



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

**LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y LA PRÁCTICA ESTATAL SOBRE REFUGIO
EN CHILE.**
Análisis Crítico.

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

LINA MARCELA CALLEJAS RAMIREZ
JULIO RAFAEL JÁUREGUI MEDINA

PROFESORA GUÍA: Dra. Ana María Moure Pino

Santiago, Chile
2012



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

**LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y LA PRÁCTICA ESTATAL SOBRE REFUGIO
EN CHILE.**
Análisis Crítico.

LINA MARCELA CALLEJAS RAMIREZ
JULIO RAFAEL JÁUREGUI MEDINA

PROFESORA GUÍA: Dra. Ana María Moure Pino

Firma: _____

Calificación: _____

Santiago, Chile
2012

“De Chile, país de tradiciones hospitalarias, ha huido un millón de personas: el 10% de su población. El Uruguay, una nación minúscula de dos y medio millones de habitantes que se consideraba como el país más civilizado del continente, ha perdido en el destierro a uno de cada cinco ciudadanos. La guerra civil en El Salvador ha causado desde 1979 casi un refugiado cada 20 minutos. El país que se pudiera hacer con todos los exiliados y emigrados forzosos de América latina tendría una población más numerosa que Noruega”

(Gabriel García Márquez. La soledad de América Latina: Discurso de aceptación del Premio Nobel de Literatura, Oslo, 8 de diciembre de 1982)

AGRADECIMIENTOS.

A nuestros padres, hermanos y familia, por acompañarnos en este largo proyecto.

A quienes nos abrieron las puertas para adentrarnos en el mundo del refugio: a don Roberto Garretón Merino; a Karina Espejo Rivera y a todo el equipo del Área Refugio de la Vicaría Pastoral Social y de los Trabajadores; a Delfina Lawson del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

A aquellos que nos ayudaron con la elaboración, redacción y desarrollo de nuestra tesis: a Ana María Moure, quien desde un principio fue un pilar fundamental en el desarrollo de ésta; y a don José Zalaquett Daher, cuyos comentarios fueron muy importantes en el planteamiento y en la redacción de la memoria.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. MODALIDADES DE ASILO	8
A. Sistema de asilo latinoamericano	12
1. Instrumentos latinoamericanos de asilo.	17
i) Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo 1889).....	17
ii) Convención sobre Asilo (La Habana, 1928)	20
iii) Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933).....	21
iv) Tratado sobre Asilo y Refugio Político (Montevideo, 1939)	23
v) Convención sobre Asilo Diplomático y Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954).....	26
a) Convención sobre Asilo Diplomático	27
b) Convención sobre Asilo Territorial.....	28
2. Derechos y obligaciones en el sistema de asilo latinoamericano.	30
i) Derechos de los Estados.	31
a) Derecho a conceder el asilo.	31
b) Derecho a no justificar la denegación del asilo.....	32
c) Derecho a determinar la duración del asilo.	32
d) Derecho a exigir garantías relativas a la seguridad del asilado.	32
e) Derecho a no financiar gastos del asilo ni manutención del asilado.....	33
f) Derecho a remplazar a funcionarios diplomáticos del país de asilo presentes en el país del cual huye el asilado.....	33
g) Derecho a no radicar en su territorio al asilado diplomático.	34
h) Derecho a no modificar la legislación interna.	34
i) Derecho a calificar los hechos como delitos políticos.	35
ii) Obligaciones de los Estados.	35

a)	Obligación de no devolución.	35
b)	Obligación de comunicar el asilo.	35
c)	Obligación de no brindar asilo a condenados o acusados por delitos comunes.	36
d)	Obligación de recibir asilados en caso que otro Estado no los hubiera aceptado.	36
e)	Obligación de establecer vigilancia o internación en caso que el Estado del que proviene el asilado así lo solicitare.	36
iii)	Derechos de los asilados.	37
a)	Derecho a solicitar asilo.	37
b)	Derecho a que se respete el asilo por parte del Estado persecutor.	38
c)	Derecho a renunciar al asilo.	38
d)	Derecho a la libertad de expresión.	38
iv)	Obligaciones o cargas de los asilados.	38
a)	Obligación de no realizar actos que pongan en peligro la paz pública del país de asilo.	38
b)	Obligación de costearse los gastos provenientes del asilo.	39
B.	Sistema de asilo de Naciones Unidas.	39
1.	Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados Rusos.	41
2.	La Oficina Internacional Nansen para los Refugiados.	42
3.	Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania.	43
4.	Alto Comisionado para los Refugiados y el Comité Intergubernamental para los Refugiados.	45
5.	Administración de Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción.	46
6.	Organización Internacional para los Refugiados.	48
7.	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.	50
8.	Nuevos desarrollos del Derecho Internacional de los Refugiados.	57
CAPÍTULO II. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS.		67
A.	Concepto de Refugiado a partir del conjunto de instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Refugiados.	67

1. Definición de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados.....	68
i) Statutory refugees.....	69
ii) Determinación general conforme a la Convención y el Protocolo.	70
a) Cláusulas de inclusión.	70
1) Limitación racione temporis.....	71
2) Fundados temores.	73
3) Persecución.....	74
4) Causales particulares de persecución.	78
(i) Raza.	79
(ii) Religión.....	80
(iii) Nacionalidad.	81
(iv) Pertenencia a determinado grupo social.	81
(v) Opiniones políticas.	84
5) Salida del territorio.....	86
6) Renuncia o imposibilidad de la protección del país.....	89
b) Cláusulas de Exclusión.....	90
1) Personas no necesitadas de la protección internacional otorgada por las Naciones Unidas.	91
2) Personas no necesitadas de protección internacional por recibir protección de otro Estado.	92
3) Personas no merecedoras de la protección internacional por la comisión de actos impropios.	93
(i) Delitos contra la paz, de guerra o contra la humanidad.....	98
(ii) Delitos comunes graves	100
(iii) Actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.	102
2. Definición ampliada de refugiado: tendencias regionales.....	104
i) Agresión.	109
ii) Perturbaciones graves al orden público.....	110

iii) Violencia generalizada	113
iv) Conflictos internos	114
v) Violación masiva de los derechos humanos	114
B. Estatuto de refugiado	116
1. Principios fundantes de la protección.....	117
i) Prohibición de la discriminación.....	118
ii) Prohibición de expulsión y principio de no devolución.....	121
2. Derechos de los refugiados.....	124
i) Libertad de Culto	124
ii) Derechos derivados del estatuto personal. El matrimonio.	125
iii) Derecho de propiedad.....	126
iv) Libertad de asociación.....	127
v) Acceso a la Justicia	127
vi) Derecho al trabajo	127
vii) Derechos económicos, sociales y culturales.....	128
a) Derecho a una alimentación adecuada.	129
b) Derecho a una vivienda adecuada.	130
c) Derecho al grado más alto de salud física y mental posible.	131
d) Derecho a la educación.....	131
viii) Igualdad en las cargas tributarias.....	131
ix) Libertad de Circulación	131
x) Derecho a acceder a ayudas administrativas: expedición de documento de identidad y de viaje.	132
3. Obligaciones de los refugiados.....	133
4. Formas de acceder al asilo.....	134
i) Admisión en el país de asilo.....	134
ii) Recepción de los solicitantes de asilo.	135
iii) Acceso al procedimiento para la determinación del status de refugiado. ..	136
5. Cláusulas de Cesación.....	138

i) Acogerse nuevamente a la protección de su país.....	140
ii) Recobrar voluntariamente la nacionalidad.	141
iii) Adquisición de una nueva nacionalidad y disfrute de la protección del país de su nueva nacionalidad.	142
iv) Establecerse nuevamente en el país de origen.	142
v) Desaparición de las circunstancias.....	143
CAPITULO III. EL ASILO EN CHILE: PERSPECTIVAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS.....	147
A. Análisis histórico de la protección de los refugiados en Chile.	148
1. Periodo 1810 – 1930.	148
2. Periodo 1930 – 1973.	151
3. Periodo 1973 – 1994.	153
4. Periodo 1994 – 2012.	157
B. El asilo en la evolución legislativa.....	161
1. El asilo en instrumentos de derecho internacional. Recapitulación.....	162
2. El asilo en la legislación nacional.....	162
i) Situación previa a 2010.	163
ii) Situación actual.....	175
a) Definición de refugiado en la legislación nacional.....	176
b) Principios fundamentales de la protección.	177
1) Principio de no devolución.....	178
2) No sanción por ingreso clandestino y residencia irregular.....	180
3) Confidencialidad.	181
4) No discriminación.	181
5) Unidad de la familia o reunificación familiar.....	182
6) Interés superior del niño.	182
7) Gratuidad.	183
c) Principios interpretativos de la ley.	183
1) Interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados.	184

2) Principio pro homine.....	184
3) Trato más favorable.....	185
d) Del estatuto de Refugiado.....	185
1) Exclusión del <i>status</i> de refugiado.	185
2) Causales de cesación y pérdida del estatuto de Refugiado.	186
3) Derechos y obligaciones de los Refugiados.	187
e) Autoridades de aplicación de la ley.....	189
1) Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.....	189
2) De la Secretaría Técnica.....	190
f) Procedimiento de determinación de la condición de Refugiado.....	190
1) Ingreso al territorio y presentación de la solicitud.....	191
2) Procedimiento ordinario.....	192
3) Procedimientos especiales.....	193
g) Revisión de actos administrativos.....	194
CAPÍTULO IV. GRUPOS CON NECESIDADES ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN:	
LOS MENORES DE EDAD REFUGIADOS.....	196
A. Regulación general.....	197
1. Convenciones sobre Derechos Humanos	197
2. Convención sobre los Derechos del Niño.	201
B. El “Interés superior del niño” y su relación con los menores refugiados.....	204
1. Determinación del Interés Superior del niño (DIS).	206
2. Evaluación del interés superior.....	207
C. Situaciones especiales de riesgo.	207
1. Niñas y niños no acompañados o separados.....	208
2. Niños en conflictos armados: Prohibición del reclutamiento infantil.....	210
3. Menores sometidos a explotación sexual.	211
D. Regulación nacional.	213
1. Regulación general.....	213
2. Regulación particular: Capítulo VI de la Ley 20.430.	218

CONCLUSIONES	221
BIBLIOGRAFÍA	227
ANEXOS.....	247

RESUMEN.

Este trabajo tiene por objetivo principal formular una conceptualización respecto del status de refugiado, además de realizar una revisión crítica de las distintas regulaciones del asilo que existen en Latinoamérica. A partir de lo anterior, analizar la práctica estatal del refugio en Chile.

El método a utilizar es una investigación historiográfica y un análisis jurídico de las normas nacionales e internacionales que regulan el asilo.

En resumen, esta tesis contendrá cuatro capítulos. El primero se refiere a la historia de la protección internacional de los refugiados, analizando el sistema latinoamericano de asilo diplomático y territorial, y por otro lado, el sistema de refugio que se consolidó a partir de la postguerra, mediante la suscripción de la Convención de Ginebra de 1954 sobre el Estatuto de los Refugiados, en el seno de las Naciones Unidas. En el segundo capítulo se analizará el sistema internacional de protección de los refugiados, intentando construir una definición general de *status* de refugiado, para darle un contenido que sea inmanente a su naturaleza jurídica. En el tercer capítulo se analizará críticamente la legislación chilena vigente en la Ley N°20.430 sobre protección de los Refugiados. Y finalmente, en un cuarto capítulo, haremos especial referencia a la regulación nacional e internacional respecto de los niños refugiados, como sujetos vulnerables para el Derecho de los Refugiados, analizando la forma de dar cumplimiento, por parte de Chile, a los compromisos internacionales contraídos.

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional históricamente ha debido conocer la existencia de diversos flujos migratorios transfronterizos, los cuales han sido caracterizados y regulados por diversas ramas del derecho internacional vinculadas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dependiendo de las diversas situaciones que lo originan.

En este sentido, la mayor parte de los flujos migratorios nacen de la búsqueda de mejores condiciones, ya sean económicas como de seguridad personal. De esta forma, podemos distinguir dos situaciones: la migración voluntaria o económica y la migración forzada o asilo; distinguiéndose ambos por el imperativo de necesidad en la huida.

La migración por motivos económicos o voluntaria se produce, principalmente, por la búsqueda de mejores expectativas de desarrollo personal, que pueden traducirse en: un interés hacia una educación de calidad; mejores posibilidades económicas o; simplemente, la satisfacción de las expectativas mínimas de bienestar. Así, la rama del derecho que se preocupa de esta problemática es el Derecho Migratorio Internacional, el cual está conformado por normas contenidas en instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en tratados relativos al Derecho Internacional del Trabajo.

En paralelo a lo anterior, la migración forzada es aquella en que la persona está obligada a abandonar su lugar de residencia habitual, debido a incidentes ajenos a su voluntad, como violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Este tipo de migración es la que genera un mayor interés por parte del derecho, el cual a través de su regulación jurídica busca la protección de estas personas, evitando un menoscabo superior al que representa mantenerse en el país de origen¹.

¹ Cabe destacar que la migración forzada no es sólo un problema de carácter transfronterizo, sino que también podemos encontrar este tipo de migración a nivel nacional, siendo conocido este fenómeno como desplazamiento interno. Éste no está regulado por convenciones

Como respuesta a este fenómeno migratorio nace el Derecho Internacional de los Refugiados, que regula el estatus jurídico del que van a gozar los refugiados, es decir, aquellas personas que gozan del derecho de asilo, el cual es aquella garantía de los derechos humanos consistente en la protección que el Estado presta, dentro de su ámbito de soberanía, a los extranjeros que hayan penetrado en su territorio para huir de diversas situaciones por las cuales se vulneran derechos fundamentales básicos como el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona, la libertad de opinión, la igualdad, el acceso a la justicia, entre otros.

Esta rama del derecho viene a consolidar la evolución histórica que tuvo el derecho de asilo, el cual nació como una mera costumbre en la antigüedad, se cristalizó como institución en la Edad Media, bajo la influencia de la Iglesia Católica, gozándose de sus prerrogativas en los terrenos de conventos, monasterio e iglesias, y fue tanta la popularidad de la institución que no solo opero a nivel territorial, sino que se le extendió su aplicación a objetos que tenían el poder de ofrecer inmunidad a aquellos que las poseyeran, tal como sucedió con las cartas de inmunidad y las cruces de los Caballeros Cruzados; con posterioridad fue asumida por los señores feudales en sus palacios y terrenos; fue regulada en el Derecho Español en el Código de Alarico, las Siete Partidas y en el Fuero Juzgo (que en el siglo XVI llegaría a ser la base de la legislación indiana); con la Revolución francesa y la Ilustración se le brinda una fundamentación política a la institución, que se basa en la idea de la soberanía estatal y la protección de los derechos del hombre. Ya en la modernidad, podemos ver dos evoluciones de esta institución: la latinoamericana, que surge en virtud de la convulsión política que se produjo tras las independencias de las naciones americanas; mientras que en Europa se consolida toda la evolución histórica para brindarle protección a las víctimas de las guerras que sufrió este continente a partir de 1900.

internacionales, por lo que sus límites son muy difusos en cuanto a causales como a la protección estatal y de agencias internacionales.

El mayor desarrollo doctrinal, y la aprobación de la Convención de Ginebra de 1954 sobre el Estatuto de los Refugiados, y su Protocolo de Nueva York de 1967, convenciones de carácter mundial, hicieron que el asilo forjado en Europa prevaleciera en todo el orbe, incluyendo Latinoamérica que tenía un sistema propio, lo cual se vio favorecido además por la creación de una institución enfocada en resolver este problema, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

En la historia de Chile, la institución del asilo ha tenido vital importancia. Este país adhirió en un comienzo al sistema de asilo latinoamericano, el cual todavía se encuentra vigente en la legislación nacional aunque sin la importancia de antaño, recibiendo importantes personajes de la historia latinoamericana que le valieron ser calificado como el “asilo contra la opresión”; conforme a los avances de la institución a nivel mundial, en el año 1971 suscribe y ratifica la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York ya señalados; solo algunos años después y, en virtud del golpe de Estado del General Augusto Pinochet y la dictadura militar consecuente, las violaciones masivas a los derechos humanos convirtieron a Chile en un país que produjo una importante cantidad de refugiados; finalmente, con el retorno a la democracia, vuelve a ser un país receptor de refugiados, cumpliendo las obligaciones impuestas en la Convención de Ginebra de 1967.

Si bien Chile, en esta última etapa ya era un Estado Parte en los instrumentos internacionales sobre refugiados, en la práctica la protección que se les brindaba era muy limitada, tanto en cuanto al número de personas beneficiadas, como respecto de los derechos que se le otorgaban, además de que no existía una ley que regulara los distintos aspectos del asilo. Así, recién en el año 2010 se dicta la Ley N° 20.430 sobre Protección de los Refugiados N°20.430 que regula un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, además de consagrar derechos mínimos que pueden gozar los refugiados, la cual todavía es insuficiente para poder cumplir con los estándares exigidos internacionalmente.

Finalmente, cabe señalar que la institución del asilo se ha ido fusionando con otras regulaciones, las cuales velan por grupos con necesidades especiales de protección.

Así, tiene una importancia fundamental las normas que dicen relación con el tratamiento de los niños y niñas refugiados, los cuales tienen un *status* favorecido dentro de la misma condición de refugiado, debido a que son personas altamente vulnerables a sufrir violaciones a sus derechos en el país de asilo. En Chile no existen protocolos especiales para cubrir estas necesidades, lo cual viene a confirmar la idea principal que el *status* de refugiado no está consagrado como lo obliga el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En base a lo anterior, podemos formular las siguientes hipótesis de trabajo:

Primero, que el Estado, en su rol de legislador y de administrador, ha actuado de manera insuficiente en la protección de los refugiados. Esta exigua actuación por parte del legislador se refleja la formulación de una ley, que a pesar de significar un avance en determinadas materias relativas a la protección de los refugiados, como la documentación y el establecer legalmente un procedimiento y sus recursos para impugnarlo, en la práctica ha dejado multiplicidad de temas sin abordar, como es, entre otros, que ese procedimiento pueda ser categorizado como un procedimiento justo y razonable, que incluya plazos determinados y una decisión fundada; y que los recursos para alegar en contra de la decisión no se queden en sede administrativa, y expresamente se establezca una nulidad de derecho público en sede jurisdiccional.

Respecto al rol de administrador, éste no se ha encargado de adaptar sus sistemas de seguridad social (principalmente en su cariz previsional y de acceso efectivo tanto a la educación como al trabajo) a las necesidades de las personas refugiadas, por lo que éstas quedan sometidas al régimen general, sin poder gozar efectivamente de las garantías otorgadas especialmente por el *status* de refugiado.

Segundo, en la actualidad concurren dos sistemas jurídicos vigentes para cubrir la situación de las personas que tienen fundados temores de ser perseguidos en sus países de origen. Por un lado tenemos la institucionalidad del asilo latinoamericano, aún vigente en la legislación migratoria general, el Decreto Ley 1.094, y por el otro la institucionalidad del refugio en la Ley N°20.430 sobre Protección de los Refugiados.

Ambas presentan diferencias sustanciales en materias relativas a la causal de reconocimiento; también hay diferencias respecto al procedimiento; y a determinados derechos enunciados en beneficio de los refugiados, como el derecho a salud y educación (los que se encuentran solamente en la Convención de 1951).

Tercero, podemos señalar que el Estado chileno, a pesar de ser parte de las principales convenciones internacionales sobre protección de los refugiados, no ha establecido un sistema de protección acorde a las nuevas tendencias del Derecho Internacional de los Refugiados, ya sea en instrumentos vinculantes como en cuanto a aquellos reconocidos como *soft law*, que obligan al estado al reconocimiento de un *status* especial como refugiado. Así, se visualiza que en la práctica la Ley 20.430 no consagra formas más beneficiosas de gozar de los derechos ahí regulados, por lo que el refugiado, en la mayoría de los derechos, queda reducido a ser considerado como un migrante cualquiera.

Cuarto, hoy en día existen tendencias en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que buscan una mayor protección a grupos con necesidades específicas, tales como las minorías sexuales, mujeres y niños, y que no han sido reguladas por el Estado. En particular, en cuanto a los niños, no existen políticas específicas de protección, que velen por el interés superior de los menores refugiados, ya sea en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, como en el goce de sus derechos.

Por todo lo anterior es posible señalar que la legislación chilena necesita establecer un sistema integral para la protección de los refugiados, que no se reduzca solamente a un procedimiento de reconocimiento del *status* jurídico de refugiado, que justifique la existencia de un *status* especial dentro de la legislación, con derechos establecidos y garantizados jurisdiccionalmente, y que esté acorde a las nuevas tendencias del Derecho Internacional de los Refugiados y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En resumen, esta tesis contendrá tres capítulos. El primero se refiere a la historia de la protección internacional de los refugiados. El análisis de este capítulo se divide en dos secciones. La primera se ocupará del sistema latinoamericano de asilo diplomático, el cual fue creado para dar protección efectiva a aquellas personas que sufrieron o que pueden sufrir persecución a causa de sus opiniones políticas, el que surgió en el contexto de los quiebres institucionales y del caudillismo prevaleciente en América Latina en el siglo XIX y en gran parte del siglo XX, y que se encuentra recogido en la legislación nacional vigente. La segunda sección versará sobre el sistema de refugio que se consolidó a partir de la postguerra, mediante la suscripción de Convenciones en el seno de las Naciones Unidas y la creación de la oficina de ACNUR, en el seno de dicha institución, además de la evolución de las normas regionales respecto del Derecho Internacional de los Refugiados. Este es el sistema con más amplia adhesión a nivel mundial.

En el segundo capítulo se analizará el sistema internacional de protección de los refugiados, refiriéndonos a los instrumentos internacionales en los que se establecen los diversos mecanismos de protección, en el que tenemos acuerdos de carácter vinculante, los cuales son la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967; instrumentos no vinculantes, como la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y la Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina; y por último distintas instrucciones y criterios emanados de ACNUR que ordenan y especifican ciertos aspectos esenciales en la protección internacional. A partir de los instrumentos interiores, de-construiremos la definición de *status* de refugiado, para darle un contenido que sea inmanente a su naturaleza jurídica.

En el tercer capítulo se analizará críticamente la legislación chilena vigente en la Ley sobre protección de los Refugiados, N°20.430. El análisis consistirá en revisar sus disposiciones, determinar si están en consonancia con la legislación internacional y destacar los problemas que conllevan las inadecuaciones que se hayan detectado. Se revisarán los tratados internacionales vigentes en Chile respecto a la protección de los

refugiados y como estos influyen en la legislación nacional, constatando como se garantizan además otro tipo de derechos como son los derechos económicos, sociales y culturales. Se analizará también en profundidad el procedimiento interno en Chile, haciendo especial énfasis en las diversas etapas en que se puede encontrar un solicitante de refugio o un refugiado en nuestro país.

Finalmente, en un cuarto capítulo, haremos especial referencia a la regulación nacional e internacional respecto de los niños refugiados, analizando el cumplimiento por parte de Chile de los compromisos internacionales contraídos.

CAPITULO I. MODALIDADES DE ASILO

Para entender el complejo fenómeno del asilo y, por tanto, de la protección de las personas que tienen el *status* de refugiado, hay que tener en consideración la evolución histórica que ha tenido la institución, conforme a las necesidades que fueron surgiendo en diferentes épocas y lugares.

Como primera consideración, realizaremos un recorrido histórico desde los orígenes del asilo, hasta su forma actual regulada por el Derecho Internacional de los Refugiados.

Así, podemos señalar que esta institución nació como una mera costumbre, la cual se cristalizó como institución en la Edad Media². En esta época, la institución tuvo un carácter netamente religioso, fundándose en la protección de los perseguidos por la justicia, lo que produjo fuertes disputas entre los dos grandes poderes de la época, la Iglesia Católica y los Reyes que gobernaban la Europa medieval. En este sentido, el asilo en la Iglesia Católica tuvo su fundamento en el deber de los sacerdotes de interceder en la justicia terrenal “colaborando en su tarea de superación de las normas punitivas, a veces bárbaras o anacrónicas”³. En la práctica, éste era ejercido a través de objetos o lugares considerados sagrados, como reliquias, monasterios y templos.

En siglos posteriores, Carlomagno, luego de consolidar su poder imperial restringió el poder papal, lo cual implicó limitar también la figura del asilo. Esto lo hizo a través de capitulaciones que fue firmando con la Iglesia, disminuyendo por una parte las personas que podían beneficiarse con a la protección en las dependencias religiosas, y las condiciones mínimas de sobrevivencia en estos lugares. Así, por ejemplo, se “prohibía a los sacerdotes dar alimentos a los asesinos y en general a los condenados

² Para un análisis completo de la evolución del asilo, ver VIEIRA, Manuel Adolfo. Derecho de asilo diplomático (asilo político). Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1961. 573 p.

³ Esta obligación fue impuesta por el Concilio de Sárdica del año 344. VIEIRA. *Loc. Cit.*, p. 53

a muerte refugiados en el templo”⁴. Sin perjuicio de lo anterior, no todos los autores están de acuerdo en la utilidad de estas restricciones, ya que se señala por éstos que la Iglesia igualmente extendió “el asilo [a] toda clase de criminales, y por la excomunión que fulminaron contra los que querían sacarlos, les aseguraron la impunidad”⁵.

Con el acrecentamiento del poder de los nobles y el surgimiento del feudalismo, se produce una disminución en los poderes clásicos (la Iglesia Católica y los Reinos absolutistas), por lo cual surgen nuevas instituciones, como las cartas de inmunidad o de asilo, las cuales consistían en privilegios personales y económicos concedidas, principalmente, a las iglesias y terrenos del señor feudal⁶. Esto demostraba que ahora la facultad de brindar protección ya no emanaba directamente de la Iglesia, sino que era una prerrogativa del señor Feudal que extendía a determinadas instituciones o personas, sin tener mayor importancia el sentido de justicia que existía anteriormente.

A la España medieval el asilo llegó con el Código de Teodosio, traspasándose con posterioridad al Código de Alarico, las Siete Partidas y el Fuero Juzgo. La principal novedad que se incluyó en la regulación española fue que en caso que el sacerdote tuviera que entregar al perseguido, éste podía verse beneficiado por la intercesión del primero para disminuir la pena que debía sufrir sin la protección.

Uno de los primeros textos que de manera refundida regulan el asilo de manera independiente es la Novísima Recopilación de 1802, en el título V, Libro I del Fuero Real, texto que refundió las regulaciones realizadas por monarcas anteriores. La principal característica de este texto es que era una regulación negativa, pues sólo hacía referencias a las excepciones del asilo, señalando que “No gocen de la inmunidad los delinquentes que se expresan” (sic), lo que claramente responde a las

⁴ VIEIRA. *Óp. Cit.*, p. 64

⁵ MARIATEGUI, F. Reseña histórica de los principales concordatos celebrados con Roma y Breves reflexiones sobre el último habido entre Pío IX y el Gobierno de Bolivia. José Mira. Lima. 1856, p. 159

⁶ Con ocasión del Concilio de Clermont de 1095, en medio del fervor de las cruzadas, se extendió la inmunidad “a las cruces elevadas en los caminos” VIEIRA. *Óp. Cit.*, p. 67

restricciones que se estaban produciendo en la época⁷. Importancia fundamental tiene este cuerpo legal, ya que llega a América como legislación texto supletorio de la legislación indiana⁸.

En virtud de la disminución del poder de la Iglesia Católica, la secularización y la cercanía de los reinos, surge el asilo territorial, el cual se convierte en una práctica en las diferentes naciones europeas, el cual es una extensión del asilo que se practicaba en lugares específicos, como los monasterios, pasando a abarcar el Estado completo que lo brinda.

Ya con la Revolución Francesa y los ideales de la Ilustración, se termina por abolir el asilo conforme a las prácticas de la Iglesia Católica. Al mismo tiempo, surge una nueva forma de asilo, el cual va a ser el antecedente de la institucionalidad vigente en el siglo XIX: la Constitución Francesa del año 1793, en su artículo 120 prescribe que el pueblo Francés “Da asilo a los extranjeros desterrados de su patria por causa de la libertad: rechaza a los tiranos”⁹. De esta forma se consagra un asilo basado en la idea de soberanía.

En cuanto a la soberanía, Norberto BOBBIO, señala que la condición necesaria y suficiente para que exista un Estado es “que en un territorio determinado haya un poder capaz de tomar decisiones y emitir mandatos correspondientes, obligatorios para todos los que habitan en ese territorio, y obedecidos efectivamente por la gran mayoría de los destinatarios en la mayor parte de los casos, en los que se requiera la obediencia; cualesquiera que sean las decisiones”. Para llegar a esta definición BOBBIO cita a KELSEN, quien hace del Estado una reducción al ordenamiento jurídico, donde “el poder del soberano se vuelve el poder de crear y aplicar el derecho en un territorio y hacia un pueblo [...] El territorio se convierte en el límite de validez

⁷ GORTAZAR ROTAECHE, Cristina J. Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado. Universidad Pontificia Comillas, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, p 53

⁸ EYZAGUIRRE, Jaime. Historia del Derecho. Editorial Universitaria, Santiago, Decimosegunda edición, 1992. p. 162.

⁹ Acta Constitucional Francesa del 24 de junio de 1793. [En Línea] <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/804/9.pdf>> [Consulta: 11 de diciembre de 2011]

espacial del derecho del Estado, en el sentido de que las normas jurídicas emanadas del poder soberano únicamente valen dentro de determinados confines”¹⁰.

