Lamentablemente, la nueva ley, no representa ningún avance en esta materia, al remitirse a los plazos de la ley N°19.880, cuyas normas ya tenía aplicación de manera supletoria respecto del DL 1094 de Extranjería, antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, sin que ello haya favorecido la celeridad de este tipo de procedimientos.

2.9 Fundamentación y notificación de la resolución

⁴⁸¹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Op. Cit. p. 269.

⁴⁸² INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. P. 148.

Conforme lo señala el artículo 35 de la Ley N°20.430 todas las resoluciones que se dicten “referidas a la determinación del estatuto de refugiado, deberán ser debidamente fundadas” y notificadas al solicitante por carta certificada en el plazo de quince días.

Además, conforme lo precisa el artículo 11, inciso 2° de la Ley N°19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado y que se aplica supletoriamente: “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.” A su vez, el artículo 41 dispone que “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno”

De esta manera el órgano de determinación se verá obligado a explicitar en la resolución que reconoce o que rechaza el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, todos los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo a la vista para resolver y además debe indicar los recursos que procedan en contra de esta resolución, ya sea administrativo y judicial y el plazo de interposición.

Cabe precisar, sin embargo, ninguna de las normas referidas exigen que esta resolución sea conocida por el solicitante de refugio en su idioma ni existe la posibilidad de solicitar los servicios de un intérprete para este objeto.

2.10 Revisión del Acto Administrativo.

Según lo dispone el artículo 43 de la Ley N° 20.430, en contra de las resoluciones que denieguen, revoquen, cancelen o hagan cesar el estatuto de refugiado, proceden las acciones constitucionales de protección y de amparo, si se cumplen con los requisitos del artículo 20 y 21 de la Constitución, respectivamente y el recurso de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución, remitiéndose a lo que dispone el artículo 59 de la Ley N°19.880.

2.10.1 Recursos administrativos

2.10.1.1 Recurso de reposición y jerárquico.

El recurso de reposición y el recurso jerárquico se encuentran regulados en el artículo 59 de la Ley N°19.880. Esta norma establece que el recurso debe presentarse “dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna” y que “en subsidio podrá interponerse el recurso jerárquico”.

Estos recursos podrán ser presentados por cualquier solicitante de refugio que se vea afectado por una resolución en que se rechace su calidad de refugiado, invocando todos los argumentos de hecho y de derecho que estime conveniente, a fin de solicitar que la resolución se modifique a su favor.

En relación a la posibilidad de revisión administrativa que ofrecen estos recursos, resulta problemático el hecho de que el solicitante tendrá un plazo excesivamente breve para poder conocer los antecedentes que tuvo a la vista para resolver la autoridad administrativa, a fin de poder interponerlos de manera fundada.

De hecho, la autoridad no está obligada a proporcionar estos antecedentes al solicitante antes de la presentación de este recurso en tan breve plazo y sólo, en virtud de lo que dispone el artículo 14 de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, si se solicita por escrito, la autoridad administrativa respectiva estaría obligada a entregar esta información en el plazo de 20 días desde que se solicite, esto es, una vez que el plazo para solicitar la revisión ya se encuentre vencido.

A su vez, al resolver este tipo de recursos, la autoridad correspondiente no requerirá la recomendación de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, según lo establece claramente el artículo 60 del Reglamento y podrá ser resuelto discrecionalmente por el Subsecretario del Interior, al resolver el recurso de reposición o el Ministro del Interior, al resolver el recurso jerárquico.

De esta manera la nueva ley N°20.430 no asegura que la decisión sea revisada por un órgano independiente e imparcial, en tanto conforme ya se señaló, la autoridad administrativa encargada de resolver estos recursos, será la misma que adoptó la decisión impugnada o su superior jerárquico inmediato. En este sentido, el Instituto de Derechos Humanos se pronunció en su Informe del año 2010, señalando que esta vía de impugnación administrativa “no se aviene con el estándar de la doble instancia que exige el debido proceso, según el cual la

revisión de las resoluciones debe hacerse por una autoridad distinta a fin de garantizar el derecho a un recurso efectivo”⁴⁸³

2.10.1.2 Recurso extraordinario de revisión

Pese a que la Ley N° 20.430 no se refiere expresamente a ello, el artículo 60 de la ley 19.880 que se aplica supletoriamente a todo procedimiento administrativo, autorizaría también a los solicitantes de refugio a presentar un “recurso extraordinario de revisión” en el plazo de un año, en ciertos casos excepcionales que detalla esta norma.

Según se establece en esta norma el recurso procedería en las siguientes circunstancias:

- “a) Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento;
- b) Que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieran documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento;
- c) Que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y d) Que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

En este tipo de procedimientos este recurso podría ser útil en los casos en que el solicitante se haya visto imposibilitado de acompañar ciertos antecedentes “esenciales” que permitan acreditar la condición de refugiado del solicitante antes de que el acto haya quedado firme por la dificultad que significa a documentación en su país de origen, y también podría tener utilidad en los casos en que se constaten “manifiestos errores de hecho” que favorezcan a los solicitantes de refugio. Así también, debido a que el plazo para su interposición es mayor al establecido respecto del recurso de revisión, sería más fácil para el solicitante acceder al expediente y solicitar copia de los antecedentes que tuvo en cuenta la autoridad administrativa para resolver.

⁴⁸³ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. P. 148.

No obstante, las causales que fundan su aplicación son demasiado acotadas y no cubren todos los casos de los solicitantes de refugio, ni permite revisar el error en la aplicación de las disposiciones de la Ley N°20.430.

Finalmente, frente a este recurso administrativo, también se presenta el problema de que no existe un órgano administrativo independiente encargado de conocerlo y en la práctica será resuelto por la misma autoridad que rechazó previamente la solicitud de refugio.

2.10.2 Acciones constitucionales

2.10.2.1 Recurso de Protección

Conforme se establece en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, el recurso de protección procede en todos los casos en que “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales” una persona “sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3°, inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°,21°, 22°, 23°, 24°, y 25°”

En caso de que se cumplan los supuestos ya señalados el solicitante de refugio “podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”

El recurso de protección podría tener aplicación en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, en aquellos casos en que se constate que la autoridad haya incurrido en actos arbitrarios o contrarios a derecho al adoptar una decisión en este sentido, lo que podría constituir una amenaza o privación del ejercicio de igualdad ante la ley que consagra el artículo 19, n°2 de la Constitución.

También podría ser útil en los casos de rechazo de las solicitudes de refugio mediante las prácticas de pre-admisibilidad ya referidas, ya que el afectado en este tipo de casos podrá verse privado de manera arbitraria del derecho a presentar su solicitud de refugio ante la autoridad competente y que la misma sea tramitada según lo dispone el procedimiento que regula la Ley N° 20.430, vulnerándose de esta manera el derecho de igualdad ante la ley.

Además, el recurso de protección podría fundarse en la amenaza y perturbación del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del solicitante de refugio que consagra el artículo 19, n°1, como consecuencia de la decisión de la autoridad administrativa de permitir la devolución del solicitante de refugio a un lugar en el que podría ser objeto de persecución.

2.10.2.2 Recurso de Amparo

El recurso de amparo, según lo dispone el artículo 21 de la Constitución, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. En el caso de los solicitantes de refugio cuya calidad de refugiado haya sido denegada por la autoridad administrativa de manera ilegal y que como consecuencia de ello se ordene su expulsión del país, podrían interponer este recurso, alegando que al ser devuelto a un país en el que el ejercicio de estos derechos pueda verse amenazado o derechamente privado de ellos.

