

Capítulo VII. El Asilo en el Derecho Convencional Universal

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Hoy en día, en el ámbito universal, las garantías normativas de asilo, se encuentran recogidas en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* y la *Declaración sobre Asilo Territorial de las Naciones Unidas de 1967*. El artículo 14 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*, establece lo siguiente:

“1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

Evidentemente, y aunque la Declaración no indique explícitamente que el perseguido goza del derecho de asilo; el espíritu de este documento está orientado en ese sentido. Literalmente se establece como un derecho a buscarlo no a recibirlo; aunque la introducción del derecho de asilo dentro de la DUDH supone su consideración como derecho humano. Por un lado, existe la tendencia a encuadrarlo como tal; no obstante, otros instrumentos internacionales lo afirman como una concesión potestativa del Estado asilante. En ese sentido, la Resolución 2312 (XXII) *Declaración sobre Asilo Territorial de las Naciones Unidas* aprobada el 14 de diciembre de 1967 por la Asamblea General, indica que el asilo lo concede el Estado “en ejercicio de su soberanía”.¹ Según este criterio, no se establece como un derecho inherente a la persona humana, sino como una concesión graciosa dentro del dominio reservado a la competencia estatal.

La *Resolución 2312* no establece una definición definitiva del concepto de asilo o asilado. Lo que si establece la *Resolución 2312* es algunos principios reguladores de la institución. Los principales puntos que establece son lo siguientes: Toda persona tiene derecho a “buscar” asilo; El asilo es solicitado por quien es perseguido; El asilo es un privilegio concedido por el Estado en ejercicio de su poder soberano a beneficio del perseguido que considere justificada su pretensión; La determinación de cuáles motivaciones son justificadas para su concesión y el proceso de cómo serán calificadas corresponde al país asilante; La concesión de asilo debe ser respetada por los demás Estados, en la perspectiva de que se trata

¹ Artículo 1, *Declaración sobre el Asilo Territorial*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

de “un acto pacífico y humanitario, y, como tal, no puede ser considerado inamistoso por ningún otro Estado”.²

Así mismo, determina tres excepciones a la concesión de asilo: cuando se trate de delitos comunes; o “por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. Estas dos primeras cláusulas de exclusión retoman el sentido del artículo 14 de la DUDH. Excluye, también, la concesión de asilo por cuestiones estatales de interés nacional: “por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas”. Por lo que, deja, en todo momento, su reconocimiento, regulación jurídica y concesión, al control político del Estado asilante.

De ser concedido, el asilo funciona y cumple su finalidad como protección inviolable frente al Estado perseguidor. El Estado que reclame la entrega del acogido en otro, podrá hacerlo vía el mecanismo de extradición, siempre y cuando se trate de la persecución de un delito del fuero común. Tratándose de un delito de naturaleza política, el Estado asilante podrá, en ejercicio de sus facultades soberanas, admitir en su territorio a los perseguidos políticos en otro y otorgar inmunidad frente a la persecución de la que es objeto, negando su entrega al Estado perseguidor.

El que ha sido asilado busca en concesión de asilo además en la protección de inmunidad: que se le permita entrar en el territorio, permanecer en el mismo, residir legalmente en él; así como conseguir un trabajo digno y, eventualmente, incluso llegar a naturalizarse como ciudadano de ese Estado, en caso de que no desee volver a su país de origen.³ Los beneficios que implica la petición del asilado incluyen los derechos que se han señalado anteriormente; no obstante, éstos son efectivos una vez que el Estado decide otorgar la categoría de asilado a quien lo solicita y bajo las modalidades que éste determine para su ejercicio. La definición del derecho de asilo y los derechos que corresponden a su condición son de un carácter extremadamente amplio; donde las autoridades estatales gozan de un total control sobre aquéllas.

² Preámbulo, *Declaración sobre el Asilo Territorial*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

³ LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 18.

En cuanto a las garantías del asilado la *Resolución 2312* sólo establece el principio fundamental de *non refoulement*; prohibiendo la negativa de admisión al solicitante de asilo en las fronteras, o su devolución o expulsión hacia el territorio del Estado perseguidor. Por el carácter declarativo de esta Resolución sus recomendaciones, son sólo, eso: recomendaciones. Es por ello que la *Resolución*, reconoce expresamente la dificultad que implica a los Estados la concesión de protección de asilo, considerándole incluso como una “carga”. Su aplicación depende, entonces, de los propios Estados en la medida de sus posibilidades y de los esfuerzos que puedan lograrse dentro de los marcos de cooperación y solidaridad entre naciones y/o por conducto de las Naciones Unidas.

En ese sentido, la *Declaración sobre Asilo Territorial*, tiene el valor de servir de precedente de que hay conciencia en la comunidad internacional de la problemática del perseguido político y una coincidencia de opinión de la mayoría de los países respecto a lo que en ella se establece sobre el asilo territorial.⁴ Resulta paradójico que esta institución no fue incluida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas⁵; ni tampoco en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; a pesar de que ambos instrumentos recogen el contenido de la Declaración Universal y pretenden dar forma jurídica vinculante al mismo. Esto se debe, como lo ha mencionado López Garrido, a que los Estados se han resistido a aceptar un compromiso contractual internacional en materia de asilo, que conceda de manera permanente e ilimitada esta protección.⁶ El derecho de asilo se zanja, principalmente, en la dificultad que constituye garantizar efectivamente todos los derechos necesarios para su subsistencia: los derechos laborales, de asistencia pública, de seguridad social y educación pública deben ser los mismos que los otorgados a los nacionales; lo cual puede originar una presión económica y social para los Estados que no han podido garantizarlos ni siquiera a sus propios ciudadanos.

⁴ SEARA VAZQUEZ, Modesto, “El Asilo frente al Derecho constitucional mexicano en Relaciones Internacionales” en *Nueva época*, vol. XI, no. 46, Septiembre-Diciembre, 1989, México, D.F, p. 28.

⁵ Este instrumento internacional, aunque en sus artículos 12 y 13 se refiere al derecho de entrar y salir del Estado y a la cuestión de la expulsión de extranjeros, no refiere al derecho de asilo.

⁶ LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 17.

2. Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados

La institución del refugio, creada bajo el auspicio de las Naciones Unidas, ha desarrollado un proceso de codificación más amplio y abundante en cuestiones de asilo. El refugio es una institución esencialmente próxima al asilo territorial, que reviste características particulares por las pautas históricas de que surgió y la regulación jurídica de la cual fue objeto. Por errores lingüísticos algunos autores la han clasificado como una categoría autónoma y diferente de la categoría de asilo.⁷ Sin embargo, coincido con López Garrido quien considera que ambas figuras forman parte de una categoría amplia y genérica de Asilo.

Si bien el asilo es una institución representativa del sistema regional interamericano, existe una práctica del mismo en otras regiones continentales. Tal calificación se debe, simplemente, al reconocimiento del proceso de codificación tan abundante llevado a cabo dentro del ámbito latinoamericano; proceso que, ha dado particulares aportaciones a la evolución de la institución de asilo. Mas, en ningún sentido debe catalogarse como institución exclusivamente latinoamericana. Ambas figuras forman parte de una categoría genérica de asilo; ambas se dirigen a la protección del individuo perseguido que es forzado a salir de su país a partir de esta persecución; para acudir a la protección de otra comunidad que le acoja. Las diferencias se encuentran en los distintos instrumentos internacionales que les han dado origen; en virtud de los cuales, se ha establecido un esquema de protección y un estatuto jurídico internacional con características propias, pero en todo momento complementarios.

Tanto el asilo como el refugio, refieren a la protección del individuo perseguido. No obstante, mientras la institución jurídica del refugio posee un carácter universal; el asilo se ha venido desarrollado como institución eminentemente regional, dentro del derecho interamericano. Sus contenidos están determinados por los orígenes históricos que los han creado: Europa conoció de los horrores de las dos Guerras Mundiales que generaron el desplazamiento de un gran número de personas que fueron obligadas a abandonar su país;

⁷ Incluso, en la redacción de algunos diccionarios es frecuente encontrar que el término asilo y refugio se usen indistintamente. Asilo género, las especies: asilo y refugio, se utilizan para hacer una referencia aún más específica. Para mayor profundidad en esta cuestión *Cfr.* SAN JUAN, César, et al. "Asilo-Refugio a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" www.acnur.org

América Latina se sumergía en una serie de luchas independentistas que provocaron un gran número de persecuciones políticas. De cada contexto, se hacía evidente la necesidad de establecer pautas jurídicas de orientación humanitaria, mediante la celebración de tratados y convenciones internacionales, para el tratamiento de los problemas existentes en cada región.

El concepto de refugiado se vino desarrollando en el Derecho Internacional a raíz de la primera Guerra Mundial;⁸ aunque se consolidó después de la segunda, en el año de 1951, con la *Convención de Ginebra* adoptada en el seno de las Naciones Unidas.⁹ Este acuerdo establece el Estatuto de Refugiados, que comprende un estándar mínimo de protección al perseguido que haya adquirido la calidad de refugiado en virtud de las disposiciones del Convenio; e instituye el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, agencia internacional encargada de velar el cumplimiento del Convenio. En principio, estuvo diseñado para atender la situación posterior a la Segunda Guerra Mundial. Los redactores, considerando que la concesión del derecho de asilo podría resultar excesivamente onerosa para algunos países, restringieron la aplicación temporal y geográfica del mismo; circunscribiéndolo a un tiempo y lugar en específico.¹⁰ Estableció, entonces, una solución jurídica dirigida a una categoría muy específica de perseguidos políticos; es decir, a los grupos de población del continente europeo afectados por los conflictos y disturbios en el periodo de posguerra.