De esta forma, a contrario sensu, el soberano tiene el derecho de aceptar o no asilados en su territorio, y al concederlo, esto sería simplemente una concesión graciosa del Estado. Esta última interpretación es la que prima en gran parte de la doctrina latinoamericana; postura que no compartimos teniendo en cuenta las Convenciones Internacionales vinculantes para los Estados en relación a la protección de los refugiados, sino que adherimos a la noción de SALVIOLI que señala que “la noción de soberanía estatal fue evolucionando y adquiriendo contornos nuevos con las necesidades surgentes manifestadas por la comunidad internacional organizada. En efecto, Mariño Méndez sostiene en dicho sentido que: ‘la soberanía es una noción jurídica cuyo contenido no es inmutable y que ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo’”¹¹.

A pesar de que la Constitución Francesa tuvo marcada influencia en Europa y en las incipientes naciones americanas, no logró expandir el concepto de asilo establecido. Así, al contrario de lo regulado en Francia, en España, Fernando VIII en 1822, elimina este derecho a través de modificaciones al Código Penal, en virtud del abuso que se había hecho de la institución.

El proceso evolutivo de la institución siguió rumbos distintos en Latinoamérica y en Europa. Así, las nuevas naciones en América Latina celebraron diversos tratados internacionales que consolidaron el ya existente asilo territorial, pero además, le dieron una crucial importancia a una nueva forma de asilo, el diplomático, el cual se asemejaba al otorgado desde el medioevo en monasterios e iglesias; mientras que en Europa, se fortaleció el asilo territorial al estilo francés, consolidándose finalmente en el contemporáneo Derecho Internacional de los Refugiados.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política, trad. de José F. Fernández Santillán, Decimotercera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2009., p.128 - 129

¹¹ SALVIOLI, Fabián. La judicialización del derecho internacional de la persona humana. En: BAZAN, Víctor et al. La judicialización de los DDHH, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derechos Humanos – Ediciones Legales, Lima, 2009, p. 45

A. Sistema de asilo latinoamericano

El sistema de asilo latinoamericano tuvo dos fuentes: la legislación indiana, y la práctica estatal proveniente de Europa, ambas recibidas en los países de Latinoamérica en virtud de la Colonización española.

La legislación indiana reguló el asilo provisto por las Iglesias, el cual tenía como fundamento el evitar el castigo precipitado que podría transformarse en venganza en vez de velar por la justicia. Felipe II, en 1569, mando precisamente a todos los jueces de las Indias que tuvieran “grande y continuo cuidado de que las dichas iglesias [...] sean muy respetadas y favorecidas y se les guarden y hagan guardar con el rigor que convenga sus preminencias y prerrogativas y las demás inmunidades eclesiásticas, sin consentir que en ningún caso sean quebrantadas, ni se saquen de ella los delincuentes, que debieren gozar de las dichas inmunidades”¹². Este principio extendido en Latinoamérica a iglesias, monasterios, hospitales y cementerios de iglesias, fue limitado siglos más tarde por acuerdos entre la Corona y la Santa Sede. Así, el Papa Clemente XIV en 1772 encargó a los obispos de España e Indias que señalaren en cada ciudad una o a lo más dos iglesias o lugares sagrados, según la importancia de la población, como lugares de asilo¹³.

En cuanto a la práctica estatal, como se señaló anteriormente, bajo la influencia francesa y de la Ilustración, se estaba desarrollando un asilo territorial a nivel estatal, el cual fue el marco jurídico ideal para resolver los problemas que se estaban produciendo por los fuertes cambios institucionales que se dieron en la primera mitad del siglo XIX en la región.

Concluidos los movimientos independentistas, la legislación indiana fue sustituida a través de un proceso de codificación del derecho, el cual no recogió la institución del

¹² LEVAGGI, Abelardo. Historia del derecho penal argentino. Editorial Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 1978. p. 86.

¹³ LEVAGGI, A. *Ibíd.*

asilo. En virtud de lo anterior y, para adaptarse a la situación latinoamericana con un gran número de Estados, se debió regular la institución, que tuvo una importante aplicación práctica, a través del derecho internacional, conformando los primeros cuerpos normativos que consagran esta institución.

Así nace el asilo latinoamericano, el cual se caracteriza, principalmente, por otorgarse a personas perseguidas por delitos políticos (por eso es llamado asilo político) en una legación y no en el territorio del país (por eso también es llamado asilo diplomático), permitiéndose, en caso de extenderse de sobremanera, entregar un salvoconducto al asilado para que pueda salir al territorio del Estado otorgante de asilo.

Cabe señalar que la regulación jurídica del asilo en Latinoamérica utilizó dos figuras: la primera, el asilo diplomático, el cual es, de acuerdo a lo dicho en la Conferencia Iberoamericana de Montevideo sobre Derecho de Asilo de 1996, “El derecho de un Estado a conceder en los locales de sus Representaciones diplomáticas, naves de guerra, campamentos o aeronaves militares, la protección a perseguidos por motivos políticos, por delitos políticos, delitos comunes conexos con lo político, o por delitos comunes cometidos con fines políticos, por el tiempo estrictamente necesario y para garantizar la seguridad del solicitante, ante el peligro de ser privado de su vida y su libertad”¹⁴; mientras que la segunda, el asilo territorial es, según la misma conferencia “El derecho de un Estado a dar protección en su territorio a perseguidos, bajo riesgo de perder su vida o libertad, por motivos políticos, por delitos políticos, delitos comunes conexos con lo político o por delitos comunes cometidos con fines políticos”¹⁵.

En el mismo sentido, Santiago BENADAVA define asilo diplomático como aquel “que se otorga en la sede de una misión diplomática a una persona que es perseguida por delitos políticos en un país convulsionado”, en tanto que el territorial “es la acogida

¹⁴ DOCUMENTO FINAL CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE MONTEVIDEO SOBRE DERECHO DE ASILO. Montevideo, Uruguay, 11 de octubre de 1996. *Diplomacia*. 70: 53 – 55, 1996.

¹⁵ *Ibíd.*

que brinda un Estado en su territorio a un extranjero que es perseguido por motivos políticos o ideológicos”¹⁶.

Cabe señalar que, de las dos variantes, la que tuvo mayor importancia en el siglo XIX fue el asilo diplomático, siendo profusamente regulado por convenciones de carácter regional. Además, se ha sostenido que esta forma de asilo es una institución regional, y no podría alegarse su existencia en otros continentes. Esta forma de asilo también ha sido conocida como asilo extraterritorial, en contraste al asilo territorial¹⁷, el cual será analizado más adelante.

Hugo LLANOS agrega que “el asilo diplomático no es aplicado prácticamente en otras zonas del mundo, con la sola excepción de España”¹⁸, sin embargo la profesora española Gloria FERNANDEZ ARRIBAS rebate esta afirmación, al señalar que si bien “la institución del asilo diplomático está relacionada con el concepto de refugio temporal, consistente en el resguardo ofrecido por los Estados en sus locales diplomáticos, por razones humanitarias, en los casos en los que la vida y la integridad de la persona se encuentre en peligro, esta protección prestada por los Estados encuentra su base en una norma de derecho consuetudinario que es la inviolabilidad de las misiones diplomáticas, la cual garantiza a cualquier persona y en cualquier Estado, que mientras se encuentre en el interior de una misión diplomática, estará a salvo de actos de fuerza, en este sentido hay que decir que ésta es la clase de protección practicada por España, en estos casos, ya que nuestro país no reconoce la figura del asilo diplomático”¹⁹

¹⁶ BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3º ed., 1989, p. 199

¹⁷ LARA, Jorge Salvador. El concepto de asilado territorial según los convenios interamericanos y la noción de refugiado según los instrumentos internacionales de Naciones Unidas. En: Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Instituto "Matías Romero" de Estudios Diplomáticos, México D.F., 1982, p. 89.

¹⁸ LLANOS MANCILLA, Hugo. Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Tomo III. Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 349.

¹⁹ FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria. Asilo y refugio en la Unión Europea, Granada, Editorial Comares, 2007, p. 15 – 16.

En el mismo sentido de España se encuentran los Estados Unidos de Norteamérica, país que, al momento de la firma de las diferentes convenciones, siempre ha hecho una declaración en que señala que este país no reconocen ni suscriben la doctrina del asilo político como parte del derecho internacional, por lo cual se abstiene de firmar las convenciones²⁰.

En cuanto a la relación entre el asilo diplomático y la inmunidad de las misiones diplomáticas, cabe destacar que respecto de esta última “no es tan absoluta que llegue a legitimar el derecho de asilo en todas sus circunstancias [...] Su ejercicio se encuentra en nuestro días generalmente abolido, al menos para los delincuentes de derecho común”²¹.

Partiendo de lo anterior se puede sostener que la inmunidad diplomática, si bien tiene un fundamento diverso al asilo diplomático, en la práctica funciona de forma similar a la institución latinoamericana, ya que se sostiene que “Lo que en el siglo VII era una regla corriente, no es una regla del Derecho Internacional en nuestra época [...]. Sin embargo si el derecho de asilo es de todo punto inadmisibles cuando se trata de criminales perseguidos por delitos comunes, no puede decirse lo mismo en el caso de perseguidos políticos, que huyendo de las venganzas del populacho o la venganza de sus enemigos vencedores, buscan refugio en una Legación extranjera. En estos casos, el asilo no va contra la justicia del país, y el ejercicio es humanitario y hasta legítimo. Ningún Agente diplomático negará asilo a un perseguido político en esas condiciones, y el ejercicio de semejante derecho es respetado siempre por el Estado territorial”²². De esta forma, tradicionalmente se ha aplicado esta figura en el mundo, sin necesidad de una regulación convencional especial, como la latinoamericana, ya que queda subsumida en las normas de Derecho Diplomático.

Casos emblemáticos en que se utilizó la institución señalada por FERNANDEZ ARRIBAS en otros lugares del orbe, fueron los surgidos por la Guerra Civil Española,

²⁰ GROS, H. *Óp. Cit.*, p. 47

²¹ VIDAL Y SAURA, Ginés. *Tratado de Derecho Diplomático*, Madrid, Ed. Reus, 1925, p. 267.

²² VIDAL Y SAURA, G. *Óp. Cit.*, p. 268.

donde se brindó refugio temporal en diferentes países europeos; el caso del Cardenal Mindszenty en que se le otorgó asilo diplomático en la embajada de Estados Unidos en Budapest²³; y la aplicación en algunas Embajadas en Roma entre Septiembre de 1943 y Junio de 1944 con motivo de la II Guerra Mundial²⁴.

Tal fue la fuerza y el arraigo que la institución del asilo tuvo especialmente en América Latina, que cuando se discutía el Proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, los comisionados uruguayos y bolivianos, “retiraron una enmienda respecto a incluir el asilo en legaciones, explicando que era preferible no someterlo a votación, por cuanto un resultado adverso debilitaría un principio tan sagrado para los países de América Latina”²⁵.

Uno de los principales problemas que se visualiza en la reglamentación del asilo latinoamericano es la multiplicidad de instrumentos que regulan esta materia. Además, es menester señalar un elemento adicional a lo anterior: el gran número de convenciones además se agrava porque los países no han suscrito todas y cada una de ellas, lo cual genera importantes vacíos, en cuanto a la aplicación general de cada uno de éstos instrumentos²⁶.

En la práctica, los países han suscrito y ratificado muy pocas de estas convenciones, por lo que fue sumamente difícil llegar a una aplicación general de cualquiera de ellos, además que los instrumentos posteriores no han derogados los anteriores, produciéndose una superposición de normas legales aplicables.

En cuanto al asilo territorial, las convenciones latinoamericanas también lo han calificado como refugio, sin perjuicio que este concepto no tiene relación directa con la

²³ GORTAZAR, C. *Loc. Cit.*, p. 64

²⁴ GROS 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: ACNUR. Asilo y Protección Internacional de refugiados en América Latina. Universidad Autónoma de México, México, 1982. p. 37

²⁵ LLANOS, *Loc. Cit.*, p. 349

²⁶ Para una mejor comprensión de esta situación, ver anexo 3: Estados Parte en las convenciones latinoamericanas de asilo.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, a pesar que en ambos se refiere a un asilo en el territorio de un Estado. En relación con esta discusión, podemos señalar que la Conferencia Iberoamericana de Montevideo sobre Derecho de Asilo, de 11 de octubre de 1996, reconoció la diferencia entre ambas regulaciones, señalando que el asilo “es una institución que en los países latinoamericanos se encuentra expresada en sus dos manifestaciones de territorial y diplomático”²⁷, mientras que Refugio es la “institución del ámbito internacional que se regula por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, su Protocolo Adicional de 1967 y las legislaciones nacionales”²⁸.

Esta forma de asilo no solo fue consagrada en convenciones específicas, sino también fue recogida en el artículo 22 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Interamericana de Derechos Humanos.

1. Instrumentos latinoamericanos de asilo.

Los Estados latinoamericanos establecen por primera vez esta institución de forma indirecta, mediante un instrumento de Derecho Penal Internacional. En éstos, el asilo es regulado como una limitación a la extradición. Lo que se buscó con esta fórmula fue simplemente cristalizar la costumbre que se había establecido por siglos.

Con posterioridad, se suscriben convenciones que regularon la figura del asilo, tanto diplomático y territorial, de forma autónoma.

i) Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo 1889)²⁹

²⁷ DOCUMENTO FINAL CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE MONTEVIDEO SOBRE DERECHO DE ASILO. *Óp. Cit.*, p. 53.

²⁸ DOCUMENTO FINAL CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE MONTEVIDEO SOBRE DERECHO DE ASILO. *Óp. Cit.*, p. 55.

²⁹ TRATADO SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 23 de enero de 1889.

La extradición es una de las principales instituciones contempladas por el derecho penal internacional clásico. Ésta se encuentra limitada por diferentes criterios: a saber, el de doble incriminación, inmunidad de jurisdicción y la calificación de ciertos delitos como no extraditables.

En este contexto, se consagró al asilo como una de las principales limitaciones, pero restringido solamente al caso de la comisión de delitos políticos y delitos comunes conexos con los políticos³⁰.

En cuanto al fundamento del asilo y la extradición, éstos difieren, y por tanto, con posterioridad, se requirió una regulación individual. Así, “el asilo tiene una justificación humanitaria”, mientras que la extradición “trata de luchar contra la delincuencia en el ámbito internacional”³¹.

Por otro lado, este tratado buscó evitar todo tipo de colisión entre ambas figuras. Así, al delimitar taxativamente los delitos por los cuales no procede la extradición, los cuales son: duelo, adulterio, injurias y calumnias, delitos contra los cultos y los reos de los delitos conexos con cualquiera de los enumerados³², los distinguió de los delitos políticos y de aquellos que atacan la seguridad interna o externa de un Estado ni los comunes conexos con los políticos³³, ya que solo estos últimos permiten extraer al inculpado de la jurisdicción nacional mediante la figura del asilo diplomático.

Como las normas de este tratado se basan en la reciprocidad de los Estados, existe la obligación por parte del jefe de la legación de comunicar al Estado en que se encuentra, la situación del asilo, estando facultado este último a solicitar que el perseguido se ponga fuera de su territorio nacional dentro del más breve plazo³⁴.

³⁰ Cfr. Artículo 23

³¹ GORTAZAR, C. *Óp. Cit.*, p. 67.

³² Cfr. Artículo 22

³³ Cfr. Artículo 23

³⁴ Cfr. Artículo 17.

En virtud de lo anterior, respecto de los delitos políticos, se produce una clausura teórica entre la extradición y el asilo. Sin embargo, en la práctica existen situaciones limítrofes en que, habiendo una persecución por parte del Estado, se le inculpa de la comisión de delitos comunes, no pudiendo beneficiarse del asilo, sin perjuicio de que la calificación de un delito como político corresponde al país requerido por la extradición, con arreglo a la ley que más lo favorezca. La única forma de superar esta situación debe darse en virtud de la praxis de los tribunales nacionales. Ésta se ha caracterizado por “evita[r] llevar a cabo extradiciones en los casos en los en que éstas podrían exponer a la persona en cuestión al riesgo de ser perseguidas por razones de raza, religión o ideología política”³⁵.

Cabe destacar que, cuando este Tratado hace referencia al asilo, ya que no lo define conceptualmente, no distingue asilo territorial o asilo diplomático; al contrario, los trata conjuntamente, utilizándose genéricamente la denominación asilo para referirse a ambos, pero regulándolos separadamente. Así, el Tratado norma el asilo territorial en los artículos 15 y 16, caracterizando al país asilante como “Nación de refugio”; mientras que caracteriza la situación del asilo diplomático, en el artículo 17, limitándolo solo a delitos políticos, y éste se configura cuando se otorga en legaciones extranjeras, teniendo como fundamento “la extraterritorialidad de la sede diplomática”³⁶. Sin perjuicio de lo anterior, el asilo solo puede concederse en los locales de las misiones diplomáticas, mas no en los consulados, por la finalidad de cada una de estas oficinas³⁷.

Finalmente, es menester señalar que Chile no es Estado Parte de este tratado, ni siquiera en carácter de signatario, por tanto no tiene ningún tipo de obligaciones respecto a lo preceptuado por estas disposiciones.

³⁵ GORTAZAR, C. *Óp. Cit.*, p. 75.

³⁶ SANS PEÑA. Actas y Tratados celebrados por el Congreso Internacional Sud Americano de Montevideo, Ed. Oficial, El Sigo Ilustrado, Montevideo, p. 175. En: VIEIRA. *Loc. Cit.*, p.112

³⁷ BENADAVA, S. *Óp. Cit.*, p. 200

ii) Convención sobre Asilo (La Habana, 1928)³⁸

Esta convención regula principalmente el asilo diplomático, entendiendo por tal, aquel se otorga a las personas acusadas o condenadas por delitos políticos, y que no se refugian en el territorio del país, sino en legaciones, navíos de guerra, campamentos, o aeronaves militares, y solo de manera residual, y conforme a las normas de la extradición, se refiere al territorial³⁹. De esta forma, este instrumento hace sinónimos las denominaciones asilo y asilo diplomático, de forma restrictiva⁴⁰.

Según Jorge Salvador LARA, en el artículo primero tenemos un primer argumento para denominar “refugio” al asilo territorial, en contraposición con “asilo”, que sólo se utiliza respecto del asilo diplomático, ya que sólo se utiliza la palabra “refugiaren” en este primer artículo, y no vuelve a mencionarse; mientras que el concepto “asilo” se utiliza en el resto del articulado de la Convención⁴¹.

Si bien el argumento de LARA es cierto respecto de este instrumento, no podría sostenerse lo mismo respecto de todos los demás, ya que cada convención ha utilizado nomenclaturas disímiles. Así, el Tratado de Derecho Penal Internacional no distinguió el asilo diplomático del territorial, por lo cual el concepto era mucho más amplio.

La Convención, en el artículo 2 establece que se respetara el asilo de las personas perseguidas por delitos políticos, siempre que sea otorgado en legaciones, navíos, campamentos o aeronaves, y su fundamento se encuentre en el derecho nacional o en la humanitaria tolerancia, conforme a las Convenciones o leyes del país de asilo, lo que implica que la Convención misma deja a criterio de los Estados su aplicación.

³⁸ CONVENCIÓN DE LA HABANA SOBRE ASILO. Serie sobre tratados, OEA, N°34. Adoptada el 20 de febrero de 1928, entrada en vigor 21 de mayo de 1929

³⁹ Cfr. Artículo 1.

⁴⁰ GROS, H. *Loc. Cit.*, p. 37

⁴¹ LARA, J. *Óp. Cit.*, p. 90

Un problema que se genera en esta Convención es que no se distingue quién debe hacer la calificación de si un hecho es delito político o no. De esta forma, si una persona que está bajo una persecución estatal por la comisión de determinado delito, que para uno de los Estados puede ser calificado como político y para el otro no, puede desencadenar consecuencias desfavorables para el asilado.

Cabe señalar que esta convención es la primera en intentar dar una regulación procesal mínima para solicitar asilo. Así, señala cuando procede el asilo, ante quien se debe ocurrir, cuales son los procedimientos para sacar al asilado del territorio, cuales son las restricciones a las que queda sujeto el asilado, y quien debe asumir el costo económico del asilo.

Respecto de este último punto, cabe destacar que es el propio asilado el que debe soportar sus costos, regla inversa a la establecida para el asilo actualmente, que apunta a una gratuidad en el procedimiento, en conjunto con todos sus gastos administrativos, y la posibilidad de someterse a las políticas sociales contempladas para los nacionales⁴².

Finalmente, es menester señalar que Chile, en esta Convención, sólo se encuentra en calidad de signatario, mas no está ratificada⁴³, y por tanto, en virtud del artículo 4, no es vinculante, sin perjuicio que subsistan obligaciones mínimas por su carácter de signatario en virtud de las normas de Derecho Internacional Público.

iii) Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933)⁴⁴

Esta Convención, que tenía por principal objetivo modificar la Convención suscrita en La Habana de 1928, hace una regulación exclusiva del asilo diplomático. La doctrina criticó fuertemente ésta, señalando que es “un retroceso en cuanto limitó el

⁴² Cfr. Artículo 2.

⁴³ Estados Parte de la Convención sobre Asilo de La Habana. [En línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-23.html>> [Consulta: 20 de marzo de 2012]

⁴⁴ CONVENCION DE MONTEVIDEO SOBRE ASILO POLITICO. Serie sobre tratados, OEA, N° 34. Adoptada el 26 de diciembre de 1933, entrada en vigor 28 de marzo de 1935

asilo solamente [al diplomático], pues sustituyó el artículo 1º de la Convención de 1928 por otro en el que se suprimía la referencia al asilo en el territorio del país de refugio”⁴⁵.

Dos importantes modificaciones se introdujeron con esta convención, en cuanto a la calificación del delito político y a la reciprocidad en la aplicación del asilo. La primera de éstas introduce una nueva regulación relativa a la calificación del delito político, con lo cual se corrige un vacío que se encontraba en la regulación de La Habana de 1928 que no establecía a quien le correspondía esta tarea. La segunda modificación de importancia se encuentra en el artículo tercero, el que por primera vez establece el principio de la no reciprocidad, en virtud de su carácter humanitario.

A pesar de lo anterior, la parte final del artículo 3, señala que “los Estados que no reconozcan el asilo político, sino con ciertas limitaciones o modalidades, no podrán ejercerlo en el extranjero, sino en la manera y dentro de los límites con que lo hubieren reconocido”.

Con lo anterior, todos los progresos de esta regulación terminan por diluirse, ya que, a pesar de ser el asilo una institución de carácter humanitario, como la calificó la Convención, no obliga a todos los Estados, a pesar de la naturaleza misma de este instrumento. Esto se ve especialmente agravado con las prácticas de ciertas naciones –como los Estados Unidos– que reiteradamente hacen reservas o se niegan a firmar tratados donde se establezca la figura del asilo.

Además, CESAR SEPULVEDA señala que otro de los problemas de esta convención es que “sólo se buscaba disciplinar la práctica del asilo diplomático, no de instaurar un derecho a los individuos”⁴⁶. Esta crítica puede replicarse respecto de todos los demás instrumentos latinoamericanos, ya que éstos no se refieren a los sujetos que gozan del derecho, sino que a las obligaciones y prácticas de los Estados.

⁴⁵ LARA, J. *Óp. Cit.*, p. 91

⁴⁶ SEPULVEDA, César. *Derecho Internacional Público*, México, 1976, p. 155 En: LLANOS, *Óp. Cit.*, p. 351

En cuanto a la vigencia de este tratado, la Convención de Montevideo de 1933 solamente deroga el artículo primero de Convención de La Habana de 1928, dejando prácticamente dos instrumentos vigentes, tal como sucedió con las convenciones sucesivas, lo que genera incontables problemas en cuanto a la aplicación de estos instrumentos.

Respecto de lo anterior, es menester señalar que fue durante este periodo superposición de instrumentos que se produjo el caso del asilo de Víctor Raúl Haya de la Torre, el cual generó una importante controversia entre Colombia y Perú, en 1950. Este caso se resolvió aplicando la Convención de La Habana como solución teórica, pero como ésta no contemplaba una solución práctica, esta quedó en manos de las partes quienes se encontraban “en condiciones de hallar una solución práctica y satisfactoria, inspirada en las consideraciones de cortesía y de buena vecindad que en materia de asilo siempre han tenido un lugar prominente en las relaciones entre las repúblicas latinoamericanas”⁴⁷.

Finalmente cabe señalar que Chile suscribió y ratificó esta Convención, la cual todavía se encuentra vigente⁴⁸.

iv) Tratado sobre Asilo y Refugio Político (Montevideo, 1939)⁴⁹

Esta es la primera convención latinoamericana que hace la distinción entre asilo diplomático y asilo territorial. En este sentido, su estructura se divide en dos capítulos que se refieren respectivamente a los tipos de asilo ya mencionados.

⁴⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de justicia 1948 – 1991. Naciones Unidas. Nueva York. 1992. p 27.

⁴⁸ Estados Parte de la Convención sobre Asilo de Montevideo. [En línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-37.html>> [Consulta: 20 de marzo de 2012]

⁴⁹ TRATADO DE MONTEVIDEO SOBRE ASILO Y REFUGIO POLITICOS. Textos de los tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado, (Oea/Ser.K/ Xxi.2), Washington, D.C., 1977. Adoptada el 4 de agosto de 1939, entrada en vigor 29 de enero de 1958.

El capítulo I trata el asilo diplomático, estableciendo en primer lugar que, no por adherir el Estado a algún sistema de asilo, necesariamente debe admitir asilados en su territorio. Este es el fundamento del Derecho de asilo desde la perspectiva del Estado, estableciendo la discrecionalidad en cuanto a la concesión del asilo. Sin perjuicio de lo anterior, este tratado establece una excepción en cuanto a que si una persona solicita asilo en todos los Estados Parte, el último va a estar obligado a concederlo.⁵⁰.

El Tratado establece una excepción a la protección, ya que excluye del asilo diplomático a aquellos que estando acusados de cometer un delito político, fueron anteriormente procesados o condenados por delitos comunes. De esta manera se genera una cláusula de exclusión de la protección, a pesar de encontrarse en la situación que busca proteger el Tratado.

Teniendo en cuenta las disposiciones de las Convenciones anteriores, que no necesariamente son aplicables a los mismos Estados que son parte en ésta, el Tratado amplía el lugar de solicitud del asilo diplomático no sólo a las legaciones, naves y aeronaves, sino también a las residencias de los jefes de misión, en el caso en que no vivieran en los locales de las legaciones o de las embajadas.

Por otro lado existe una política de confidencialidad para proteger la identidad de los asilados, al prohibirse la entrega de la información de éstos a sus respectivos Estados, siempre y cuando existan circunstancias graves que impidan materialmente la comunicación o que ésta sea peligrosa para la seguridad de los asilados. Fuera de estos casos, el funcionario que concede el asilo debe comunicar esta situación al Gobierno donde se encuentre.

El artículo 5 es la disposición más cuestionada del Tratado, ya que se permite al Estado asilante imponer ciertas limitaciones a los derechos fundamentales del asilado tales como los relativos a la libertad de movimiento y comunicación, derecho de propiedad e incluso restricciones a su privacidad.

⁵⁰ Cfr. Artículo 1

Cabe destacar que este Tratado establece un mecanismo para la salida de los asilados del país persecutor, por el cual el funcionario a cargo del lugar de asilo puede solicitar garantías mínimas para respetar la inviolabilidad del asilado. Esto se produce en cumplimiento del derecho que tiene el país de origen de solicitar que el asilado salga inmediatamente de su territorio.

En caso de producirse una ruptura de relaciones diplomáticas, el artículo 10 permite el traslado de los asilados, ya sea fuera del territorio junto con el representante diplomático, o si esto no fuere posible, la entrega de los asilados a una misión de un tercer Estado con las garantías ya señaladas, para evitar que pueda ser perseguido por el país del que huye.

Respecto al asilo territorial o refugio político, como lo denomina esta convención, este es el primer instrumento que lo regula de forma expresa. En cuanto a las causales, son las ya señaladas para el diplomático, mientras que respecto de las limitaciones de éste, se agrega, además, que los refugiados no deben hacer en el territorio de asilo actos que pongan en peligro la paz pública del Estado del que proceden, pues busca reducir la posibilidad de conflictos diplomáticos entre ambos Estados.

Un punto en que se produce un avance en cuanto a la situación del refugiado en el país de asilo dice relación con la mantención de éste, ya que, a diferencia de las convenciones anteriores, el artículo 14 señala que el mantenimiento del asilado en el país de asilo debe ser cubierto según acuerdo entre el beneficiado y el Estado.

En cuanto a la situación migratoria, se sostiene que el refugio es una situación transitoria, por tanto el Estado asilante no está obligado a otorgarle una visa de carácter permanente o residencia.

Una importante innovación es la dispuesta en el artículo 12, ya que éste establece un primitivo principio de *non refoulement*, al imponer la obligación de no devolver a la

persona que tenía esta condición al Estado del que huyó, aunque pierda la condición de asilado.

Finalmente, la situación de Chile respecto de esta convención es solamente como signatario, ya que no procedió a su ratificación, por tanto no se encuentra vigente como ley de la República⁵¹.

v) Convención sobre Asilo Diplomático y Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954)

Estas convenciones, adoptadas por la Décima Conferencia Interamericana, vienen a profundizar, luego de 15 años de vigencia de la Convención de Montevideo de 1939, las materias tratadas por ésta, disponiendo una convención distinta para cada uno de los tipos de asilo.

Pese a que estas convenciones representan notables avances en materia de protección, “todavía se preocupan más de los derechos de los Estados con respecto al asilo que del derecho de la persona que busca asilo”⁵², aun cuando se reafirma que ésta es una institución de carácter humanitario.

Considerando que estas convenciones se originaron tras la problemática producida con el caso Haya de la Torre, por la dificultad de aplicar múltiples convenciones a un caso concreto, se buscó establecer “normas regulatorias sobre el asilo, totalmente independiente de las otras [...] convenciones [...]. El asilo ya no dependerá, [...] de principios humanitarios o de un régimen consuetudinario, sino de bases claramente convencionales”⁵³.