De todas maneras, para que este recurso proceda, el solicitante de refugio deberá acreditar que la decisión de la autoridad administrativa es ilegal, al no respetarse, por ejemplo, las garantías mínimas de la Ley N°20.430 o sin dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley N°19.880.

2.10.3 El derecho a un recurso efectivo en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado en Chile.

Hasta la fecha no se tiene conocimiento de recursos de protección ni de amparo admitidos a tramitación por las Cortes de Apelaciones que se refieran a la denegación del reconocimiento de la condición de refugiado de un solicitante. Este hecho puede deberse a que las posibilidades que tiene en la práctica el solicitante de recurrir a las Cortes de Apelaciones son bastante limitadas, atendido que le resultará difícil acceder a asistencia jurídica para ello y por el desconocimiento de la legislación local.

A su vez, sólo en caso de que un solicitante pueda acreditar que se ve privado del ejercicio de los derechos que establece el artículo 20 de la Constitución o que estos se encuentran amenazados, podrá hacer valer los recursos descritos, con objeto de que se adopten medidas para el restablecimiento del imperio del derecho, lo que claramente no asegura la posibilidad de revisión de los fundamentos de hecho y de derecho utilizados que fundaron el rechazo de una solicitud de refugio en todos los casos.

Además según ya se revisó, la ley no introduce ninguna reforma real en esta materia, ya que sólo se remite a disposiciones que aún sin disposición expresa en esta ley podían ser aplicadas

en estos casos, como lo serían las normas que regulan los recursos de protección y amparo, los que siempre procederían si se acredita el cumplimiento de los requisitos del artículo 20 y 21 de la Constitución Política de la República, o los recursos administrativos que supletoriamente igualmente tenían aplicación en todo procedimiento administrativo, según lo dispone la Ley N°19.880, aún sin disposición expresa, ante el mismo órgano que adoptó la decisión.

Así, en materia de recursos de impugnación, puede señalarse que la nueva ley desatiende las recomendaciones del ACNUR y los criterios establecidos en la Jurisprudencia ya revisados en el capítulo anterior, en tanto, no parece asegurar el ejercicio de un recurso efectivo en contra de este tipo de decisiones administrativas, que permita resguardar los derechos fundamentales de los solicitantes de refugio.

2.11 Disposiciones especiales para grupos vulnerables.

La nueva ley N°20.430 establece también disposiciones especiales respecto del tratamiento que se le debe dar a las víctimas de violencia sexual o por motivos de género y respecto de los menores no acompañados, siguiendo las recomendaciones del ACNUR y las distintas declaraciones del Comité Ejecutivo de este organismo.

En relación a las víctimas de violencia sexual o por motivos de género, la ley N°20.430 establece en su artículo 41 que: “se procurará que los organismos públicos competentes les presten asistencia psicológica y social entrevistas, la persona pueda sentirse segura respecto de la confidencialidad de su petición”

A su vez, en relación a los menores, establece en su artículo 38, que “toda persona menor de edad tiene derecho a solicitar el reconocimiento de su condición de refugiado, con independencia de las personas que ejercen su representación legal conforme a la legislación chilena”. Por su parte, el artículo 29, dispone que “Cuando la solicitud fuese presentada por un menor de edad no acompañado o separado de su familia, la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento informará, de inmediato, a la autoridad de menores, de manera que se ejerzan las medidas de protección, cuidado y asistencia que sean necesarias” Además establece en su artículo 42 que “se observarán las recomendaciones formuladas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en las Directrices sobre Protección y Cuidados de Niños Refugiados”.

Cabe precisar que en relación a los menores y adultos vulnerables, que presenten algún tipo de discapacidad, la Ley omite establecer algún tipo de tutoría, asesoría o representación, ante el órgano de determinación, que permita a estos solicitantes de refugio acceder al procedimiento de determinación en igualdad de condiciones que los demás solicitantes, desatendiendo las recomendaciones de los instrumentos de soft law en este sentido, según pudimos revisar en el capítulo anterior.

Además, la nueva ley no contempla disposiciones especiales para quienes presenten discapacidad mental o psíquica, atendida su especial condición de vulnerabilidad y su dificultad para participar en este tipo de procedimientos. En este sentido, la Vicaría de la Pastoral Social, propuso en la discusión en el Congreso de la Ley N°20.430 “garantizar que cuando se sospeche o se tengan indicios de que una persona presenta una discapacidad mental o psíquica, se derivará en forma inmediata a una institución o programa de salud mental especializado que elabore por escrito el diagnóstico correspondiente y se refiera a las posibilidades de dar una entrevista de elegibilidad confiable acerca de la situación que ha originado la solicitud de refugio y las condiciones que dicha entrevista debiese tener”.⁴⁸⁴ Esta observación finalmente no fue acogida en el Congreso y se mantuvieron las disposiciones originales que atendían únicamente a las víctimas de violencia sexual y a los menores de edad.

2.12 Conclusiones

En Chile, las primeras normas que regularon la condición de refugiado y su calificación fueron incorporadas en el Decreto de Ley que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile de 1975, normativa inspirada en la doctrina de la seguridad nacional, con una posición claramente defensiva y restrictiva de los derechos de las personas inmigrantes, que no era compatible con las normas de la Convención de 1951.

Este Decreto Ley no incorporó expresamente las obligaciones de la Convención de 1951 y únicamente otorgaba una residencia temporaria a quienes fueran calificados como refugiados por el Ministerio del Interior. Tampoco regulaba el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, entregando excesiva discrecionalidad a la autoridad competente para resolver.

La promulgación de la Ley N° 20.430 que Establece disposiciones sobre Protección de Refugiados, permitió incorporar finalmente el listado de obligaciones asumidas por Chile al

⁴⁸⁴ HISTORIA DE LA LEY 20.430. Informe de la Comisión de Gobierno. Op.Cit.. p. 139.

ratificar la Convención de 1951, en su derecho interno y también las distintas recomendaciones de *soft law* elaboradas a nivel latinoamericano.

No obstante lo ya señalado, la nueva legislación sigue fallando en establecer un procedimiento adecuado de reconocimiento de la condición de refugiado, que respete las garantías procesales mínimas revisadas en el capítulo anterior.

La ley N°20.430, pese a garantizar formalmente el acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado, no ha logrado cumplir con su objetivo en la práctica, por ejemplo, al establecerse prácticas de pre admisibilidad, que impiden que ciertos solicitantes de refugio puedan siquiera presentar su solicitud de refugio ante la autoridad competente y se desarrolle el procedimiento regulado por la Ley N°20.430, vulnerándose de esta manera el derecho al debido proceso del solicitante y eventualmente podría afectar el cumplimiento del principio de *non refoulement*.

A su vez, el órgano de determinación, no parece ser lo suficientemente especializado e independiente, cómo para asegurar una decisión imparcial, en tanto la autoridad encargada de hacer la determinación, depende del Ministerio del Interior, el que por ley también es el encargado de aplicar políticas tendientes a reprimir la inmigración ilegal y aplicar las sanciones respectivas a quienes ingresen o permanezcan en Chile en situación migratoria irregular. Por su parte, tampoco se garantiza la posibilidad de ejercer un recurso judicial efectivo que permita revisar este tipo de decisiones administrativas, que sirva como contrapeso a la excesiva discrecionalidad de la Administración en esta materia.