La Convención se circunscribía, entonces, a una limitación temporal: los acontecimientos sobrevenidos antes del 1 de Enero de 1951, e incluía una reserva geográfica: sólo a los perseguidos europeos. Puesto que, la intención fue crear un instrumento de carácter global invitando a participar al mayor número de Estados; la introducción de estas disposiciones restrictivas permitían a los Estados contratantes, limitar sus obligaciones a una fecha límite y

⁸ A partir de la primera guerra mundial, la caída de los imperios ruso y otomano, el advenimiento del fascismo y nacionalsocialismo, y la guerra civil española que provocaron considerables desplazamientos masivos de población; aparece la conciencia del fenómeno del refugio. Se establecieron soluciones específicas caso por caso. Entre los años 1921-1946, se adoptaron varios acuerdos internacionales *ad hoc* en beneficios de ciertos grupos poblacionales (referidos a grupos de rusos, armenios, turcos; después a los provenientes de Alemania y de Austria). Estos acuerdos *ad hoc* referían una categoría de refugiado determinado por su origen nacional; sin llegar a precisar una definición clara del refugiado. Con la celebración de la Convención de Ginebra de 1951 se adoptó un acuerdo de carácter general, que dispone una definición más precisa. ACNUR, *Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Suiza, 2ª ed., 1991, pp. 3 y 4.

⁹ Hasta ahora ratificada por 145 países.

¹⁰ Así, lo reconoce el Preámbulo del Convenio de Ginebra de 1951.

geográficamente determinada; sin ver demasiado comprometidos sus intereses a consecuencia de los acontecimientos que surgieran con posterioridad.

La suscripción de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados, logró efectivamente que los problemas de los grupos poblacionales europeos fueran regulados mediante el Convenio. Empero, el problema de los refugiados continuó después de la fecha límite establecida; habían surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada; las restricciones temporales y geográficas introducidas en la perspectiva de que se trataba de una situación transitoria excluían los nuevos desplazamientos ocurridos. Se hizo necesario elaborar un nuevo instrumento internacional. Doce años después, el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados* suscrito en Nueva York en 1967 suprimiría la limitación temporal y geográfica establecida por la Convención; ampliando la base legal para la determinación de la condición de refugiado. En cuanto a la restricción geográfica, los Estados contratantes que, en principio, sólo estaban obligados a considerar los acontecimientos ocurridos en Europa; podrían mediante su adhesión al Protocolo, considerar la persecución ocurrida en cualquier otro país o región.

El Convenio de Ginebra y su Protocolo, relativos al Estatuto de los Refugiados, señalan con toda firmeza el deber de los Estados -y correlativamente aunque no lo señale explícitamente el derecho de los individuos- a no rechazar a quien solicita asilo a la frontera del país del que huye y del que teme persecución por la razones previstas en dicho Convenio; lo que se conoce como *non refoulement*. Estos instrumentos legales tampoco refieren una definición de asilo; definen únicamente al refugiado, en el sentido de quien reúna las condiciones del mismo puede acceder al Estatuto internacional del Refugiado. El mecanismo de reconocimiento de su concesión funciona también bajo las pautas de decisión de las autoridades estatales, pero se establecen ciertos lineamientos que habrán de ser cumplidos por los Estados contratantes.

2.1 La definición internacional de Refugiado

El Estatuto de los Refugiados, regulado por la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, sólo es aplicable a las personas que son refugiados a tenor de las definiciones en ellas contenidas. En primer término, habrá que determinar la definición de la condición de refugiado. Refugiado es la persona “que [...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones públicas, 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, [...] fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”¹¹

A grandes rasgos, esta definición comprende la existencia de una situación en ausencia de protección; indefensión que justifica la intervención de la protección internacional auspiciada por las Naciones Unidas con el propósito de suplirla. Sin embargo, su aplicación se limita en exclusiva a la definición expuesta de la condición de refugiado. La condición de refugiado se actualiza en tres tipos de cláusulas: cláusulas de inclusión, de exclusión y de cesación.

En segundo término, situación que analizaremos en párrafos subsecuentes, corresponde al Estado contratante la determinación formal de la condición de refugiado. El reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. El procedimiento de esta determinación debe comprobar los hechos y circunstancias en un análisis caso por caso; de manera que, se reúnan las disposiciones de Ginebra y Nueva York. Esta función corresponde a las autoridades del Estado contratante a quien se solicita el refugio y trabaja con el auxilio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

¹¹ Esta es la definición ampliada establecida por el Protocolo de 1967. La definición básica de carácter restrictivo que hace referencia a un ámbito geográfico y fecha límite: “los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 en Europa” o simplemente a fecha límite: “los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, en Europa o en otro lugar” o establecida Convención de 1951, en nuestros días, ha perdido prácticamente su significación. Salvo en algunos cuantos en que aún pueden hacerse valer las persecuciones de post IIGM; en cuyo caso sólo interesaría al reducido número de Estados partes de la Convención que no lo son el Protocolo. Por otra lado, la última parte de esta disposición se refiere al apátrida: “o que, careciendo de nacionalidad”.

Conforme a las disposiciones del Convenio y el Protocolo, no se ha precisado el procedimiento a seguir para determinar la condición de refugiado. Por lo que, su determinación corresponde al Estado contratante. A manera de orientación, el ACNUR ha elaborado una guía práctica: *el Manual de procedimientos y criterios a aplicar para determinar el estatuto de refugiado*, al que acudiré para explicar algunos de los aspectos de la definición del refugiado, no precisados por la legislación internacional.

2.2 Elementos positivos en la determinación de Refugiado. Cláusulas de inclusión

Las cláusulas de inclusión, constituyen la base positiva, establecen los criterios a los que debe responder una persona para ser considerada Refugiado y se encuentran desglosadas dentro de la definición anteriormente expuesta. Dentro de ella, es posible identificar cuatro elementos fundamentales para la adquisición del estatus de refugiado:

- Uno, debe haberse llevado a cabo la persecución o, en su defecto, concurrir temores fundados de que se vaya a ejecutar la misma;
- Dos, la persona debe encontrarse fuera del país de origen;
- Tres, deben fundamentarse las causas de persecución bajo los supuestos taxativamente considerados por el Convenio;
- Cuatro, en razón de tales temores de persecución, el perseguido se encuentra en una situación tal que no puede o no quiere reclamar la protección de su país de origen.

2.2.1 Persecución o temor fundado de persecución

El primer elemento básico para la determinación del estatus del refugiado es el temor fundado de persecución o la persecución en si misma que obliga al individuo a salir de su país. En general, la persecución política se advierte como una medida de carácter lesivo a la persona humana que emana de las autoridades de gobierno de un país; aunque también puede provenir, de cualquier sector de la población local, que haya o pudiere efectuar actitudes hostiles de persecución, sin una intervención eficaz del gobierno. En este sentido, el comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio de determinados sectores o grupos de la población civil

puede equipararse a la persecución estatal, si esta conducta es deliberadamente tolerada por la autoridades, es decir, si éstas se niegan a proporcionar protección o son incapaces de hacerlo.¹²

Respecto a la persecución, no existe una definición universalmente adoptada. El Alto Comisionado sugiere que a partir del artículo 33 del Convenio, así como de otros instrumentos sobre derecho humanos, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es posible deducir que dicha persecución consiste *en cualquier amenaza contra la vida, la integridad física o la libertad personal*.¹³ Siguiendo el sentido del Estatuto de los Refugiados estas amenazas deben llevarse a cabo por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas; factores que constituyen las causas de persecución y el tercer elemento del refugio.

La persecución puede, entonces, constituir una situación de hecho o de inminente realización. En relación a la segunda, el *Manual* establece que el temor constituye un estado de ánimo de la persona interesada; por tanto, una condición subjetiva que deberá ser evaluada en función de las declaraciones y opiniones del solicitante. Al añadirse el calificativo “fundado” al aspecto subjetivo del temor, el estado de ánimo tiene que motivarse en una situación objetiva.¹⁴

El calificativo fundado indica también que conforme los motivos o razones de persecución, que constituyen el tercer elemento de la definición, prevalezca en el país de origen del solicitante una situación tal que se haya hecho intolerable, en una medida razonable, la permanencia en el mismo; motivando su salida para evitar la persecución presente o una inminente persecución de realización futura.¹⁵ Ello dependerá necesariamente del análisis subjetivo en relación a la credibilidad de las declaraciones del solicitante para dar fundamento a la solicitud que ha presentado y del análisis objetivo que constituye el conjunto de circunstancias internas: el contexto geográfico, histórico, jurídico, político y social, imperantes en el país de procedencia que apoyen el temor de persecución. Estos dos elementos deben ser tomados en consideración.

¹² *Ibidem*, p. 18.

¹³ En el mismo sentido, la Declaración de Cartagena de 1984 considera que los derechos protegidos consisten en el derecho a la vida, a la seguridad y la libertad.

¹⁴ MANUAL ACNUR, *Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, p.12.

¹⁵ LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 62.

Existe, también, la posibilidad de que el temor de persecución surja momentos después de la salida del país de procedencia, por circunstancias sobrevenidas en la ausencia del solicitante. La persona que no era refugiado al dejar su país, puede adquirir la calidad de refugiado «sur place» en virtud de circunstancias que hayan surgido en su país de origen, durante su ausencia o como resultado de sus propias actividades.¹⁶ En cuyo caso, corresponde al país destino evaluar cuáles serían las circunstancias venideras, de un retorno eventual al país de origen que justifiquen el temor y el peligro de persecución al regresar a él.

2.2.2 Fuera del país de origen

El segundo elemento en la definición de refugiado hace referencia a que el refugio no puede ser concedido dentro del país en el que solicitante es perseguido; es condición esencial que la persona se encuentre fuera del país de procedencia: sea el país de origen, o, tratándose de un apátrida, el de su residencia habitual. El Estatuto de los Refugiados es un mecanismo de protección internacional; evidentemente, la protección internacional no podrá intervenir en tanto que el perseguido se encuentre bajo la jurisdicción territorial de su país.¹⁷

2.2.3 Motivación

La persecución actual, pasada o de inminente realización, deberá sustentarse en alguno de los motivos enlistados por el Convenio; es decir, por las siguientes cinco motivaciones:

1. raza,
2. religión,
3. nacionalidad,
4. grupo social, u
5. opiniones políticas.