⁵¹ Estados Parte del Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo. [En línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-10.html>> [Consulta: 20 de marzo de 2012]

⁵² LARA, J. *Óp. Cit.*, p. 92

⁵³ LLANOS, H. *Óp. Cit.*, p. 352

a) Convención sobre Asilo Diplomático⁵⁴

La Convención sobre Asilo Diplomático viene a sistematizar las disposiciones de las convenciones anteriores y a salvar ciertos vacíos que estas tenían, sin perjuicio que no las deroga expresamente.

Al referirse a la situación del asilo diplomático, la Convención “usa en todo su articulado la expresión ‘asilo’, sin ningún calificativo”⁵⁵, refiriéndose siempre al asilo diplomático, confirmando la tendencia de la doctrina latinoamericana de entender “asilo” solamente al diplomático y no al territorial que ya anteriormente le llamó refugio.

También ratifica la calificación del asilo como una situación transitoria, estableciendo en el Artículo V que éste sólo aplica en situaciones de urgencia y por el tiempo necesario para que el asilado salga del país con las garantías otorgadas por el Estado asilante, a fin de que no peligre su vida, su libertad o su integridad personal.

Además, la Convención amplía el criterio para definir quién puede gozar de asilo, eliminando el presupuesto que la persecución tiene que estar originada en la comisión de un delito político. Así, se señala como única causal que un individuo se encuentre en una situación de urgencia provocada por la posibilidad de sufrir una persecución por personas que hayan escapado al control de las autoridades, o por éstas, cuando su vida o su libertad corra peligro por razones políticas, y que no tenga otra forma de protección que no sea el solicitar asilo, no limitándolo necesariamente a la comisión de un delito político. En virtud de lo anterior, ahora el Estado asilante ya no califica si el delito cometido es político o no, sino que entra a calificar si la situación es un caso de urgencia o no.

Por otro lado, se regula la situación de la salida de los asilados del lugar en que reciben la protección, ya sea que el Estado persecutor solicite la expulsión de su país,

⁵⁴ CONVENCION DE CARACAS SOBRE ASILO DIPLOMATICO. Serie sobre tratados, OEA, N° 18. Adoptada el 28 de marzo de 1954, entrada en vigor 29 de diciembre de 1954

⁵⁵ GROS, H. *Loc. Cit.*, p. 37

o sea porque el Estado asilante solicite el ingreso hacia su territorio. En ambos casos se debe procurar las medidas necesarias para que el exilio se produzca sin correr peligro su vida, libertad o integridad personal, mediante el otorgamiento de un salvoconducto para que se produzca efectivamente el cruce en la frontera.

Un último punto importante lo establece la evolución del principio de no devolución, que en la Convención de Montevideo de 1939 se comenzaba a forjar. En ésta, se refuerza este principio, ya que la persona no puede ser devuelta al país del cual está huyendo, salvo que voluntariamente el asilado lo quisiera realizar.

Dentro de sus últimos artículos señala que el asilo no está sujeto a reciprocidad, insistiendo en el carácter de institución humanitaria, la cual sobrepasa las obligaciones convencionales o consuetudinarias.

Cabe señalar que Chile suscribió esta Convención, pero no la ratificó⁵⁶.

b) Convención sobre Asilo Territorial⁵⁷

La doctrina tiene una opinión negativa sobre la aplicación de esta Convención. Según SEPULVEDA, “es un documento limitado, anticuado podríamos decir y pensado más bien para casos aislados de persecución política, generalmente de líderes connotados”, reiterando además su crítica respecto a que estos instrumentos “no conciben al asilo territorial como un derecho de la personas, sino como un privilegio o una gracia del Estado”⁵⁸.

⁵⁶ Estados Parte del Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas. [En línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-46.html>> [Consulta: 20 de marzo de 2012]

⁵⁷ CONVENCION DE CARACAS SOBRE ASILO TERRITORIAL. Serie sobre tratados, OEA, N° 19. Adoptada el 28 de marzo de 1954, entrada en vigor 29 de diciembre de 1954

⁵⁸ SEPULVEDA, César, El asilo territorial en el sistema interamericano. Problemas capitales. En: Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Instituto "Matías Romero" de Estudios Diplomáticos, México D.F., 1982, p. 83

LLANOS agrega que esta Convención se caracteriza en que el Estado asilante no tendría la obligación de acceder a la demanda de asilo, ya que éste no es un derecho del extranjero, a pesar de estar reconocido este derecho en varias constituciones modernas, no siendo en su opinión un principio general de Derecho reconocido por las naciones civilizadas⁵⁹.

En cuanto a su normativa, en primer lugar establece, en su artículo I, que el “Estado tiene derecho, [...] a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente”, confirmando la doctrina del asilo como prerrogativa estatal.

En cuanto a las causales de procedencia, no hace una enumeración taxativa, ya que establece que el Estado asilante tiene el derecho de admitir en su territorio a cualquier persona, sin perjuicio de los derechos que pueda ejercer otro Estado interesado. Dentro de éstos se encuentra, por ejemplo, el solicitar la extradición, la cual no procede cuando se refiera a perseguidos por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos.

Una innovación, siguiendo lo que la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados ya había normado tres años antes, es el establecimiento de la prohibición de sancionar el ingreso ilegal, siempre y cuando no se actúe de forma contraria a las disposiciones de la misma.

Respecto al ejercicio de los derechos fundamentales, sólo establece limitaciones respecto al derecho de asociación y a la libertad de expresión, siempre y cuando el ejercicio de estos derechos afecte directamente a los intereses del Estado persecutor, sin referirse a los derechos fundamentales que tienen los asilados, por su carácter de tal.

⁵⁹ LLANOS, *Loc. Cit.*, p. 352 – 353. En la misma línea, DIEZ DE VELASCO señala que el derecho es del Estado, en cambio para el particular asilado no aparece como un derecho, sino como una concesión graciosa del Estado asilante DIEZ DE VELASCO, *Óp. Cit.*, p. 546 – 547.

Por último, la Convención “por su estructura limitada, no conduce a la expedición de leyes internas”⁶⁰, que regulen profusamente el procedimiento y los derechos que se debieren establecer para los solicitantes, y se deja esta regulación al sistema interamericano de asilo territorial que está conformado por la Convención de Caracas en estudio y por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, lo cual es insatisfactorio.

Tal como sucedió con la Convención sobre Asilo Diplomático, Chile suscribió esta Convención, pero no la ratificó⁶¹.

2. Derechos y obligaciones en el sistema de asilo latinoamericano.

Las convenciones que regulan el asilo latinoamericano apuntan a regular, principalmente, las relaciones entre los Estados y, en menor medida, entre éstos con los asilados.

De esta forma, en esta sección procederemos a analizar en específico, y de forma sistematizada, los derechos y obligaciones subyacentes en los diferentes tratados ya individualizados.

A raíz de lo anterior, es posible sostener que el primer organismo de cooperación preocupado del problema del refugio, fue la Sociedad de las Naciones, creada una vez finalizada la primera guerra mundial a través del Tratado de Versalles. Esta institución tomó una serie de medidas destinadas a proteger a los refugiados europeos, creando de esta forma el Derecho Internacional de los Refugiados como una rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin perjuicio de lo antedicho, la comunidad internacional había asumido *per se* esta responsabilidad, ya que el fenómeno de los refugiados y desplazados surgió como un

⁶⁰ SEPULVEDA, C. *Ibíd.*

⁶¹ Estados Parte del Convención sobre Asilo Territorial de Caracas. [En línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-47.html>> [Consulta: 20 de marzo de 2012]

problema a gran escala, a principios de 1912 con las guerras balcánicas, alcanzando mayores dimensiones con la Revolución Rusa. Si bien en esta etapa inicial no hubo apoyo por parte de una organización intergubernamental, la asistencia estuvo en manos de organismos humanitarios tales como la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja (o Comité Internacional de la Cruz Roja). Tal fue la magnitud de estos conflictos y el número de personas atendidas por estos organismos humanitarios que los Estados reconocieron que proteger a los refugiados requería de una acción global y concertada, la cual se logró en virtud de distintos órganos nacidos de la Comunidad Internacional que tenían por misión principal, solucionar este conflicto⁶².

i) Derechos de los Estados.

a) Derecho a conceder el asilo.

El Estado es aquel que tiene el derecho de otorgar el asilo con una amplia discreción. Para otorgarlo, tiene la obligación de realizar una calificación⁶³ de la situación de la persona, a la luz de los antecedentes otorgados por ésta, y aquellos que pueda recabar de las circunstancias de la salida del país de origen.

Este derecho se encuentra establecido en la mayoría de los instrumentos ya analizado, pero sin definir su contenido. A esta prerrogativa estatal sólo se opone el principio que el asilo tiene un carácter humanitario, único fundamento para lograr el respeto de la institución, ya que en virtud de lo anterior pierde el carácter de concesión graciosa y arbitraria, pasando a consagrarse como un derecho.

En el Proyecto de Tratado sobre Asilo territorial del año 1977, redactado bajo el auspicio de Naciones Unidas, el cual no llegó a adoptarse por los distintos criterios que existen de la materia, se quiso regular este derecho. Así, redactó de forma tal que implicó una carga superior a lo que establecían las convenciones latinoamericanas, ya

⁶² ACNUR. Introducción a la protección Internacional, protección de las personas de la competencia del ACNUR, Módulo auto formativo 1, Ginebra, Enero 2005 p 5

⁶³ VIEIRA, *Óp. Cit.* P. 368

que si bien se partía de la situación humanitaria de la institución, se debía, en caso de cumplirse determinadas circunstancias, realizar todo lo posible para conceder el asilo⁶⁴.

b) Derecho a no justificar la denegación del asilo.

Esta prerrogativa es corolario del derecho amplio a conceder asilo, ya que si el Estado es soberano para otorgarlo, conforme a la práctica de la época, también tiene la prerrogativa de no justificar el rechazo de la petición.

Si bien en la práctica este derecho es ilimitado, de todas formas tiene un límite teórico, el principio *pacta sunt servanda*, en cuanto a que los Estados deben un respeto irrestricto a los tratados internacionales, más si son de derechos humanos, como lo es la Convención Interamericana de Derechos Humanos que regula también el asilo, por lo que, en caso de actos arbitrarios, se podría alegar la responsabilidad internacional del Estado ante tribunales internacionales por incumplimiento de los tratados, lo cual, en la práctica, nunca ha sucedido.

c) Derecho a determinar la duración del asilo.

Este derecho está en concordancia con la característica fundamental del asilo, que es la protección temporal del sujeto perseguido, por lo cual el Estado no tiene la obligación de asilar a la persona indefinidamente. De esto se condice que algunas convenciones latinoamericanas no hayan regulado la situación migratoria del asilado en el país de refugio.

d) Derecho a exigir garantías relativas a la seguridad del asilado.

⁶⁴ El texto rezaba: "todo Estado contratante actuando en ejercicio de su soberanía deberá esforzarse, con espíritu humanitario, por conceder asilo en su territorio a toda persona que reúna las condiciones requeridas para beneficiarse" ACNUR. Compilación de Instrumentos jurídicos interamericanos relativos al Asilo Diplomático, Asilo Territorial, Extradición y temas conexos. Ginebra. 1992. p. XLIV

Esta facultad del Estado asilante se refiere a la exigencia de garantías para la salida de aquel que busca la protección internacional, concepto que se materializa en el salvoconducto, documento que refleja el compromiso adquirido por el Estado del que huye el solicitante de asilo con la legación diplomática de respetar la inviolabilidad y seguridad del solicitante.

El salvoconducto puede solicitarse en dos casos, cuando la salida del solicitante de asilo es exigida por las autoridades locales o cuando hay una oposición del país de origen a la salida del solicitante, encontrándose en una legación o embajada extranjera en su territorio, tal como sucedió en el caso de Haya de la Torre frente a la negativa de la salida por parte del Perú.

e) Derecho a no financiar gastos del asilo ni manutención del asilado.

Este derecho es la regla general en las convenciones latinoamericanas. Esto difiere de la institución del asilo bajo la sede de los instrumentos de Naciones Unidas sobre el estatus de refugiado, que establecen la gratuidad de todo el procedimiento de asilo, y la posibilidad de ser parte de la red de seguridad social del Estado.

Esta situación hace patente que aquellos que podían asilarse eran, generalmente, personas que participaban activamente en la vida política, y por tanto, conforme a la historia latinoamericana, ligadas a grupos de poder, por tanto no estarían en un estado de precariedad si se veían obligados a ir al exilio en otro país.

f) Derecho a remplazar a funcionarios diplomáticos del país de asilo presentes en el país del cual huye el asilado.

Este derecho tiene su base en la idea de que el asilo, por su carácter humanitario, no debe afectar las relaciones diplomáticas. De esta forma, está en directa relación con el principio que señala que “el otorgamiento del asilo no debe ser considerado como un acto hostil por ningún Estado, incluyendo aquel del que proviene la supuesta

persecución⁶⁵. En caso que se solicitara el retiro de un agente por el país de origen, éste debe ser remplazado por el gobierno asilante, sin interrumpir las relaciones diplomáticas⁶⁶.

g) Derecho a no radicar en su territorio al asilado diplomático.

El asilo diplomático a diferencia del asilo territorial, implica una protección urgente e inmediata del individuo perseguido, en las embajadas o legaciones y, en casos excepcionales por la duración del motivo de persecución o cuando exista una necesidad de protección internacional permanente, se otorga el auxilio a la salida del país de residencia. Por lo tanto, el Estado que brindó auxilio en sus legaciones o embajadas, no tiene la obligación de recibir al solicitante de asilo dentro de su territorio, independiente de que si decide hacerlo no le esté prohibido.

Además, este derecho tiene una aplicación alternativa en caso de ingreso del asilado diplomático, ya que algunos Estados pueden exigir la ratificación o recalificación del asilo, mientras que para otros, el ingreso implica que automáticamente se transforma el asilo en territorial⁶⁷.

h) Derecho a no modificar la legislación interna.

En virtud de la aprobación de las convenciones de asilo diplomático y territorial el Estado no está en la obligación de regular tanto en su ley como en disposiciones administrativas lo establecido en los mismos⁶⁸.

Este derecho fue reformulado por la Conferencia Iberoamericana sobre el Derecho de Asilo de Montevideo de 1996, que recomendó a los Estados que regulen el procedimiento que dé lugar a las solicitudes de asilo en el derecho interno⁶⁹.

⁶⁵ Conferencia Iberoamericana de Montevideo, 1996. *Óp. Cit.* Párrafo I, sección primera.

⁶⁶ Cfr. Artículo 4 Convención sobre Asilo Político Montevideo, 1933

⁶⁷ Conferencia Iberoamericana de Montevideo, 1996. *Loc. Cit.*

⁶⁸ Artículo 6 de la Convención sobre Asilo territorial de Caracas del 28 de Marzo de 1954

⁶⁹ Conferencia Iberoamericana de Montevideo, 1996. *Óp. Cit.* Párrafo IV.

i) Derecho a calificar los hechos como delitos políticos.

Al ser el Estado quien tiene el derecho de otorgar el asilo, tiene por tanto el derecho de calificar si el individuo es merecedor o no de la protección de éste. En este sentido, la calificación va a decir relación con el carácter de político o no del hecho punible, salvo en el caso de la Convención de Caracas de 1954 que amplía la causal a la situación de urgencia provocada por una persecución por motivaciones políticas, siendo una disposición más amplia que la anterior.

ii) Obligaciones de los Estados.

a) Obligación de no devolución.

En virtud de las convenciones o tratados de asilo diplomático y territorial, el Estado está en la obligación de mantener al asilado dentro de su territorio, no pudiendo ser entregado al Estado del cual huyó, salvo los casos en que sea pertinente la extradición.

Ésta es considerada la obligación principal y fundamento del derecho de asilo.

b) Obligación de comunicar el asilo.

Esta carga le corresponde al funcionario que brinda el asilo, operando solamente en los casos de diplomático, ya que todavía se encuentra en el territorio del país de origen.

En el caso del asilo territorial, prima el principio de confidencialidad, y por tanto el país de refugio no podría comunicar esta situación, porque pondría en peligro la seguridad del asilado⁷⁰.

⁷⁰ VIEIRA. *Óp. Cit.* p 370

c) Obligación de no brindar asilo a condenados o acusados por delitos comunes.

Esta obligación se establece por la idea del asilo como una institución excepcional, la cual sólo puede brindar protección por motivos graves y taxativamente determinados, refiriéndose en particular a los delitos políticos. Esta idea es por tanto contraria a la concesión del asilo por la persecución por haber cometido delitos comunes, lo cual es una obligación constitucional y legal de los Tribunales y fiscalías del país de origen. Sólo hace excepción a este principio los delitos comunes que están conexos con un delito político.

d) Obligación de recibir asilados en caso que otro Estado no los hubiera aceptado.

Esta obligación se encuentra solamente consagrada en el artículo 1 de la Convención sobre Asilo y Refugio político de Montevideo 1939, al señalar que “[e]l Estado que acuerde el asilo no contrae por ese hecho el deber de admitir en su territorio a los asilados, salvo el caso de que estos no fueran recibidos por otros Estados”. El fundamento de esta disposición se encuentra en que en caso que ninguno de los países que se comprometieron a brindar protección lo haga, el último al que se requiera va a estar en la obligación de concederlo, porque o sino la persona quedaría indefensa ante la persecución estatal. Esto va en oposición directa con la idea de que el Estado tiene el derecho conceder el asilo y calificar los delitos como políticos o no. Por lo anterior, esta obligación dejó de estar presente en las Convenciones siguientes.

e) Obligación de establecer vigilancia o internación en caso que el Estado del que proviene el asilado así lo solicitare.

Esta obligación opera sólo en el asilo territorial, cuando el Estado del que proviene el asilado, exija que se realice una vigilancia sobre el asilado por parte del Estado asilante para evitar actos hostiles. La internación tiene la misma justificación anterior,

pero difiere en su ejecución, ya que requiere un desplazamiento del asilado a un territorio alejado de la frontera con el país de origen.

iii) Derechos de los asilados.

a) Derecho a solicitar asilo.

El derecho de solicitar protección a otro Estado fue una innovación dada por las convenciones latinoamericanas que trataban el asilo, incluso antes del reconocimiento de este derecho por la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre del año 1948, que lo instituye en su artículo XXVII⁷¹. También encontramos un reconocimiento posterior en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, que en el Artículo 22.7⁷² establece también éste derecho.

Si bien, este derecho no está reconocido explícitamente por ninguna de las convenciones latinoamericanas sobre asilo, si se encuentra indirectamente recogido por éstas, al señalar taxativamente quienes no pueden solicitarlo, por lo cual existe este derecho para el resto de las personas.

Sin perjuicio de que las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos, y los Instrumentos Interamericanos sobre asilo reconocen el derecho a solicitarlo, no consagran el “derecho al asilo”, ya que de aquel no se desprende una obligación recíproca del Estado asilante de otorgarlo, pues el Estado tiene el derecho de conceder y calificar la calidad de las peticiones, y en base a tales, otorgar o no la protección al asilado.

⁷¹ Artículo XXVII. Derecho de asilo: Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

⁷² Artículo 22 inciso 7: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y de los Convenios Internacionales”.

b) Derecho a que se respete el asilo por parte del Estado persecutor.

Este derecho se da en dos facetas diferentes: primero, en el caso del asilo diplomático, pues el Estado en el que se encuentra la Misión Diplomática del Estado asilante, no debe intervenir en la autonomía de ésta, al otorgar protección o auxilio; y segundo, en el asilo territorial, al proscribirse la extradición en los casos de delitos políticos o comunes conexos con éstos.

c) Derecho a renunciar al asilo.

Puede renunciarse a la protección internacional que otorga el asilo, con el impedimento de no volver a solicitarlo por igual motivo de persecución. Esto implica que, en caso de existir un nuevo motivo para solicitarlo, la persona puede verse beneficiada nuevamente con el asilo.

d) Derecho a la libertad de expresión.

El ejercicio del derecho a la libre expresión, si bien está limitado en la medida en que el asilado está imposibilitado de realizar propaganda política violenta que ataque al Estado del que huyó, para evitar conflictos políticos e ideológicos entre los Estados involucrados, no está proscrito en su totalidad.

iv) Obligaciones o cargas de los asilados.

a) Obligación de no realizar actos que pongan en peligro la paz pública del país de asilo.

Su principal obligación es la de abstenerse de participar en la vida política del país. No se puede admitir que quien ha obtenido un amparo para salvar su vida o la protección de sus derechos fundamentales, continúe interviniendo en los sucesos que

han originado su asilo y poniendo en peligro las buenas relaciones que deben existir entre las naciones⁷³.

b) Obligación de costearse los gastos provenientes del asilo.

El Estado asilante no está en la obligación de costear gasto alguno proveniente del asilo, ni de la mantención del asilado, por tanto éste es el que debe sustentar tanto los trámites como su estadía en el país de asilo, tal como se mencionó al referirse a este derecho estatal anteriormente. Así está consagrado v.gr. en la Convención de Asilo de 1928, y en la Convención sobre Asilo Territorial de 1954.

B. Sistema de asilo de Naciones Unidas

Mientras en Latinoamérica la situación de agitación política del siglo XIX hizo del asilo una institución de mucha importancia, en Europa se fue perdiendo esta tradición, pero en virtud de las convulsiones de la primera mitad del siglo XX, la comunidad internacional se vio en la obligación de hacerse cargo de los miles de desplazados producidos por las revoluciones nacionales y las guerras mundiales. Así nace la figura del refugiado, que en un primer estado tuvo un carácter limitado en cuanto a la situación de donde surgieron, pero que en la década de los '60, por la falta de una solución permanente y por la dispersión en los focos de conflicto surgidos por la Guerra Fría y la descolonización africana, fue necesario ampliar la institución a una de carácter universal.

El siglo XX se caracterizó por los múltiples conflictos armados de carácter internacional y nacional. Entre éstos destacan, además de las dos guerras mundiales y los sucesos anteriores a ella como la Revolución Bolchevique, conflictos en Cachemira, Palestina, Vietnam, Angola, Uganda, Zaire, Somalia, Líbano, Afganistán, Etiopía, El Salvador, Ruanda, la ex Yugoslavia, Perú, Sudán, entre otros⁷⁴. Según el Centro de Derechos Humanos de la ONU, desde 1945 se han producido unos 130

⁷³ VIEIRA, M. *Óp. Cit.* p 379

⁷⁴ LLANOS, H. *Óp. Cit.*, p. 343.

conflictos armados⁷⁵, los cuales produjeron una crisis humanitaria que acarreó importantes problemas sociales, económicos, políticos y jurídicos, por lo que se hizo necesaria la creación de organismos internacionales para la protección de los refugiados, y la adopción de instrumentos internacionales destinados a definir el régimen jurídico aplicable a éstos, para poder dar una solución efectiva a la situación.

La magnitud de estos conflictos y el número de personas afectadas por éstos, reconocieron que proteger a los refugiados requería de una acción global y concertada, la cual se logró en virtud de la creación de distintos órganos nacidos de la Comunidad Internacional que tenían por misión principal, solucionar este conflicto⁷⁶.

En este contexto, las instituciones de carácter universal, en primer lugar la Sociedad de las Naciones y con posterioridad la Organización de las Naciones Unidas, tomaron la institución del asilo, ya conocida en la historia europea, ajustándola a las nuevas necesidades de protección, poniendo el foco en el refugiado, mas no, como lo realiza el sistema de asilo latinoamericano, en el derecho del Estado a recibir asilados.

Lo anterior está en consonancia con lo señalado en los principios establecidos en el preámbulo de la Carta de San Francisco, en la que se reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana. Estos son principios fundamentales que irradian todas las instituciones y órganos que nacen en el seno de las Naciones Unidas.

En este sentido, este apartado tiene por finalidad analizar los distintos procesos que llevaron a la formulación del Derecho Internacional de los Refugiados como una rama del Derecho de los Derechos Humanos, y como esta figura fue evolucionando con la práctica de los Estados y con el surgimiento de nuevas situaciones que provocaron desplazamientos humanos.

⁷⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS – ONU, Derechos Humanos Folleto Informativo n°20: Los Derechos Humanos y los Refugiados, Naciones Unidas, Ginebra, 1994, p. 2.

⁷⁶ ACNUR. Introducción a la protección Internacional, protección de las personas de la competencia del ACNUR, Módulo auto formativo 1, Ginebra, Enero 2005 p 5

1. Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados Rusos

En Agosto de 1921 el Comité Internacional de la Cruz Roja, solicitó a la Sociedad de las Naciones, la asistencia a más de un millón de refugiados desplazados por la Revolución Rusa, los cuales tenían como principal déficit la hambruna.

Se estima que en el periodo que comprende los años 1914 – 1922 se generaron entre 4 y 5 millones de refugiados, entre los cuales habían 1,3 millones de griegos provenientes desde Turquía, 400.000 turcos, 200.000 búlgaros, 1,5 a 2 millones de rusos que escapaban de la revolución o habían luchado en el bando perdedor, y 320.000 armenios que huían del genocidio⁷⁷.

Para afrontar este problema, la Sociedad de las Naciones nombra al representante de Noruega ante la Sociedad de las Naciones, Dr. Fridtjof Nansen, como Alto Comisionado para los Refugiados Rusos. Así, se le encomendó la misión de apoyar a estos refugiados a través de un programa con un escueto presupuesto.

Para la realización de la labor encomendada, creó la primera orgánica a través del establecimiento de una sede en Ginebra de la oficina del Alto Comisionado, además de representantes locales en los países de acogida. Todo lo anterior terminaría siendo más tarde la estructura básica del ACNUR.

Tras el término de la violencia en Rusia, se buscó la repatriación de los refugiados de esa nacionalidad, pero al fracasar las negociaciones con la Unión Soviética, y por tanto no permitiéndose su regreso, se requirió un estatus legal especial para éstos, ya que no podían ser considerados como inmigrantes voluntarios en los países de asilo.

El estatuto legal consistió en un comienzo en la entrega de documentación de identidad y de viaje. En el año 1922, a través de una Conferencia internacional encabezada por Nansen se logró la creación del documento de viaje e identidad para

⁷⁷ HOBBSAWN, Eric. Historia del siglo XX. Editorial Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, 1998. p. 59.

los refugiados rusos, conocido generalmente como Pasaporte Nansen. Éste fue extendido con posterioridad a los refugiados armenios en 1924⁷⁸.

Nansen además se preocupó de las condiciones sociales de los refugiados, buscando que en los países de asilo encontraran oportunidades de empleo. Para ello, trabajó en estrecha colaboración con la Organización Internacional del Trabajo, logrando que, cerca de 60 mil personas, encontraran empleo en los países de asilo⁷⁹. Posteriormente, buscó la repatriación voluntaria de los refugiados, a medida que iban finalizando los distintos conflictos y se restablecía la normalidad en sus países.

A esta Oficina se le encomendó también la tarea de brindar asistencia a casi dos millones de personas desplazadas tras el colapso del imperio Otomano (Guerra Greco-Turca) asegurándoles además de la documentación y empleo, posibilidades de reasentamiento, es decir, establecimiento permanente en otros países diferentes a los que originalmente otorgaron asilo⁸⁰.

Nansen promovió, además, la adopción del primer instrumento internacional sobre los derechos de los refugiados, el Acuerdo relativo al Status de Refugiados Rusos y Armenios de 1928⁸¹.

Por su trabajo con los refugiados, Nansen fue galardonado con el Premio Nobel de la Paz en el año 1922.

2. La Oficina Internacional Nansen para los Refugiados

Con la muerte del Dr. Nansen en 1930, se crea, en su honor la Oficina Internacional Nansen para los Refugiados, la cual comenzó a funcionar en 1931, continuando con las mismas líneas de intervención ya desarrolladas por el Alto Comisionado.

⁷⁸ GORTAZAR, C. *Óp. Cit.*, p. 99

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ ACNUR. Introducción a la Protección Internacional. *Loc. Cit.* p 5

⁸¹ FORTÍN, *Óp. Cit.*, p. 4

Desde 1935, además, la Oficina asumió la protección de los refugiados que dejaban el Saar, que estaba bajo la administración de la Liga de las Naciones, luego del plebiscito de ese año que lo anexionó a Alemania. En 1938, la Oficina Nansen recibió el Premio Nobel de la Paz por su trabajo con refugiados⁸².

3. Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania

Con el auge de los gobiernos totalitarios, en particular con el Nacional-socialismo alemán, se estableció una política de segregación política y racial, las cuales estuvieron representadas por la supremacía de la raza aria por sobre el resto de la población, en particular sobre la población Judía.

En virtud de estos acontecimientos, la Sociedad de las Naciones en 1933 creó una administración *ad-hoc*, independiente de ésta, con sede en Londres, nombrándose al norteamericano James Mc Donald como Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania. A éste se le encomendó la misión de buscar un país de residencia estable a los residentes alemanes, ya fueren judíos o no, y que se encontraran afectados por las persecuciones del régimen Nazi.

Este proyecto no fue financiado de forma directa por la Sociedad de las Naciones, tal como se hizo con el trabajo de Nansen, por lo que tuvo que coordinarse amplios grupos de voluntarios, para poder hacer frente a la misión encomendada.

Dentro de su administración destaca la creación de la Convención de Ginebra de 1933 sobre la condición de los Refugiados rusos, armenios y asimilables, considerada como uno de los primeros instrumentos jurídicos internacionales relativos a los refugiados, la cual otorgaba a las personas bajo su competencia una condición similar a la de extranjeros privilegiados⁸³.