En base a lo ya señalado, es posible concluir, que la regulación del procedimiento de determinación de la condición de refugiado en Chile en la nueva ley N°20.430, aunque reconoce formalmente muchas de las garantías procesales revisadas anteriormente, en la práctica, no ha logrado asegurar el ejercicio de las garantías de debido proceso de los solicitantes de refugio que permitan asegurar el cumplimiento efectivo de las obligaciones que nuestro país ha contraído al ratificar la Convención de 1951.

En particular se requiere de un mayor conocimiento y preparación de los actores involucrados en este tipo de procedimientos. Esta capacitación debería otorgarse a los funcionarios encargados de la recepción de las solicitudes, a quienes realizan las entrevistas personales de los solicitantes de refugio y también a quienes asesoran a la Subsecretaría del Interior, al momento de adoptar una decisión, teniendo en cuenta que toda práctica utilizada en la determinación de la condición de refugiado, debería tender a asegurar el cumplimiento de las obligaciones que emanan del derecho internacional de refugiado, que resultan vinculantes para el Estado chileno.

A su vez, ya más a largo plazo, deberían realizarse las modificaciones legales necesarias, para asegurar la imparcialidad del órgano de determinación, regular plazos definidos de tramitación de la solicitud, mecanismos para hacerlos valer, asegurar la asistencia legal a los solicitantes y por último, garantizar un recurso efectivo ante un órgano lo suficientemente independiente, imparcial y calificado, que permita resguardar los derechos que podrían ser vulnerados en este tipo de procedimientos.

CONCLUSIONES FINALES

Luego de la revisión de las distintas fuentes de derecho internacional, vinculantes y no vinculantes, que regulan la protección que debieran dar los Estados a las personas refugiadas, podemos afirmar finalmente que pese a que no exista una obligación independiente para los Estados de regular los procedimientos de determinación de la condición de refugiados en la Convención de 1951, los Estados, sí deberían establecerlos con objeto de dar cumplimiento a las obligaciones que emanan de esta Convención, de buena fe y conforme al principio de eficacia de las obligaciones. Es claro, que si los Estados no cuentan con un procedimiento adecuado de determinación de la condición de refugiado, difícilmente podrá dar cumplimiento a las obligaciones que emanan de la Convención, en tanto, los solicitantes de protección se verán impedidos de demostrar su condición ante el Estado de acogida y finalmente de poder ejercer los derechos que este instrumento le reconoce.

A su vez, según se pudo revisar en el capítulo II, la mayoría de los Estados que son parte en la Convención de 1951, han ratificado distintos tratados internacionales de derechos humanos a nivel internacional y regional en los que se obligan a respetar el derecho al debido proceso de quienes se encuentran en su territorio, al momento de determinar o restringir sus derechos fundamentales. Así también en su derecho interno, los Estados han incorporado estas garantías procesales en el catálogo de derechos fundamentales que se reconocen constitucionalmente. Pese a que originalmente estas garantías procesales apuntaban principalmente a resguardar los derechos de quien se enfrentaba a un proceso penal, hoy en día en la mayoría de las legislaciones estas garantías se han extendido también a los procedimientos administrativos en los que puedan verse afectados los derechos fundamentales de los interesados. Si se sigue esta lógica, dichas garantías procesales inspiradas en el derecho al debido proceso debieran regir también en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, sobre todo si se tiene en cuenta la gravedad de las consecuencias de una determinación errónea y los derechos que podrían verse afectados producto de la devolución al Estado de origen en el que sufre persecución.

Tal como ya se señaló, las garantías procesales mínimas que debieran ser respetadas en el desarrollo de este tipo de procedimientos no se encuentran reguladas en la Convención de 1951. Sin embargo, en el presente trabajo se pudo constatar cómo los distintos aspectos de este tipo de procedimientos, sí han sido tratados indirectamente en otras fuentes de derecho internacional y en la jurisprudencia que interpreta sus normas, en las distintas declaraciones de *soft law*, en el derecho comparado y en la doctrina. En estas fuentes de derecho internacional es posible encontrar ciertas garantías procesales mínimas que los Estados han tendido a respetar y a incorporar en su derecho interno al momento de regular este tipo de procedimientos.

En primer lugar, es necesario garantizar el libre acceso al procedimiento de determinación del solicitante de refugio que deberá llevara adelante el Estado luego de presentada una solicitud en su territorio o en la frontera de éste. Esta garantía derivaría de la obligación de *non refoulement* de los Estados, en el sentido que de no ser acogida una solicitud de refugio a tramitación, el solicitante podría verse expuesto a ser devuelto al país en el que sufre persecución, de manera arbitraria, lo que podría hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

Pese a lo ya señalado, es posible reconocer distintas formas en que los Estados, en la práctica han tendido a limitar el acceso al procedimiento de determinación de los solicitantes, eludiendo sus obligaciones en la materia. Estas prácticas se justifican en la necesidad práctica de frenar el ingreso de inmigrantes indeseados para los Estados y resguardar su seguridad y soberanía. Así por ejemplo, las prácticas de intercepción y el establecer procedimientos expeditos de expulsión en caso de constatarse que el solicitante proviene de un “tercer país seguro”, de un “primer país de asilo”, o de un “estado seguro de origen”, han logrado impedir que muchos refugiados genuinos puedan acceder a un procedimiento en el que puedan demostrar su condición de tales y poder ejercer los derechos que les reconoce la Convención de 1951. A su vez, otra forma de limitar el acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado ha sido la de establecer plazos breves y fatales para la presentación de la solicitud de refugio, sin atender al mérito de la solicitud y la necesidad de protección del solicitante, según lo exige el derecho internacional de refugiados.

Una segunda garantía que los Estados deberían incorporar al regular este tipo de procedimientos, es la de establecer órganos lo suficientemente calificados, atendida la dificultad que implica poder evaluar el cumplimiento de los distintos elementos que componen la definición de refugiado de la Convención de 1951. A su vez, también debería garantizarse la independencia e imparcialidad de este tipo de órganos, teniendo en cuenta, que muchas de estas decisiones podrían ser permeadas por concepciones políticas e ideológicas del órgano de determinación que escapan de la lógica de protección que exige la Convención de 1951.

Otras garantías procesales desarrolladas en la presente investigación, como la de acceder a asistencia legal, la de acceder a un intérprete, la garantía de confidencialidad, los principios especiales que deberían regir la valoración de la prueba, la garantía del plazo razonable, la fundamentación de las resoluciones y el derecho a un recurso efectivo, pudieron ser revisadas en detalle en el tercer capítulo, constatando como varios Estados parte en la Convención de 1951, han terminado por incorporarlas en su derecho interno, como una forma de asegurar el cumplimiento efectivo de las obligaciones que emanan de este instrumento y a fin de prestar colaboración al ACNUR en su labor de protección, conforme lo exige el artículo 35 de la

Convención, acatando las numerosas recomendaciones que este organismo ha expresado en este sentido.

Chile, según se pudo revisar en el capítulo IV de este trabajo, ha incorporado también formalmente en la Ley N°20.430 que Establece Disposiciones sobre Protección de los Refugiados, algunas de estas garantías y las distintas recomendaciones de *soft law* que ha publicado el ACNUR, al regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiado en su derecho interno. No obstante, falla en establecer prácticas que sean coherentes con estas recomendaciones.