¹⁶ Cfr. MANUAL ACNUR, *Op. cit.*, pp. 22-24.

¹⁷ MANUAL ACNUR, *Op. cit.*, p.22. Bajo las disposiciones de la Convención de 1951 y su Protocolo, no es posible otorgar la condición de refugiado y brindar la protección de refugio al fugitivo político asilado en embajadas extranjeras -asilo diplomático-. En el marco de la Naciones Unidas, la ficción del concepto de extraterritorialidad, ha sido suprimido, y sustituido por el de la inviolabilidad.

Estas motivaciones comprenden el reconocimiento de los principios de no discriminación e igualdad jurídica; así como, los derechos individuales de libertad de culto y de expresión. El simple hecho de pertenecer a un determinado grupo racial, social, o comunidad religiosa; o el simple hecho de sostener determinadas opiniones políticas no justifican, en si mismas, razones para la reclamación de la condición de refugiado. Por lo que, el solicitante deberá mostrar que ha sufrido o abriga temores de ser perseguido por tales causas. Como vemos, todos los elementos de la definición se encuentran intrínsecamente conectados; dependiendo unos de otros.

2.2.4 Ausencia de protección

Evidentemente, otro presupuesto esencial para la acceder a la condición de refugio es que el refugiado no goce de protección efectiva; de modo que, debe existir una relación entre la persecución y la ausencia de protección. De no comprobarse la desprotección, el solicitante en cuestión no tiene necesidad de recurrir a la protección internacional y, por tanto, no es un refugiado. En la expresión «Y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país» el hecho de que el refugiado *no pueda* acogerse a esa protección implica la existencia de circunstancias ajenas a su voluntad; por ejemplo, una guerra civil, u otros disturbios graves en el orden público, que impidan al país de la nacionalidad del individuo prestar su protección o bien, prestada que ésta sea ineficaz. En cambio el *no quiera*, se refiere a que el refugiado se rehúse voluntariamente a aceptar la protección de su Gobierno; siempre y cuando, este rechazo sea a causa del temor de ser perseguido.

Es por ello que, el refugio no será concedido si existe un lugar alternativo de acogida, al interior del territorio del Estado de procedencia, que ofrezca razonable protección frente a la persecución y adecuada subsistencia al perseguido. En este caso, no se cumplen las condiciones para obtener refugio; la concesión de refugio que implementa una protección internacional sustituta se fundamenta lógicamente en la desprotección nacional. Por ello, es condicionante para la obtención del refugio, que las autoridades del país de procedencia no sean capaces o, no quieran, proteger a sus ciudadanos; pero además es necesario que esta desprotección sea completamente efectiva a largo de todo el territorio del Estado perseguidor; de modo tal, que no exista otra alternativa que salir de él.

2.3 Elementos negativos en la determinación de Refugiado.

Mientras las cláusulas de inclusión, constituyen la base positiva que determinan los criterios que establecen el reconocimiento del estatus de refugiado; las cláusulas de cesación y exclusión constituyen la base negativa del estatuto jurídico del refugiado. Estas restricciones tienen la intención de brindar protección eficaz a la persona que verdaderamente lo necesite, lo que excluye algunas situaciones particulares o personas en específico.¹⁸ De tal modo que, la persona que habiendo sido reconocida como refugiado cesa de serlo por el advenimiento de determinadas circunstancias; o bien no puede serlo por encontrarse dentro de alguno de los supuestos categóricos que la excluyen para adquirir tal condición.

2.3.1 Cláusulas de Cesación

El estatuto del refugiado denota la existencia de una situación transitoria; en virtud de la cual, el individuo perseguido carece de protección nacional. En esas circunstancias, la Convención de Ginebra de 1951 suple esta desprotección de manera transitoria y determina el momento en que debe cesar su aplicación. Las cláusulas de cesación son aplicables a partir del momento en que desaparecen las circunstancias que fundaron el reconocimiento del refugio. En estos casos, concluye o cesa la protección internacional del Convenio porque ésta ya no es necesaria ni justificada.

Son seis los supuestos que determinan este cese de protección contenidos en la sección C del artículo primero del Convenio:

1. “Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad;” o
2. “Si habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente;”
o
3. “Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad;” o

¹⁸ DECLARACIÓN DE CARTAGENA, *Coloquio sobre la protección internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá*, Colombia, 2001, RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, mesa de trabajo sobre “Cláusulas de cesación y de exclusión”, p. 114.

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;” o

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”.¹⁹

2.3.2 Cláusulas de Exclusión

Por su parte, las cláusulas de exclusión, contenidas en las secciones D, E y F del mismo artículo, determinan los casos en que la persona que solicita refugio queda excluida de la aplicación de la Convención de 1951 aunque responda a los criterios positivos de las cláusulas de inclusión y no se encuentre dentro de los supuestos de cesación.²⁰ Esta exclusión puede originarse por cuatro motivos:

1. personas que ya reciben otro tipo de asistencia o protección de la Naciones Unidas; o

2. personas a las que no se considera necesitadas de protección internacional porque gozan de protección nacional del país de acogida; o

3. personas sujetas a extradición por la comisión de un delito de naturaleza común; o

4. las personas que no se considera merecedoras de recibir protección internacional.

En el primer caso, la persona no está en condiciones de solicitarlo, no lo necesita; dado que, se encuentra amparado por otro mecanismo internacional que le provee dicha asistencia.²¹ En el segundo, se encuentra bajo la protección de un Estado que no ha concedido la ciudadanía

¹⁹ Artículo 1, párrafos 1 a 6 de la Sección C, D, E, F, de la Convención de 1951.

²⁰ MANUAL ACNUR, *Op. cit.*, p. 9.

²¹ Principalmente, se refiere a los acuerdos de protección de la UNKRA en relación a Corea y la UNRWA en relación refugiados de Palestina residentes en el Próximo Oriente. LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 77.

de manera oficial, pero le otorga la mayoría de los derechos que disfrutaban los nacionales;²² razón por la cual, tampoco, se considera requiere de la protección internacional del Estatuto internacional de Refugiados.

Otro cláusula de exclusión excluye a la persona que haya cometido un delito contemplado por las disposiciones de los tratados de extradición. El criminal de acuerdo al derecho penal que haya cometido un “grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado”²³ queda excluida de la protección internacional. En relación a si el delincuente político es susceptible a gozar de la calidad de refugiado, esto dependerá de si el enjuiciamiento del que es objeto es a causa de la manifestación de sus opiniones públicas o derivado de otros actos con una motivación política en que no predomine el elemento político sobre su carácter de delito común.²⁴ En el primero de los casos procede la concesión de refugio, incluso si se puede llegar a considerar que el motivo del enjuiciamiento es un pretexto para castigar al delincuente por la manifestación de sus opiniones políticas. En el segundo, no procede; dado que se trata de un acto punible por la legislación del país en cuestión; salvo que se trate de un delito sancionable con un castigo excesivo o arbitrario, sujeto a pena de muerte o lesión corporal; en cuyo caso, el castigo arbitrario o severo es equiparable a la persecución.²⁵

Para determinar si el delito es común o político, debe tenerse en cuenta su naturaleza -elemento objetivo- y la finalidad delictiva -elemento subjetivo-; analizándose el nexo causal entre ambos elementos. El delito será de carácter político si existe una relación de causalidad directa entre el delito cometido, la finalidad del mismo y el objeto. Asimismo debe predominar el elemento político sobre su carácter de delito común; de manera que, los actos cometidos guarden proporción con el objetivo invocado; y aún predominando el elemento político, no debe tratarse de un delito grave, en el sentido de que no se trate de un conducta atroz.

No es intención del Estatuto de los Refugiados proteger a los fugitivos de la justicia. Las personas que huyen del enjuiciamiento o sanción por un delito común no suelen ser refugiados;

²² En particular, debe gozar , al igual que un nacional, de plena protección contra la deportación o expulsión. MANUAL, *Op. cit.*, p. 37.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Esta es una delicada cuestión, sobre todo en cuanto a determinar si los actos terroristas con móvil político contra las autoridades directamente responsables de las persecuciones, el caso de los vascos militantes de ETA por ejemplo, podrían calificarse como delito grave de derecho común.

²⁵ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

salvo la excepción líneas arriba mencionada: es decir, que la persona culpable de un delito común pueda quedar expuesta a la aplicación de un castigo excesivo. El castigo arbitrario o excesivo se equipara a la persecución; en ese sentido, el Alto Comisionado interpreta al delito grave, como una infracción sancionada con pena de muerte o penas en extremo severas.²⁶

Aunque existe una excepción a esta excepción. Otro aspecto de la frase, excluye al “que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio”. Por lo que, en caso de que el delincuente haya sido objeto de una condena definitiva en el país de procedencia, por un delito particularmente “grave”, se permite la devolución al país de origen; dado que su admisión constituye una amenaza para la comunidad del país receptor. Procedería, entonces, la expulsión, extradición o devolución al país de origen del delincuente; perdiendo, con ello, la protección del refugio. En sentido contrario, si el delito ha sido cometido en el país de refugio, el refugiado debe ser juzgado y sancionado conforme a las leyes internas del país que lo admitió como refugiado; sin que esto le haga perder su condición.

La última causal de exclusión, indica que no puede concederse a ciertas personas, el privilegio de una protección del orden internacional que ellas mismas han violentado. Así, la persona respecto de la cual existan motivos fundados de haber cometido un delito contra la paz, o delito contra la humanidad, o crimen de guerra, o actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, conforme las disposiciones de derecho internacional elaboradas en ese sentido;²⁷ no se considera digna de recibir protección internacional. Evidentemente, resultaría contradictorio que los individuos que atentan contra el orden que las disposiciones convencionales sobre el Estatuto de los Refugiados intentan proteger, pudieran beneficiarse de esta ayuda.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ En estos casos, habrá que dirigirnos a la Carta del Tribunal Internacional Militar, Convenio de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de guerra, el Convenio sobre el Genocidio de 1948 y el Convenio Internacional para la Supresión y el Castigo del Crimen del Apartheid. Si bien la última cláusula “actos contrarios a las finalidades de las Naciones Unidas” da lugar a un amplio margen de interpretación de los Estados. En ese sentido, el ACNUR ha considerado que para que una persona pueda ser calificado culpable de actos contrarios a esos principios debe haber participado en el ejercicio del poder en un Estado miembro y haber contribuido a la violación de dichos principios en ese Estado. LOPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, pp. 78-80.