⁸² GESULFO, A. *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

Tras dos años de trabajo, Mc Donald logró reasentar a 80.000 refugiados, principalmente en territorio Palestino, cuestión que tuvo una gran dificultad, pues existía una política generalizada de restringir al máximo las migraciones Judías

En 1935 presentó su renuncia ante la negativa de la Sociedad de las Naciones de intervenir activamente en la protección del pueblo Judío en Alemania, en particular, tras la dictación de las Leyes raciales de Núremberg que negaron a los judíos la ciudadanía alemana, prohibieron el matrimonio o tener relaciones sexuales con personas de “sangre alemana o afín”, proscibió el derecho a voto y privó de la mayor parte de los derechos políticos.

Cabe señalar que la discriminación al pueblo judío no se realizaba por tener determinadas creencias religiosas que caracterizaran a una persona como tal, sino que bastaba con que en su ascendencia existieran personas judías para ingresar a este grupo social. De esta forma, muchos alemanes no judíos fueron víctimas de las políticas antisemitas⁸⁴. La Sociedad de las Naciones, sólo se remitió a explicar que lo ocurrido en Alemania era una cuestión de carácter interno, por lo cual no había que intervenir en el desarrollo de la misma.

En 1936, para reemplazar a Mc Donald, la Sociedad de las Naciones designa como Alto Comisionado de la Sociedad de las Naciones responsable de los refugiados de Alemania, a Sir Neil Malcolm, cuyo mandato se extendió hasta fines de 1938, incluyendo también los refugiados austríacos.

En 1936 también se promovió la adopción del Arreglo Provisional relativo a la condición de los Refugiados provenientes de Alemania, y a comienzos de 1938, antes de ser reemplazado por el Alto Comisionado para los Refugiados, la Convención concerniente a la condición de los Refugiados provenientes de Alemania. Finalmente, en el año 1939 se aprueban el Protocolo Adicional al Arreglo Provisional y a la

⁸⁴ Más información en UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, Las leyes raciales de Núremberg. [En línea] <<http://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007695>> [Consulta: 09 de agosto de 2010]

Convención y además, mediante Protocolos Adicionales de ese mismo año, se extendieron los beneficios de los Acuerdos anteriores a los refugiados provenientes de la “Antigua Austria” y de la región de los Sudetes⁸⁵.

De esta forma, la doctrina distingue tres etapas, anteriores a la Convención de Ginebra de 1951, en la protección de los refugiados: En la primera, desde 1920 a 1935, se entienden refugiados las personas privadas de la protección formal o jurídica de sus Estados de origen a través de la privación de su nacionalidad. La segunda etapa está marcada por la extensión de la protección que contemplaban los acuerdos celebrados entre 1935 y 1939 a aquellas personas que de facto han perdido la protección estatal, ya que su nacionalidad deja de ser operante, al quedar interrumpidas las relaciones con la autoridad de su país de origen. Respecto de esta situación, Antonio FORTIN la califica como “cuasi apatridia”, ya que por su precaria situación, no están en condiciones de obtener, renovar, o legalizar ciertos documentos que normalmente son necesarios para que un extranjero regularice su estadía en el país donde se encuentra⁸⁶. Finalmente, en la tercera etapa, entre 1939 a 1950, el criterio para determinar la calidad de refugiado no se establece de manera general por pertenecer a un colectivo, sino que se comienzan a analizar los casos de manera individual para comprobar su condición⁸⁷.

4. Alto Comisionado para los Refugiados y el Comité Intergubernamental para los Refugiados.

En virtud del aumento de la población refugiada, y la nula posibilidad de una solución, la Sociedad de las Naciones decidió fusionar en 1939 las antiguas Oficina Internacional Nansen para los Refugiados y el Alto Comisionado de los Refugiados de Alemania. Este órgano tuvo un papel muy limitado por lo que en 1946 fue suprimido y remplazada por la Organización Internacional para los Refugiados.

⁸⁵ GORTAZAR. C, *Óp. Cit.*, p. 100

⁸⁶ FORTIN, Antonio. Reseña del Derecho Internacional de los Refugiados, Septiembre, 2003, p.

⁸⁷ HATHAWAY, James C. *The Law of Refugee Status*, Vancouver, 1991, p. 2 – 6 En: GORTAZAR. C., *Óp. Cit.*, p. 102

En 1938, 32 países reunidos en Evian, Francia, constituyeron el Comité Intergubernamental para los Refugiados, el cual tenía como principal cometido el preocuparse de la gran oleada de Refugiados provenientes de Alemania y Austria, surgidos con anterioridad al fin de la Segunda Guerra Mundial, pero su acción se extendió finalmente a la protección de los Refugiados que provenían de todo el continente Europeo⁸⁸.

Tras el término de la Segunda Guerra Mundial, la Sociedad de las Naciones fue remplazada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), debido al fracaso de la primera al no prever las situaciones que generaron la Segunda Guerra Mundial. Esto se refleja en que, si bien desde 1919 el Pacto de la Sociedad de las Naciones ya había establecido entre sus miembros la obligación de resolver pacíficamente sus controversias, y solamente podían recurrir a la fuerza en el caso de que ninguno de los medios pacíficos diese resultado, éste tuvo que modificarse posteriormente para llenar importantes vacíos, a través del Tratado de Renuncia a la Guerra o Pacto Briand-Kellog de en 1928, que condenaba el recurso a la guerra para la solución de controversias internacionales⁸⁹.

5. Administración de Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción

La creación de la ONU representó importantes avances en materias relacionadas con el mantenimiento de la paz, entendiéndose ésta como la ausencia de la guerra y la creación de condiciones mínimas para garantizar los derechos y libertades fundamentales⁹⁰.

Con estos pilares claramente arraigados en los ideales de los Aliados, se creó provisoriamente, en noviembre de 1943, la Administración de Naciones Unidas de

⁸⁸ GOODWIN-GILL, Guy. *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 3.

⁸⁹ BENADAVA, S. *Óp. Cit.*, p. 328

⁹⁰ MILLAN M, Lucía. Prólogo. En: FERNANDEZ A. Gloria, Asilo y Refugio en la Unión Europea. Editorial Comares, Granada, 2007. p. XVI

Socorro y Reconstrucción (UNRRA), para brindar ayuda humanitaria de emergencia a todas aquellas personas desplazadas por la guerra, incluyéndose entre éstas a las personas refugiadas, la cual funcionó en paralelo al Comité Intergubernamental para los Refugiados.

Gracias a esta iniciativa se ayudó a cerca de 6 millones de refugiados y desplazados a que regresaran a sus países voluntariamente, ya que existía el ánimo tanto de parte de los asilados, como de los países de asilo de facilitar el retorno. Tal es el caso de Alemania, Austria e Italia, quienes querían repatriar con prontitud a estas personas. Además se estableció en las conferencias de Yalta y Postdam de 1945, la repatriación rápida de los ciudadanos soviéticos a la Unión Soviética. Del mandato de la UNRRA se excluyó solamente a los refugiados existentes al interior de la Unión Soviética, pues el gobierno comunista impidió que la UNRRA prestara ayuda en su territorio.

A pesar que la UNRRA atendió un número importante de refugiados, los datos históricos del ACNUR señalan que ya en mayo de 1945, se calculaban 40 millones de desplazados en Europa, excluyendo a los alemanes que habían huido del avance de las tropas de la URSS por el Este y los extranjeros que trabajaban forzosamente y que se encontraban en la propia Alemania.

Por otro lado, se estima que en los meses siguientes fueron expulsados de la Unión Soviética, Polonia, Checoslovaquia y de otros países de la Europa Oriental alrededor de 13 millones de personas de etnia Alemana (*Volksdeutsche*), además de otros 11,3 millones de trabajadores forzosos y desplazados que se encontraban trabajando en el territorio del antiguo Reich Alemán, sin perjuicio de aquellos que huyeron del comunismo de Stalin, que contaban un millón adicional.

Con posterioridad a la retirada Nazi, además se desencadenó la guerra civil en Grecia y otros conflictos en el sudeste de Europa que afectó, entre a otros, a millones

de chinos que fueron desplazados en las zonas de China controladas por las fuerzas japonesas⁹¹.

Si bien puede sostenerse que la labor de la UNRRA fue exitosa en parte, estas labores no estuvieron exentas de polémicas, las cuales derivaban de la situación política en que se encontraba Europa en la post-guerra. De esta forma, la UNRRA se encontró con la negativa de muchos refugiados de ser repatriados a sus naciones originarias, debido a las transformaciones ideológicas que sufrieron muchos de sus países, v.gr. muchos ciudadanos soviéticos, en particular ucranianos y los provenientes de los Estados bálticos vieron profundamente cambiados sus países. A pesar de su insistencia, muchos fueron retornados sin prestar atención a su voluntad, lo que produjo que muchos de éstos terminaran en los campos de trabajo de Stalin⁹².

En virtud de lo anterior, el tema de la repatriación fue uno de los asuntos más polémicos que se debatieron en la organización durante sus primeros años de existencia. En este sentido, se cuestionó las políticas de asistencia de la agencia, ya que los países del bloque oriental señalaba que sólo debía brindarse asistencia a las personas que aceptaran ser retornadas, en cambio, los países del bloque occidental, (quienes en la práctica financiaban a la UNRRA) señalaban que cada persona debía tener el derecho a decidir si quería regresar o no, y que esta decisión no debía afectar negativamente su derecho a recibir asistencia.

Finalmente el gobierno de Estados Unidos, que aportaba el 70 por ciento de los fondos de la UNRRA, se negó a ampliarle el mandato a partir de 1947, quitándole además apoyo económico, presionando por la fuerza para que se crease una nueva organización para los refugiados, con una orientación alejada del carácter político.

6. Organización Internacional para los Refugiados

⁹¹ ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000, Cincuenta años de acción humanitaria. Editorial Icaria, Barcelona, 2000. p. 15

⁹² ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000. *Óp. Cit.*, p. 17

Tras los problemas políticos que se produjeron con la UNRRA, la Asamblea General de las Naciones Unidas le encomiendan al Consejo Económico y Social (ECOSOC) estudiar la cuestión. El ECOSOC recomendó que la UNRRA y el Comité Intergubernamental se sustituyeran por una agencia, especializada y no permanente, de las Naciones Unidas encargada de todo lo relativo a los refugiados.

En Diciembre de 1946 se estableció la Organización Internacional para los Refugiados, con la misión de llegar a una rápida, positiva y justa solución ante los problemas de los refugiados europeos y de los desplazados⁹³. Su mandato originalmente debía concluir el 30 de junio de 1950, pero se extendió hasta comienzos de 1952, logrando asistir a más de un millón de personas, además de repatriar a 73.000 personas y hacer gestiones en favor de 410.000 personas que permanecieron desplazadas en sus países de origen⁹⁴.

La finalidad principal de esta organización fue el promover una ayuda integral en la vida de los refugiados, incluyéndose dentro de ésta, las funciones relativas a la repatriación, identificación, registro y clasificación; atención y asistencia, protección legal y política, que comprendía salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los refugiados y supervisar la aplicación de los instrumentos relativos a ellos, en caso de ser necesario promover la revisión de dichos instrumentos, promover la adopción de nuevos instrumentos y ejercer funciones cuasi-consulares⁹⁵; y finalmente, transporte, reasentamiento y inserción. Todas las anteriores siguen siendo hasta el día de hoy las bases fundamentales de la protección internacional.

Este cambio en las prioridades de protección, que en la práctica se caracterizó por el reasentamiento en terceros países, por sobre la repatriación, se debió al cambio de paradigma proveniente desde la Asamblea General, que en la Resolución que creó la OIR estableció como principal objetivo el que no será obligado a regresar a su país de origen ningún refugiado o persona desplazada que exprese razones válidas en contra

⁹³ GESULFO, A. *Ibid.*

⁹⁴ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS – ONU, *Óp. Cit.*, p. 4

⁹⁵ FORTIN, A. *Óp. Cit.*, p. 5

de dicho regreso. Entre las razones que se podían esgrimir, se encontraban motivos de carácter político, en particular, la existencia de un temor fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, u opiniones políticas⁹⁶.

El bloque oriental criticó fuertemente las políticas de reasentamiento, al señalar que con éstas sólo se buscaba ofrecer mano de obra a los países occidentales, más aún cuando el apoyo mayoritario a su gestión y su financiamiento provenían de estos países. Esto se veía reflejado en que gran parte de los refugiados, más del 30 por ciento, fueron acogidos por los Estados Unidos, sin perjuicio que otros países también recibieron refugiados, destacando entre éstos Australia, Israel, Canadá y las naciones latinoamericanas.

Los gobiernos occidentales se defendieron argumentando que la dispersión de los refugiados en el mundo permitiría una distribución más favorable de la población al descongestionar Europa en beneficio de los países de “ultramar”, menos poblados y desarrollados⁹⁷.

Si bien, existía la conciencia en todos los países sobre el problema de los refugiados, las divergencias relativas a los objetivos de la organización, sumado a la baja participación en el financiamiento del presupuesto por parte de los países del bloque oriental, llevaron a la desaparición de la OIR en el año 1952, dejando el problema sin solución, quedando alrededor de 400.000 personas desplazadas en ese momento en Europa⁹⁸.

7. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados

Debido a las dificultades que tuvo la OIR, tanto políticas como las relativas al número de refugiados, que en vez de descender, iba en aumento, la Asamblea

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ ACNUR, La situación de los refugiados en el mundo, 2000. *Óp. Cit.*, p. 21

⁹⁸ HOLBORN, L. W. *The International Refugee Organization: A specialized agency of the United Nations, Its History and work 1946 – 1952*. Oxford University Press, Oxford, 1956, p. 200 En: ACNUR, La situación de los refugiados en el mundo, 2000. *Ibíd.*

General comenzó, en 1948, a considerar la idea de establecer una nueva organización para continuar el trabajo de las Naciones Unidas en este campo.

Importantes debates se produjeron en la Asamblea General al momento de discutirse la necesidad de tener, dentro del sistema de las Naciones Unidas, un organismo encargado de la protección de los refugiados. En primer lugar, se discutió la viabilidad de establecer este organismo, ya que por el fuerte sesgo ideológico en que estaba absorto el mundo por la Guerra Fría, los Estados occidentales abogaban por la creación de una nueva institución; en tanto que los países de la órbita soviética se oponían a ésta, boicoteando en muchas oportunidades las negociaciones.

Por otro lado, dentro de las potencias occidentales también existía diferencias: mientras los Estados Unidos querían un organismo de carácter temporal y con un financiamiento mínimo, sin que tuviera el derecho a pedir contribuciones voluntarias, exclusivamente abocado a buscar una solución definitiva a los refugiados que no tuvieran resuelta su situación con posterioridad al fin del mandato de la OIR; en cambio, la postura de los Estados de Europa occidental, quienes acogían el mayor número de refugiados junto a otros países como Pakistán y la India, eran partidarios de un organismo fuerte, permanente y con múltiples fines, por lo que propusieron la creación de un Alto Comisionado independiente, con capacidad de recaudar fondos y repartirlo entre los refugiados⁹⁹.

Finalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, decidió, por 36 votos a favor y 11 abstenciones, establecer, mediante la Resolución 319 (IV) del 3 de diciembre 1949, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el cual dependería de ésta, y que operaría con un carácter temporal por un periodo inicial de tres años, a partir del 1° de enero de 1951, fecha en la cual cesaría en sus funciones la Organización Internacional de los Refugiados, con lo cual se buscaba conciliar las posturas de las potencias occidentales

⁹⁹ ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000. *Óp. Cit.*, p. 23

Si bien al constituirse el mandato del ACNUR se entendió que este tendría una vigencia temporal, desde 1951 al año 2004, ésta se fue prorrogando sucesivamente por periodos de cinco años, a través de resoluciones de la Asamblea General y del Consejo Económico Social de Naciones Unidas. La última de estas resoluciones, la A/RES/58/153 de 24 de febrero de 2004, establece en su párrafo noveno que “Decide revocar la limitación temporal del mandato de la Oficina del Alto Comisionado, que estableció en su resolución 57-186 y mantener la Oficina en funciones hasta que se dé solución al problema de los refugiados”, terminando con el carácter temporal del ACNUR, dándole funciones permanentes hasta lograr terminar con esta problemática.

El Estatuto del ACNUR finalmente se adoptó mediante la Resolución 428(V) del 14 de diciembre de 1950, de la Asamblea General, reflejando el consenso de los Estados occidentales, ya que acogió parte de los planteamientos de los Estados Unidos y de las demás potencias europeas occidentales. Esto implicó que el instrumento que fundó al ACNUR fuera muy limitado, estableciéndose un Alto Comisionado, como lo solicitaron las naciones europeas, pero con un mandato temporal, lo cual vino a reflejar la postura de los Estados Unidos.

En el Estatuto se estableció que el Alto Comisionado tendría un carácter apolítico y humanitario, lo cual, en opinión de muchos funcionarios del ACNUR permitió que éste haya actuado tanto en medio de la tensión de la Guerra Fría como en otros conflictos armados. Este carácter apolítico, que trajo beneficios en la práctica, no se refleja dentro de las Naciones Unidas, ya que se ha cuestionado siempre su independencia, al ser un organismo que está sometido al control directo de la Asamblea General de la ONU, la cual es un órgano netamente político.

Las funciones principales del ACNUR se refieren, primero, a brindar protección internacional a los refugiados, y en segundo lugar, a buscarles soluciones permanentes, ya sea, la repatriación voluntaria, la integración local o el reasentamiento, las cuales ya habían sido establecidas separadamente en las instituciones precedentes.

En cuanto al financiamiento, la resolución que crea el ACNUR limita el financiamiento de la Oficina por parte de las Naciones Unidas solamente a los gastos administrativos derivados del funcionamiento de éstos, mientras que los gastos derivados de las actividades serán de cargo de contribuciones voluntarias. Lo anterior se vio limitado además, porque el ACNUR, al solicitar contribuciones voluntarias necesitaba de la aprobación directa de la Asamblea General, sin perjuicio del escueto presupuesto anual que no superaba los 300.000 dólares, sin contar además con la falta de cooperación por parte de los Estados Unidos, el cual fue fundamental para las políticas de repatriación de la UNRRA y de reasentamiento de la OIR, pero que también marcó el descontento de este país para con las organizaciones de refugiados, ya que debía cargar con gran parte del presupuesto de éstas.

Estados Unidos se negó a hacer contribuciones al ACNUR, en primer lugar porque consideraba que éste no era un organismo apropiado para encauzar fondos, por lo que decidió financiar un programa propio, el *United States Escapee Program*, además del Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas, el cual posteriormente se convirtió en la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), y otros programas focalizados de reconstrucción en Palestina y Corea. La segunda razón para justificar la ausencia de financiamiento de este país hacia el ACNUR se debió a una decisión adoptada por el Congreso estadounidense, la cual vetaba el uso de dinero de sus arcas para cualquier organización internacional que trabajase en países de la órbita soviética¹⁰⁰.

Por lo anterior, el ACNUR debió facilitar la protección internacional y promover soluciones duraderas con un reducido presupuesto, lo que pudo convertirse, tal como lo señaló el primer Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, Gerrit Jan van Heuven Goedhart, en que la oficina se dedicara solamente a “administrar miseria”¹⁰¹.

¹⁰⁰ ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000. *Óp. Cit.*, p. 26, 28.

¹⁰¹ AGA KHAN, Príncipe Sadruddin, Alto Comisionado Adjunto. Discurso pronunciado ante el Consejo Noruego para los Refugiados, 19 de mayo de 1965. En: ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000. *Óp. Cit.*, p. 26

El ACNUR tuvo que dar un giro en la forma de su financiamiento, ya que los aportes de los Estados y las donaciones particulares no alcanzaban para operar de manera eficiente, por lo que desarrolló asociaciones con organizaciones de voluntarios de la sociedad civil, logrando importantes donaciones. La primera de ellas fue de la Fundación Ford, la cual entregó la suma de 3,1 millones de dólares, los cuales se emplearon en el financiamiento de un plan de integración local en países europeos como solución permanente a los problemas de los refugiados.

Sólo en 1954, se logró solucionar permanentemente el problema del financiamiento por parte de los Estados, al crearse el Fondo de las Naciones Unidas para los Refugiados, el cual era independiente del ACNUR, pero que tenía por finalidad el financiamiento de éste. De esta forma se realizaron proyectos en Austria, la República Federal de Alemania, Grecia, e Italia. Recién con esta modalidad, Estados Unidos volvió a contribuir, siendo actualmente el país que realiza los principales aportes a la organización.

En paralelo al establecimiento del ACNUR, los países de la ONU, en Conferencias de Plenipotenciarios, se dedicaron a la elaboración de un cuerpo normativo que estableciera derechos y obligaciones de los Estados en cuanto al tratamiento en su territorio de las personas que tuvieran la calidad de refugiados, tal como se había hecho tres décadas atrás. Así, el 28 de julio de 1951 se adopta la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁰², la cual no estuvo exenta de polémicas, principalmente en cuanto a la definición del término “refugiado”, ya que se puso el foco de la protección en la persona del refugiado, y no en el derecho de los Estados a recibir asilados, tal como en los instrumentos latinoamericanos, generándose nuevas obligaciones, que por constar en un tratado internacional, tenían un carácter vinculante.

Otra de las discusiones que se generaron estuvo relacionada con el concepto de Refugiado que debía adoptar la Convención. Estados Unidos era partidario de una

¹⁰² CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, 189 U.N.T.S. 150, entrada en vigor 22 de abril de 1954.

definición restringida, al tener presente las obligaciones legales que significaría una definición más amplia, mientras que los Estados de Europa Occidental propugnaban una definición amplia, aunque también tenían diferencias en cuanto a los límites de ésta.

La solución de las Conferencias fue elaborar una definición general, aplicable universalmente, centrada en el fundado temor de una persona de ser perseguida por motivos taxativamente señalados, pero limitada en cuanto al alcance de la Convención misma, ya que ésta no se aplicaría a las personas que se convirtieran en refugiados por acontecimientos ocurridos con posterioridad al 1º de enero de 1951, ni eventualmente, a refugiados que no fueren europeos, en caso que los Estados limitaran aún más sus responsabilidades formulando una declaración en ese sentido.

El artículo 1 de la Convención señala:

“Artículo 1. -- Definición del término "refugiado"

A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona: [...]

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º 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. [...]

B. 1) A los fines de la presente Convención, las palabras "acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951", que figuran el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como:

a) "Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa", o como
b) "Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar"; y cada Estado Contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión, con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención.[...]"

Esta definición constituyó un cambio en la forma de determinar el *status* de refugiado, ya que con esto se permitía una identificación de forma individual, y no colectiva, como sucedía con los instrumentos de 1933 y 1938.

Cabe destacar que los Estados signatarios no reconocieron un derecho de asilo, a pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo XIV consagra el derecho de toda persona de buscar asilo y disfrutar de él, porque éste implicaba ceder su derecho soberano a autorizar la entrada de personas en su territorio; sin embargo, se consolidó el principio de no devolución, *non refoulement* o prohibición de expulsión, el cual es de fundamental importancia en el Derecho Internacional de los Refugiados y que ya se había reconocido en las convenciones de 1933 y 1938.

Finalmente, otra discusión que por su amplitud no será abarcada en este trabajo pero que merece mencionarse por la importancia que ha cobrado a nivel doctrinario, es el dualismo teórico entre el derecho de asilo y la institución del refugio, acercando o alejando ambos conceptos según el criterio doctrinario seguido por los distintos autores. Así, hay acuerdo en que existe una definición de lo que es el refugio, a nivel convencional, pero no respecto del derecho de asilo.

Según MANUEL DIEZ DE VELASCO, los elementos comunes de ambas categorías consisten en la “existencia de unas condiciones de persecución previa basada en razones de conciencia, ideológicas y políticas, además de tratarse en ambos casos de una persecución individualizada”¹⁰³. Por otro lado, LOPEZ GARRIDO considera a estas dos figuras como manifestaciones de un único concepto, que es el derecho de asilo, entendido como “el derecho de toda persona que huye de la persecución a ser acogida y protegida por autoridades y sociedades diferentes de aquella de las que huye”¹⁰⁴.

Argumento contrario es el de DEL VALLE GALVEZ, quien considera que el asilo se da en dos momentos distintos de la protección del individuo; en primer lugar, son las garantías provisionales de acogida, y previas al conocimiento del estatuto de

¹⁰³ DIEZ DE VELASCO, M. Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid, Ed. Tecnos, 2003, p.559 – 562.

¹⁰⁴ LOPEZ GARRIDO, Diego. El derecho de asilo, Madrid, Ed. Trotta, 1991, p. 17 – 19

refugiado, y en segundo lugar, sería también la posterior protección territorial del Estado, consecuencia de la determinación de la condición de refugiado¹⁰⁵.

8. Nuevos desarrollos del Derecho Internacional de los Refugiados

Si bien las guerras mundiales fueron las principales causales que provocaron la migración forzada de personas en la primera mitad del siglo XX, esto fue cambiando con el paso del tiempo, y ya a fines de los '70, los conflictos internos de los Estados, principalmente en África y Latinoamérica, fueron, y son hoy en día, la causa principal del desplazamiento forzado en el mundo.

A partir de estas dos situaciones, Jaime RUIZ DE SANTIAGO señaló que “la ausencia de justicia, la ausencia de tranquilidad y la ausencia de orden es lo que provocan los refugiados. [...] donde existe violencia, donde existe intolerancia, donde existe persecución, automáticamente hay refugiados”.¹⁰⁶

En virtud de lo anterior podemos ver como el problema de los refugiados se recrudeció con posterioridad a 1951. En este contexto, la Fundación Carnegie para la Paz Internacional¹⁰⁷ convocó a una reunión de expertos en Bellagio, Italia, para buscar la forma de solucionar permanentemente esta situación. Respondiendo a esta problemática, se adoptó un primer borrador, que no solo buscaba eliminar la limitación irreductible de tiempo, sino también eliminar la limitación en cuanto al espacio del Artículo 1.B.1) de la Convención.

¹⁰⁵ DEL VALLE GALVEZ, Alejandro. La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (II). En: LOPEZ ESCUDERO, Manuel. y MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, José. Derecho Comunitario Material, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 57.

¹⁰⁶ RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Refugio, asilo y desplazamiento. Cátedra Nansen, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, ACNUR, San José de Costa Rica, 2000. p. 3

¹⁰⁷ *Carnegie Endowment for International Peace* es una fundación privada sin fines de lucro, que tenía como finalidad la lucha contra los conflictos armados. Más información [En línea] <<http://carnegieendowment.org/about/>> [Consulta: 24 de febrero de 2011]

Este trabajo sirvió de base para la suscripción del Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁰⁸, el cual solo logró levantar la limitación temporal de la Convención de Ginebra de 1951, mas no la territorial que siguió siendo optativa para los Estados. Al extender la vigencia de la Convención y sacarla de un momento histórico determinado, logra convertir a ésta en un instrumento de derechos humanos con vigencia para el futuro¹⁰⁹.

Finalmente cabe señalar que actualmente hay 141 países que son parte en ambos instrumentos; de éstos, sólo el Congo, Madagascar, Mónaco y Turquía mantienen la limitación en cuanto al espacio, lo que en la actualidad implica una ineficacia en el sentido de universalidad que se le ha querido dar a los instrumentos de Derecho Internacional de los Refugiados, teniendo en cuenta, especialmente, que el mayor número de refugiados que se han generado en las últimas décadas provienen de África y de Asia, y no de Europa, como es el sentido de la limitación territorial¹¹⁰

Con el pasar de los años, diversas situaciones de carácter regional hicieron surgir nuevas necesidades. Primeramente en África, en virtud del proceso de descolonización que se inicia en la segunda mitad del siglo XX con la guerra de Argelia de 1954-1962, generándose grandes convulsiones que hicieron necesaria la adopción de medidas para ir en auxilio de las personas que estaban sufriendo las consecuencias de las “guerras de liberación nacional” que conllevaron el exilio de un importante número de ciudadanos argelinos a Túnez y Marruecos.

E conflicto mencionado tuvo una importancia fundamental en cuanto a la forma de orientar el ACNUR sus políticas, ya que fue fuertemente cuestionado al involucrarse en un conflicto entre una colonia (Argelia) y una potencia (Francia), sin embargo, fue el

¹⁰⁸ PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, 606 U.N.T.S. 267, entrada en vigor 4 de octubre de 1967.

¹⁰⁹ HAINES, Rodger. La persecución por motivos de género. En: FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010. p. 357.

¹¹⁰ Cfr. ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000. Gráfico 5.4: Refugiados por principales regiones de asilo, 1975-2000, p. 139

mismo Alto Comisionado de la época, Lindt, quien expresó que el mandato de la organización era de aplicación universal, y que no podía ocuparse solamente de los refugiados que huían del comunismo¹¹¹.

Esta situación no fue diferente en los demás Estados africanos que buscaban su independencia: el Congo, Ruanda y Burundi, sufrieron matanzas generalizadas y un desplazamiento masivo de su población, mientras miles de refugiados huían de Angola, Mozambique y Guinea-Bissau. La independencia de los distintos países no logró consolidar la paz, sino al contrario, fue seguido de sendos golpes de Estado y tentativas de golpes de Estado, que generaron importantes conflictos internos, destacando por su violencia las situaciones acaecidas en Togo, en la República del Congo, en Sudán, Eritrea y la guerra de Biafra en Nigeria.¹¹²

Es en este contexto que, en 1969, en la ciudad de Addis Abeba, la Organización de la Unidad Africana, actual Unión Africana, dicta la Convención de la OUA por la que se regulan los problemas específicos de los refugiados en África¹¹³ (en adelante Convención de la OUA), debido a las crisis ya señaladas anteriormente.