Así mientras, formalmente reconoce el derecho de los solicitantes a acceder al procedimiento de determinación de la condición de refugiado de manera igualitaria, en la práctica ocurre que ciertos solicitantes de refugio, por el hecho de haber incurrido en faltas administrativas a su ingreso, terminan siendo excluido de este tipo de procedimientos en la práctica. Además, la autoridad administrativa ha terminado por establecer entrevistas de “pre admisibilidad” que buscan frenar el aumento de solicitudes de refugio, sin que las mismas se encuentren reguladas por ley y sin que se haya formalizada dicha práctica, estableciendo criterios claros de determinación, de manera de asegurar que no se infrinja el principio de *non refoulement* y las demás obligaciones que tiene Chile en la materia, según lo exige la Convención de 1951.

A su vez, nuestro país, tampoco cuenta con un órgano lo suficientemente calificado e imparcial ni con los recursos administrativos y judiciales efectivos que permitan establecer un contrapeso a la excesiva discrecionalidad de la autoridad administrativa en la materia.

Finalmente, es posible concluir que pese a la intención manifestada por los Estados de respetar estas garantías a nivel internacional, aún queda mucho por hacer a nivel de derecho interno y de prácticas, a la hora de hacer operativos procedimientos de determinación de la condición de refugiado que sean verdaderamente “justos y eficientes” y que permitan asegurar finalmente el cumplimiento de las obligaciones que los propios Estados han contraído al ratificar la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

En este sentido, resulta necesario que los Estados tomen conciencia que el establecer un marco de regulación y el desarrollo de ciertas garantías mínimas al regular el procedimiento de determinación de la condición de refugiados, resulta imprescindible para dar cumplimiento de buena fe y de manera efectiva las obligaciones que han contraído al ratificar la Convención de 1951. Así también, con este objeto, se requiere que los Estados cumplan con respetar las garantías de debido proceso de los solicitantes de refugio, consagradas en distintos instrumentos de derecho internacional y también en su derecho interno, sin establecer distinciones arbitrarias

que afecten a esta categoría de personas, atendida además la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS.

1. ALLAIN, JEAN. “The Jus Cogens Nature of Non Refoulement”. [en línea] *International Journal of Refugee Law*. 2002. 13 (4) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/13/4/533>> [consulta: 9 de noviembre de 2009]
2. ANKER, DEBORAH; FITZPATRICK, JOAN Y SHACKNOVE ANDREW. “Crisis and Cure: A Reply to Hathaway/Neve and Schuck”. [en línea] *Harvard Human Rights Journal*. 1998. 11 <<http://www.refugeelawreader.org/index.d2?target=open&id=31>> [consulta: 9 de noviembre de 2009]
3. BAILLIET, CECILIA. “The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea”. *Human Rights Quarterly*. 2003, 25 (3) <<http://www.refugeelawreader.org/index.d2?target=open&id=31>> [consulta: 9 de noviembre de 2009]
4. BARUTCISKI, MICHAEL. “A Critical View on UNHCR’s Mandate Dilemmas”. [en línea] *International Journal of Refugee Law*. 2002, 14 (2 y 3) <http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/reprint/14/2_and_3/365> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
5. BENADAVA, SANTIAGO. Derecho Internacional Público. Santiago. Jurídica Conosur. 1997. 377p.
6. BETTS, ALEXANDER. “Towards a ‘Soft Law’ Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migrants”. [en línea] *International Journal of Refugee Law*. 2010. 22 (2) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/content/22/2/209.full>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
7. BLANCHARD, MARISOL Y PULIDO, MARÍA CLAUDIA. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus mecanismos de Protección aplicados a la Situación De Los Refugiados, Apátridas y Solicitantes De Asilo”. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2578.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
8. BOELES, PETER. Fair Immigration Procedure in Europe. London. Martinus Nijhoff Publishers. 1997. P. 477.
9. BOND RANKIN, MICAH. “Extending the limits or narrowing the scope? Deconstructing the OAU refugee definition thirty years on”. [en línea] <<http://www.unhcr.org/425f71a42.pdf>> [consulta: 10 de julio de 2011]

10. BROUWER, ANDREW y KUMI, JUDITH. "Interception and Asylum: When Migration Control and Human Rights Collide" [en línea] <<http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/refuge/article/viewFile/21305/19976>> [consulta: 19 de abril de 2011]
11. BYRNE, ROSEMARY Y SHACKNOVE ANDREW. "The Safe Country Notion in European Asylum Law" [en línea] *Harvard Human Rights Journal* 1996, 9 <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/hhrj9&div=11&id=&page=>> [consulta: 9 de noviembre de 2010]
12. CANO CHRISTINY, MARÍA VERÓNICA; SOFFIA CONTRUCCI, MAGDALENA y MARTÍNEZ PIZARRO, JORGE. "Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio". [en línea] *Series Población y Desarrollo. CEPAL, 2009*. <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/LCL.3086-P_Cano-Soffia-Martinez.pdf> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
13. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. [en línea] Ediciones Universidad Diego Portales, 2009. <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2009/>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
14. COHEN, JULIET. "Questions of Credibility: Omissions, Discrepancies and Errors of Recall In the Testimony of Asylum Seekers". [en línea] *International Journal of Refugee Law* 2001 13(3) <http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/pdf_extract/13/3/293> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
15. CORTAZAR, CRISTINA. Derecho de Asilo y "No Rechazo" del Refugiado. Madrid. Universidad Pontificia Comillas. Editorial Dykinson, 1997.
16. COSTELLO, CATHRYN. "The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices". [en línea] <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/ejml7&div=8&id=&page=>> [consulta: 18 de mayo de 2011]
17. COSTELLO, CATHRYN. "The European asylum procedures directive in legal context". [en línea] < <http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/4552f1cc2.pdf> > [consulta: 10 de mayo de 2011]
18. COURTIS, CHRISTIAN. "Refugiados y derechos humanos a medio siglo de la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados". [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3079.pdf>>[consulta: 23 de septiembre de 2009]
19. CRUZ ROJA AUSTRIACA. Investigación De Información Sobre Países De Origen. Un Manual De Formación. 2006. [en línea] <<http://www.coi->

- training.net/content/doc/es_manual_COI_parte_I-final1-online.pdf> [consulta: 23 de mayo de 2011]
20. CHIMNI, B.S. “The Geopolitics of Refugee: A View from the South”. [en línea] *Journal of Refugee Studies*. 1998, 11 (4) <<http://jrs.oxfordjournals.org/cgi/reprint/11/4/350-a>> [consulta: 28 de septiembre de 2009]
 21. CHIMNI, B.S. “The Birth of a ‘Discipline’: From Refugee to Forced Migration Studies”. [en línea] *Journal of Refugee Studies*, 2009, 22 (1) <<http://jrs.oxfordjournals.org/cgi/content/full/22/1/11>> [consulta: 28 de septiembre de 2009]
 22. D´ANGELO, ELLEN. “Non-Refoulement: The Search for a Consistent Interpretation of Article 33”. [en línea] <http://findarticles.com/p/articles/mi_hb3577/is_1_42/ai_n31390919/> [consulta: 19 de abril de 2011]
 23. DEL TORO, MAURICIO. El Fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional. Anuario mexicano de Derechos Humanos. [en línea] <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/6/art/art12.pdf>> [consulta: 14 de abril de 2011]
 24. DESCHAMP, BRYAN Y DOWD, REBECCA. “Review of the use of UNHCR Executive Committee Conclusions on International Protection”. [en línea], <<http://www.unhcr.org/487b672d2.pdf>> [consulta: 10 de julio de 2011]
 25. ECHEGOYEN, MARÍA EUGENIA. Protección Internacional de los Refugiados.