3. El procedimiento de para acceder a la condición de refugiado

En general, el Convenio de Ginebra de 1951 prácticamente se ciñe a definir lo que hay que entender como refugiado; determinando las circunstancias que permiten acceder a este estatuto y las que obligan a excluir o cesar el disfrute del mismo. Pero no establece un procedimiento concreto para la concesión del mismo; dejando absoluta libertad a los Estados para que organicen los procedimientos por los que se llegaría al reconocimiento o a la denegación de refugio. La ambigüedad de los términos del Convenio, ha hecho surgir dudas en su aplicación; el *Manual* indica algunos de los criterios a seguir, pero las interpretaciones que realiza sólo son recomendaciones. Estas lagunas dan lugar a un margen de interpretación considerablemente amplio por parte de las autoridades de los Estados contratantes; surgiendo graves problemas en la aplicación del Convenio.

López Garrido señala la existencia de diversos problemas que han surgido en la aplicación del Estatuto del Refugiado durante las fases que atraviesa el solicitante para adquirir la condición de refugiado. Durante el procedimiento de admisión provisional del solicitante de asilo: la negativa de acceso a las fronteras a falta de visado o documentación de acceso válidos; Durante el proceso de calificación de la demanda: el rechazo de las solicitudes de personas provenientes de un tercer Estado y el rechazo *prima facie* de demandas “manifiestamente mal fundadas”; así como otros problemas derivados de la calificación de los medios de prueba y la falta de determinación del estatus jurídico provisional del solicitante; Durante el goce de la concesión de la calidad de refugiado: la expulsión del refugiado por razones de “seguridad nacional” y “orden público”;²⁸ y en todo momento, la falta de recursos de apelación frente al rechazo de los actos que sean decisivos en la conducción del procedimiento para la adquisición del estatus de refugiado o para el disfrute del mismo.

La gravedad de esta problemática, se traduce en la denegación del estatus de refugiado a los solicitantes que en estricto derecho debieran ser admitidos, mediante la implementación de procedimientos más bien laxos y discrecionales, que procedimientos con un análisis razonable de las demandas de refugio presentadas. Por otro lado, denotan la precariedad de los medios jurídicos con que cuenta el demandante de asilo en el país destino para hacer valer su

²⁸ LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Op. cit.*, pp. 47 y 48.

pretensión. Lo que, en consecuencia da cabida a la realización actos arbitrarios en perjuicio del demandando; dejándole en total desprotección jurídica.

3.1 La problemática en la determinación del estatus del refugiado

Desde la entrada a las fronteras del Estado donde pretende acogerse el demandante de asilo, puede ser sujeto, en primera instancia, al rechazo o la negativa de este último. *Refoulement* es un término empleado para referir al rechazo inmediato de la admisión a quienes pretenden entrar sin documentación válida; distinto de la deportación y de la expulsión, que son procesos más formales, empleados para obligar la salida del extranjero que reside legalmente en territorio nacional.²⁹ El artículo 33 del Convenio de 1951 prohíbe la expulsión o devolución del solicitante de refugio al país perseguidor; lo que se conoce como *non-refoulement*; considerado el derecho fundamental en relación al refugiado; y, en virtud del cual, los Estados que han ratificado dicho Convenio, se obligan formalmente a no devolverle. Este principio constituye sólo un mínimo de protección; pero es la aportación básica que estructura el Estatuto de los Refugiados; y constituye, efectivamente, una obligación internacional que adquiere todo Estado suscriptor.

De esta prohibición de rechazo, expulsión o devolución se beneficia quien es susceptible a ser refugiado conforme a las cláusulas de inclusión del Convenio; y, en tanto, no se encuentre dentro alguno de los supuestos de exclusión o cesación. Esto constituye la regla; porque el derecho al *non-refoulement* se establece como un principio relativo, sujeto a excepciones expresamente incluidas en el Convenio; y de carácter evidentemente flexible dada la imprecisión de los términos empleados en su redacción. El segundo párrafo del artículo 33 del Convenio prevé una excepción al *non-refoulement*: “no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentre o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. La última disposición corresponde a una de las cláusulas de exclusión ya previstas; no obstante, en relación a la primera el concepto de “seguridad nacional” no ha sido precisado y da

²⁹ GOOWIN-GILL citado por LOPÉZ GARRIDO, *Op. Cit.*, p. 48.

un amplio margen de interpretación, siendo en ocasiones utilizado como justificativo de excepción a su aplicación.³⁰

Por otro lado, de la redacción del Convenio no es posible distinguir con precisión si este principio opera una vez que el perseguido ha adquirido la condición de refugiado o, desde el primer momento, en que se presenta a las fronteras del país en que solicitará la determinación del estatus respectivo al presentar su demanda. Ante esta omisión, algunos Estados han puesto en práctica una serie de medidas restrictivas que les han permitido rehusar el arribo de más perseguidos a territorio nacional. Por ejemplo, la obligación del visado; que se ha hecho una condición necesaria para acceder al país destino de asilo.

3.1.1 Admisión provisional del solicitante de refugio. La exigencia del visado

La mayor afectación al posible goce y disfrute del derecho de asilo es la imposición de visado de entrada. Ha habido una puesta en práctica de la exigencia de visado para inmigrantes que provengan de un conjunto de países, que son los que exportan más emigrantes y más solicitudes de asilo. De modo que, quien no reúne este requisito administrativo es, a juicio del país destino, sujeto a expulsión automática, de plano y sin llegar a un análisis de fondo de su demanda.

La exigencia de la visa de entrada, es una medida válida; pero en la práctica genera más complicaciones a la ya difícil situación del perseguido. Asimismo, los gobiernos han ejercido una serie de presiones a las compañías aéreas, incluyendo la imposición de multas, para evitar la llegada de extranjeros que no posean la documentación legal exigida. Con estas restricciones, el solicitante de asilo tendrá que disponer de ocasión y posibilidad para pedir el visado, dentro de su Estado de origen, en la embajada o consulado del país al que quiere dirigirse y esperar a que su demanda sea contestada en sentido afirmativo. La obligatoriedad del visado ha impuesto un gran obstáculo para el solicitante de asilo; como lo expresa López Garrido: pareciera que

³⁰ *Ibidem*, p. 50.

pese a la circunstancias especiales que lo caracterizan, la situación del demandante de asilo empieza a parecerse cada vez más a la de cualquier otro extranjero.³¹

Además, esta exigencia ha desplazado, como lo advierte Swart, el tiempo y el espacio del examen de la demanda. Conforme la Convención de 1951, uno de los presupuestos fundamentales es que el refugio debe concederse fuera del país de origen.³² Indirectamente la exigencia del visado ha desplazado en tiempo y espacio la solicitud de asilo; remitiéndola al país de origen y momentos antes de salir del mismo.³³ Respecto a la ilegalidad o legalidad de estas medidas, López Garrido considera que la negativa a conceder el visado, no es un acto de *refoulement*, porque el demandante no ha dejado el territorio del país de origen; si bien, puede dejar sin protección a quien efectivamente reúna las condiciones de refugiado en los términos del Convenio; por lo que, en sus efectos, es asimilable. Apoyando este sentido, existe una corriente que afirma que una entrada técnicamente ilegal, por falta de los documentos válidos exigidos, deja de serlo materialmente, cuando se ha hecho con la finalidad de presentar una solicitud de asilo o refugio; por lo que, la simple petición de asilo supondría la admisión provisional del extranjero.

3.2 La problemática durante el proceso de calificación de la demanda

Una vez que el demandante de asilo ha conseguido acceder al territorio del país destino, atravesando la primera fase se encuentra con otras dificultades durante el proceso de admisión de su solicitud. La admisión de ésta, compete a las autoridades estatales y a falta de regulación convencional en la determinación del procedimiento, se han introducido nuevas fórmulas que impiden la calificación de la demanda, sin un estudio profundo de la causa. En términos generales, el Convenio establece un procedimiento individualizado para la calificación de las demandas; esto es, un examen caso por caso; en que las situaciones particulares y subjetivas del caso sean confrontadas con las disposiciones de inclusión, cesación y exclusión del Convenio. No obstante, han comenzado a implementarse, en algunos países, mecanismos que desechan de

³¹ *Ibidem*, pp. 51 y 52. Los extranjeros se encuentran protegidos por la representación diplomática del su país de origen; el demandante de asilo huye de su propio país por la ausencia de protección en el mismo. Por lo que, no goza de protección estatal alguna.

³² Artículo 2 del Convenio de Ginebra de 1951.

³³ *Ibid*, p. 52

plano demandas provenientes de terceros países consideradas “manifiestamente mal fundadas” sin llegar a un análisis de fondo.³⁴ En consecuencia, los solicitantes no son admitidos provisionalmente, sino expulsados automáticamente, sin poder gozar de la garantía de *non-refoulement*.