La Convención de la OUA tiene la virtud de actualizar la definición de refugiado, reconociendo las problemáticas locales que generaron refugiados en aquella década, proyectándola a situaciones futuras, vía elementos objetivos, que no estaban previstas en la Convención de Ginebra de 1951.

En este sentido, el Artículo 1 en su inciso segundo señala que:

“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

¹¹¹ Un análisis en profundidad de la labor del ACNUR en la situación argelina se encuentra en ACNUR. La situación de los Refugiados en el mundo. 2000. *Óp. Cit.*, p. 44- 50

¹¹² ACNUR. La situación de los Refugiados en el mundo. 2000. *Óp. Cit.*, p. 53.

¹¹³ CONVENCIÓN DE LA OUA POR LA QUE SE REGULAN LOS ASPECTOS ESPECÍFICOS DE PROBLEMAS DE LOS REFUGIADOS EN ÁFRICA. Adoptada el 10 de septiembre de 1969, 10011 UNTS 14691, en vigor desde el 20 de junio de 1974.

residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad”.

En América Latina, en particular en Centroamérica, fue la década de los 70' la que presencié grandes convulsiones que generaron flujos masivos de refugiados. En 1981, un coloquio académico celebrado en México, identificó esta nueva problemática, destacando que los regímenes imperantes para conceder asilo, vigentes a la época, se caracterizaban por una determinación individual y principalmente subjetiva, además de que ninguno de éstos contemplaba normas relativas a flujos masivos de refugiados. Estos regímenes estaban conformados tanto por las normas de asilo latinoamericano, que tenían una mayor aplicación práctica en comparación con las normas de la Convención de Ginebra de 1951, la cual había tenido una adhesión menor en Latinoamérica¹¹⁴.

El primer considerando de las conclusiones del Coloquio enfatizó en “la necesidad de adecuar la valiosa tradición del asilo en América Latina a los problemas actuales de la Región, caracterizados por la masificación de los desplazamientos y el incremento numérico de personas en busca de asilo”¹¹⁵, lo cual expresa, además, la necesidad de alejarse de los cánones clásicos relativos al asilo latinoamericano, dando por superada la distinción que parte importante de la doctrina realizó respecto de la legislación universal como sistemas incompatible, adhiriendo a una postura unificadora, ratificada por la conclusión sexta, que señaló que hay que “[r]econocer que los regímenes relativos al estatuto jurídico de asilados y refugiados, tanto el Universal como el interamericano, constituyen un sistema normativo adecuado de protección internacional”¹¹⁶.

El coloquio propuso la ampliación de la definición de refugiado, ya que si bien recoge la definición de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951, la amplía de

¹¹⁴ De las 30 repúblicas independientes, menos de la mitad había adherido a ella. Ver fechas de adhesión en el listado de los países latinoamericanos que han adherido a la Convención y al Protocolo, en Anexo 2.

¹¹⁵ CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina, reunido en Tlatelolco, Ciudad de México, del 11 al 15 de mayo de 1981.

¹¹⁶ *Ibíd.* El subrayado es nuestro.

manera similar al texto emanado de la OUA, lo cual implicó incluir criterios objetivos a la definición que permitían una simplificación en cuanto a la determinación de las personas refugiadas.

Tres años más tarde, en 1984, un grupo de representantes gubernamentales, profesores universitarios y abogados de Centroamérica, México y Panamá, organizados por el Grupo Contadora¹¹⁷, se reunieron en Cartagena, Colombia, adoptando la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados¹¹⁸, basándose en las recomendaciones surgidas del coloquio desarrollado en México.

Esta declaración ha cobrado gran importancia en Latinoamérica, ya que sin ser un instrumento internacional jurídicamente vinculante, ha tenido gran aceptación, tanto por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el ACNUR, como por parte de la mayoría de los Estados de Centroamérica y Latinoamérica, los cuales incorporaron esta definición de refugiado en sus legislaciones nacionales. Aquellos que no son Parte en la declaración han recogido de manera voluntaria o indirecta la definición, tal como sucede con Chile que utilizó los criterios de la definición ampliada a en la práctica a comienzo de la década de los '90, y que finalmente la adoptó formalmente el año 2004 al adherir a la Declaración y Plan de Acción de México, que retomaba los compromisos contraídos en Cartagena¹¹⁹.

La definición establecida en la Declaración de Cartagena fue complementándose con los años. En 1989 se celebró la Conferencia Internacional sobre Refugiados

¹¹⁷ El Grupo de Contadora fue creado en 1983 para hacer frente a la situación explosiva que reinaba en América Central y responder de manera ejemplar a una triple preocupación, a saber, poner fin a los terribles sufrimientos que padecían los pueblos de América Central a causa de los conflictos militares de sus países, defender el derecho de cada uno de ellos a la independencia y contribuir a la solución de una crisis cuyas repercusiones implicaban graves riesgos para la paz en el mundo. UNESCO. 1985 – El Grupo Contadora. [En línea] <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=9374&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 21 de marzo de 2011]

¹¹⁸ DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS. Adoptado por el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, Cartagena, Colombia, 19 al 22 de noviembre de 1984.

¹¹⁹ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones. Editorial Dykinson, Madrid, 2003. p. 57.

Centroamericanos (CIREFCA) que vino a desarrollar el concepto de refugiado establecido en la Declaración de Cartagena de 1984. De esta Conferencia surge en primer lugar la Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos¹²⁰, y los Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos¹²¹.

Entre los principales avances de estos trabajos se encuentra el establecer una presunción respecto a que las personas favorecidas por la Declaración sean civiles, entendiéndose por tales a aquellos que no toman parte en las hostilidades, siendo ésta una *condictio sine qua non* para ser reconocido como refugiado. Por tanto y a *contrario sensu*, jamás los combatientes, fueren de fuerzas regulares como irregulares, pueden ser considerados refugiados según los criterios de la Declaración de Cartagena de 1984¹²². Este requisito no es más que una expresión de lo prescrito por el Artículo 1.F de la Convención de Ginebra de 1951 que establece las cláusulas de exclusión, y que serán analizadas en el capítulo siguiente.

En 1994 CIREFCA realizó un análisis de los instrumentos que había desarrollado desde 1989, elaborando el documento “Evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones del documento ‘Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina’”¹²³ que complementó el referido, haciendo patente los avances alcanzados en 10 años de

¹²⁰ DECLARACION Y PLAN DE ACCION CONCERTADO EN FAVOR DE LOS REFUGIADOS, REPATRIADOS Y DESPLAZADOS CENTROAMERICANOS. CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE REFUGIADOS CENTROAMERICANOS (CIREFCA), Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989, Dist. General CIREFCA 89/13/Rev.1, 30 de mayo 1989.

¹²¹ CIREFCA. Principios y Criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina. Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989, Distr. General CIREFCA 89/9 de abril 1989.

¹²² FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones. *Loc. Cit.* p. 57.

¹²³ CIREFCA. Evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones del documento “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina”. Distr. General CIREFCA/REF/94/1, 28 de junio 1994.

aplicación de la Declaración de Cartagena de 1984, desarrollando los principios relativos a las soluciones duraderas al problema de los refugiados.

Cabe destacar que este documento, además, hace referencia expresa a la existencia, hasta antes de la década de los 70', de dos sistemas de protección: el Latinoamericano de Asilo y el Universal conformado por el Estatuto de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. En este sentido, las nuevas necesidades de protección y las deficiencias del primero de estos sistemas en la búsqueda de soluciones a los nuevos refugiados, los cuales se caracterizaban por ser personas comunes que emigraban individualmente o en masa, y ya no personas claramente identificables, como las autoridades perseguidas, hicieron necesaria una consolidación de ambas regulaciones en un sistema único y armónico.

Ese mismo año se celebró el Coloquio Internacional: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, que concluyó con la adopción de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas¹²⁴, la cual destacó la importancia fundamental que había tenido la Declaración de Cartagena de 1984 en los nuevos desarrollos del Derecho de Refugiados. En este contexto acentuó la influencia y desarrollo que la Declaración y los instrumentos posteriores ya mencionados tuvieron, y mantienen en Latinoamérica, en particular, a través de la incorporación de los criterios objetivos de la definición, en las legislaciones internas de los Estados, para extender la protección internacional a personas necesitadas de ella, más allá del ámbito de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967, reafirmando la necesidad de armonizar las normas, criterios y procedimientos en materia de refugiados basado en los instrumentos universales como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Declaración de Cartagena de 1984.

¹²⁴ DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ SOBRE REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS. Adoptada por el Coloquio Internacional: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, San José, Costa Rica, 5 al 7 de diciembre de 1994.

Declaraciones posteriores, como la Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe de 1999¹²⁵ y la Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio de 2000¹²⁶ actualizaron los compromisos asumidos desde la Declaración de Cartagena de 1984. La última además puso el acento en la incorporación de las víctimas de grave y generalizada violación de los derechos humanos en la definición de refugiado de las legislaciones internas de los Países Miembros y Asociados del MERCOSUR, haciendo expresa referencia a lo dispuesto en la definición de la Declaración de Cartagena de 1984.

En conmemoración de los veinte años de la Declaración de Cartagena, y en virtud del recrudecimiento del conflicto colombiano, los países latinoamericanos se reunieron en Ciudad de México a refrendar el compromiso adquirido en 1984, dictando la Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina¹²⁷, el cual, además de reafirmar la vigencia de su definición, estableció importantes criterios a la hora del trabajo de los Estados en materia de refugiados. En este sentido, estableció el principio *pro homine* como pilar de la interpretación de las normas de Derechos Humanos, Derecho Humanitario y Derecho de Refugiados, que son las ramas que convergen en esta materia.

Por otro lado este instrumento señaló la importancia de extender todo el catálogo de los derechos humanos al refugiado, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la indivisibilidad e interdependencia de éstos; identificó, además, que la fuente de este tipo de migración se ha modificado con el tiempo, ya que las Declaraciones anteriores principalmente se avocaban a los refugiados

¹²⁵ DECLARACIÓN DE TLATELOLCO SOBRE ACCIONES PRÁCTICAS EN EL DERECHO DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Adoptada por los participantes en el Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados, Ciudad de México, 10 y 11 de mayo de 1999.

¹²⁶ DECLARACION DE RIO DE JANEIRO SOBRE LA INSTITUCION DEL REFUGIO. Río de Janeiro, Brasil, 10 de noviembre del 2000.

¹²⁷ DECLARACIÓN Y PLAN DE ACCIÓN DE MÉXICO PARA FORTALECER LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA. Ciudad de México, 16 de noviembre del 2004.

Centroamericanos y Latinoamericanos, pero ahora también reconoce la existencia de migración desde otros continentes, principalmente África.

El Plan de Acción de México está actualmente en práctica, incluyendo dentro de sus líneas de acción no solo el declarar quien requiere protección internacional, sino que apunta también a la búsqueda de soluciones duraderas, estableciendo mecanismos innovadores para su puesta en marcha, a través de un sistema de reasentamiento llamado “Reasentamiento Solidario”, y de integración local tanto en el medio urbano, por medio de las “Ciudades Solidarias”, como en las principales zonas fronterizas, vía la institucionalización de “Fronteras Solidarias”; pero teniendo siempre presente que la repatriación voluntaria es la forma más eficiente por antonomasia.

Esta evolución continúa y ya en 2010, con motivo del sexagésimo aniversario del ACNUR, se firma la Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano¹²⁸, que viene a reafirmar los compromisos adquiridos en la Declaración y Plan de Acción de México respecto a los refugiados, pero que además pone de manifiesto la necesidad de abordar el tema de la apatridia de manera conjunta con la protección internacional, exhortando a los países que no son parte en la Convención para reducir los casos de Apatridia de 1961 a hacerse parte en este instrumento.

Es menester señalar que, si bien todos estos instrumentos latinoamericanos son sólo declaraciones, sin efecto vinculante, han permitido encontrar soluciones a la problemática de los refugiados de la región, demostrándose que no es necesaria la formalidad ni la solemnidad de los tratados para encontrar soluciones viables, y que basta con un compromiso de los Estados basado en la Solidaridad Internacional para lograr estos fines. Los principios establecidos en la Declaración de Cartagena de 1984 han llegado incluso a incorporarse a nivel constitucional en algunas naciones latinoamericanas.

¹²⁸ DECLARACIÓN DE BRASILIA SOBRE LA PROTECCIÓN DE PERSONAS REFUGIADAS Y APÁTRIDAS EN EL CONTINENTE AMERICANO. Brasilia, 11 de noviembre del 2010

Es menester señalar que este desarrollo no se ha repetido en Europa, la cual ha reglamentado solamente el estatuto de refugiado establecido en la Convención, además de un estatuto de protección subsidiaria mediante la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, siendo reticente la Unión Europea a recepcionar la definición ampliada en la legislación comunitaria, a pesar de verse afectado por los desplazamientos masivos desde Medio oriente y África, acaecidos desde la mitad del siglo XX hasta la fecha.

El I Informe de la Federación Iberoamericana de Ombudsman sobre Derechos Humanos, en el capítulo de Migraciones señala que “en la actualidad está pendiente de aprobación la norma que fija las condiciones mínimas del estatuto de refugiado que cada Estado miembro deberá aplicar. Sin embargo, hay norma vigente que establece los mínimos para el caso de protección temporal en el caso de afluencia masiva de personas desplazadas”¹²⁹, refiriéndose a la Directiva 2001/55/CE. Esto ha generado críticas desde el ACNUR y la comunidad internacional, las cuales se han agravado con la dictación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹³⁰. A partir de lo anterior se puede afirmar que no han existido avances en materia de Derecho de Refugiados en la Unión Europea, tal como ocurrió en Latinoamérica.

¹²⁹ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. *Óp. Cit.* p. 66

¹³⁰ Por motivos de extensión, no nos detendremos sobre la situación del asilo en la Unión Europea. Para un completo análisis de la cuestión, ver FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria. *Asilo y refugio en la Unión Europea*. Editorial Comares, Granada, 2007. Respecto a las críticas que se le hacen a la Directiva de Retorno, ver CERIANI, Pablo. *La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos*. Anuario de Derechos Humanos (5): 85-94, julio. 2009.

CAPÍTULO II. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS.

El Derecho Internacional de los Refugiados es una rama del derecho en permanente evolución formada tanto por convenciones internacionales jurídicamente vinculantes, como por declaraciones que carecen de tal valor. En éste sentido, analizaremos los principales instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Refugiados, señalando cuáles son los elementos que conforman la Protección Internacional de los Refugiados en su marco regulatorio, y como, a su vez, converge con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

La finalidad del capítulo es construir, teóricamente, el *corpus iuris* de la Protección Internacional de los Refugiados, enfatizando en la definición del concepto de refugiado; en segundo lugar, establecer cómo puede acceder éste a la protección internacional brindada por un Estado y cómo puede ejercer su derecho al asilo, de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos; y por último conocer los derechos y obligaciones propios de la institución, conceptualizándose en definitiva un “*status* de refugiado”, entendiendo *status* como una categoría jurídica independiente del migrante económico y del nacional del país de asilo.

A. Concepto de Refugiado a partir del conjunto de instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Refugiados.

Tradicionalmente, la doctrina ha discutido si el término “refugiado” es o ha sido sinónimo de “asilado” o si ambos conceptos son diferentes. Al respecto, la doctrina nacional ha tendido a su diferenciación, basándose en una interpretación gramatical a partir del Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos (Montevideo, 1939)¹³¹ donde se señala que el asilo territorial, también se denomina “Refugio”, distinguiéndolo del asilo

¹³¹ Ver Capítulo I., sección A., d) que desarrolla ese instrumento.

político, que se otorga en legaciones, embajadas o navíos; por tanto el que se acoge la protección territorial sería el verdadero refugiado, y sólo los demás debieran referirse como asilados.

Esta opinión ha sido superada hace ya varias décadas en virtud del surgimiento de teorías monistas sobre el asilo, las cuales unifican los conceptos “asilo diplomático” y “asilo territorial”, al de asilo como una sola figura con distintas vertientes, pero considerando ambas como una misma institución, pues persiguen un mismo fin, y por tanto los términos refugiado y asilado serían palabras sinónimas. En este sentido, la Declaración de Tlatelolco de 1999¹³² señala “que ambos son sinónimos, porque extienden la protección a extranjeros que la ameriten. El asilo es la institución genérica que permite la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento, por medio del cual en la práctica se formalice dicha protección, sea el régimen de refugiados según la Convención de Ginebra de 1951 Relativa a el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de Nueva York de 1967” las cuales regulan sólo un asilo de tipo territorial, “o, el de asilados según los Convenios Interamericanos en la materia”, que regula principalmente el asilo en su vertiente diplomática.

Partiendo de la premisa anterior, definiremos “refugiado” a partir de los diversos instrumentos que han señalado quienes están incluidos dentro de ésta, es decir, el análisis se centrará en la Convención de Ginebra de 1951 con su Protocolo de Nueva York de 1967, y la Declaración de Cartagena de 1984 la cual tiene como principal antecedente la Convención de la OUA de 1969, y sus instrumentos conexos.

1. Definición de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados.

Las primeras convenciones que trataron materias relativas a refugiados, a nivel universal, fueron instrumentos enfocados a grupos específicos tales como nacionales

¹³² DECLARACIÓN DE TLATELOLCO SOBRE ACCIONES PRÁCTICAS EN EL DERECHO DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Adoptada por los participantes en el Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados, Ciudad de México, 10 y 11 de mayo de 1999.

de determinados países, por tanto no son útiles al momento de elaborar una conceptualización del refugiado. A *contrario sensu*, la Convención de Ginebra de 1951 si entrega una definición general, además de ser el instrumento de mayor adhesión a nivel global respecto a la protección internacional, siendo por tanto la base de una definición de asilado.

La Convención de Ginebra expresa en su Artículo 1, literal A, que “el término ‘refugiado’ se aplicará a toda persona” alejándose de una definición taxativa, pero al mismo tiempo enumera situaciones específicas, evitando la posibilidad de tener una definición general. Sin perjuicio de lo anterior el Protocolo de Nueva York sobre el estatuto de los Refugiados de 1967 elimina esta restricción estableciendo una definición generalmente aplicable a cualquier situación.

i) Statutory refugees.

En primer lugar señala que será considerado como refugiado la persona:

“1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.”

Este primer numeral está en consonancia con el Artículo 37 que deroga los instrumentos ad hoc que nacieron para brindar protección internacional a diversos grupos de refugiados, pero para no dejar fuera de la protección éstas personas, se les mantiene la calidad de refugiado, favoreciéndolo con iguales derechos que aquellos que se acogerán a la protección internacional conforme a lo reglamentado por la Convención.

Estos instrumentos, ya analizados en el capítulo anterior, se caracterizaron por tener una posición objetiva en cuanto a la determinación de la condición de refugiado, ya que vincularon la categoría “refugiado” principalmente a la nacionalidad, al territorio

del que huyeron y a la falta de protección diplomática de su país de origen, por tanto, su aplicación en la práctica no generó mayores dificultades¹³³.

Cabe destacar que la doctrina ha categorizado a estos refugiados como “Statutory refugees” o refugiados legales, ya que su determinación ya fue resuelta por instrumentos jurídicos anteriores. Actualmente existen pocos casos vigentes, debido a las cláusulas de cesación previstas en la misma Convención, como la desaparición de las circunstancias, situación que será analizada más adelante.

ii) Determinación general conforme a la Convención y el Protocolo.

Si bien la Convención regula en segundo lugar esta situación, es la que tiene mayor aplicación práctica. Ésta dice relación con la aplicación de cláusulas de inclusión que contempla la convención para entender refugiado a determinadas personas, sin perjuicio que no es el único criterio para la determinación, ya que además no debe estar incluido dentro de las causales de exclusión para poder ser considerado. Ambas situaciones son analizadas a continuación.

a) Cláusulas de inclusión.

Tanto el ACNUR como la doctrina han señalado que las cláusulas de inclusión son criterios determinados, necesarios para que cualquier persona pueda ser potencialmente incluida dentro de la definición de refugiado¹³⁴.

Tal como se señaló anteriormente, la Convención de Ginebra define refugiado de una forma general, pero limitada temporalmente, limitando su aplicación al intentar solucionar las nuevas afluencias de refugiados que fueran surgiendo tanto en Europa como en el resto del mundo, por lo cual se decidió extender tal concepto, a través del

¹³³ ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra, 1979. p. 3

¹³⁴ ACNUR. Introducción a la Protección Internacional. *Loc. Cit.*, p. 61.

Protocolo de Nueva York de 1967. Así, el segundo numeral del Artículo 1.A, señala que refugiado será toda persona:

“2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º 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.”

Esta compleja definición, fue tomada en parte del Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados¹³⁵, el cual en su capítulo segundo señala las funciones del ACNUR y su competencia. No obstante lo anterior, existen diferencias entre ambas definiciones, ya que la definición del Estatuto no señala dentro de los motivos de persecución la “pertenencia a determinado grupo social”. En esta sección analizaremos cada uno de los elementos que componen esta definición.

1) Limitación ratióne temporis.

El primer elemento es una limitación temporal pues en el momento de elaboración de la Convención, los Estados tenían el deseo de restringir sus obligaciones solo a aquellas situaciones que habían provocado refugiados con posterioridad a 1939 y con anterioridad al año 1951. En este periodo hubo 8 conflictos armados de importancia mundial. Señalamos como límite el año 1939 debido a que en ese año se firman dos Protocolos Adicionales de 1939, los últimos instrumentos de protección internacional

¹³⁵ Adoptado en ASAMBLEA GENERAL, Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950 Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

de refugiados anteriores a la Convención de Ginebra de 1951, considerados para los efectos de entender a determinadas personas dentro de los *statutory refugees*¹³⁶.

El Protocolo de Nueva York aborda esta problemática, señalando en su Artículo I.2 que:

“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 1.º 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.”

Esta disposición deroga la restricción *ratione temporis*, y en virtud del número de adhesiones a este protocolo, esta limitación se ha convertido en una situación excepcionalísima¹³⁷; por lo cual es un elemento de poca relevancia actualmente al elaborar una definición general..

La doctrina señala, además, que con la adopción del Protocolo, la definición del Estatuto del ACNUR desapareció para los Estados, no obstante subsisten diferencias entre ambas definiciones como se señaló previamente, pero para los efectos prácticos, son una y la misma definición¹³⁸. Esto se complementa además con que originalmente el Estatuto del ACNUR también tenía una limitación temporal, al señalar que la agencia, no era un órgano permanente, sino que la continuidad de sus funciones sería evaluada en un plazo de 3 años, lo cual, en virtud de la complejidad del asunto, tampoco pudo sostenerse, siendo actualmente el mandato indefinido, tal como la limitación de la Convención¹³⁹.

¹³⁶ Para ver el listado y las fechas en que se produjeron los conflictos, ver Anexo 4.

¹³⁷ Actualmente Madagascar, Mónaco y Saint Kitts and Nevis son los únicos países que solo son parte de la Convención de Ginebra de 1951 pero no del Protocolo de Nueva York de 1967.

¹³⁸ FORTÍN, A. *Óp. Cit.*, p. 8

¹³⁹ Cfr. ASAMBLEA GENERAL, Resolución 58/153 de 2004. Aplicación de las medidas propuestas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados con el objeto de fortalecer la capacidad de su Oficina para el cumplimiento de su mandato. A/RES/58/153

2) Fundados temores.

El segundo elemento relevante en la definición de la Convención de Ginebra se encuentra en la frase “fundados temores”, el cual es considerado por la doctrina como el elemento subjetivo y fundamental de ésta, pues la situación de ser considerado como refugiado un sujeto depende de su situación personal, por tanto ahora la determinación se aleja de las concepciones anteriores que ligaban determinadas categorías para configurar el concepto.

Si bien el concepto es subjetivo, pues debido al carácter excepcional de la institución se impide que esta pueda ser aplicada ligeramente, desde ahí nace la necesidad de calificarlo. En este sentido, este elemento está conformado tanto por un “temor”, el cual según la RAE es una “Pasión del ánimo, que hace huir o rehusar aquello que se considera dañoso, arriesgado o peligroso”¹⁴⁰, la cual es una condición subjetiva del solicitante de asilo; lo cual ha de relacionarse con el término “fundado”, es decir, que esté “apoya[do] con motivos y razones eficaces o con discursos”¹⁴¹, es decir, que esté basado en una situación objetiva. En esta última parte se apoyan los defensores de las definiciones objetivas, señalando que, por ejemplo, muchas veces cuando se producen desplazamientos masivos provocados por violaciones generalizadas y graves de los derechos humanos, las evidencias objetivas pueden ser suficientes por sí mismas para establecer un fundado temor¹⁴².

Por lo anterior se requiere un procedimiento especial en los Estados que tome en consideración tanto los elementos subjetivos como los objetivos planteados por el solicitante para poder determinar su condición de refugiado. En este sentido, el

¹⁴⁰ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Versión On-Line. Consulta: Temor. [En línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=temor> [Consulta: 08 de febrero de 2011]

¹⁴¹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Versión On-Line. Consulta: Fundar. [En línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=fundar> [Consulta: 08 de febrero de 2011]

¹⁴² CANÇADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2º Edición, p. 196.

ACNUR tiene una especial preocupación respecto de las evaluaciones de credibilidad, debido a que se deben tomar en consideración los distintos tipos de reacciones psicológicas que pueda presentar un individuo que se encuentre en las mismas circunstancias¹⁴³.

3) Persecución.

El tercer elemento de la definición se encuentra en la palabra “perseguida” del artículo en comento, es decir, toma relevancia en este punto el concepto de persecución.

Frente a este concepto, el ACNUR señala que el temor fundado de persecución no puede fundarse en cualquier tipo de situaciones, es decir, limita el temor solo al caso de persecución, y en este sentido, cualquier otro motivo que le genere un temor, y que si bien puede ser fundado, como el hambre o los desastres naturales, se encuentran excluidos desde ya en la definición, al no haber una persecución relacionada con el temor¹⁴⁴.

Cabe señalar que este concepto, deliberadamente, no fue definido, pretendiendo con esto que las interpretaciones fueran lo suficientemente flexibles para abarcar las diversas situaciones que se podían ir generando con el transcurso del tiempo, lo cual en la práctica ha sido una de las mayores virtudes de la Convención de Ginebra¹⁴⁵. Sin perjuicio de lo anterior, una aproximación a lo que se entiende por persecución se encuentra en la misma Convención, la cual en el Artículo 33 señala que “Ningún Estado [podrá] poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre [...]”, con lo cual se da a entender que la persecución consiste en un atentado, a lo menos, a la vida y a la libertad.

¹⁴³ Un análisis en profundidad escapa al desarrollo de la memoria, por lo cual se sugiere, en caso de interés, consultar la obra citada Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado.

¹⁴⁴ Cfr. Párrafo 38, Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado, ACNUR.

¹⁴⁵ ACNUR. Introducción a la Protección Internacional. *Loc. Cit.*, p. 62.

La Alto Comisionada Sadako Ogata señaló en la XLIX Sesión de la Comisión de Derechos Humanos que “cuando las personas son forzadas a abandonar sus hogares, toda una serie de otros derechos es amenazada, inclusive el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, la no discriminación, el derecho a no ser sometido a tortura o tratamiento degradante, el derecho a la privacidad y a la vida familiar”¹⁴⁶, entendiéndose entonces que la persecución puede consistir en una multiplicidad de actuaciones, que pueden afectar a todo tipo de bienes jurídicos.

La doctrina ha señalado definiciones de persecución a partir de la práctica de los diversos órganos de las Naciones Unidas, de los Estados y del ACNUR. Una de estas definiciones es elaborada por Antonio FORTÍN, quien señala que “perseguir es causar de manera intencional un daño grave e injustificado a una persona o grupo de personas, debido a una característica distintiva que ella o ellas poseen (o que les es atribuida) y que, a los ojos del perseguidos, las hace merecedoras de represión, de castigo o de eliminación”. En este sentido se pueden extraer cinco elementos que determinan que hay una persecución, y estos son¹⁴⁷:

1. Daño físico, psicológico o patrimonial;
2. Mínima gravedad;
3. Ausencia de justificación e ilegitimidad del daño;
4. Dolo especial;
5. Sistemática o masividad del daño.

En la práctica de los Estados se ha discutido si la discriminación generada por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, por sí sola, es considerada persecución. El ACNUR entiende que por sí sola no constituye persecución, y salvo determinadas excepciones, como cuando existen consecuencias esencialmente lesivas para la persona, afectando por ejemplo el derecho al trabajo, la posibilidad de practicar su religión (libertad religiosa) o el acceso a servicios educacionales normalmente asequibles. Por otro lado también

¹⁴⁶ UNHCR, *Statement by the United Nations High Commissioner for Refugees (Mrs. Sadako Ogata) to the XLIV Session of the Commission on Human Rights*, Ginebra, 03 de marzo de 1993, p. 10. Citado por CANÇADO TRINDADE, Antonio. *Óp. Cit.*, p. 197

¹⁴⁷ FORTIN, A. *Óp. Cit.*, p. 10.

constituiría persecución cuando en el fuero interno de la persona se crea un sentimiento de desconfianza e inseguridad respecto de su existencia futura, afectando el derecho a la vida, a su seguridad personal o a su libertad ambulatoria, lo cual será de todas formas más convincente si la persona ha sido víctima de medidas discriminatorias sistemáticas¹⁴⁸.

Otro punto importante respecto a este elemento es el relativo al “agente de persecución”, entendiéndose como tal a aquel que la provoca. Tradicionalmente se ha sostenido que el principal agente persecutor es el propio Estado del que la persona es nacional o tiene su residencia, u otros sujetos que actúan apoyados, condonados, o tolerados por el Estado¹⁴⁹, sin perjuicio que la convención no excluye la posibilidad de extender esta interpretación a agentes extra-estatales que pudieran devenir en agentes persecutores, lo cual ha generado controversias en la praxis.