- <http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/163.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]
29. EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. Letter to Mr Antonio Vittorino, Call for Withdrawal of the Asylum Procedures Directive. [en línea] <<http://www.statewatch.org/news/2004/mar/ngo-asylum-letter.pdf>> [consulta: 10 de mayo de 2011]
 30. EUROPEAN LEGAL NETWORK ON ASYLUM. The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection. 2008. [en línea], <<http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/index.htm>> [consulta: 19 de agosto de 2011]
 31. FELLER, ERIKA. “Asylum, Migration and Refugee protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come”. [en línea] *International Journal of Refugee Law*. 2006 18(3-4) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/18/3-4/509>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
 32. FELLER, ERIKA, NICHOLSON FRANCES Y TÜRK, VOLK. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional. Barcelona, 2010. Editorial Icaria. 826 p.
 33. FERNÁNDEZ SOLA, NATIVIDAD. “Valores e Intereses en la Protección de los Derechos Humanos por La Unión Europea. El Caso de la Política de Asilo”. Universidad de Zaragoza. [en línea], <http://www.unizar.es/union_europea/files/asilo_UE.pdf> [consulta: 11 Noviembre de 2010].
 34. FISCHER DE ANDRADE, JOSÉ H. “Derecho de los Refugiados en América Latina: Reflexiones sobre su futuro”. En: NAHIMAS, SANDRA. *Derecho Internacional de los Refugiados*. [en línea] Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial 2001. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2185.pdf>> [Consulta: 10 de septiembre de 2009].
 35. FRANCO, LEONARDO. (Coordinador) El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [en línea], ACNUR 2005 <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3186.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
 36. GAJARDO GUERRERO, CLAUDIA ANDREA. La Protección Internacional de los Refugiados.

47. GOODWIN-GILL, GUY S. y Mc ADAM, JANE. *The Refugee in International Law*. 3a ed. Oxford, Oxford University Press, 2007. 786 p.
48. GOODWIN-GILL, GUY S. “Who to protect, How..., and the Future?” [en línea] *International Journal of Refugee Law* 1997 9(1), <http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/pdf_extract/9/1/1> [consulta: 10 de septiembre 2009]
49. GROSS ESPIELL, HÉCTOR. “El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y Extradición en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados”. [en línea] En: Varios Autores. *Asilo y Protección de Refugiados en America Latina*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1982. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6520.pdf>>
50. HAILBRONNER, KAY. “The Concept of 'Safe Country' and Expeditious Asylum Procedures: A West European Perspective”. [en línea] *International Journal of Refugee Law* 1993, 5 (1) < <http://ijrl.oxfordjournals.org/content/5/1/31.abstract>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
51. HATHAWAY, JAMES C. “Forced Migration Studies: Could We Agree Just to 'Date'?” [en línea] *Journal of Refugee Studies*, 2007, 20(3), <<http://jrs.oxfordjournals.org/cgi/content/full/20/3/349?ijkey=8ee22c1a1f76ea3f715d810152cd7d21f0fc034a>> [consulta: 29 de septiembre de 2009]
52. HATHAWAY, JAMES Y NEVE, ALEXANDER. “Fundamental Justice And The Deflection Of Refugees From Canada” [en línea] <http://www.ohlj.ca/archive/articles/34_2_hathaway_neve.pdf> [consulta: 19 de abril de 2011] p. 216-217.
53. HATHAWAY, JAMES Y NEVE, ALEXANDER. “Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection”. [en línea] *Harvard Human Rights Journal* 1997, 10, <http://www.refugeelawreader.org/c/31/II.1.6_Burden_Sharing_and_International_Cooperation> [consulta: 29 de septiembre de 2009]
54. HATHAWAY, JAMES. “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law”. [en línea] *Harvard International Law Journal* 1990, 31 (1) < http://www.refugeelawreader.org/c/10/I.2.1_The_Evolution_of_the_InternationalRefugee_Regime>[consulta: 29 de septiembre de 2009]
55. HATHAWAY, JAMES. “Overseeing the Refugee Convention: Taking Refugee Law Oversight Seriously”. [en línea] *Working Paper No. UM-ICVA Overview. 2001*. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=294191> [consulta: 29 de septiembre de 2009]
56. HATHAWAY, JAMES. *The Law of Refugee Status*. Toronto. Butterworths, 1991. 252 p.

57. HATHAWAY, JAMES. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge. Cambridge University Press 2005.
58. HARVEY, C.J. "Talking about Refugee Law". [en línea] *Journal of Refugee Studies*, 1999, 12(2), <<http://jrs.oxfordjournals.org/cgi/content/full/20/3/349?ijkey=8ee22c1a1f76ea3f715d810152cd7d21f0fc034a>> [consulta: 29 de septiembre de 2009]
59. HECKMANN, GERALD. "Canada's Refugee Status Determination System and the International Norm of Independence". 2008. [en línea] <<http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/refuge/article/view/26033> p. 80> [consulta: 10 de mayo 2011]
60. INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual 2010. Situación de Los Derechos Humanos en Chile. Santiago, 2010. [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/734/2010-indh-informe_anual.pdf> [consulta: 10 de mayo 2011]
61. JOHN-HOPKINS, MICHAEL. "The Emperor's New Safe Country Concepts: A UK Perspective on Sacrificing Fairness on the Altar of Efficiency" [en línea] *International Journal of Refugee Law*. 2009 21 (2) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/content/21/2/218.full.pdf+html?sid=55743903-dcbb-432e-967d-4a265d73d462>> [consulta: 18 de mayo de 2011]
62. KIDANE, WON. "A Injury to the Citizen, a Pleasure to the State: A Peculiar Challenge to the Enforcement of International Refugee Law". [en línea] *Chicago-Kent Journal International and Comparative Law*. 2008, 6 <<http://ssrn.com/abstract=1211083>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
63. KAGAN, MICHAEL. "Is Truth in the Eye of the Beholder. Objective Credibility Assessment in Refugee Status Determination". [en línea] <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/geoimlj17&div=27&id=&page=>> [consulta: 23 de mayo de 2011]
64. KÄLIN, WALTER. "Supervising the 1951 Convention on the Status of Refugees: Article 35 and Beyond". [en línea] <<http://www.unhcr.org/3b3357a69.html>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
65. KÄLIN, WALTER. "Troubled Communication: Cross-Cultural Misunderstandings in the Asylum- Hearing". [en línea] *International Migration Review*. 1986. 20 (2) <<http://www.jstor.org/stable/2546033>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
66. KELLEY, NINETTE. "International Refugee Protection Challenges and Opportunities" [en línea] *International Journal of Refugee Law*. 2007. 19 (3) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/19/3/401>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]