3.2.1 El rechazo de solicitudes de las personas provenientes de un tercer Estado

El problema del país del primer asilo, al que hace referencia López Garrido se deriva también de la situación que ha supuesto la exigencia de visados para acceder al país al que desea dirigirse el refugiado. Ante las dificultades que supone cumplir con este requisito, los solicitantes de asilo han optado por dirigirse a otro país en donde no se exija el mismo -al que se conoce como país del primer asilo- pero no con la intención de solicitar asilo en él, sino para trasladarse posteriormente al país destino, donde pretenderá obtener el estatuto de refugiado. Pero, aún en el caso en que, efectivamente, el demandante pudiera trasladarse del primer país hacia el país destino; este último podría argumentar que no tiene la obligación de atender su demanda; puesto que, a su juicio, el país de donde procede, en cuanto al país del primer asilo, es el que debió encargarse de ello.³⁵

En este caso, habría que determinar si las garantías del Estatuto del Refugiado son aplicables a los perseguidos que proceden de un tercer país³⁶ y no directamente del país de origen; y determinar cuál Estado parte del Convenio tiene la obligación de atender su demanda. No obstante, esta situación tampoco está prevista dentro del Convenio. Tanto el país del primer asilo, como el país destino podrían argumentar que no les corresponde. En la práctica, los Estados parte han optado por excluir a los solicitantes que hayan disfrutado o tengan la posibilidad de obtener la protección de otro país. En tanto, no se dilucide a quien corresponde dar trámite de la demanda, el perseguido se encuentra en total desprotección, y sin poder gozar de las garantías internacionales reconocidas a los refugiados.

³⁴ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

³⁵ Según el principio de “Host third countries” y supuestos de solicitudes de asilo claramente infundadas, de Las Resoluciones de Londres de 1992, en virtud del cual el país que acogió al solicitante de asilo es el país responsable de examinar su solicitud.

³⁶ Con tercer país, nos referimos a aquel Estado que no ni el de procedencia, ni el país destino de asilo.

Siguiendo el espíritu del Convenio, un Estado parte no debe reenviar a un demandante de asilo al país del primer asilo, si no tiene la certeza de que el perseguido será efectivamente protegido por aquél; a pesar de que tenga razones para creer que ese tercer Estado debe asumir particulares obligaciones con respecto al refugiado que lo liberan de su obligación. La devolución del solicitante al país del primer asilo debiera efectuarse siempre y cuando éste último se comprometa a acogerles; de otro modo, se estaría en contra del principio fundamental del *non-refoulement*. En la opinión de López Garrido, son cinco las condiciones generales que deben reunirse para que lícitamente pueda reenviársele a un tercer país: una protección básica, incluyendo la garantía del *non-refoulement*; un acceso efectivo a los procedimientos y mecanismos internos para la determinación de la condición de refugiado; adecuadas posibilidades de asentamiento; facilidades para una estancia temporal y la posibilidad de retornar voluntariamente a su país de origen.³⁷

La introducción de mecanismos que desechan de plano demandas calificadas como “notoriamente improcedentes”, justificando la devolución del solicitante, vulneran el principio del *non-refoulement*; conforme al espíritu de las disposiciones del Convenio. El Alto Comisionado, mediante su Conclusión número 28 y 30 (de las sesiones XXXIII y XXXIV) ha hecho hincapié en la necesidad de implementar un procedimiento que evite cualquier tipo de arbitrariedad o violación en los términos del Convenio. Dada la importancia que reviste la calificación de la demanda; puesto que, de ella depende la adquisición efectiva del estatuto de protección de asilo; este procedimiento tendría que estar provisto de todas las garantías procesales esenciales, que eviten errores en perjuicio de quien reúne las condiciones de refugiado, pero, que aún no ha sido reconocido como tal. En este sentido, es de vital importancia que el solicitante interesado pueda exigir la revisión de su caso antes de ser devuelto a la frontera o expulsado; evitando, con ello, la violación de la garantía más importante a la luz del Convenio de Ginebra: el principio de *non-refoulement*.

3.2.2 El sentido de la prueba

Finalmente, una vez lograda la entrada a trámite de la solicitud y conseguida la admisión provisional en el país de acogida; el refugiado se encuentra con otras dificultades, surgidas

³⁷ LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 55.

durante el proceso de calificación de su demanda. En cuanto a la prueba, el demandante de refugio tiene la obligación de acreditar al Estado al que solicita protección, la persecución de la que ha sido objeto, o en su defecto, la concurrencia de determinadas circunstancias que entrañan un riesgo de persecución. Así mismo, deberá demostrar el hecho de que no puede beneficiarse de la protección de su país.

El procedimiento para establecer si una persona es o no merecedora de la condición de refugiado tiene unas características muy individualizadas; sustentadas en cuestiones subjetivas que varían caso por caso y que deben ser analizadas individualmente. Dado que la petición de refugio está siempre motivada por una causa subjetiva: “los temores de persecución” que constituyen el núcleo fundamental de la definición del refugiado, el sentido jurídico de la prueba durante el procedimiento de calificación debe privilegiar los aspectos subjetivos a los objetivos.³⁸ Evidentemente, este elemento de tipo psicológico no es fácil de acreditar.

El *temor* constituye un estado de ánimo, una situación subjetiva de difícil acreditamiento. Si tomamos en cuenta las circunstancias en las que se mueven los refugiados: huyendo de su país, las más de las veces apresuradamente, para escapar de una persecución; tenemos que, en la mayoría de los casos la única evidencia es el testimonio del demandante. Por lo que, resulta en extremo difícil al solicitante aportar pruebas definitivas, concluyentes y completas.³⁹ En la práctica, López Garrido acude a la jurisprudencia de algunos tribunales europeos en relación a la calificación de la prueba, distinguiendo dos criterios de interpretación: por un lado, las sentencias restrictivas que reivindican el sentido de la prueba hacia la seguridad y la certeza; y otras más flexibles encaminadas a la concurrencia de “indicios suficientes”.⁴⁰

Tomando en cuenta las circunstancias del perseguido, es imposible exigirle la rigurosidad, precisión y certeza de un proceso típico mediante la aportación de pruebas concluyentes. Si los demandantes de asilo tuvieran que demostrar absolutamente todos sus hechos muy pocos habrían conseguido alcanzar este estatuto.⁴¹ En este sentido, la jurisprudencia dominante en los tribunales españoles ha considerado tres aspectos básicos

³⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1988 (España), aduce una nueva línea jurisprudencial en ese sentido. *Ibidem*, p. 91.

³⁹ *Ibidem*, p. 86.

⁴⁰ Cfr. LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, pp. 87-90.

⁴¹ LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 89.

exigibles y suficientes, en relación a la prueba, para llevar al ánimo de las autoridades que el solicitante es merecedor del estatus de refugiado: primero, *indicios* de que el temor fundado de persecución y los hechos alegados son ciertos, no pruebas plenas y acabadas; así como, la comprobación de la situación subjetiva del individuo y la objetiva del país de origen.⁴²

Por otro lado, también se sugiere que la autoridad que califica y decide la concesión del estatus proceda de oficio y en la medida de su alcance en la obtención del material probatorio. En principio, este tipo de procedimiento es de naturaleza administrativa; por lo que, la carga de la prueba recae en el interesado; quien en todo momento deberá impulsar el desarrollo y avance del procedimiento. Corresponde, entonces, al solicitante de refugio aportar todos los medios de prueba de que disponga para acreditar su condición. No obstante, siempre que exista contradicción sobre los hechos y ante la ausencia de pruebas contundentes no es posible exigir al demandante de asilo más allá de la confesión. En estos casos, es importante que la administración colabore especialmente y de oficio en la obtención de otras pruebas e interpretación de las mismas.⁴³

3.2.3 El estatuto jurídico provisional

Un tercer aspecto tiene que ver con el estatus provisional que gozará el demandante de asilo durante el periodo de espera en que se resuelve la demanda en trámite y se determina su situación definitiva. En ese momento, el solicitante del estatus de refugiado aún no ha sido formalmente reconocido como tal, pues aún no se ha decidido jurídicamente si la demanda procede en sentido afirmativo o no. Conforme a las disposiciones del Convenio, las garantías del refugiado, sólo son aplicables a los refugiados. En cuanto al demandante de refugio, el Convenio no precisa qué situación y cuáles derechos puede ejercer libremente una vez planteada su petición y en tanto se resuelva su demanda.

Al no determinarse el estatus provisional, la situación en que queda el demandante es las más de las veces de indefensión e inseguridad jurídica. Es necesario determinar jurídicamente con que garantías deberán contar. Corresponde esta determinación a los Estados; pero resulta

⁴² *Ibidem*, p. 94.

⁴³ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

conveniente que el estatus provisional sea discutido y orientado, como lo señalan Swart y López Garrido, en la línea de ir proponiendo un estatus lo más avanzado posible en respuesta a las necesidades primarias de los demandantes.⁴⁴

López Garrido considera que, desde el momento en que el solicitante ha obtenido la posibilidad de entrar en un país y permanecer en él hasta que se decida su demanda, está a todos los efectos en una situación de estancia legal. Si se ha presentado una demanda y ha sido aceptada a trámite, habrá que presumir que el demandante de asilo es un refugiado en el sentido del Convenio.⁴⁵ De modo que, va a poder beneficiarse del estatuto correspondiente al refugiado, durante el periodo de espera; independientemente del sentido que vaya a tomar la resolución final del procedimiento.

3.3 La problemática del estatuto del refugiado. La expulsión

Finalmente, una vez adquirida la condición de refugiado, éste puede ser objeto de ciertas medidas sancionadoras; tales como la expulsión.⁴⁶ En principio, el Convenio establece la prohibición de expulsión de los refugiados a otro país donde su vida o su libertad peligre a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. No obstante, también reconoce que cada Estado es libre de establecer sus propios procedimientos para expulsar a los extranjeros que residan en su territorio, conforme a los principios de “seguridad nacional” y “orden público”, amparados en el artículo 32 del Convenio.⁴⁷

El asilado no puede ser expulsado a otro país donde haya motivos para temer su persecución o castigo; puede serlo excepcionalmente, por la realización de actividades graves o

⁴⁴ *Cfr.* LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, pp. 104 y 105.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 103.

⁴⁶ La devolución, en este caso no es aplicable porque se trata de una medida sancionadora inmediata como consecuencia de la infracción de normas legales que rigen la entrada en el territorio de un estado. Situación de la que hablamos anteriormente y que sólo es aplicable para el solicitante de asilo o para quien ha visto rechazada su solicitud; pero en este caso nos encontramos en el supuesto en que el refugiado ya ha sido reconocido como tal. En cuanto al extradición, esta es una de las cláusulas de exclusión. LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 114.