En los Trabajos Preparatorios de la Convención de Ginebra de 1951 no hay indicios de que se impusiera un requisito adicional de que la persecución emanara necesariamente del gobierno o de aquellos que actúan a interés de aquel, por tanto sostener lo anterior implicaría denegar la protección internacional cuando exista persecución por parte de un agente no gubernamental, vulnerando el espíritu y fin de la Convención, deviniendo en un sistema inefectivo para la protección, y generando la responsabilidad internacional consecuente de lo anterior por parte del Estado que sostuviera esa postura, en virtud de las normas de Derecho Internacional Público, y en particular, conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁵⁰.

Además, en virtud de la interacción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de los Refugiados, en el proceso de interpretación de las

¹⁴⁸ ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado. *Óp. Cit.*, p. 16.

¹⁴⁹ ACNUR. Agentes de Persecución: Posición del ACNUR. Ginebra, 1995. p. 1.

¹⁵⁰ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigencia desde el 27 de enero de 1980. Artículo 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

normas de las convenciones se debe asegurar una interpretación uniforme, que respete el principio *pro homine* o de interpretación más favorable a las supuestas víctimas¹⁵¹.

La posición del ACNUR en este sentido es que reconoce una persecución cometida por agentes no gubernamentales, tales como las fuerzas irregulares, incluyendo dentro de ésta a la guerrilla o población local, siempre y cuando el Estado no quiera o no sea capaz de brindar protección efectiva¹⁵². Así se ha resuelto, por ejemplo, en la situación Colombiana, en que las guerrillas, grupos armados ilegales, provocan los desplazamientos masivos¹⁵³.

Podemos señalar que, en este sentido, existe la posibilidad que se genere una situación problemática en cuanto a la aplicación de una de las causales particulares de persecución, la relativa a “determinado grupo social”, en relación con la pasividad del Estado ya sea por mera tolerancia, o porque no pueda brindar determinada protección a la persona. Por ejemplo, si una mujer es severamente maltratada por su marido, hay tribunales que han considerado que no existe un nexo entre la agresión y la afiliación a un grupo determinado cuando no se presentan pruebas donde otros miembros del grupo hubieran sido o fueran a ser objetivo de maltratos por parte de sus esposos, argumentándose por parte que si bien hubo violencia, esta fue porque era su esposa, no porque formara parte de un colectivo¹⁵⁴.

El problema del razonamiento anterior radica en que tomar casos similares más allá de elementos probatorios, tal como si fuera una *condictio sine qua non* convierte a

¹⁵¹ CANÇADO TRINDADE, A. *Óp. Cit.*, p. 38

¹⁵² ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios. *Óp. Cit.*, párrafo 65, p. 18 y ACNUR. Agentes de Persecución. *Óp. Cit.*, párrafos 4 y 5, p. 2-3.

¹⁵³ Un análisis de la situación colombiana se encuentra en: MOLANO APONTE, Diego. Avance, perspectivas y retos de la política de atención a la población desplazada. En: OEA. Sesión Especial sobre Temas de actualidad del Derecho Internacional de los Refugiados, 29 de enero del 2008, Anexo II. OEA/Ser.G/CP CAJP-2570/08, p. 94 y siguientes.

¹⁵⁴ ALEINIKOFF, Alexander. Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de pertenencia a un determinado grupo social. En: FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010, p. 332.

esta situación en un sin sentido, al compararla con otras motivaciones, por ejemplo, en la persecución por motivos religiosos, donde no debe demostrarse que el persecutor haya atacado a otros miembros de la comunidad religiosa para comprobar el nexo entre persecución y la motivación personal. Una solución a estas cuestiones está en entender que el daño puede constituir persecución por motivos de pertenencia a un determinado grupo social si “(i) el daño es infligido por motivos de tal pertenencia y el Estado no puede o no quiere impedir tal daño; o (ii) el daño es infligido y el Estado, por motivos de la pertenencia del solicitante a un determinado grupo social, es renuente a impedir el daño”¹⁵⁵.

Finalmente, una posición ecléctica entre FORTIN y ALEINIKOFF se encuentra en HAINES, quien señala que persecución no es más que la combinación de dos elementos separados pero esenciales, un riesgo de daño grave, en el sentido en que lo analiza el primero, unido a la falta de protección por parte del Estado, tal como lo aborda el segundo¹⁵⁶.

Partiendo de lo anterior, podemos señalar entonces que la persecución consiste en la posibilidad de causar de manera intencional un daño grave e injustificado a una persona o grupo de personas, debido a una característica distintiva que ésta o éstas poseen, y el Estado no puede o no quiere impedir tal daño, entendiendo incorporada dentro del último elemento el daño que puede provocar el Estado directamente.

4) Causales particulares de persecución.

El cuarto elemento, y la base de la definición de refugiado, son las categorías de persecución. La Convención de Ginebras que esta debe estar provocada por “motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”, mediante la cual se pone un límite a quienes pueden solicitar asilo.

¹⁵⁵ ALEINIKOFF, A. *Óp. Cit.*, p. 342.

¹⁵⁶ HAINES, R. *Óp. Cit.*, p. 361.

Si bien pareciera que es una definición mezquina, las múltiples posibilidades que ofrece el “pertenecer a un determinado grupo social” permiten que, a partir de una interpretación extensiva, se puedan incluir una infinidad de situaciones, convirtiéndose en una definición no taxativa, la cual está en consonancia con su carácter de subjetiva. Hay que destacar, que sin perjuicio de lo anterior, los Estados son reacios a esta interpretación, por lo cual se hizo necesario un reconocimiento a nivel internacional de nuevos y determinadas causales que estaban en auge, mediante la suscripción de instrumentos regionales, como la Convención de la OUA de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984.

Cabe señalar que estas categorías coinciden con lo que en materia de no discriminación la doctrina en Derechos Humanos ha denominado “categorías sospechosas”, las cuales, según la Corte Constitucional de Colombia que bien las ha sistematizado, señala que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen per se, criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”¹⁵⁷

(i) Raza.

El término “raza” utilizado en la Convención actualmente no es aceptado por la doctrina, por lo cual hay que entenderlo más bien acorde a la época en que la Convención fue redactada, por lo que hoy, se ha optado por hacerlo sinónimo del término etnia, el cual sería el concepto más amplio y acorde con los avances en materia de no discriminación y xenofobia. La RAE señala que etnia es una “Comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05. Citado por: DULITSKY. Ariel. El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. En: Anuario de Derechos Humanos. CDH. Universidad de Chile. Santiago, 2007. p. 23

¹⁵⁸ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Versión On-Line. Consulta: etnia. [En línea]

Generalmente estas caracterizaciones no aparecen de forma aislada, siendo común que se manifiesten en conjunto con temas de nacionalidad, por ejemplo el caso de los ciudadanos ugandeses de origen asiático que fueron perseguidos y expulsados en 1972, tal como los ciudadanos de Burundi de la tribu Hutu que fueron masacrados mientras otros huían a países vecinos, o los vietnamitas de origen étnico chino que tuvieron que buscar protección en el sudeste asiático, o la persecución por parte de la policía del Apartheid contra los sudafricanos¹⁵⁹.

(ii) Religión.

Cuando la definición se refiere a “religión”, significa que abarca cualquier sistema de creencias que posea un individuo, sin la necesidad de que pertenezca al abanico formal de religiones establecidas. En particular, esta tipificación viene a ser una protección del derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que contempla tanto la libertad de cambiar de religión y la de manifestarla, ya sea en público como en privado, a su enseñanza, práctica, culto y observancia¹⁶⁰.

El Tercer comité de la conferencia de plenipotenciarios señaló que en esta causal no solo están incluidos aquellos que tienen una religión, sino también aquellos que son ateos y los agnósticos¹⁶¹.

La persecución puede manifestarse de distintas formas tales como: prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, a practicar el culto, a instruir y ser instruida en la religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa, entendiendo aquella como un determinado grupo social, mezclándose con la última categoría. En

<http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=etnia> [Consulta: 03 de enero de 2012]

¹⁵⁹ GOODWIN GILL, G. (1983) *Óp. Cit.*, p. 27.

¹⁶⁰ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 18.

¹⁶¹ GOODWIN GILL, G. (1983) *Óp. Cit.*, p. 28

esta categoría entran todos los judíos perseguidos por el régimen Nazi, los musulmanes en Burma y los Baha'i en Irán¹⁶².

(iii) Nacionalidad.

Al referirse a “nacionalidad”, no se refiere a la noción de ciudadanía, sino a una definición tradicional a partir de lo que se entiende desde el siglo XIX por tal. En este sentido Joseph STALIN definía en *Marxism and the national and colonial question* de 1906 “nación” como “una comunidad estable, fruto de la evolución histórica, de lengua, territorio, vida económica y composición psicológica que se manifiesta en una comunidad de cultura”¹⁶³. De esta forma la persecución puede afectar a una minoría nacional, llegando incluso a la circunstancia en que el solo hecho de pertenecer a tal puede suscitar estos fundados temores de persecución¹⁶⁴.

Esta interpretación evita el absurdo de sostener que este criterio apunta a la persecución que podría realizar el propio Estado contra sus nacionales en sentido estricto, o que en caso que un nacional de un Estado A se encontrara en un Estado B, este lo persiguiera, y la persona huye a un país vecino, pudiendo éste rechazarlo por el derecho que tiene el nacional de entrar a su propio país¹⁶⁵.

Cabe mencionar que generalmente, cuando hay Estados plurinacionales, pueden producirse conflictos de carácter político entre las diversas naciones, por lo cual se mezclan tanto una persecución por motivos políticos y una por nacionalidad, además de que el pertenecer a esta nación significa ser parte de un grupo social determinado.

(iv) Pertenencia a determinado grupo social.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ HOBBSBAWM, Eric. *Naciones y Nacionalismos desde 1780*. Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1992. p. 9

¹⁶⁴ ACNUR. *Manual de Criterios y Procedimientos*. *Óp. Cit.*, párrafo 74, p. 20.

¹⁶⁵ GOODWIN GILL, G. (1983) *Óp. Cit.*, p. 29.

El concepto que entrega mayor flexibilidad a la Convención, y a la vez mayor discusión entre los Estados y la doctrina, es el de “pertenencia a determinado grupo social”. Este concepto es novedoso respecto a lo establecido en el Estatuto del ACNUR, ya que en éste no se contemplaba y sólo se incorpora con la Convención de 1951.

En cuanto a la interpretación, las actas preparatorias no dan luces al respecto, salvo que se determinó que “La experiencia demostraba que ciertos refugiados habían sido perseguidos por pertenecer a determinados grupos sociales. El proyecto de Convención no contenía ninguna disposición para tales casos, y en consecuencia, debería incluirse uno concebido para abarcarlos”. Esta declaración la realizó el delegado Sueco, Mr. Petrán, en la Tercera Comisión de la Conferencia de Plenipotenciarios, y fue aceptada por la reunión, e incorporada en el texto de la Convención de Ginebra de 1951¹⁶⁶.

A partir de la falta de una interpretación legal, los tribunales y la doctrina generalmente han buscado criterios generales a partir de los otros motivos, como lo inmutable o lo fundamental que subyace en cada categoría, lo cual entrega elementos limitativos que no están impuestos ni por la Convención ni por otros instrumentos, para interpretarla¹⁶⁷.

El ACNUR ha realizado interpretaciones en este sentido, principalmente por medios judiciales, pues el Manual de Criterios y Procedimientos es muy general, debido al escaso desarrollo que tenía esta categoría al momento de su redacción. De esta forma, ha señalado que “‘Determinado grupo social’ quiere decir un grupo de personas que comparte alguna característica que las distingue de la sociedad en general. Esa característica debe ser inalterable, ya sea porque es innata o inmutable, o porque sería incorrecto exigirles a los individuos que la cambien. [...] La posición del ACNUR no consiste en definir al determinado grupo social por referencia a la persecución

¹⁶⁶ ASAMBLEA GENERAL. Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y Apátridas, Acta resumida de la tercera reunión celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, martes 3 de julio de 1951 a las 10.30 a.m., A/CONF.2/SE.3, p. 14.

¹⁶⁷ ALEINIKOFF, A. *Óp. Cit.*, p. 292.

padecida, [es más], la persecución por sí sola no puede determinar a un grupo que de otro modo no existiría; [lo que si puede hacer la persecución] es proporcionar indicios, en un caso particular, de que un determinado grupo existe”¹⁶⁸. Un punto importante en este fallo es el hecho que se reconoce que no es necesario que los miembros del grupo estén unidos para ser reconocidos como tales, ni siquiera es necesario que se conozcan entre sí, por tanto tampoco podría exigirse que comprobara que cada miembro del grupo corre riesgo de persecución¹⁶⁹.

La interpretación anterior fue sistematizada por la Corte Suprema de Canadá en el fallo Canadá contra Ward, donde definió determinado grupo social como “(1) Los grupos definidos por una característica innata o inalterable; (2) Aquellos grupos cuyos miembros se asocian voluntariamente por razones tan fundamentales a su dignidad humana que no deberían verse forzados a abstenerse de tal asociación; (3) Los grupos vinculados por una anterior condición voluntaria, inalterable debido a su permanencia en la historia”¹⁷⁰. Si bien se podría entender que cualquier grupo podría quedar abarcado por esta numeración, a partir de un enfoque de características protegidas, que subyace en toda la Convención, se podría identificar a determinados grupos que merecen protección.

La última definición abarca las distintas posturas adoptadas por diversas cortes en el mundo, con ciertos matices. Una opinión diversa es la expresada por la Corte de Apelaciones del Circuito 9º de los Estados Unidos en el fallo Sánchez-Trujillo contra el INS, donde señaló que “Grandes segmentos de la población de una nación sumida en un conflicto, aunque indudablemente corren algún riesgo debido a la violencia política general, nunca o sólo raramente constituirán un ‘grupo social’ bien definido para los

¹⁶⁸ Islam contra el Secretario de Estado para el Departamento del Interior y Reina contra Tribunal de Apelación sobre Migración y Secretario de Estado para el Departamento del Interior, parte Shah ex, Cámara de los Lores del Reino Unido, 1999 2 WLR 1015; 1999 INLR 144, también reimpresso en 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 496. Citado por: ALEINIKOFF, A. *Óp. Cit.*, p. 293 – 294.

¹⁶⁹ ACNUR. Resumen de conclusiones: pertenencia a un determinado grupo social. Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto Internacional sobre Derecho Humanitario, San Remo, 6-8 de septiembre de 2001. Conclusión 4º y 7º.

¹⁷⁰ ALEINIKOFF, A. *Óp. Cit.*, p. 296.

propósitos de establecer la condición de refugiado. Aseverar lo contrario sería equivalente a extender la condición de refugiado a cada extranjero desplazado por condiciones de desorden o violencia generalizados en su país de residencia”¹⁷¹. Estas opiniones que limitan la protección hicieron necesaria una ampliación de las motivaciones, que si bien no han sido recogidas a nivel universal, si lo han sido en el sistema interamericano y el africano de derechos humanos.

La doctrina también ha intentado buscar criterios que se alejen de principios como la “inmutabilidad” para formular un principio general. Así, GOODWIN-GILL, basándose en un criterio relativo a la percepción social, señala que para encontrarse en un determinado grupo social juegan diversas variables, destacando “(1) el hecho de la voluntaria asociación, cuando tal asociación equivale a un cierto valor y no meramente al resultado de lo accidental o incidental, a menos que ello a su vez sea afectado por [las percepciones sociales]; (2) las vinculaciones involuntarias, como la familia, la experiencia pasada compartida o las características innatas, inalterables; y (3) la percepción de los otros”. Esta interpretación permite abarcar grupos de individuos aparentemente desconectados y no aliados, como las madres, las mujeres en riesgo de sufrir violencia doméstica, los capitalistas y los homosexuales¹⁷², ampliándose la órbita de aplicación de la motivación, ya que se aleja de criterios limitativos como los planteados en el caso *Ward*. Esta postura es avalada por Alexander ALEINIKOFF, actual Alto Comisionado Adjunto, quien señala que la posición de GOODWIN-GILL no sorprende, ya que es la misma Convención de Ginebra de 1951 la que no habla de “fundamental” o “inmutable” al calificar al “grupo social”, siendo las víctimas perseguidas por variadas razones, no simplemente basadas en cuán fundamental es el rasgo que define el grupo¹⁷³.

(v) Opiniones políticas.

¹⁷¹ Sánchez-Trujillo contra el INS, (Circuito 9º), 198 6. p. 1577. Citado por: ALEINIKOFF, A. *Óp. Cit.*, p. 305.

¹⁷² GOODWIN-GILL, G. *The Refugee in International Law*, Clarendon, Oxford, Segunda Edición, 1996, p. 362. Citado en: ALEINIKOFF. *Óp. Cit.*, p. 328.

¹⁷³ ALEINIKOFF, A. *Óp. Cit.*, p. 330.

El último motivo se refiere a las “opiniones políticas”. Al no definirse su contenido, la doctrina la ha entendido como “toda acción percibida como un desafío a la autoridad del gobierno”¹⁷⁴. Esta interpretación amplia tiene que complementarse con el nexo de la persecución, es decir, que a partir de los actos se produzca un temor fundado de ser perseguido. Así lo sostiene el ACNUR al señalar que “El hecho de sostener opiniones políticas diferentes de las de los poderes públicos no justifica en sí mismo la reclamación de la condición de refugiado y el solicitante debe mostrar que abriga temores de ser perseguido por sostener tales opiniones”¹⁷⁵.

Respecto a este punto, no es necesario que el solicitante demuestre que el agente de persecución haya sabido de sus opiniones antes que el solicitante salga del país, debido a que sólo se requiere un temor fundado de que esa persecución se produzca, como sí sucede con otras de las causales, como la situación de las mujeres violentadas por sus maridos. A *contrario sensu*, si hay una persona que no ha expresado opinión alguna, pero que tiene fuertes convicciones que serán expresadas con posterioridad, y se presume que entrará en conflicto con la autoridad, esa presunción bastaría para justificar el reconocimiento. En este caso, el mero hecho de haberse negado a acogerse a la protección de los poderes públicos de su país o a regresar a él pueden revelar el verdadero estado de ánimo y sus temores de ser perseguida.

En cuanto a los delitos políticos, el ACNUR señala que si se trata de enjuiciar un acto punible cometido por motivos políticos, y si el castigo previsto está en conformidad con la legislación general del país de que se trate, el temor de tal enjuiciamiento no constituiría de por sí al solicitante en un refugiado¹⁷⁶.

No compartimos este punto de vista, ya que siguiendo la argumentación de DWORKING, “es posible que incluso una sociedad que en principio es justa produzca

¹⁷⁴ HATHAWAY, James C. *Law of Refugee Status*. Butterworths, Toronto, 1991. p. 154 Citado por HAINES. *Óp. Cit.*, p. 380.

¹⁷⁵ ACNUR. Manual de Criterios y Procedimientos. *Óp. Cit.*, párrafo 80, p. 20.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

leyes y directrices injustas”¹⁷⁷, lo cual es más probable cuando la sociedad no es precisamente un modelo de justicia, por ejemplo el régimen Nazi que dictó las leyes de Núremberg conforme a derecho; además de que las opiniones políticas pueden expresarse de diversas formas, y una de ellas es a través de la comisión de determinados actos, tipificados como delitos políticos por los regímenes de turno los cuales, por regla general buscan la penalización de los actos de los opositores, y el castigo arbitrario o excesivo, por lo cual de todas maneras se persigue la persona que exprese opiniones contrarias.

Para finalizar con el tema de las categorías de persecución, es menester señalar que, tal como se mencionó anteriormente, una persona pueden recaer en múltiples categorías a la vez. En este sentido las Directrices de Michigan han agregado que “No es deber del solicitante identificar precisamente la razón por la cual tiene temores fundados de ser perseguido. El Estado que valora la solicitud de la condición de refugiado debe decidir cuál motivo de la Convención, si es que lo hay, tiene relevancia con respecto al temor fundado del solicitante de ser perseguido”.¹⁷⁸

5) Salida del territorio.

Otro de los elementos esenciales de la definición de la Convención, y que ha sido criticado debido a las necesidades actuales de protección es que el refugiado “se encuentra fuera de su país de nacionalidad”, es decir, para poder ser considerado refugiado, la persona debe encontrarse en un país en el que no es nacional.

En esta situación, debe mencionarse la distinción respecto de los apátridas, quienes son, conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel, Barcelona, 2009. P. 279. Sobre este punto ver en particular el acápite “Los derechos y el derecho a infringir la ley”, p. 279 y siguientes.

¹⁷⁸ Elaboradas en el *Michigan Journal of International Law*, 25 de marzo de 2001. Citado por HAINES, R. *Óp. Cit.*, p. 371-374.

su legislación”¹⁷⁹, ya que la Convención de Ginebra de 1951 señala expresamente que éstos han de encontrarse fuera del país de su residencia habitual para poder acogerse a la protección internacional, lo cual es una consecuencia directa a su falta de nacionalidad, sin perjuicio que el acogerse a la protección internacional no le confiere una nacionalidad determinada, como lo sugiere la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

Así, un primer elemento en este concepto se encuentra en que la protección internacional no puede entrar en juego mientras la persona se encuentre bajo la jurisdicción territorial de su país de origen. En este sentido el estatus de refugiado se aleja del asilo diplomático, ya que la persona que se acoja a esta modalidad, al encontrarse en embajadas o consulados, todavía se encuentra en el territorio donde está sufriendo la persecución, en virtud de que el principio de extraterritorialidad de las embajadas fue sustituido por el de inviolabilidad¹⁸⁰, pero generalmente los que se acogen a esa protección lo realizan de forma transitoria, por lo que cuando llegan al país que los recibe, ya pueden pasar a beneficiarse por la Convención, por tanto el asilo diplomático se convierte en un medio transitorio efectivo para asegurar la protección internacional.

Además de la situación del asilo diplomático, actualmente se discute la validez de la afirmación, debido a que hay un gran número de desplazamientos humanos que se están generando en el interior de los Estados, pero que por diversos motivos no logran cruzar la frontera, por lo cual se convierte en una situación conflictiva a la luz de una interpretación sistemática de los Derechos Humanos y del Derecho de los Refugiados, resolviéndose incluso determinadas situaciones vía ampliación del mandato del ACNUR, el cual se ha extendido a estos grupos, realizando una interpretación amplia del concepto de refugiado¹⁸¹.

¹⁷⁹ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS APÁTRIDAS, 360 U.N.T.S. 117, entrada en vigor 6 de junio de 1960. Artículo 1.

¹⁸⁰ CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMATICAS de 1961, 21 U.S.T. 77, 596. U.N.T.S. 261, en vigor 19 de marzo de 1967. Artículo 22.

¹⁸¹ CANÇADO TRINDADE, A. *Óp. Cit.*, p. 207. Ver también REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho Internacional. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. p. 1308

Otro problema que se genera a partir de este elemento radica en que el solicitante debe ser de “su nacionalidad”, es decir, no podrían haber extranjeros que se beneficiaran con la protección internacional a pesar de tener un temor fundado de persecución por parte del Estado en que no son nacionales. El ACNUR señala en el Manual de Criterios y Procedimientos que “mientras no abrigue ningún temor en relación con el país de su nacionalidad, puede esperarse que se acoja a la protección de ese país. No tiene necesidad de protección internacional y, por lo tanto, no es un refugiado”¹⁸².

En la teoría, esta formulación está acorde con la letra de la Convención, pero no necesariamente con el sentido de ésta, debido a que a pesar de no ser nacionales de un determinado país, al salir a la frontera de otro, pueden verse necesitados de protección internacional. Esta situación está contemplada por el ACNUR, en el Manual de Criterios y Procedimientos al reglar los refugiado “sur place”, es decir, aquellas personas que se convierten en refugiados en virtud de circunstancias que hayan surgido en su país de origen durante su ausencia¹⁸³. En este caso, por ejemplo, un nacional del Estado A, es perseguido por el Estado B, pero éste se encuentra en determinada situación que implica una estrecha conexión entre éste y el Estado A, por ejemplo en casos de guerra en bloque, o de ideologías comunes, tal como sucedió con los regímenes nacionalistas en Europa, o la Operación Cóndor en América Latina. Así, si sale a un Estado vecino, lograría la protección internacional, pero en virtud del hecho de generarse una persecución en el Estado A, es decir, la persecución del Estado B no es la que permite la protección internacional, sino que la consecuencia de ésta en el Estado A, la que en la práctica podría traer consecuencias que podrían significar la puesta en peligro de una persona al enviarla donde su vida corre peligro.

El ACNUR constantemente tiene que lidiar con esta situación, por tanto deba de ser baladí la discusión, por ejemplo, en el caso de la guerra en Libia de 2011, un gran número de trabajadores migrantes se vieron en la obligación de salir del país. El

¹⁸² El mismo criterio se aplica respecto de la doble o múltiple nacionalidad, según expresa el inciso final del Artículo 1.A.2.

¹⁸³ ACNUR. Manual de Criterios y Procedimientos. *Óp. Cit.*, p. 24.

mismo ACNUR señala que “La mayoría de los libios es sometida a controles de inmigración mínimos y pasa la frontera rápidamente, pero muchos nacionales de otros países permanecen varados en la tierra de nadie durante días, mientras se intenta repatriarlos o encontrar otras soluciones. El ACNUR está ayudando a proporcionar 10.000 comidas diarias para estas personas, mientras el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia ha proporcionado decenas de letrinas”¹⁸⁴, por tanto es una realidad que no se debe desconocer, tal como acontece con los desplazados internos.

En este sentido sería útil la institución de la Protección Subsidiaria de la Unión Europea, ya mencionada en el primer capítulo, ya que esta protección es temporal, con una duración de un año, prorrogable por periodos de seis meses durante otro año, y por tanto este plazo puede utilizarse para probar el temor fundado de regresar a su propio país. Cabe señalar que jamás se ha utilizado la institución en este sentido.

6) Renuncia o imposibilidad de la protección del país.

El último elemento de la definición de refugiado se encuentra en la frase “No pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”. Este elemento tiene dos vertientes, primero, que la persona no pueda acogerse a la protección de su país, lo que acontece, por ejemplo, en situaciones de conmoción interna, en estado de guerra u otros disturbios y el Estado no puede brindar la protección, o; si abiertamente el Estado niega la protección, reforzando los temores del solicitante. Esta denegación puede consistir en la negativa de conceder un pasaporte nacional, en no permitirle el acceso a la justicia, entre otras situaciones.

La segunda posibilidad es que la persona no quiera acogerse a la protección de su país, debido a que si teme una persecución de parte de ésta, difícilmente va a poder recurrir a plantearle su problemática.

¹⁸⁴ Con el inicio de los ataques aéreos, ACNUR continúa a prepararse a un éxodo de Libia. Lunes 21. marzo 2011. SALLUM, Egipto. [En línea]
<<http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/con-el-inicio-de-los-ataques-aereos-acnur-continua-a-prepararse-a-un-exodo-de-libia/>> [Consulta: 22 de marzo de 2011]

En el caso de los apátridas, no se requiere que la persona no quiera o pueda acogerse a la protección del país, sino que basta con que no quiera regresar a él, disminuyendo el requisito, debido a que no hay un vínculo fundamental entre éste y el país del que sale.

b) Cláusulas de Exclusión.

La Convención de Ginebra de 1951, define en primer lugar qué personas pueden ser calificados como refugiados realizando el análisis de inclusión pertinente; pero por otro lado señala que si bien hay personas que podrían ser considerados dentro de la definición, no pueden gozar de la protección internacional debido a que éstos no la necesitan, ya que se encuentran actualmente recibiendo protección por parte de las Naciones Unidas, o porque puede acogerse a la protección de otro país, al tener doble nacionalidad, por ejemplo; o debido a que la persona no merece la protección internacional porque ésta ha participado en la comisión de determinados hechos condenados por la comunidad internacional.

El artículo 1, en su literal F señala:

“F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.”

Las situaciones excepcionales señaladas en el párrafo anterior tradicionalmente han sido conocidas por la doctrina y el ACNUR como “Cláusulas de Exclusión”. Esta postura ha ido modificándose por parte del Alto Comisionado en el último tiempo, concentrándose mayormente el análisis en las personas que no merecen la protección internacional.

En este sentido las “Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El Artículo 1.F de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados” de 2003 señalan que se han de distinguir los literales a y b (personas no necesitadas de protección) del literal c (personas no merecedoras de protección), conteniendo este último solamente las cláusulas de exclusión¹⁸⁵.

1) Personas no necesitadas de la protección internacional otorgada por las Naciones Unidas.

El Artículo 1.D de la Convención de Ginebra de 1951 señala:

“Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esas personas tendrán *ipso facto* derecho a los beneficios del régimen de esta Convención.”

Si bien la situación descrita por el primer inciso de este artículo es similar a lo que se señaló para los *statutory refugees*, su aplicación es distinta, ya que se crea pensando en aquellos refugiados asistidos por programas especiales, y no en aquellos que hubiesen obtenido el reconocimiento por alguna de las convenciones anteriores y se encontraran asilados.

En esta situación se encontraron aquellas personas beneficiadas por los programas proporcionados por el Organismo de las Naciones Unidas para la Reconstrucción de Corea (ONURC)¹⁸⁶.

¹⁸⁵ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El Artículo 1.F de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/03/05 4 de septiembre de 2003

¹⁸⁶ ASAMBLEA GENERAL. Resolución 410(V), sobre Socorro y Rehabilitación de Corea, de 1 de diciembre de 1950.