67. LEGOMSKY, STEPHEN. "An Asylum Seeker's Bill of Rights in a Non Utopian World". [en línea] *Georgetown Immigration Law Journal*. 2000. 14 <<http://migration.uni-konstanz.de/content/center/events/de/events/mpf11/asylumbillofrights.pdf>> [consulta: 1 de abril de 2011]
68. LEGOMSKY, STEPHEN. "Refugees, Tribunals, and Real Independence: Dangers Ahead for Australia"- 1998. [en línea] <<http://lawreview.wustl.edu/inprint/76-1/761-17.html>> [consulta: 10 de mayo 2011]
69. LI, NAN. "States' Practice of Non-refoulement and Suggestions on Avoiding the Derogation". [en línea] *US-China Law Review* 2005, 2 (12) <<http://www.jurist.org.cn/doc/uclaw200512/uclaw20051208.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
70. LYRA, LILIANA. "Refugee Law and Protection in Brazil: a Model in South America?" [en línea] *Journal of Refugee Studies*. 2006 19(1) <<http://jrs.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/19/1/22>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
71. LOESHER, GIL. "The UNHCR and World Politics: State Interests vs. Institutional Autonomy". [en línea] *International Migration Review*. 35 (1) <<http://www.jstor.org/pss/2676050>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
72. LOESHER, GIL. "The Origins of the International Refugee Regime". [en línea] EN: *Beyond Charity: International Co-operation and the Global Refugee Crisis*. Oxford, Oxford University Press, 1993 <http://www.refugeelawreader.org/c/10/I.2.1_The_Evolution_of_the_InternationalRefugee_Regime> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
73. MAC ADAM, JANE. "Complementary Protection in International Refugee Law". [en línea] Oxford 2007, Oxford University Press. <<http://fds.oup.com/www.oup.com/pdf/13/9780199203062.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
74. MACKLIN, AUDREY. "Truth and Consequence. Credibility Determinations in the Refugee Context". [en línea] En: CONFERENCIA DE LA IARLJ (International Association of Refugee Law Judges) *The Realities of Refugee Determination on the Eve of a New Millennium: The Role of the Judiciary*, 1998. <http://www.refugeelawreader.org/c/71/II.2.4.3.2_Credibility> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
75. MALEY, WILLIAM. "Recibiendo a buscadores de asilo de Afganistán: Australia, la 'crisis' del Tampa y la protección a refugiados". [en línea]

- <http://www.migracionesforzadas.org/pdf/RMF13/RMF13_19.pdf> [consulta: 19 de abril de 2011]
76. MARTENSON, HENRY Y MC CARTHY, JOHN. “In General No Serious Risk of Persecution’: Safe Country of Origin Practices in Nine European States” [en línea] *Journal of Refugee Studies*. 1998. 11 (3) <<http://jrs.oxfordjournals.org/content/11/3/304.abstract>> [consulta: 23 de mayo de 2011]
77. MARTÍNEZ, FEDERICO. “La protección internacional de los refugiados: Buenas prácticas incorporadas en las legislaciones de los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración”. En: SEMINARIO SOBRE LEGISLACIÓN MIGRATORIA (2007, Ciudad de Guatemala). [en línea], <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4877>> [consulta: 25 de abril de 2011].
78. MÉNDEZ, JUAN, HELENA OLEA Y ANDREAS FELDMANN. “International Standards of Due Process for Migrant Workers, Asylum Seekers, and Refugees”. En: BAYEFSKY, ANNE (ed.). *Human Rights, Refugees and Displaced Persons in Process: Essays in Honor of Joan Fitzpatrick*. Leiden. Brill Academic Publishers. 2006
79. MENÉNDEZ, EVA. “La exigencia de acceso universal a un procedimiento de asilo justo y eficaz” [en línea] <http://www.idpbarcelona.net/esp/2_recerca/immig/pdf/tj_menendez.pdf> [consulta: 19 de abril de 2011]
80. MONDELLI, JUAN IGNACIO. “Procedimientos de asilo justos y eficientes: estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de refugiados”. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7430.pdf?view=1>> [consulta: 23 de septiembre de 2010].
81. NAVA, BÁRBARA. “Los Principios Jurídicos que ordenan la aplicación de la Ley en materia de refugio venezolana y el Procedimiento de elegibilidad adoptado”. [en línea] *Revista Aportes Andinos N° 8. Desplazamiento forzado y refugio. Universidad Andina Simón Bolívar* 2004. <http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/6580.Los_Principios_Juridicos_que_ordenan_la_aplicacion_de_la_Leyen_materia_de_refugio_venezolana_y_el_Procedimiento_de_elegibilidad_adoptado_Barbara_Nava.pdf> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
82. NORMAN, STEVE. “Assessing the Credibility of Refugee Applicants: A Judicial Perspective” [en línea] *International Journal of Refugee Law* 2007. 19 (2/3) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/19/2/273> > [consulta: 23 de septiembre de 2009]

83. ORCHARD, PHIL. "Refugees and the International Sovereign State System". [en línea] En: CONFERENCE CANADIAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION 2005. <<http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2005/Orchard.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
84. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Segundo Informe De Progreso De La Relatoria Sobre Trabajadores Migratorios Y Miembros De Sus Familias. [en línea]<<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3704.pdf?view=1>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
85. PÉREZ BARAHONA, SERGIO. El Estatuto de "Refugiado" en la Convención De Ginebra De 1951. [en línea] <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/perez.pdf>> [consulta: 23 de mayo de 2011]
86. PIRJOLA JARI. "Shadows in Paradise-Exploring Non Refoulement as an Open Concept". [en línea] *International Journal of Refugee Law* 2007. 19(4) <<http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/19/4/639>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
87. PRICE MATTHEW. "Persecution Complex: Justifying Asylum Law's Preference for Persecuted People". [en línea] *Harvard International Law Journal* 2006, 47 (2) <<http://www.harvardilj.org/print/57>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
88. ROBINSON, P. "Convention Relating to the Status of of Refugees: Its History, Contents and Interpretation" [en línea] Institute of Jewish Affairs, 1953. <<http://www.unhcr.org/3d4ab67f4.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
89. RODRÍGUEZ, PABLO. "Apuntes sobre el procedimiento para determinar la condición de refugiado". [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7326.pdf?view=1>> [consulta: 23 de Marzo de 2011]
90. RUBIO CORREA, PATRICIO. "Panorama del Procedimiento Interno de Calificación del Refugio a Nivel Latinoamericano". En: NAHIMAS, SANDRA. *Derecho Internacional de los Refugiados*. [en línea] Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial 2001. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2186.pdf>> [Consulta: 10 de septiembre de 2010]
91. RUIZ DE SANTIAGO, JAIME. "Derechos Humanos, Derecho de Refugiados: Evolución y Convergencias". En: NAHIMAS, SANDRA. *Derecho Internacional de los Refugiados*. [en línea] Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial 2001. <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2182.pdf>> [Consulta: 10 de septiembre de 2010]
92. RUIZ DE SANTIAGO, JAIME. "

- DIMENSIONES EN LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO (1990, Santiago, Chile). *Nuevas dimensiones en la protección del individuo*. Santiago de Chile : Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1991. 208 p.
93. RUTINWA, BONAVENTURE. “The end of asylum? The changing nature of refugee policies in Africa”. [en línea] *Working Paper No.5, UNHCR New Issues in Refugee Research*. 1999 < <http://www.unhcr.org/3ae6a0c34.html>> [consulta: 19 de abril de 2011]
94. SCHACKNOVE ANDREW. “Who is a refugee?” [en línea] *Revista Ethics* 1985, 95, (2) < http://www.refugeelawreader.org/c/54/II.2.1.1_Alienage> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
95. SCHUCK, PETER. “Refugee Burden Sharing. A Modest Proposal”. [en línea] *Yale Journal of International Law* 1997, 23 <<http://harvardhrj.com/wp-content/uploads/2009/09/procaccini.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
96. SHELTON, DINAH. “Soft Law. Handbook of International Law”. [en línea] Routledge Press, 2008. *GWU Legal Studies Research Paper No. 322* <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387> [consulta: 14 de abril de 2011]
- 97.

101. UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL [en línea]. International Refugee Law: The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear. [en línea], <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/467fa3fb22.html>> [consulta: 11 Noviembre de 2010]
102. UNRWA. United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East. [en línea] <[http://www.unrwa.org/userfiles/file/publications/sp/UNRWA\(1\).pdf](http://www.unrwa.org/userfiles/file/publications/sp/UNRWA(1).pdf)> [consulta: 10 agosto 2011].
103. VAN SELM, JOANNE. “Access to Procedures. Safe Third Countries, Safe Countries of Origin and Time Limits”. 2001. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b39a152d.html>> [consulta: 19 de abril de 2011]
104. WRITENET. “Japan: Refugees and Asylum Seekers”. 2006. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/43f4a4b94.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]

DOCUMENTOS ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS

1. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Brief Amicus Curiae of the Office of the High Commissioner for Refugees in Support of Respondents. 1992. Gene McNary, Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. (Petitioners) v. Haitian Centers Council, Inc., et al. (Respondents) [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f336bbc4.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]
2. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001). Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra, 2001. [en línea], <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf?view=1>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
3. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Country of Origin Information: Towards Enhanced International Cooperation. 2004 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/403b2522a.html>> [consulta: 10 de junio 2011]
4. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la

- detención de solicitantes de asilo [en línea] <
<http://www.unhcr.org/refworld/publisher,UNHCR,THEMGUIDE,,48abd59a2,0.html>>
[consulta: 10 de mayo 2011]
5. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. El concepto de “Protección Efectiva” en el contexto de los movimientos secundarios de Refugiados y solicitantes de asilo: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Lisboa. Mesa Redonda de Expertos. Lisboa, 9-10 de Diciembre de 2002 Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Instituto de Políticas Migratorias. [en línea] <
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2229>> [consulta: 10 de mayo 2011]
 6. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Estados Parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo De 1967. [en línea], <
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0506>>
[consulta: 2 de abril de 2011]
 7. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice. Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions [en línea] <
<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4c63e52d2.pdf> > [consulta: 9 de noviembre de 2010]
 8. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice Key Findings and Recommendations Law. [en línea] <
<http://www.unhcr.org/4ba9d99d9.html> > [consulta: 9 de noviembre de 2010]
 9. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Introducción a la Protección Internacional Protección de las personas de la competencia del ACNUR. Módulo auto formativo 1. 2005. [en línea] <
<http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/index.htm>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
 10. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. La situación de los refugiados en América Latina: Protección y Soluciones bajo el Enfoque Pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984. Documento de Discusión. 2004. [en línea], <
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3415.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]

11. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. La situación de los refugiados en el mundo: Cincuenta años de acción humanitaria. 2000. [en línea], < <http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/index.htm>> [consulta: 23 de septiembre de 2009]
12. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Los derechos humanos de los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas. Extractos seleccionados del Informe sobre terrorismo y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en línea], <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1991.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2009].
13. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados. Ginebra. 1988. 102 p.
14. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba que en las Solicitudes de Asilo. 1998. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1906.pdf?view=1>>
15. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Nota sobre protección internacional. 2002. [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2888>> [consulta: 17 de junio de 2011]
16. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Procesos de asilo: procedimientos justos y eficientes. Consultas globales sobre protección internacional. [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2888>> [consulta: 10 de septiembre 2010]
17. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Rescue-at-Sea: Specific Aspects Relating to the Protection of Asylum-Seekers and Refugees. Mesa Redonda de Expertos. Lisboa, 2002. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3cd14e3b4.html>> [consulta: 17 de junio de 2011]
18. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS. T.I. And The United Kingdom. Submission By The United Nations High Commissioner For Refugees.[en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/42f7737c4.pdf>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]

CONCLUSIONES GENERALES DEL COMITÉ EJECUTIVO DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS

1. CONCLUSIÓN GENERAL N°8. Determinación de la Condición de Refugiado. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1977.
2. CONCLUSIÓN GENERAL N°15. Refugiados sin país de asilo. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1979.
3. CONCLUSIÓN GENERAL N°28. Aplicación de las conclusiones anteriores del Subcomité sobre Protección Internacional en relación con la determinación de la condición de refugiado, entre otras cosas, con referencia a la función que le cabe al ACNUR en los procedimientos nacionales de determinación de la condición de refugiado. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1982.
4. CONCLUSIÓN GENERAL N° 39. Las mujeres refugiadas y la protección internacional. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1985.
5. CONCLUSIÓN GENERAL N°58. Problema de los Refugiados y de los Solicitantes de Asilo que abandonan de manera irregular un País en el que ya habían encontrado Protección. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 1989
6. CONCLUSIÓN GENERAL N°65. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Soluciones y la Protección. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1991.
7. CONCLUSIÓN GENERAL N°71. Conclusión general sobre la protección internacional. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados 1993.
8. CONCLUSIÓN GENERAL N°81. Conclusión general sobre la protección internacional. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1997.

9. CONCLUSIÓN GENERAL N°82. Conclusión general sobre la salvaguarda del asilo. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1997.
10. CONCLUSIÓN GENERAL N°85. Conclusión general sobre la protección internacional. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 1998.
11. CONCLUSIÓN GENERAL N°93. Conclusión sobre la recepción de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2002.
12. CONCLUSIÓN GENERAL N°97. Conclusión sobre las Salvaguardias de Protección de las Medidas de Intercepción. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2003.
13. CONCLUSIÓN GENERAL N°105. Conclusión sobre las mujeres y las niñas en situación de riesgo. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2006.
14. CONCLUSIÓN GENERAL N°107. Sobre los niños en situación de riesgo. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2007.

OTROS DOCUMENTOS

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.430. [en línea] <<http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?session=127739I492H54.18914&profile=bcn&uri=link=3100007~!584209~!3100001~!3100002&aspect=subtab146&menu=search&ri=1&source=~!horizon&term=Historia+de+la+Ley+no.+20.430+%3A+establece+disposiciones+sobre+protecci%C3%B3n+de+refugiados+%2F&index=ALTITLP>> [consulta: 23 de septiembre de 2010]
2. COLOQUIO INTERNACIONAL: 10 AÑOS DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS (San José, Costa Rica, 1994) Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994 [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0012>> [consulta: 06 agosto 2011]
3. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Sobre Inmigración En Estados Unidos: Detenciones Y Debido Proceso. 30 Diciembre de 2010. [en línea] <<http://cidh.org/countryrep/USImmigration.esp/Cap.III.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]
4. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Temático Sobre La Situación De Los Derechos Humanos De Los