⁴⁷ “Los Estados conratanes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad o de orden público” Artículo 32.1, Convenio de Ginebra de 1951.

reiteradas contra la seguridad del Estado donde se encuentre; refiriéndose al “refugiado que sea considerado por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentre o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”⁴⁸ Con este fundamento, es admisible la legalidad de la expulsión como una medida excepcional que permite a la administración pública la expulsión del extranjero cuya permanencia signifique una grave amenaza nacional; pero, éste procedimiento debe siempre estar condicionado a la existencia de una imperiosa necesidad para la seguridad nacional o de orden público,⁴⁹ así como, por su carácter de urgencia.⁵⁰

En algunos países el procedimiento de tramitación de los expedientes de expulsión de los refugiados es el mismo que el establecido para los extranjeros en general; lo que no es admisible a partir de las disposiciones del Convenio de Ginebra. Este procedimiento debe ser diferente, sobre todo en cuanto a la aplicación del principio del *non-refoulement*. En consecuencia, es necesario establecer ciertas garantías procesales en beneficio del refugiado para asegurar que las medidas de expulsión se lleven a cabo conforme el Convenio: es decir, condicionando su aplicación a las razones de seguridad o de orden público, mediante un procedimiento específico cuya resolución sea posible recurrir mediante recurso, y de ejecución en un plazo razonable.

La autoridad ejecutora debiere comunicar la expulsión al refugiado, hacerle saber los motivos de la misma, informarle sobre los medios de impugnación que proceden contra la expulsión, así como el plazo para ejercitar tales recursos, que constituyen derechos esenciales, pero no contemplados en la redacción del Convenio. Conforme el artículo 32.2 del Convenio, es vital que el interesado tenga acceso al recurso de revisión de la medida sancionadora a no ser que se trate de “razones imperiosas de seguridad nacional”; excepción que en mi opinión debiere ser abrogada, pues además del amplio margen de interpretación al que puede dar lugar sin mecanismo de defensa alguno, el propio Estado se reserva el derecho de aplicar otras medidas de orden interior dispuestas en su legislación interna,⁵¹ a mi juicio suficientes; o, en

⁴⁸ Artículo 33.2, Convenio de Ginebra de 1951.

⁴⁹ Artículo 32.2, Convenio de Ginebra de 1951.

⁵⁰ Consejo de Estado francés, artículo 26 de la Ordenanza 2 de 2 de noviembre de 1945 en LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 116.

⁵¹ Artículo 32.3, Convenio de Ginebra de 1951.

todo caso, debiere ser motivo de reforma, a fin de establecer en qué consisten propiamente tales supuestos.

Asimismo, es deseable que en el medio de impugnación, le asista la garantía de audiencia y la suspensión de la medida impugnada en tanto se resuelve el recurso interpuesto. De ser negativa la sentencia de apelación, y conforme al artículo 32.3, la autoridad podrá, entonces, ejecutar la expulsión hasta el momento en que se produzca el fallo definitivo; así mismo, debe conceder al expulsado un plazo razonable para que pueda buscar su admisión legal en otro país.

3.4 La problemática del demandante de asilo y el estatus del refugiado. Recursos procesales

Otra situación determinante en la adquisición de la condición de refugiado es la falta mecanismos procesales de impugnación ante instancias administrativas o judiciales para recurrir a la revisión de las decisiones denegatorias de refugio, así como, a las medidas administrativas de expulsión. En la medida en que se establezcan mecanismos efectivos, el asilo funcionará como una verdadera garantía de derecho. Como lo señala López Garrido, desde una concepción que vea el derecho de asilo como un derecho humano fundamental, es inconcebible que frente al rechazo de esa demanda o frente a actos que sean decisorios para la conducción del procedimiento, no existan vías jurisdiccionales y sólo vías administrativas del recurso.⁵²

A este respecto, el Alto Comisionado ha insistido en que las legislaciones de los Estados ofrezcan la posibilidad del recurso, incluso en los casos en las demandas no hayan sido siquiera admitidas a trámite, por considerarse manifiestamente improcedentes. En algunos países, existe la posibilidad de impugnar ante una instancia judicial el rechazo de una demanda de refugio o asilo; pero, ante las medidas de devolución en las fronteras a falta de documentos válidos para ingresar; frente a la expulsión por razones de seguridad nacional y orden público; o ante cualquier otra medida de repatriación forzosa; esto no siempre sucede así. Las anteriores situaciones constituyen actos decisorios para la conducción del procedimiento de refugio y para

⁵² LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 98.

la conservación de tal concesión. Razón por la cual, resulta necesario establecer el recurso de revisión cuando se actualicen aquellos supuestos, o se estaría en sentido contrario al principio del *non-refoulement*.

De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la legislación internacional sobre refugio vigente es una legislación que concede enormes ámbitos de discrecionalidad al Estado contratante y, en particular, a las autoridades administrativas responsables de las cuestiones migratorias; quienes deciden, en última instancia, si realizan o no una aplicación rigurosa del Convenio y garantizadora de los derechos del refugiado. Lamentablemente, en la práctica la administración no ha sido ejemplar.⁵³ Los tribunales que atienden las apelaciones de las decisiones administrativas tampoco han sido sensibles en los puntos relacionados con el derecho de los refugiados, dictando sentencias jurisprudenciales y resoluciones denegatorias, sobre todo en cuanto a las pruebas exigidas.⁵⁴

El Convenio establece exclusivamente la condición de refugiado, no establece el procedimiento a seguir para adquirir tal concesión; esta omisión posibilita el que una persona que reúna efectivamente las condiciones de refugiado pueda, en un momento dado, no ser reconocida como tal, si las autoridades de gobierno deciden luego de forma arbitraria que no conceden tal calidad. La falta de disposiciones jurídicas precisas y los vacíos en algunas cuestiones no reguladas por el Convenio, han permitido limitar la efectividad del derecho de asilo.⁵⁵ Es indispensable subsanar estas fallas, otorgando protección frente a los actos de las autoridades durante el proceso de admisión y calificación de la demanda, a fin de reducir la posibilidad de que la autoridad se comporte como acotador de este derecho.

El Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en su Conclusión no. 8 de la sesión XXVII y el Comité sobre Aspectos Legales del Asilo Territorial y de los Refugiados del Consejo de Europa señalan, a manera de recomendaciones a

⁵³ *Ibidem*,

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ El Convenio prevé el mecanismo de solución de controversias ante la Corte Internacional de Justicia para los problemas surgidos de la interpretación o aplicación del mismo. No obstante, este mecanismo sólo opera respecto de las controversias surgidas entre las partes contratantes e interpuestas por una de ellas; de modo que, ni el refugiado por sí, ni otros organismos, incluyendo el ACNUR, pueden oponer esta vía. Artículo 38, Convenio de Ginebra de 1951.

las autoridades estatales, los mecanismos procesales y garantías elementales que debieran establecerse en el tratamiento jurídico del solicitante de refugio y el refugiado:

- El funcionario público competente, ya sea personal de inmigración o policía de fronteras, deben recibir información para tratar los casos relativos a los refugiados y, en específico, instrucciones precisas de cómo actuar conforme al principio del *non-refoulement*;
- El demandante debe recibir asesoría acerca del procedimiento a seguir y sobre las diferentes posibilidades de acogida de que dispone en el país al que ingresa;
- Establecimiento de un permiso de residencia temporal o admisión provisional, en tanto se resuelve su demanda;
- Debe facilitarse el contacto del interesado con la representación de ACNUR y con las organizaciones existentes en el país de acogida dirigidas a su protección;
- De ser concedida la condición de refugiado, deberá otorgársele un documento acreditativo de la misma;
- De ser denegada, deberán establecerse las razones por las que se ha tomado tal decisión, así como, otorgarse asesoría al interesado respecto de los recursos que proceden,
- El Estado debe disponer de las vías legales necesarias para solicitar la revisión de la denegación ante una instancia superior; Durante el proceso de apelación, el solicitante deberá contar con un permiso de estancia temporal en tanto se resuelve el trámite;⁵⁶

Estas recomendaciones permiten establecer un procedimiento básico pero garantizador. Si la intención de los contratantes del Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967 ha sido participar del Estatuto de los Refugiados obligándose a las disposiciones de este Convenio, convendría revisar la vigencia en la aplicación de este tratado, a luz de los problemas surgidos de su aplicación y tomando en cuenta las recomendaciones arriba mencionadas. Donde es fundamental la participación de los Estados en el plano convencional, la intervención de los representantes del ACNUR, así como, considerar las aportaciones de las organizaciones no gubernamentales destinadas a la protección del refugiado, quienes tienen amplia experiencia en las deficiencias del régimen del Refugiado.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 103.

3. 5 El estatus personal del refugiado

Una vez analizado el proceso para acceder a la condición de refugiado, analizaremos el estatus jurídico del perseguido que ha conseguido tal condición. A partir de su reconocimiento como refugiado, se establece un estatuto con determinados derechos y obligaciones que proporcionan seguridad jurídica al refugiado en el país de acogida. Esto, no implica un efecto extraterritorial que los demás Estados contratantes estén obligados a conceder; se trata, simplemente, de una inmunidad que están obligados a respetar. La vigencia de este estatus corresponde a la duración del permiso de residencia; este permiso puede ser, dependiendo de las legislaciones del país de acogida: definitivo y permanente, o temporal y renovable periódicamente.

La concesión del estatus jurídico de refugiado supone la protección del solicitante respecto del país de que procede; es decir, supone al solicitante la admisión territorial y por ello, goza de inmunidad frente al Estado perseguidor; se protege esencialmente su vida y seguridad personal, además de los demás derechos a ellos conexos. Se prohíbe, en consecuencia, la concesión de la extradición; basta con su mera tramitación para que aquella quede suspendida. La concesión de refugio permite al refugiado actuar en el ámbito de la legalidad del Estado receptor; por lo que, se obliga formalmente por las leyes y reglamentos del país de acogida.