Actualmente, se encuentran en esta situación solamente aquellas personas que están bajo el mandato de la Agencia de las Naciones Unidas de Socorro y Trabajo para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (UNRWA)¹⁸⁷. En virtud de su competencia territorial, la UNRWA sólo opera respecto de aquellos palestinos que se encuentran en Jordania, Líbano, Siria, la Franja de Gaza y la Ribera occidental, por tanto aquellos palestinos que se encuentren fuera de esta zona pueden solicitar ser reconocidos con arreglo a la Convención de Ginebra de 1951, y no estarían excluidos de la protección internacional¹⁸⁸.

2) Personas no necesitadas de protección internacional por recibir protección de otro Estado.

Esta segunda situación está contemplada en el Artículo 1.E de Convención de Ginebra de 1951, que señala que:

“Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país”.

Se critica la redacción de este artículo por el hecho de ser una norma atributiva de competencia, dejando la regulación a cargo del derecho interno de cada país, el cual como se ha sostenido, no necesariamente va a cumplir con criterios de justicia y solidaridad, menos en caso de migraciones forzadas.

Si bien la Convención no define “derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país”, si puede sostenerse un elemento fundamental de ésta es que la persona debe estar en gran parte asimilada a la condición de un nacional del país, principalmente en cuanto a la plena protección respecto a deportación o expulsión.

¹⁸⁷ Para más información sobre la labor de esta agencia, consulte su sitio web <<http://www.unrwa.org/>>

¹⁸⁸ ACNUR. Manual de Criterios y Procedimientos. *Óp. Cit.*, párrafo 142 – 143, p. 37.

En cuanto a la historia de la disposición, esta cláusula fue elaborada pensando en los refugiados alemanes que llegaban a la República Federal de Alemania, a los cuales el gobierno les reconoció los mismos derechos y obligaciones que emanaban de la nacionalidad alemana¹⁸⁹.

Cabe señalar que, en virtud de la importancia que ha de tener el nexo entre el extranjero y el Estado en que reside, y que le brinda la protección, para que esta cláusula fuere aplicable debiere eliminarse o estar reducida al mínimo la distinción migrante-nacional respecto de la relación entre el ciudadano del tercer país y el Estado que lo recibe. Esto se traduce en que no debe distinguirse, para efectos de titularidad de derechos, entre el extranjero y un ciudadano del Estado que lo reciba, siendo titular no solo de las prerrogativas y cargas a nivel nacional en cuanto sujeto con plena capacidad respecto al ejercicio de sus derechos, sino que también debe brindársele protección diplomática en caso de que el extranjero salga a un tercer país, tal como la disfruta el nacional.

3) Personas no merecedoras de la protección internacional por la comisión de actos impropios.

La cláusula de exclusión de mayor importancia es la del Artículo 1.F, que señala:

“Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

El fundamento de esta disposición radica en que Naciones Unidas considera que la comisión de estos actos que configuran delitos y crímenes, es tan grave que quienes

¹⁸⁹ *Ibíd.* Párrafo 145.

son responsables de éstos quedan excluidos de la protección que otorga la Convención de Ginebra de 1951.

Esta norma, al ser limitativa de un instrumento humanitario, ha de ser aplicada siguiendo criterios estrictamente establecidos, ya sea por el mismo ACNUR o por otros organismos especializados, con cautela y sólo tras una valoración plena de las circunstancias individuales del caso, interpretándose siempre de manera restrictiva, por la posibilidad que se les da a los Estados de eximirse por esta vía de sus obligaciones¹⁹⁰.

Esta norma es novedosa respecto de los instrumentos de protección de refugiados que existían anteriormente, ya que éstos no habían contemplado un artículo que excluyera a determinadas personas de la protección internacional.

Una norma similar se encuentra en la Convención de la OUA de 1969 en el Artículo 1(5), la cual sólo repite lo señalado por la Convención de Ginebra, agregando un literal, debido a que fue dictada dentro de una organización de carácter regional. Este artículo señala:

“5. Las disposiciones de la presente Convención no se aplicarán a ninguna persona respecto de la cual el Estado de asilo tenga motivos fundados para considerar:

- a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito de lesa humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) que ha cometido un delito grave de carácter no político fuera del país de asilo antes de ser admitida en el como refugiado;
- c) que es culpable de actos contrarios a los objetivos y a los principios de la Organización de la Unidad Africana;
- d) que es culpable de actos contrarios a los propósitos y los principios de las Naciones Unidas.”

Los trabajos preparatorios de la Convención de Ginebra identificaron dos metas o finalidades en esta cláusula de exclusión; primero, reconocer que la institución del refugio tiene que ser protegida de abusos, prohibiendo su concesión en casos

¹⁹⁰ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación de las cláusulas de exclusión. *Óp. Cit.*, p. 2.

indignos; y segundo, asegurar que quienes hayan cometido delitos graves durante la Segunda Guerra Mundial u otros delitos comunes graves, o fueran culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, no se librarán de ser procesados¹⁹¹.

Estas metas están en consonancia con el interés de la mayoría de los Estados de procesar a quienes fueren responsables por la comisión de crímenes de lesa humanidad, delitos graves y conductas atentatorias al orden público, a partir de lo sucedido con las violaciones masivas a los derechos humanos que se produjeron, en el siglo XX, verbi gracia, en la ex-Yugoslavia, Ruanda, y Chile, entre otros¹⁹². Tal es el interés de la comunidad internacional en la búsqueda de justicia y reparación en estos casos, que ésta ya no se deja a cargo de los tribunales nacionales, sino que se ha dejado en algunos casos esta tarea a tribunales internacionales, como el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Corte Penal Internacional; y a través de tribunales nacionales ejerciendo jurisdicción universal, como España, respecto de las dictaduras argentina y chilena, por ejemplo¹⁹³.

Esta disposición tiene mucha aplicación en la actualidad, pues hay situaciones en las que tratar de encontrar un punto de equilibrio entre la justicia internacional y el temor a la persecución comprometería la naturaleza de la condición de refugiado. Así, el ACNUR ha señalado que esta cláusula de exclusión debe aplicarse a los responsables de grandes masacres, como el genocidio en Ruanda y los atentados terroristas que afectaron a Nueva York, Washington y Pensilvania del 11 de septiembre¹⁹⁴.

¹⁹¹ GILBERT, Geoff. Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión. En: FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010. p. 470.

¹⁹² Análisis de estas situaciones, desde la perspectiva del refugio se encuentra en ACNUR, La situación de los refugiados en el mundo (2000). *Óp. Cit.*

¹⁹³ Una revisión de estos temas se encuentra en FUENTES TORRIJO, Ximena. La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional. Revista de Estudios de la Justicia (4): 123-134, Año 2004

¹⁹⁴ GILBERT, G. *Óp. Cit.*, p. 475.

Cabe señalar que una persona puede ser excluible tanto por una de estas causales, como por varias de ellas. Así, un delito de lesa humanidad puede ser considerado como delito de lesa humanidad, grave delito común y un acto contrario a los principios de Naciones Unidas, todo al mismo tiempo. Por ejemplo, una persona que comete un acto terrorista, el cual es contrario a las finalidades de Naciones Unidas, también es considerada grave delito común, además de entenderse como crimen contra la humanidad en caso que sea parte de un ataque amplio o sistemático contra la población civil.

Es menester señalar que el Estatuto del ACNUR también tiene una cláusula de exclusión. En el párrafo 7, literal d) señala que

“Respecto [de la persona] a la cual existen motivos fundados para creer que ha cometido uno de los delitos comprendidos en las disposiciones de los tratados de extradición o uno de los delitos especificados en el Artículo VI del Estatuto del Tribunal Militar Internacional aprobado en Londres o en las disposiciones del párrafo 2 del Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

En este sentido, el Artículo VI del Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional¹⁹⁵ señala:

“El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

(a) CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;

¹⁹⁵ ESTATUTO DE LONDRES DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL. 82 U.N.T.S. 279, en vigor 8 de agosto de 1945.

(b) **CRIMENES DE GUERRA:** A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;

(c) **CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD:** A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.”

Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: “Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

Cabe destacar que si bien el contenido de lo planteado por el Estatuto de ACNUR y la Convención de Ginebra es similar, destaca por su concentración la formulación de la última.

En cuanto al procedimiento la Convención indica que, debido a la finalidad de la institución de la exclusión, ésta debiere revisarse con posterioridad al análisis de inclusión. En virtud de lo anterior, no debe entenderse como una forma de excluir el análisis de fondo de la solicitud, entendiéndose que ésta es manifiestamente infundada el comprobar con anterioridad la existencia de la exclusión¹⁹⁶.

¹⁹⁶ GILBERT, G. *Óp. Cit.*, p. 514. Ver respecto al tema de las solicitudes manifiestamente infundadas EXCOM. Conclusión N°30 (XXXIV) del 34° período de sesiones: El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas, de 1983.

Finalmente, analizaremos cada una de estas causales, según el contenido que le ha entregado el Derecho Internacional.

(i) Delitos contra la paz, de guerra o contra la humanidad.

La norma del artículo 1, letra F, literal a) no señala que entiende por delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad, dejando su definición a la regulación que hagan los instrumentos internacionales que se refieren a estos delitos. De esta forma ha de recurrirse a cada uno de estos tratados para configurar una definición a cada uno de estos elementos.

Los instrumentos a los que hace referencia la norma señalada, no solo se refieren a los tratados que estaban vigentes al ser aprobada la Convención de Ginebra de 1951, sino que también se deben incluir los instrumentos que se adopten con posterioridad a la vigencia de la Convención. Por tanto, entre los instrumentos pertinentes se encuentran los siguientes¹⁹⁷:

- Carta de Londres que crea el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945,
- Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977¹⁹⁸,
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948¹⁹⁹,

¹⁹⁷ Un análisis en detalle de estas normas internacionales sobrepasa el objetivo de este estudio, por lo cual sólo se hace referencia a estos instrumentos, no en forma taxativa.

¹⁹⁸ CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS Y ENFERMOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPAÑA, 12 de agosto de 1949 (Convenio I), 75 UNTS 31; CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE DE LOS HERIDOS, ENFERMOS Y NÁUFRAGOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL MAR, 12 de agosto de 1949 (Convenio II), 75 UNTS 85; CONVENIO DE GINEBRA SOBRE EL TRATO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA, 12 de agosto de 1949 (Convenio III), 75 UNTS 135; CONVENIO DE GINEBRA SOBRE LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA, 12 de agosto de 1949 (Convenio IV), 74 UNTS 287; PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (Protocolo I), 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 3; PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (Protocolo II), 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 609

¹⁹⁹ CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO. Adoptada 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS 277, en vigor 3 de enero de 1976

- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia²⁰⁰
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda²⁰¹
- Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁰²

Respecto de los delitos contra la paz, la Carta de Londres realiza una definición de que entiende por tal, señalando que involucra “planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados”.

A partir de lo anterior podemos sostener que estos delitos sólo pueden ser cometidos por aquellos que ocupan cargos de autoridad, en representación de un Estado o una entidad similar a un Estado, que son quienes pueden iniciar una guerra, conforme a los tratados internacionales. Esta cláusula rara vez ha sido invocada en la práctica²⁰³.

Delitos de guerra por otro lado, según el Estatuto de Londres son “violaciones de las leyes o usos de la guerra”. En este sentido, son principalmente violaciones al Derecho Internacional Humanitario, provocado en situaciones de conflictos internacionales o conflictos internos. Existe un amplio catálogo de estas situaciones en los Convenios de Ginebra de 1949.

Finalmente, respecto de los delitos de lesa humanidad, éstos abarcan actos como el *apartheid*, el genocidio, el asesinato, la violación y la tortura, los cuales deben llevarse a cabo como parte de un ataque amplio o sistemático dirigido contra la población civil. Un acto aislado puede, no obstante, constituir un delito contra la humanidad si forma parte de un sistema coherente o serie de actos sistemáticos y

²⁰⁰ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 827 (1993): Tribunal (ex Yugoslavia), 25 de mayo.

²⁰¹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 955 (1994): Establecimiento de un Tribunal Internacional y aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.

²⁰² ESTATUTO DE ROMA QUE CREA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, abierto a firmas 17 de julio de 1998, 2187 UNTS 3.

²⁰³ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación de las cláusulas de exclusión. *Óp. Cit.*, p. 5.

repetidos, y éstos pueden ocurrir tanto en tiempos de paz como de guerra, por lo que abarcan la mayor cantidad de situaciones²⁰⁴.

(ii) Delitos comunes graves

La cláusula de exclusión del artículo 1, letra F, literal b) busca proteger el orden público, al no admitir a refugiados que hayan cometido delitos de derecho común de carácter grave, es decir, excluye a los delitos políticos, debido a que estos son muchas veces el antecedente de la persecución, v.gr., el incumplimiento de una ley que prohíbe determinados partidos políticos, y los dirigentes insisten en asociarse.

El ACNUR ha señalado que para calificar un delito como grave se atiende más bien a la calificación internacional y no a la que realizan internamente los países, debido a la posibilidad de arbitrios que pueden producirse en el proceso. Por otro lado ha señalado que hay que tomar en cuenta el tipo de acto, el daño efectivamente provocado, el procedimiento empleado para procesar o enjuiciar el delito, la naturaleza de la pena y si la mayoría de las jurisdicciones lo considerarían un delito grave²⁰⁵.

Ha de tenerse en cuenta también el hecho que la persona haya cumplido la condena, o si fue indultado o amnistiado en el país en que lo cometió; y si éste se cometió como medio o con ocasión de escapar del país en que tenía el temor de persecución, como por ejemplo el robo o secuestro de medios de transporte.

En este sentido, el secuestro de aeronaves en vuelo es considerado un acto terrorista, por lo cual se cuestiona si se aplica la extradición o se juzga en el país, por la gravedad del hecho, concediéndose de todas formas el asilo²⁰⁶.

El ACNUR, en el Manual de Criterios y Procedimientos, señala que para caracterizar un delito como grave hay que estar a la pena que este tenga asignada.

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ ACNUR. Manual de Criterios y Procedimientos. *Óp. Cit.*, párrafo 160, p. 41.

Continúa señalando que, de esta forma, solo caben dentro de esta categoría los delitos que conllevaban pena de muerte o penas muy graves. Esta afirmación es cuestionada, debido a que hay países que tienen un largo catálogo de delitos que acarrear la pena de muerte, sin que el hecho mismo sea un delito grave para la comunidad internacional, por tanto el quantum de la sanción por sí sola no pueden ser un criterio suficiente para determinar la gravedad del delito²⁰⁷.

Lo anterior se confirma con lo planteado respecto de la reincidencia, ya que la jurisprudencia ha rechazado como causal de exclusión la comisión de delitos que no son graves pero que se comenten de forma reiterada, y que por tal motivo los ordenamientos internos de los países toman este antecedente como un elemento agravante de la pena²⁰⁸.

Respecto al analizar si un delito reviste el carácter de común o político, hay que ver tanto la naturaleza de la acción y la finalidad de ésta, es decir, si hay verdaderos motivos políticos y no personales en la perpetración, y si hay un nexo causal y directo entre el delito y la finalidad y el objeto político invocado, predominando siempre el último de éstos²⁰⁹.

Como se desprende del tenor literal de la norma, el delito común debe haber sido cometido fuera del país de refugio, independiente que se haya perpetrado en el país del que huye u otro de tránsito. Este delito además sólo puede haberse cometido antes de la entrada al país de asilo para ser considerado para la exclusión, siendo una de las más importantes diferencias con los otros dos literales, que excluyen de la protección, además, si los hechos han sido perpetrados en el país de asilo o con posterioridad a la entrada en éste²¹⁰.

²⁰⁷ GILBERT, G. *Óp. Cit.*, p. 495.

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ ACNUR. Manual de Criterios y Procedimientos. *Óp. Cit.*, párrafo 152, p. 39.

²¹⁰ ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación de las cláusulas de exclusión. *Loc. Cit.*, p. 3.

Finalmente, la doctrina se ha preocupado especialmente del “terrorismo”, calificándolo siempre como delito común para los efectos de otorgar la extradición, *ergo* para el asilo, debido a la desproporción entre el daño producido y la finalidad última del acto. En este sentido, la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas recomendó “Velar, de conformidad con el derecho internacional que el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo por los autores, organizadores o patrocinadores de los actos de terrorismo”²¹¹

(iii) Actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Esta cláusula es la más general y difusa de todas, debido a su redacción particular, como a la redacción de las propias finalidades y principios de las Naciones Unidas que se encuentran en el Preámbulo y en el capítulo I de la Carta de las Naciones Unidas²¹².

La Carta señala:

“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...]
A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas,
A crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional,
A promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,
Y con tales finalidades
A practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos,
a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y
A emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas los pueblos, [...]

²¹¹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1373 (2001), sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo. S/RES/1373.

²¹² Carta de las Naciones Unidas. Firmada en San Francisco, el 26 de junio 1945, en vigor: 24 de octubre de 1945.

CAPÍTULO I PROPOSITOS Y PRINCIPIOS

Artículo 1

Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

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

Este artículo se considera una norma de clausura para los actos que no son condenados por la comunidad internacional, y que no hayan quedado incluidos en los literales anteriores.

Como la norma es tan imprecisa, puede permitir la exclusión de solicitantes sin una justificación adecuada. De esta forma, hay Estados que la han interpretado ampliamente, ya que no existe acuerdo en la comunidad internacional de que se entienda por “actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas”. Para evitar esta posibilidad, deberían enumerarse causales taxativas claras o, en su defecto, poder guiarse por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia interpretativa, es decir, de forma restrictiva porque implica una limitación a un derecho fundamental.

Finalmente cabe señalar que, en cuanto a la autoría de estos hechos, en su mayoría han de ser cometidos por personas que se encuentren en altos cargos dentro del Estado; pero esto no es excluyente, ya que se ha entendido que también puede

haber autoría en grupos civiles, como los grupos terroristas, los cuales amenazan la paz y la seguridad internacional²¹³.

2. Definición ampliada de refugiado: tendencias regionales.

Tal como se explicó *supra*, la definición de refugiado no ha sido suficiente para cubrir las nuevas necesidades de protección internacional generadas por los nuevos conflictos, tanto internacionales como nacionales, de la segunda mitad del siglo XX.

En virtud de lo anterior, tanto en la región latinoamericana, a través de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) y la Comisión Interamericana de DDHH; como en África, a través de la Organización de la Unidad Africana (OUA), que actualmente es la Unión Africana, se encabezaron esfuerzos teóricos tendientes a la creación de una definición de refugiado que lograra cubrir estas nuevas necesidades.

De esta forma, la definición fue ampliándose hacia causales más objetivas priorizando más bien cuestiones relativas a la situación actual del país de origen al momento de la solicitud de asilo, por sobre el elemento subjetivo que predomina en la definición establecida en la Convención de Ginebra de 1951.

Así, en las nuevas definiciones, el temor fundado de persecución se justifica simplemente, tal como lo señaló la Convención de la OUA de 1969, en el hecho de abandonar forzosamente el país de origen. Una pequeña diferencia hay en la Declaración de Cartagena de 1984, que si bien recoge este nuevo factor, detalla en qué consiste esta situación fáctica de abandono forzoso, estableciendo que se produce cuando la libertad, seguridad o vida corre peligro por determinadas situaciones que entraremos a analizar.

Es menester señalar que el temor fundado de persecución no debe ser rechazado a priori por no encontrarse en las definiciones ampliadas, ya que genera una situación

²¹³ GILBERT, G. *Óp. Cit.*, p. 504.

desventajosa respecto de la definición tradicional de la Convención de Ginebra, pues la obligación de abandonar el país de origen es una situación fáctica concreta, mientras que el temor fundado de persecución no requiere que se haya producido un hecho concreto como el abandono, en este caso basta el temor a ser obligado a abandonar, más los demás elementos para quedar beneficiado por la protección.

La Declaración de Cartagena en este sentido tiene más cercanía al criterio del “temor fundado”, ya que al señalar que la vida, libertad o seguridad “corran peligro”, no necesariamente requiere la producción del daño. En virtud de lo anterior cabe concluir que el análisis de inclusión en cuanto al análisis subjetivo del solicitante mantiene su vigencia, y es más, permite ampliar esta nueva definición.

Respecto a la obligatoriedad de la definición ampliada, en Latinoamérica, al no estar en un instrumento internacional jurídicamente vinculante, ésta ha sido recogida en las legislaciones de los países latinoamericanos como leyes relativas a refugiados; mientras que para los países miembros de la Unión Africana, la nueva definición es una obligación internacional para los 45 Estados que son parte en ella²¹⁴.

Si bien esta nueva definición ha tomado fuerza en Latinoamérica y África, no ha sido acogida de la misma forma en otros lugares del orbe. En Europa, cuna del Derecho Internacional de los Refugiados, debido principalmente a cuestiones de política migratoria que responden a criterios restrictivos y de seguridad pública, su evolución ha ido en la dirección contraria.

Así, en vez de ampliar la definición se establecieron sistemas de protección subsidiaria para los casos que no se encuentren contemplados en la Convención de Ginebra de 1951, otorgándoseles visas humanitarias o temporales en estos casos, la cual va unido a un disfrute limitado de los derechos que se le otorgan al refugiado. En la práctica se ha generado un vicio, ya que en los análisis de inclusión se han

²¹⁴ Lista de países que han firmado, ratificado/adherido a la Convención de la OUA por la que se regulan aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. [En línea] <http://www.au.int/en/sites/default/files/6refugee_Problems_in_Africa_0.pdf> [Consulta: 05 de junio de 2011].

aumentado los estándares, por lo cual la protección subsidiaria por razones humanitarias o por vía de la protección temporal se transforma en la regla general, y el estatus de refugiados en tanto se debilita como institución²¹⁵.

Si bien los mecanismos de protección subsidiaria podrían ser eficientes en el resguardo de aquellas personas que no pueden ser reconocidos como refugiados a partir de la definición de la Convención de Ginebra de 1951, no debería utilizarse para aquellos que se encuentren en las situaciones individualizadas por la Declaración de Cartagena de 1984, que lo único que hace es individualizar motivos específicos que quedan cubiertas con la causal de “determinado grupo social”. En la práctica esto se ha utilizado de esta manera, que creando una institución paralela que con el tiempo se va convirtiendo en la regla general respecto a las solitudes de asilo en la Unión Europea.

El otro país que no tiene tradición de adherir a instrumentos de protección de los derechos humanos es Estados Unidos, el cual sólo llegó a ser parte en el sistema universal de protección de refugiados a través del Protocolo de Nueva York de 1967, por tanto difícilmente se podría esperar que acogiera definiciones amplias en la materia. La misma situación se repite con los países asiáticos, que no han adherido mayormente a la Convención de Ginebra.

En cuanto a la definición misma, el Artículo 1 de la Convención de la OUA de 1969 y la Conclusión Tercera de la Declaración de Cartagena de 1984 consagran tanto la definición tradicional de la Convención de Ginebra, como la ampliada, en cuanto a quienes se entienden refugiados según estos instrumentos.

²¹⁵ En la Unión Europea, entre 1994 y 2005, del total de personas que obtuvieron protección, 499.055 obtuvieron la condición de refugiado, mientras que 762.721 obtuvieron protección de manera subsidiaria (335.961 por razones humanitarias y 427.030 vía protección temporal) y 1.918.026 fueron rechazados [Fuente: ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo: Desplazamientos humanos en el nuevo milenio, 2006, Anexo 8]; mientras que en 2009, los 27 europeos reconocieron como refugiados a 41.960 personas, 40.475 fueron acogidos vía protección subsidiaria (9.560 por razones humanitarias y 30.915 vía protección temporal) y 240.530 fueron rechazados. [Fuente: European Commission. Eurostat, Asylum statistics, Table 4. [En línea] <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Asylum_statistics> [Consulta: 05 de junio de 2011]

La Convención de la OUA de 1969 se remite expresamente a la definición del Artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra de 1951, en el artículo 1, inciso primero, al señalar:

“A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país.”

El inciso segundo del artículo 1 de la Convención de la OUA en tanto es el que incluye la definición de refugiado ampliada, ya no centrada en una cuestión subjetiva, el temor fundado de persecución, sino que basado en criterios objetivos. El artículo reza:

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

Por otro lado, la Declaración de Cartagena de 1984, en su conclusión tercera, señala que la definición recomendable es aquella que contenga, en primer lugar, los elementos de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, rigiéndose en este sentido por todo lo dicho anteriormente, y en segundo lugar, señala que también debe considerarse refugiados:

“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”.

Cabe destacar que todos los elementos que configuran las definiciones anteriores provienen del Derecho Internacional Humanitario, lo que reafirma la permanente interacción que se produce entre las diversas ramas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este sentido, estas causales están inspiradas en las definiciones que entregan los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, en particular en cuanto se refiere a conflictos de carácter interno²¹⁶. Estas últimas situaciones, al no estar definidas, tampoco facilitan la interpretación de las causales en el Derecho Internacional de los Refugiados.

A pesar de lo anterior, los Estados han criticado estas definiciones por considerarlas vagas, y en virtud de lo anterior, en caso que ocurriese la situación que configura la causal, todos los habitantes de dicho país deberían ser considerados refugiados. Cabe señalar que la doctrina ha respondido a estas críticas señalando que estos instrumentos no se encuentran solos, sino que forman parte de un conjunto que son los Derechos Humanos, y por tanto ha de interpretarse conforme a las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y conforme a los principios y criterios del Derecho Universal de los Refugiados y la práctica del ACNUR²¹⁷.

En virtud de lo anterior, el ACNUR, señaló que necesariamente, para que una persona pueda ser reconocida como refugiado, debe existir una figura de persecución

²¹⁶ PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (Protocolo II), 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 609 “Artículo 1. 4. Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

²¹⁷ CORCUERA, Santiago. Reflexiones sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena en los procedimientos para la determinación individual de la condición de refugiado. *En*: ACNUR. Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004), Editorama, San José, 2005, p. 216

en la que existan acciones reales o previstas contra la persona en particular que consista en la amenaza contra la vida, la seguridad o la libertad de la misma²¹⁸. En otras palabras, esta amenaza, según parte de la doctrina, se entiende como una situación de riesgo real, actual y previsto, equivalente a una persecución²¹⁹.

En los párrafos siguientes analizaremos cada una de las causales que constituyen la ampliación del concepto de refugiado.

i) Agresión.

Lo que tradicionalmente la doctrina ha llamado agresión, la Convención de la OUA de 1969 lo define en la primera parte del inciso segundo de su artículo 1, al señalar que se aplica el término refugiado a toda persona que es obligada a abandonar su residencia habitual por motivo de “agresión exterior, ocupación o dominación extranjera”. La Declaración de Cartagena de 1984, en tanto, señala que se les brindará refugio a aquellos que hayan huido de la “agresión extranjera”.

El Derecho Penal Internacional ha definido que entiende por agresión, a través del Estatuto de Roma, que contempla como crimen internacional la agresión. Si bien, en un principio este artículo no tenía un contenido jurídico, por la dificultad al definir el término, éste se le dio a partir de la modificación realizada por la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de 2010 que crea el Artículo 8 bis²²⁰. De esta forma, este artículo señala lo siguiente:

“Crimen de agresión

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un

²¹⁸ ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios. *Óp. Cit.*, p. 15.

²¹⁹ CORCUERA, S. *Óp. Cit.*, p. 221.

²²⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. Contiene anexos con las enmiendas al Estatuto. [En línea]
<<http://www.democraciacd.h.uchile.cl/media/documentacion/archivos/enmiendacpi.pdf>>
[Consulta: 06 de marzo de 2011]

acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.”

Esta causal es la que menos problemas teóricos genera, al tener un contenido específico muy desarrollado por la doctrina en el Derecho Internacional Humanitario.

ii) Perturbaciones graves al orden público.

La Convención de la OUA de 1969 señala en su definición que también se aplica a las personas que huyan por “acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad”.

Esta definición poco precisa no tiene mejor suerte en la Declaración de Cartagena de 1984, que solo señala que pueden ser considerados refugiados aquellos que huyen de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazados por otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

La vaguedad en el concepto ha hecho que los Estados cuestionen su aplicación a casos, por ejemplo, en que se susciten desastres naturales ó prevalezca un alto grado de inseguridad pública o haya situaciones graves de delincuencia organizada. En estos casos no se debe olvidar el nexo causal que debe haber entre la perturbación grave del orden público y la amenaza contra la vida, seguridad o libertad de la persona que solicita ser reconocido como refugiado²²¹.

Lo anterior es confirmado por lo señalado en los Principios y Criterios de CIREFCA, que en el párrafo 33 señalan que “‘otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público’, deben ser resultado de actos del hombre y no de desastres naturales. Este concepto incluye disturbios y tensiones internas, tales como motines, actos de violencia aislados y esporádicos y otros actos de naturaleza similar siempre que perturben seriamente el orden público²²²”.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, además, en sus Comentarios sobre el Protocolo II, define que son los disturbios internos y las tensiones internas. Los primeros son “situaciones en las que, sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin carácter internacional, existe sin embargo, a nivel interior, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden tener formas variables, que van desde generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas,

²²¹ CORCUERA, S. *Óp. Cit.*, p. 218.

²²² CIREFCA. Principios y Criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina. Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989, Distr. General CIREFCA 89/9 de abril 1989.

para restablecer el orden interno. El número elevado de víctimas ha hecho necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias²²³. Respecto a las tensiones internas, señala que éstas se producen “cuando el Estado utiliza la fuerza armada para mantener el orden, sin que haya conflicto armado; hay tensiones internas cuando el empleo de la fuerza es una medida preventiva para mantener el respeto de la ley y el orden, sin que haya disturbios interiores”²²⁴.

A partir de las definiciones aquí analizadas podemos señalar que los conflictos que puedan generar refugiados provenientes de países donde existen conflictos graves del orden público, necesariamente deben tener las características que describen los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario, entendiendo dentro de éstos también a las conclusiones del CICR. Ejemplos de lo anterior lo tenemos en la violencia de género que se da en determinados poblados mexicanos como Oaxaca, la cual no es generalizada, pero genera perturbaciones graves al orden público²²⁵.