- Solicitantes De Asilo En El Marco Del Sistema Canadiense De Determinación De La Condición De Refugiado. 28 febrero 2000. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Canada2000sp/indice.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]
5. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/83/CE del Consejo de la Unión Europea por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Diario Oficial Unión Europea. Luxemburgo, 30 de septiembre de 2004. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:ES:PDF>> [consulta: 06 agosto 2011]
 6. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Diario Oficial Unión Europea. Luxemburgo, 13 de diciembre de 2005. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:ES:PDF>> [consulta: 06 agosto 2011]
 7. CONSEJO EUROPEO. Sesión especial del Consejo Europeo sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (Tampere, Finlandia, 1999) Conclusiones de la Presidencia [en línea] <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm> [consulta: 06 agosto 2011]
 8. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS I.D.H. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18.
 9. EVENTO CONMEMORATIVO FINAL DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE LOS REFUGIADOS DE 1984 (Ciudad de México, 2004) Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/3016>> [consulta: 06 agosto 2011]
 10. REUNIÓN DE MINISTROS DEL INTERIOR DEL MERCOSUR, BOLIVIA Y CHILE (VIII, Río de Janeiro, Brasil, 2000) Declaración de Río sobre la Institución del Refugio [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0011>> [consulta: 06 agosto 2011]

11. UNIÓN EUROPEA. Conclusions on Countries in Which There is Generally No Serious Risk of Persecution ("London Resolution"). 1992. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f86c6ee4.html>> [consulta: 20 de Mayo 2011]

TRATADOS INTERNACIONALES.

1. LIGA DE LAS NACIONES. Arrangement With Regard to the Issue of Certificates to Russian Refugees. 5 de Julio de 1922. Treaty Series Vol. XIII No. 355. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8b4864.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]
2. LIGA DE LAS NACIONES. Arrangement Relating to the Issue of Identify Certificates to Russian and Armenian Refugees. 12 de Mayo de 1926. Treaty Series Vol. LXXXIX, No. 2004 [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8b5802.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]
3. LIGA DE LAS NACIONES. Arrangement Relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees. 30 de Junio de 1928. Treaty Series, Vol. LXXXIX, No. 2005 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8cde56.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]
4. LIGA DE LAS NACIONES. Convention Relating to the International Status of Refugees. 28 de Octubre de 1933. Series Vol. CLIX No. 3663 [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8cf374.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]
5. LIGA DE LAS NACIONES. Convention concerning the Status of Refugees Coming From Germany, 10 February 1938, League of Nations Treaty Series, Vol. CXCII, No. 4461 [en línea] < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dd8d12a4.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]
6. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Adoptado por la Resolución 428 (V) de 14 de Diciembre de 1950 de la Asamblea General de Naciones Unidas. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3628.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]
7. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. 31 de Enero de 1967. [en línea]

- <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3ae4.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]
8. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados. 28 de Julio de 1951. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3712c.html> > [consulta: 23 de mayo de 2011]
 9. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de Diciembre de 1948. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3712c.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]
 10. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de Diciembre de 1966. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]
 11. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 10 de Diciembre de 1984. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3a94.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]
 12. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de Noviembre de 1989 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38f0.html>> [consulta: 23 de mayo de 2011]

TABLA DE CASOS

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Nicaragua contra Honduras. (Border and Transborder Armed Action). 20 de Diciembre de 1988. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/74/6593.pdf>> [consulta: 10 de mayo de 2011]
2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Camerún contra Nigeria. (Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria) 11 de junio de 1998. [en línea] <<http://www.icj->

[cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=94&code=cn&p3=4](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=94&code=cn&p3=4)> [consulta: 10 de mayo de 2011]

3. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands) 26 de Abril de 1968. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=e2&case=51&code=cs&p3=4>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá. 2 de Febrero de 2001. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf> [consulta: 11 de abril de 2011]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

5. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 51/96. [Informe de Fondo No. 51/96](#), Caso 10.675, Personas Haitianas -Haitian Boat People- (Estados Unidos). 13 de Marzo de 1997. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/EEUU10675.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]
6. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. [Informe de Admisibilidad N° 28/93](#), Caso 10.675, Personas Haitianas (Haitian Boat People (Estados Unidos), 13 de octubre de 1993. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.estadosunidos10.675.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.

7. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. T.I. v. The United Kingdom. 7 de marzo de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42c533034.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]
8. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Abdolkhani and Karimnia v. Turkey. 22 de Septiembre de 2009. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ab8a1a42.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]
9. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Jabari v. Turkey. 11 de julio de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42c533034.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]
10. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Soehring v. The United Kingdom. 7 de Julio de 1989. [en línea] <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695496&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>> [consulta: 10 de mayo de 2011]
11. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Chahal v. The United Kingdom. 15 de Noviembre de 1996. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b69920.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]
12. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Ahmed v. Austria. 17 de Diciembre de 1996. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b62f2c.html> > [consulta: 10 de mayo de 2011]

13. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Hadjianastassiou v. Grecia. 23 de Noviembre de 1992. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6f78.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

CÁMARA DE LOS LORES DE INGLATERRA.

14. CÁMARA DE LOS LORES DE INGLATERRA. Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Another, Ex parte European Roma Rights Centre y otros. 9 de Diciembre de 2004. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/41c17ebf4.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

15. CÁMARA DE LOS LORES DE INGLATERRA. Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan, Ex parte Aitseguer. 19 de Diciembre de 2000. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b73b0.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

16. CÁMARA DE LOS LORES DE INGLATERRA. R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Sivakumaran and Conjoined Appeals (UN High Commissioner for Refugees Intervening) 16 de Diciembre de 1987 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b67f40.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

TRIBUNAL SUPERIOR (HIGH COURT) DE INGLATERRA

17. TRIBUNAL SUPERIOR (HIGH COURT) DE INGLATERRA. R v. . Immigration Appeal Tribunal, Ex parte S. 9 de Febrero de 1998 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b61bc.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

CORTE SUPREMA DE AUSTRALIA

18. CORTE SUPREMA DE AUSTRALIA. NAGV and NAGW contra Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs. 2 de Marzo de 2005. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42c533034.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

19. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Immigration and Naturalization Service contra Cardoza-Fonseca. 9 de marzo de 1987 [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b68d10.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

20. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. contra Haitian Centers Council. 21 de junio de 1993. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7178.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

CORTE SUPREMA DE CANADÁ.

21. CORTE SUPREMA DE CANADÁ. Singh v. Minister of Employment and Immigration. 4 de abril de 1985. [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/470a4a6dd.html>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

22. CORTE FEDERAL DE APELACIONES DE CANADÁ. Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration.) 1º de Marzo de 2002. [en línea], <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdaff0.html>> [consulta: 10 de julio de 2011]

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

23. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Nicaragua contra Honduras. (Border and Transborder Armed Action). 20 de Diciembre de 1988. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/74/6593.pdf>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

24. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Camerún contra Nigeria. (Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria) 11 de junio de 1998. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=94&code=cn&p3=4>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

25. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros V. Panamá. 2 de Febrero de 2001. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf> [consulta: 10 de mayo de 2011]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

26. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 51/96. [Informe de Fondo No. 51/96](#), Caso 10.675, Personas Haitianas -Haitian Boat People- (Estados Unidos). 13 de Marzo de 1997. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/EEUU10675.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]

27. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. [Informe de Admisibilidad N° 28/93](#), Caso 10.675, Personas Haitianas (Haitian Boat People (Estados Unidos), 13 de octubre de 1993. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.estadosunidos10.675.htm>> [consulta: 10 de mayo de 2011]