El estatuto personal del refugiado se rige por la ley del país de acogida. Además de la prohibición de devolución del principio de *non-refoulement*, garantía fundamental a la que nos hemos referido en líneas anteriores, el Convenio de Ginebra establece determinadas garantías y facilidades en favor del refugiado. El refugiado goza de:

- Un permiso de residencia permanente o renovable.
- Un tratamiento idéntico al del nacional en las siguientes materias: libertad religiosa y de enseñanza religiosa a los niños (artículo 4), derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 14), derecho de acceso a la impartición de justicia (artículo 16), distribución de productos escasos durante la aplicación de programas de racionamiento (artículo 20), enseñanza elemental (artículo 22), asistencia y socorro público (artículo 23), legislación de trabajo y seguridad social (artículo 24), imposición de gravámenes fiscales (artículo 29).

- Un tratamiento más favorable que el otorgado a extranjeros en las siguientes materias: derecho de asociación (artículo 15) y ejercicio de empleos remunerados (artículo 17).

- Un tratamiento tan favorable como sea posible y no menos favorable que el acordado para los extranjeros en general, en las siguientes materias: adquisición de propiedad mobiliaria e inmobiliaria y derechos conexos a la propiedad (artículo 13), ejercicio de profesiones no asalariadas y por cuenta propia (artículo 18), ejercicio de profesiones liberales (artículo 19), derecho a la vivienda (artículo 21), enseñanza distinta a la elemental (artículo 22) homologación y reconocimiento de los estudios cursados en el extranjero (artículo 22) y libertad de circulación al interior (artículo 26).

- Así mismo, el refugiado se beneficia de un reconocimiento internacional de su estatuto; en particular, corresponde al país de asilo la expedición de los documentos de identidad (artículo 27), así como de los títulos de viaje necesarios (artículo 28) con validez reconocida por los demás Estados que han suscrito el Convenio.

- Otras facilidades determinables por el país de acogida: facilidades para transferir sus bienes personales al país destino (artículo 30) y facilidades a su asimilación y naturalización (artículo 34).⁵⁷

La naturalización y la repatriación son los objetivos finales de la protección internacional del refugiado. De haber cesado la persecución, el refugiado debe tener la posibilidad de retornar a su país de origen. Cuando la repatriación es imposible, el Convenio invita a los países de acogida facilitar en la medida de lo posible, la naturalización de los refugiados residentes, acelerando los procedimientos a seguir. La legislación de los países, generalmente, estipula un plazo previo y probatorio de residencia para adquirir la ciudadanía.

4. La nueva problemática en la definición internacional de refugiado

La interpretación del refugiado no agota aún su definición; bajo su forma actual, constituye una definición base, o tradicional, que puede ser ampliada. El estatuto universal de refugiados determinado por el marco legal de la ONU, fundamentado esencialmente en el “temor fundado de persecución” se dirige a la protección del refugiado frente a la persecución

⁵⁷ LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 24.

individual de la que es objeto; más no cubrió la persecución derivada de conflictos internos que genera situaciones particulares de afluencia masiva.⁵⁸ En este sentido, algunas organizaciones regionales tales como la Organización de la Unidad Africana y el Coloquio organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas donde se elaboró la Declaración de Cartagena desarrollaron un concepto más extensivo.

Durante los años 60's y 70's se suscitaron en África y Asia desplazamientos poblacionales en masa, generados por los conflictos internos e invasiones externas que prevalecían en la región.⁵⁹ En respuesta, la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969 amplió la definición de refugiado para incluir a toda persona que “*a causa de una agresión exterior, una ocupación o dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del país de origen [...] esté obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio.*” No obstante, los países de otras regiones han mostrado poca disposición de convertir este acuerdo humanitario en obligación jurídica para proteger a los refugiados de guerra.⁶⁰

En el ámbito latinoamericano, los conflictos centroamericanos que convulsionaron la región en la década de los ochenta propiciaron la realización del Coloquio de Cartagena de Indias que culminó con la Declaración de Cartagena en 1984;⁶¹ orientando la política de asilo en un concepto más amplio de refugiado. Agregó a la lista de supuestos del concepto universal del refugiado, y del concepto regional de la OAU, “*la violación masiva de los derechos humanos*”. La Declaración considera también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad, libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.⁶²

⁵⁸ El Convenio de Ginebra de 1951, estaba pensado para una situación posterior a la Segunda Guerra Mundial; tal esquema estaba pensado para tratar un tipo de peticionario de asilo que podía ser individualizado y tratarse caso por caso, porque no era un refugio masivo. LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 121.

⁵⁹ MANUAL ACNUR, *Op. Cit.*, p. 141.

⁶⁰ WOLLNY, Hans, “México y el reto de asilo: una visión desde afuera”, en *Verfassung und Rech*, núm. 8, Enero-Febrero, Berlín, 2000, p. 376.

⁶¹ La experiencia centroamericana en casos de afluencia masiva, ocurrida sobre todo en los primeros años de la década del 80, el caso de los refugiados salvadoreños, guatemaltecos y nicaragüenses.

⁶² TIRADO, Teresa “Evolución del concepto de refugiado. La Declaración de Cartagena y el problema de flujos masivos de refugiados” ” publicación en el portal electrónico de ACNUR, www.org.org.

Esta declaración marca una tendencia. Si bien es cierto que este último documento no es un instrumento legal, pues no ha sido formalizado en un tratado del que se deriven obligaciones exigibles, establece un precedente consensuado de considerable importancia: al reconocer la existencia de motivaciones por las que emigran con frecuencia individuos de regiones políticamente vulnerables como África, América Latina, Asia y Medio Oriente y frente a las cuales no existe protección internacional alguna.⁶³

Precisamente, dentro de los motivos individuales, sujetos una difícil interpretación, es donde se cuestiona la evaluación del elemento objetivo que hace de la persecución un elemento en la determinación de la concesión de refugio. El debate que existe se encamina a establecer qué constituye exactamente la persecución: la persecución se debe centrar exclusivamente a los individuos, haciendo un análisis exhaustivo caso por caso, tal como lo establece el Convenio de 1951; o bien, considerar que las prácticas nacionales y actitudes sociales extensas también califican como argumentos para la persecución, tal como lo establece la OAU y la Declaración de Cartagena.⁶⁴ Hasta ahora, no hay un consenso general al respecto; por lo que, la interpretación queda en manos del Estado que recibe y califica la petición. Cabría entonces someter a debate su ampliación e interpretación, sobre todo en determinar qué constituye exactamente “violaciones masivas a los derechos humanos”, qué disturbios del orden interno y qué prácticas y actitudes sociales internas pueden considerarse como causas de persecución dentro del marco universal de las Naciones Unidas.

El concepto tradicional de refugiado, tal como normalmente lo reconoce la legislación internacional, no incluye a grandes masas de refugiados. Aún en los dos tratados más importantes en este campo el Convenio de Ginebra de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, el reconocimiento como refugiado depende de los “fundados temores” de estar expuesto a persecuciones más o menos concretas, sobre todo individualizables, por las cuales se puede responsabilizar a las autoridades estatales. El peligro ante los peligros difusos, aunque no por eso menos amenazantes, de la guerra civil y el desorden político, económico y social que lo acompañan, en general no justifica el estatus de asilado o refugiado.

⁶³ HOVY, Bela, “Statics on forced Migration” publicación en el portal electrónico de ACNUR, Septiembre, 2002.

⁶⁴ *Ibidem*.

Conforme Ginebra la condición de refugiado debe normalmente determinarse caso por caso, considerando cada demanda individualmente. En el caso en que, se hayan desplazado grupos enteros de población resultaría casi imposible proceder de manera urgente considerando cada caso individualmente. Por razones de orden práctico y ante la apremiante necesidad para brindar asistencia a estos grupos, el Alto Comisionado sugiere recurrir a la denominada «determinación colectiva»; admitiendo *prima facie* la condición de refugiado a cada miembro del grupo en aquellas circunstancias que indiquen que todos ellos podrían ser considerados individualmente como refugiados, salvo prueba en contrario.⁶⁵ No obstante, la tendencia actual ha marcado un aumento considerable de refugio en movimientos de afluencia masiva, que escapa a las consideraciones de la definición de “refugiado” según los términos del Convenio de Ginebra y su Protocolo.

El problema del refugio se concibió en su origen como un problema transitorio; de manera que los mecanismos establecidos fueron creados con carácter transitorio. Sin embargo, la realidad histórica ha demostrado lo contrario; prueba de ello es que el número de refugiados hoy en día, es, incluso, muy superior al registrado después de la Segunda Guerra Mundial;⁶⁶ y el número de demandantes sigue creciendo espectacularmente. Aunado a esto, partir de la década de los 70, el tipo medio de peticionario es distinto; quien califica como refugiado: necesita una definición más exacta, en el ámbito nacional e internacional, que permita determinar cuáles son los principales problemas que enfrenta el tratamiento jurídico de su situación, así como establecer las pautas jurídicas y mecanismos necesarios para manejar su problemática. La protección como vemos depende en gran medida de su definición.

La definición clásica de refugiado, determinada por el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y su Protocolo, de 31 de enero de 1967, excluye a diversos grupos:

⁶⁵ MANUAL ACNUR, *Op. cit.*, pp. 13 y 14. en el mismo sentido se pronuncia la Declaración de Cartagena de 1984.

Para atender casos de afluencia masiva, ACNUR elabora planes de contingencia, coordinando acciones con autoridades del Gobierno del país de asilo y con Organismos No Gubernamentales e iglesias. Tales programas tienen por objetivo asegurar la integridad física de los refugiados posibilitando el acceso al país de asilo y evitando cualquier riesgo de rechazo en la frontera; incluyen también la atención de las necesidades básicas de la población refugiada. TIRADO, Teresa p. 135.

⁶⁶ DECLARACIÓN DE CARTAGENA, *Coloquio sobre la protección internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá*, Colombia, 2001. Sumario de discusión, p. 146.

• “*People in refugee like situations*”, por su denominación en inglés, se utiliza para describir a quienes son apátridas, debido a que su gobierno les ha retirado la protección de ciudadanía o negado su residencia habitual; pero que no son reconocidos como refugiados, dado que no son objeto de persecución. Evidentemente un individuo que no goza de ciudadanía pierde la protección de su gobierno y se encuentra en una precaria situación ausente de derechos; y sin poder acceder a la protección internacional de las Naciones Unidas, pues no es considerado refugiado conforme a las disposiciones de Ginebra y su Protocolo. Su situación ha sido tratada por dos convenciones de la ONU, supervisadas por la ACNUR pero aún no han propuesto mecanismos que solucionen su situación.

• Las *personas internamente desplazadas*, IDP’s por sus siglas en inglés. Una de las condiciones para acceder al Estatuto internacional de Refugiados es que el solicitante se encuentre fuera del país de origen. Los IDP’s son por definición emigrantes no internacionales, que se pudieron haberse desplazado hacia el exterior, por las mismas razones que los refugiados; no obstante, no han podido salir de su país, desplazándose dentro del territorio del país en que son perseguidos.⁶⁷ Estos grupos, a pesar no haber cruzado un límite territorial, son perseguidos en los mismos términos que los refugiados; pero no sujetos al Convenio de Ginebra pues aún se encuentran dentro del país que los persigue. No hay convención internacional específica que los proteja ni cuerpo internacional dirigido a su regulación; permanecen excluidos de la protección de refugio y no se benefician del mismo nivel de protección y asistencia internacional que los refugiados.⁶⁸

• *Migrantes desplazados externos o internacionales por desastre natural*: personas que se han visto obligadas a abandonar su residencia habitual y se encuentran fuera de su país a causa de desastres naturales o factores ambientales. También conocidos como, damnificados constituyen grupos que ven forzada su salida, y dadas las especiales características de su situación necesitan de asistencia internacional que los proteja, pues su Estado nacional no ha podido o, simplemente, no desea ocuparse de su protección.

• *Migrantes económicos*. Grupos poblacionales que se han visto obligados a abandonar su país o lugar de residencia, desplazándose por razones predominantemente personales, de trabajo o con motivo de mejorar sus condiciones de vida; incluye tanto los casos de falta de

⁶⁷ HOVY, Bela, “Statics on forced Migration” publicación en el portal electrónico de ACNUR, Septiembre, 2002.

⁶⁸ *Ibid.*

empleo, mejora del estándar o calidad de vida, así como aquellas personas que por extrema pobreza recurren a otro país.

- “*Asylum seekers*” por su denominación en inglés, se refiere a las personas que han emigrado de sus comunidades con la intención de encontrar refugio en otro Estado. Sin embargo, la solicitud presentada ha sido calificada como ilegítima, porque las circunstancias que motivaron su salida no han sido demostradas o no corresponden con la definición internacional de refugiado; negándoseles, con ello, el estatus de refugiado que los convierte en buscadores de asilo rechazados.

La Organización Internacional para las Migraciones, OIM, se encarga del fenómeno de las migraciones, cualquiera que sea el motivo que las produzca. La competencia de la ACNUR está referida en exclusiva a los refugiados. El Alto Comisionado carece de competencia en aquellas migraciones que escapan a la definición convencional de refugiado, aunque se ha ampliado para conocer de las categorías de: *asylum seekers* o solicitantes de asilo, apátridas, retornados o repatriados y desplazados internos; a quienes provee asistencia humanitaria, pero no son sujetos del estatuto mínimo dispuesto por Ginebra.

Gran parte de las solicitudes de asilo provienen del tercer mundo; los países industrializados que reciben el mayor número de solicitudes deniegan y rechazan gran parte ellas; argumentando que no se fundamentan en situaciones de apremiante necesidad y sólo se realizan con fines de migración económica, pretendiendo utilizar fraudulentamente las prescripciones del Convenio. Las medidas restrictivas a la inmigración adoptadas por los Estados han afectado simultáneamente a las políticas de inmigración de los refugiados; está táctica puramente reactiva no ha podido detener el fenómeno migratorio actual; de modo que, nos encontramos ante una situación en que se enfrenta el refugiado de derecho y el refugiado de hecho que “hacen estallar los mecanismos del Convenio”.⁶⁹ Han surgido figuras atípicas, fuera de los alcances del derecho conforme a las previsiones de Ginebra: en primer lugar, los problemas prácticos derivados de algunas omisiones de Ginebra, como es el caso de los refugiados “*en órbita*” o “*asylum seekers*” y los refugiados *de facto* o de estatuto B; así como, el fenómeno los refugiados en masa y los nuevas motivaciones que originan los desplazamientos internacionales.

⁶⁹ LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 121.

4.1 Refugiados “en órbita”

El primer caso, se refiere a los “asylum seekers” o demandantes de asilo sin país de asilo. Es decir, los solicitantes que se encuentran viajando de un país a otro, sucesivamente porque ninguno de ellos quiere hacerse cargo de atender la demanda de asilo, porque considera que no es competente para ello y, por consiguiente, intentará transferirlos hacia un tercer Estado. Este caso, se deriva de la problemática del país del primer asilo, que se ha explicado líneas arriba. Dentro de la Unión Europea, se han hecho hincapié en realizar un Convenio de armonización del derecho de asilo, encaminado en solucionar el problema de la responsabilidad del examen de la demanda.⁷⁰ Para ello, es necesario garantizar los medios procesales que eviten el desechamiento de plano de las demandas, permitan la admisión provisional del demandante que intenta la presentación de su demanda, incluso si se ha internado ilegalmente; y disponer recursos de revisión en contra de la denegación de asilo y las medidas de expulsión.

4.2 Los refugiados *de facto*. El estatuto B

Ante la situación de los refugiados en órbita pueden ocurrir dos cosas: que el demandante de asilo sea enviado contra su voluntad de un país a otro; o bien que algún país le permita permanecer en él sin concederle propiamente la condición de refugiado, lo que, se conoce como refugio *de facto*. Los refugiados de facto o de estatuto B, son aquellos demandantes de asilo que han logrado establecerse, más o menos precariamente, en un Estado que, no obstante, no les resuelve su demanda;⁷¹ o bien los casos en que determinados países, con un sentido puramente humanitario, han decidido crear un segundo estatuto para tales situaciones, que se conoce como estatuto B.⁷²

Tal estatuto puede incluir ciertos derechos como el derecho de residencia temporal, permiso para ejercer empleo, y la adquisición de documentos de viaje; no obstante, estos derechos son inferiores a los otorgados al refugiado del Convenio de Ginebra; por lo que, resultan precarios y no cubren todas las necesidades del solicitante; además son sólo

⁷⁰ Este es el objetivo del Convenio de Dublín, y otras disposiciones del Derecho Convencional de la UE, que se analizarán más adelante.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 122-123.

⁷² Este estatuto B se encuentra en la legislación de Bélgica, Dinamarca, Holanda, Suecia y Portugal. LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 123.

concesiones humanitarias y en cualquier momento pueden ser revocables. No constituyen una obligación exigible sino una concesión graciosa por razones humanitarias.⁷³ Esto ha impedido que se regularice la situación de categoría B en la categoría refugiado; dando oportunidad a los Estados a no conceder el estatuto A (es decir, el estatuto previsto por el Convenio de Ginebra) dado que, este estatuto es jurídicamente obligatorio.

El Estatuto B es una figura subsidiaria de protección y constituye un retroceso en la protección internacional por cuanto consagra un trato inferior en cuanto a aquel que se dispensa al refugiado bajo la definición de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Sin embargo, este criterio de selección excluye a perseguidos que, no presentan diferencias sustantivas con el refugiado reconocido por Ginebra; por lo que, no hay justificación para otorgarles un trato desigual e inferior. Países como Bélgica, Dinamarca, Holanda, Suecia y Portugal lo han incluido en sus legislaciones.

4.3 El refugio masivo

Las prescripciones del Convenio de 1951 deben aplicarse caso por caso; no obstante los disturbios internos conocidos como *man made disasters*, tales como guerras civiles o fuertes disturbios del orden público han provocado la salida de miles o decenas de miles de personas que huyen de su país buscando refugio en cualquier otro. Ante estos flujos masivos de refugiados, que son un problema crucial en el derecho de asilo habrá que buscar nuevas fórmulas para poder encajar esos fenómenos en la tradicional definición de refugiado.⁷⁴

4.4 Desplazados

Es posible distinguir a los desplazados internos y los externos. Los primeros, las personas internamente desplazadas IDP's, son aquellas personas que encajan en la categoría de refugiados pero no han podido desplazarse al exterior para pedir asistencia internacional manteniéndose en el interior de sus países. Los segundos, pueden ser: migrantes externos por desastre natural o por razones predominantemente económicas. Finalmente los desplazados, se

⁷³ *Ibid*,

⁷⁴ *Ibidem*, p. 125.

refiere al caso de refugiados en masa que han salido de su país de origen a causa de acontecimientos similares, pero diferencia de los refugiados en masa, mantienen su estatuto de nacional.

Cada vez se hace más necesario revisar en el marco de un foro internacional la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes, y estudiar las nuevas situaciones que se están produciendo en el fenómeno migratorio internacional. En principio es necesario analizar los argumentos que han sido excluidos, por no contemplarse dentro de los supuestos legales dispuestos por las convenciones adoptadas; determinando qué causas de persecución dan origen al mayor número de refugiados, cuáles persisten y cuáles constituyen casos de apremiante necesidad; ampliando la definición tradicional del Convenio de Ginebra, en base a las tendencias y circunstancias actuales que demandan también protección urgente, y con la intención de brindar una protección más acorde a la realidad actual.