Una diferencia que ha señalado la doctrina entre la Convención de la OUA y la Declaración de Cartagena es en cuanto a la extensión geográfica del conflicto. Mientras la primera señala que los hechos constitutivos de la causal pueden ocurrir “tanto en una parte como en la totalidad de su país de origen o nacionalidad”, la Declaración de Cartagena no la extiende expresamente a alteraciones cuando afectan sólo a una parte del territorio, perjudicando incluso el principio de *non-refoulement*²²⁶; sin embargo no compartimos esta prevención, ya que la Convención de Ginebra, texto

²²³ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR). Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. Título I. Párrafo 4475 [En línea] <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/950B5D7D9CEA18B2C1256E2100501C7D?Op=OpenDocument&Style=Custo_Final.3&View=defaultBody9> [Consulta: 13 de junio de 2011]

²²⁴ CICR. *Óp. Cit.*, Párrafo 4477.

²²⁵ En este caso se mezclan situaciones de violencia contra la mujer, protección de los periodistas y los derechos indígenas y de migrantes en que agentes estatales perpetran los actos. Más información en PROCESO.COM.MX. Emite ONU 91 recomendaciones a México; poner fin al arraigo, una de ellas. [En línea] <<http://www.proceso.com.mx/rv/modHome/pdfExclusiva/66353>> [Consulta: 14 de junio de 2011] y en CEJIL. México demuestra falta de voluntad para cumplir sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] <<http://cejil.org/comunicados/mexico-demuestra-falta-de-voluntad-para-cumplir-sentencias-de-la-corte-interamericana-de>> [Consulta: 14 de junio de 2011]

²²⁶ GORTAZAR, C. C., *Óp. Cit.*, p. 153 – 154.

marco de la protección de los refugiados, tampoco hace distinción en cuanto a que la situación que genera el temor fundado de persecución ha de sostenerse en todo el territorio, es más, el mismo ACNUR señaló que “los temores fundados no siempre han de referirse a la totalidad del territorio del país de la nacionalidad del refugiado, [...] puede darse sólo en una parte del país.”²²⁷, por tanto, no porque no se diga expresamente ha de interpretarse de tal manera. A *contrario sensu*, lo que hizo la Convención de la OUA fue aclarar esta situación.

iii) Violencia generalizada

Respecto a esta causal, como se mencionó anteriormente, hay que destacar que la interpretación no debe hacerse exclusivamente conforme al Derecho Internacional de los Refugiados, sino que esto se enmarca en interpretaciones más amplias, propias del Derecho Internacional Humanitario. Este cuerpo normativo define “violencia generalizada” como un tipo de conflicto armado, sea que se trate de un conflicto internacional o interno, el cual debe ser continuo, general y sostenido. De esta forma, los meros disturbios y tensiones internas, definidos en el Protocolo Adicional II, y que ya se encontraban excluidos de su campo de aplicación para efectos del Derecho Internacional Humanitario, tampoco calificarían como violencia generalizada para la definición ampliada de refugiado²²⁸.

Cabe señalar que esta causal, al abarcar muchas situaciones fácticas, en la práctica puede ser invocada por muchos solicitantes a la vez. En esta situación, ACNUR ha previsto excepcionalmente la posibilidad de una determinación colectiva de la condición de refugiado, en la cual se admite, salvo prueba en contrario, que cada miembro del grupo es *prima facie* un refugiado²²⁹.

Salvo la situación descrita anteriormente, necesariamente se requiere una amenaza personal, pues los habitantes de un país en que existe una situación de violencia

²²⁷ ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios. *Óp. Cit.*, p. 23.

²²⁸ CIREFCA. Principios y Criterios... *Óp. Cit.*, Párrafo 32

²²⁹ ACNUR. Manual de Criterios y Procedimientos. *Óp. Cit.*, Párrafo 44, p. 14.

generalizada, no son necesariamente víctimas de persecución o no se ven necesariamente amenazadas por dicha violencia, y así lo ha entendido la doctrina a partir de lo que señala el ACNUR respecto de las situaciones de discriminación, ya que no por pertenecer a un grupo que tenga diferencias de trato en la sociedad va a entenderse que existe una persecución respecto de cada uno de los individuos²³⁰.

iv) Conflictos internos

Esta causal, a diferencia de la anterior, ha sido definida convencionalmente en el artículo 1.1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, el cual señala que los conflictos internos son “todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

Aunque esta causal es general, y por tanto abarca múltiples situaciones, no constituye causa suficiente para que las personas que residen en ese determinado lugar sean reconocidos como refugiados. Por ello, es necesario además el nexo causal entre el conflicto armado y la amenaza contra la vida, seguridad o libertad de ésta.

v) Violación masiva de los derechos humanos.

La causal de violación masiva de los Derechos Humanos, es señalada por la doctrina como una novedad, tanto dentro del Derecho Internacional Humanitario como

²³⁰ CORCUERA, S. *Óp. Cit.*, p. 216, en referencia a ACNUR. Manual de Criterios y Procedimientos, párrafo 54, p. 15.

respecto del Derecho Internacional de los Refugiados, caracterizándola como “la faceta distintiva de la definición de Cartagena”²³¹.

Esta causal permite sustentar la tesis de la convergencia entre las distintas ramas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual puede también ser vinculado a las posibles violaciones a los instrumentos de Derechos Humanos con el estatuto de refugiado.

En esta misma línea, CIREFCA señala, dentro de esta causal se encuentra la “negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en una forma grave y sistemática”²³².

En relación a esta causal, tanto los órganos internacionales, tales como el Comité contra la Tortura, como la doctrina han señalado frecuentemente que sólo pueden ser perpetradas estas violaciones por agentes estatales, o por parte de particulares que actúen bajo las órdenes de agentes del Estado o bajo su instigación o con su tolerancia consentimiento o aquiescencia. Así se ha señalado por parte del comité mencionado que “un cuadro persistente de violaciones [...] masivas de los derechos humanos sólo puede entenderse referido a las violaciones cometidas por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia”²³³.

El punto más controvertido en esta causal se encuentra en los derechos económicos, ya que una situación económica adversa podría ser considerada como condición suficiente para la determinación de la condición de refugiado. Pero tal como se viene señalando, este motivo objetivo requiere del nexo causal, por el cual se requiere una amenaza a la vida, seguridad o libertad. Así, si existen medidas económicas que, por ejemplo, afectan la actividad laboral de manera tan grave, éstas

²³¹ CORCUERA, S. *Loc. Cit.*

²³² CIREFCA. Principios y Criterios... *Óp. Cit.*, Párrafo 35

²³³ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. Observación General N°1: Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención. 16° Período de sesiones (1996), A/53/44, Anexo IV, párrafo 3.

podrían constituir persecución, más aún si ésta está dirigida en contra de un grupo por razones políticas, raciales, religiosas, de nacionalidad o de pertenencia a determinado grupo social.

B. Estatuto de refugiado

Teniendo en cuenta que la Convención de Ginebra de 1951 tiene como textos auténticos las versiones en inglés y francés, las que se titulan “*Convention relating to the Status of Refugees*” y “*Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*” respectivamente, damos cuenta de que la palabra *status* o *statut*, en nuestro idioma español se ha traducido por ACNUR como “Estatuto”, y como “Condición. En este sentido, inclinarse por una traducción u otra implica darle caracteres distintos al concepto.

Así, la definición más aceptada de *status* por los diccionarios dice relación con la palabra “estado”, la cual, conforme a las doctrinas civilistas tradicionales de autores nacionales, es asociada al Estado Civil, que Manuel Somarriva definió como “el lugar permanente de una persona dentro de la sociedad, que depende principalmente de las relaciones de familia y que la habilitan para ejercitar ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles”²³⁴. En este caso, más que ser un estado civil, es un estado otorgado por el derecho internacional.

En cuanto al concepto “estatuto”, éste ha sido utilizado, en el ámbito jurídico, principalmente en Derecho Internacional Privado, para definir las leyes que se refieren a las personas o las que se dicen relación con los bienes, siendo la primera el estatuto personal, mientras que la segunda, el estatuto real. En este sentido ninguna es un sistema jurídico completo, sino simplemente la aplicación de normas de conflicto²³⁵.

²³⁴ RAMOS PAZOS, Rene. Derecho de Familia. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2ª edición. p. 575.

²³⁵ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Curso básico de derecho internacional privado. Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 115.

Finalmente, la palabra “condición”, ha sido definida jurídicamente como el “hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho y su obligación correlativa”²³⁶. Esta definición es la que tiene menos relación con la finalidad de la convención.

De las tres definiciones anteriores, consideramos que aquella que traduce en mejor medida la palabra *status* o *statut*, es “estado” ya que, en palabras de CLARO SOLAR, “da al individuo una situación permanente emanada del hecho que lo determina y le confiere por el solo ministerio de la ley un conjunto de derechos y obligaciones inherentes a su persona”²³⁷.

Así, conforme al artículo 304 del Código Civil, norma supletoria de todo el ordenamiento jurídico chileno, el estado es la “posición o calidad permanente del individuo en razón de la cual goza de ciertos derechos o se haya sometido a ciertas obligaciones: es la reunión de las relaciones por las cuales un individuo está unido a los demás hombres en la sociedad”²³⁸.

Lo anterior se reafirma con lo señalado por PROUDHON, quien señala que “el estado civil de las personas se compone de simples derechos de ciudad, resultantes de la fijación del domicilio; [...] de las cualidades y los derechos que la ley le atribuye al sexo, a la edad de las personas y a su constitución física y moral; de la capacidad legal y de las facultades requeridas para parecer y participar válidamente en las transacciones sociales”²³⁹, no limitándolo a las relaciones de familia.

1. Principios fundantes de la protección.

²³⁶ ABELIUK MANASEVICH, Rene. Las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, tomo I, Santiago, 3ª edición, 1993, p. 383.

²³⁷ CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Tomo cuarto: De las pruebas del estado civil. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979 p. 10.

²³⁸ CLARO SOLAR. *Óp. Cit.*, p. 11.

²³⁹ PROUDHON, Pierre. *L'état des personnes*, Tomo 1, página 105, citado por CLARO SOLAR, *Óp. Cit.*, p. 11.

El *status* de refugiado basa toda su normativa en dos principios fundamentales: los principio de no discriminación y de *non-refoulement*.

El primero dice relación con las diversas normas que se refieren a los refugiados, las cuales deben aplicarse a lo menos con el trato más favorable a un inmigrante que se encuentra de manera regular en el país de asilo; es más, en determinadas materias este principio llega a abarcar normas que tienen un criterio de trato nacional.

El principio de *non-refoulement* en tanto dice relación con que, sin perjuicio que se haya reconocido o esté en proceso de reconocimiento, el país de asilo no puede, como regla general, devolver al país de origen del asilado o solicitante de reconocimiento del *status* de refugiado, ya sea de manera directa o indirecta, estando la última referida a la llegada al país del que huyó, pero a través del paso por un tercer país.

i) Prohibición de la discriminación.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos proporciona importantes elementos a este principio, sin perjuicio de las normas del Derecho Internacional de los Refugiados, que tratan el principio de igualdad y no discriminación, únicamente en cuanto a la aplicación respecto de las personas refugiadas.

En cuanto a la Convención de 1951, esta declara explícitamente en su artículo 3:

“Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen.”

En este sentido, la Conclusión 104 (LVI) del Comité Ejecutivo de ACNUR, recordando la conclusión número 15, recalca que las decisiones de los Estados con

respecto al otorgamiento de asilo deben adaptarse sin discriminación por motivos de raza, religión, opinión política, nacionalidad o país de origen²⁴⁰.

La otra Convención que recoge de igual forma este principio es la Convención de la OUA, la cual, en su artículo 4 señala:

“Los Estados miembros se comprometen a aplicar las disposiciones de la presente Convención a todos los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas”

Cabe destacar que ambas Convenciones establecen este principio de manera general, por lo cual debe estar presente en todo momento, desde la solicitud de asilo, hasta que se ha logrado una solución permanente.

Si tomamos en cuenta, además, la convergencia entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los instrumentos que conforman este último proveen una protección mucho más amplia configurando, por otro lado, la noción de igualdad y no discriminación, de gran importancia para estos efectos.

Si bien la mayoría de los derechos que enumera la Convención de 1951 son prerrogativas que otras Convenciones han señalado como derechos fundamentales para el desarrollo pleno de un ser humano, la Convención de Ginebra asegura que la mayoría de esos derechos no sean otorgados en desventaja respecto a los habitantes que se encuentran en el país de asilo, sean nacionales o extranjeros, y sea o no parte de las convenciones generales que declaran estos derechos, como la Convención de los Derechos del Niño. Lo anterior es simplemente por el hecho de ser parte de la Convención sobre el derecho de los refugiados.

Lo importante respecto a las Convenciones internacionales de carácter general tiene que ver principalmente con la definición y contenido que ha intentado darle el

²⁴⁰ ASAMBLEA GENERAL. Informe del 56º Periodo de sesiones del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. A/AC.96/1021 de 7 de octubre de 2005.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos a este principio, teniendo un gran progreso especialmente con aquellas que combaten todas las formas de discriminación racial y contra la mujer²⁴¹, las cuales finalmente le dan un contenido a este principio.

Cabe hacer una prevención, antes de analizar este principio en profundidad, respecto a la forma en que los instrumentos internacionales lo regulan. Así, las convenciones pueden tener una dimensión estructural autónoma o subordinada, lo que quiere decir que la primera no requiere ser complementada por otra disposición que le de contenido, siendo autosuficiente para generar efecto, mientras que la segunda requiere una disposición en el respectivo artículo que le dé contenido²⁴².

Partiendo de lo anterior, la mayoría de las Convenciones internacionales tienen una regulación de carácter subordinado, es decir “prohíben la discriminación únicamente en el contexto de los derechos y libertades contemplados en otros artículos de los respectivos instrumentos”, tal como lo declara la Convención de 1951 en su artículo 3, sin perjuicio que en los demás derechos se establezcan estándares diversos de igualdad, al hacer referencia a un trato equitativo al nacional o al extranjero residente.

A diferencia del caso anterior, una norma autónoma es aquella en que se garantiza por sí misma, sin necesidad de otra disposición, la igualdad ante la ley y la igual protección de ésta. Un claro ejemplo de este tipo de normas está dado por el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual enuncia: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección

²⁴¹ Cfr. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 660 U.N.T.S. 195, entrada en vigor 4 de enero de 1969 / Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981

²⁴² BAYEFISKY, Anne. El Principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional. Traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Título original: *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, publicado en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 1-34.

de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación”²⁴³.

Conforme a lo anterior, podemos señalar que los derechos otorgados a los refugiados no sólo se aplican sin discriminación alguna en el contexto en que la Convención de 1951 los otorga, sino que también habría una protección estructural de sus derechos por medio de las demás convenciones de Derechos Humanos, debido a la existencia de una convergencia entre ambos sistemas, los cuales tienden a la efectiva protección de los seres humanos.

ii) Prohibición de expulsión y principio de no devolución.

El principio de no devolución está consagrado en diversos tratados de Derechos Humanos, no siendo un derecho establecido exclusivamente en el Derecho internacional de los Refugiados²⁴⁴.

En este sentido, la Convención de 1951, es mucho más estricta que los instrumentos generales, en relación con la temporalidad misma de la institución del asilo, conforme lo regula la propia Convención.

Así, la Convención de 1951 es la primera Convención que regula en su articulado el principio de no devolución o *non-refoulement*. En particular, establece su artículo 33:

“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.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una

²⁴³ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

²⁴⁴ Ver Anexo 5: Alcance de la no devolución: una comparación.

condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

Este principio es el más importante que otorga la Convención, ya que opera no sólo respecto de aquellos que han sido reconocidos como refugiados, sino que inclusive se extiende a quien se entienda que posee fundados temores de persecución. Esto genera una importante obligación respecto del Estado contratante, pues éste no debe realizar ningún acto que implique “colocar a la persona en cuestión en peligro”²⁴⁵.

En este sentido, está establecido en el artículo 33 de la Convención que este derecho no sólo es aplicable a aquellos que ya posean el *status* de refugiado, sino que también se aplica respecto de quienes tienen sus solicitudes de asilo pendientes, incluyendo en estos a quienes han huido de sus países y tienen derecho a la protección internacional según la convención de la OUA o la declaración de Cartagena, de acuerdo a lo señalado por el Comité Ejecutivo en la Conclusión N° 6 de 1977, al señalar que se incluyen las personas que llegan durante afluencias masivas de refugiados.

Cabe señalar que, respecto a la violación de este principio y la carga estatal involucrada, se ha señalado que no importa que organismo del Estado o funcionario lo haya cometido, ya que debe existir una preocupación en estos, especialmente respecto de los funcionarios de frontera, quienes están especialmente capacitados para el reconocimiento del refugiado. Inclusive, se ha destacado que particulares que violen este principio a nombre del Estado generaría una responsabilidad estatal, por ejemplo, respecto de las aerolíneas que no permiten el ingreso a la frontera de posibles refugiados.

La naturaleza del acto que realice el Estado no tiene mayor importancia, pues “la descripción formal del acto: expulsión, deportación, regreso, rechazo, etc., no es relevante”, teniendo en cuenta que inclusive los actos de extradición están limitados,

²⁴⁵ LAUTERPACHT, Sir Elihu y BETHELEHEM, Daniel. El alcance y contenido del principio de devolución, En: ANCUR. Protección de los refugiados en el derecho internacional: Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. *Óp. Cit.*, p. 125.

en caso que ésta sea solicitada por la comisión de delitos políticos, conforme a la práctica del asilo en Latinoamérica.

Además, cabe destacar que el principio de no devolución está muy relacionado con el rechazo en frontera, institución que actualmente no está regulada en ningún instrumento, la cual implica graves violaciones a este principio. La práctica estatal lo ha justificado como una laguna en la regulación de la Convención, pero la doctrina ha entendido, tal y como se mencionó anteriormente, que no importa la forma de cometer el acto, pues se entiende que “cualquier ambigüedad en los términos debe resolverse a favor de una interpretación coherente con el carácter humanitario de la Convención y a la luz de la frase calificativa”²⁴⁶

En cuanto a esta obligación, de todas formas, la Convención permite importantes excepciones, estipuladas de manera taxativa en el artículo 33, que señala en su párrafo segundo que “no podrá invocar los beneficios de la presente disposición [el principio de no devolución] el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como u peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. De esta forma, para que se apliquen tales excepciones deben observarse detenidamente los procedimientos legales establecidos, respetando las garantías mínimas de los refugiados o solicitantes de asilo.

Finalmente, una de las formas en las que los Estados han alegado que no contradicen este principio dice relación con la devolución en cadena, institución impugnada por la doctrina, la cual ha señalado que “cuando los Estados no están preparados para conceder asilo a las personas que tienen un temor fundado de persecución, deben adoptar alguna alternativa que no equivalga a la no devolución”. De esta forma, esta institución señala que la persona puede ser enviada a otro país en el que su vida no peligre, mientras en ese Estado no se ponga en peligro la vida o la integridad física de la persona mediante la devolución al país de origen, teniendo en

²⁴⁶ LAUTERPACHT, E. y BETHELEHEM, D. *Óp. Cit.*, p. 127

cuenta que los Estados, de acuerdo a lo preceptuado en la Convención de Ginebra, deben hacerse responsables de cualquier medida que resulte directa o indirectamente de la devolución.

2. Derechos de los refugiados.

El contenido jurídico del concepto de asilado esta compuesto tanto por derechos y obligaciones de aquel a quien se le ha reconocido su *status* de refugiado. En este sentido, es el fundamento para diferenciar la regulación de la Convención de Ginebra de 1951 respecto de las Convenciones latinoamericanas sobre asilo.

Así, el sujeto de derecho reconocido por el Derecho Internacional de los Refugiados es la persona misma y no el Estado que la acoge. En este sentido, el refugiado tiene un catálogo amplio de derechos, recogidos explícitamente en la Convención de Ginebra, así como en otros instrumentos de Derechos Humanos, además de ciertas obligaciones con respecto al país de asilo, los cuales son regulados utilizando el criterio del trato nacional o del trato extranjero, es decir, el refugiado tendrá los mismos derechos que establezca el ordenamiento para los nacionales de su país, en el primero de los casos, ó, tendrá las mismas condiciones que el extranjero con mejor situación migratoria en el país, considerando que pueden haber tratos disímiles conforme a la nacionalidad del migrante.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una obligación para los Estados, la cual es que todos los derechos y obligaciones de los refugiados han de ser interpretados a la luz de los principios fundantes de la protección, y conforme a las normas del Derecho de los Derechos Humanos.

i) Libertad de Culto

La Convención de Ginebra señala que debe otorgarse a los refugiados un trato, por lo menos, tan favorable como el otorgado a los nacionales en cuanto a la libertad de elegir y practicar el culto, ya sea de forma individual o colectiva.

Cabe señalar que este culto puede practicarse ya sea en público o en privado, lo que implica que, en la vida en sociedad, puede “exponer símbolos, guardar días festivos y de descanso, restringir la dieta, portar ropa distintiva, participar en rituales asociados con ciertas etapas de la vida y el uso de un lenguaje particular”²⁴⁷.

Este derecho se ha visto fuertemente vulnerado en países laicos respecto del uso de ropas determinadas, como los velos islámicos, lo cual iría en contra de esta obligación²⁴⁸. En este sentido, se produce una colisión con las normas de orden público que rigen en estos Estados, y que deben ser respetadas por los refugiados, como parte de las obligaciones que les corresponden a éstos.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha sostenido que la protección de este derecho implica que el refugiado no puede ser obligado a cambiar sus creencias, ser obligado a expresar otras o divulgar una convicción religiosa distinta a la suya. En caso de imponerse sanciones respecto de éstos hechos, se estaría violando este derecho.

ii) Derechos derivados del estatuto personal. El matrimonio.

El artículo 12 de la Convención de Ginebra señala que “el estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia.”

Esta norma está en consonancia con lo que señala el Derecho Internacional Privado y su doctrina tradicional respecto al reconocimiento de las legislaciones internas en cuanto al estatuto personal, el cual está conformado por normas que regulan el estado civil, y las normas de capacidad, y dentro de éstas tienen especial importancia las normas relativas al matrimonio y su disolución vía divorcio. En este

²⁴⁷ ACNUR. Los derechos humanos y la protección de los refugiados. Modulo auto formativo 5, Volumen II, Ginebra, 2006. p. 156.

²⁴⁸ Para ahondar en esta situación ver BRIONES MARTINES, Irene. El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Anuario de Derechos Humanos. Universidad Complutense de Madrid. Nueva Época. Vol. 10. 2009 (17-82)

sentido, esta norma es entendida como una norma atributiva de competencia, limitándose a señalar cual va a ser la legislación aplicable, sin otorgarle un contenido jurídico a la disposición²⁴⁹.

No obstante lo anterior, el párrafo segundo del artículo 12 señala que “los derechos anteriormente adquiridos por cada refugiado y dependientes del estatuto personal, especialmente los derechos inherentes al matrimonio, serán respetados por todo Estado contratante, a reserva, en su caso, del cumplimiento de las formalidades establecidas por la legislación de dicho Estado”. Esta norma tiene vital importancia para entender el carácter limitado de la Convención, ya que no reconoce la multilateralidad de tradiciones que pueden existir en estas materias, dejando el reconocimiento de las distintas formas de matrimonio a lo que señalen regulaciones nacionales que bien pueden no reconocer muchas formas de matrimonio.

El caso tradicional es el matrimonio consensual, pero una situación de mayor complejidad puede producirse en el caso que un grupo específico de personas, como los homosexuales, contraigan matrimonio y por este hecho ser perseguidas por un grupo específico bajo la tolerancia del Estado, y al salir de su país no puedan reconocer su unión porque el derecho del país de asilo no lo reconoce.

iii) Derecho de propiedad

El trato más favorable posible, es lo que señala la Convención de Ginebra en el artículo 13, en cuanto al goce del derecho de propiedad, de otros derechos reales y en cuanto a la regulación de los contratos reales, el cual en ningún caso puede ser en menores condiciones que el derecho que tenga un extranjero residente.

A diferencia de lo anterior, respecto de la protección industrial e intelectual, la Convención en el artículo 14 señala que el trato debe ser nacional, incluyendo dentro de esta los inventos, dibujos o modelos industriales, marcas de fábrica, nombres comerciales y derechos de autor sobre obras literarias, científicas o artísticas.

²⁴⁹ RAMÍREZ, M. *Óp. Cit.*, p. 11

iv) Libertad de asociación

La libertad de asociación, para los refugiados, tiene un carácter especial en cuanto a que tienen la prohibición de hacerlo respecto de asociaciones políticas, prohibiéndose principalmente por razones de orden público y seguridad nacional, por tanto, de acuerdo a la Convención, tienen plena libertad de asociarse en instituciones no políticas y además también pueden hacerlo en los sindicatos (como una extensión del derecho al trabajo).

En este sentido, es pertinente mencionar que los refugiados también gozan del derecho a reunión pacífica, mencionado en el artículo 21 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

v) Acceso a la Justicia

La Convención, en el artículo 16, regula el libre acceso a los tribunales de justicia. En este artículo se señala que los refugiados tendrán el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso, a la asistencia judicial.

Se regula especialmente la exclusión, en todo caso, de la caución *judicatum solvi*, la cual era una medida precautoria general, tomada del Derecho Romano, pero que el derecho moderno solo la hizo efectiva, en cuanto a su aplicación, respecto de los extranjeros transeúntes que no tuvieran inmuebles en el territorio en que se encontraban, los cuales, si querían ejercer una acción en contra de un nacional del país en que se encontraran, debían caucionar las resultas del juicio. Esta institución ha sido excluida en gran parte de las legislaciones nacionales, incluyendo la chilena²⁵⁰.

vi) Derecho al trabajo

²⁵⁰ HAMILTON. Eduardo (Director). Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile. Editorial Jurídica, 1966, p. 371

El acceso al trabajo para un refugiado es una cuestión esencial, ya que si bien se encuentra garantizada la ayuda a éstos a través de la Convención, los Estados no pueden soportar esta carga por un tiempo prolongado, pues realmente no hay certeza respecto al tiempo que se demorará un cambio efectivo en las condiciones en el país de origen, y por tanto, el tiempo que vivirá la persona en el país de asilo.

De acuerdo al ACNUR, el acceso al trabajo para los refugiados “es esencial para mantener la dignidad y, con él, la salud mental y física. Además, conserva las capacidades intelectuales y laborales necesarias para una integración local en el seno de la sociedad del país anfitrión, para reubicación en otros países, o para un posible regreso al país de origen con dignidad y seguridad”²⁵¹. Lo anterior implica, además, que el refugiado a través del acceso al trabajo pueda cubrir sus necesidades básicas tales como alimentación, educación, vivienda y asistencia médica.

Cabe destacar, que el derecho al trabajo no implica que el Estado otorgue a la persona un empleo inmediatamente, sino más bien significa que la persona puede acceder al mercado laboral, no sólo como trabajador bajo subordinación y dependencia, en iguales condiciones que los nacionales del país de asilo, sino que también en cuanto a que se otorguen las facilidades para que éste desarrolle un trabajo independiente o iniciativas empresariales.

Finalmente, hay que mencionar una figura problemática que acarrea la situación del trabajo y la precariedad de los refugiados, la cual dice relación con el trabajo infantil, pues claramente son las personas más vulnerables en estas condiciones, impidiendo con esto un desarrollo pleno de la niñez y el término de la escolaridad, el cual está proscrito por la Convención, estableciendo como límite inferior, para desarrollar actividades lucrativas, los 18 años de edad.

vii) Derechos económicos, sociales y culturales.

²⁵¹ ACNUR. Los derechos humanos y la protección de los refugiados. *Óp. Cit.*, p. 146.

Para el ACNUR, la base del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales parten del reconocimiento y ejercicio del principio de la no discriminación, ya analizado, el cual se encuentra reconocido en los diversos tratados de Derechos Humanos.

En este sentido, debe entenderse que el país de asilo asumió la responsabilidad de proteger al refugiado, independiente de su nacionalidad, por tanto debe brindarle las mismas condiciones de acceso a estos derechos que las que otorga al nacional.

Así, entre los derechos que se le deben asegurar al refugiado encontramos los siguientes: alimentación adecuada, vivienda adecuada, más alto grado de salud física y mental posible.

a) Derecho a una alimentación adecuada.

De acuerdo al artículo 11.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵², el Estado debe emprender las acciones necesarias para mitigar y aliviar el hambre, incluso en tiempos de desastres naturales o de otros tipos. En este sentido, los refugiados, conforme al artículo 20 de la Convención de Ginebra, no deben tener un trato más desfavorable que un nacional del país de asilo, por tanto, los refugiados deben tener garantizado un acceso a los alimentos o a los medios por los cuales poder obtenerlos.

También cabe destacar que, respecto a la alimentación, la Observación General Número 12²⁵³, considera que el derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de los demás derechos. Además señala que los elementos fundamentales de este derecho son la disponibilidad, seguridad, aceptabilidad y accesibilidad.

²⁵² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 3 de enero de 1976.

²⁵³ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Observación general 12: El derecho a una alimentación adecuada. E/C.12/1999/5

En cuanto a la disponibilidad, esta tiene dos aspectos: el primero, dice relación con que los alimentos deben ser entregados en las cantidades necesarias para satisfacer las necesidades de los individuos; mientras que, en segundo lugar, la posibilidad de alimentarse no debe estar limitada sólo a los productos que obtenga de la tierra, sino que también tenga a su disposición otras fuentes de alimentación.

Respecto a la seguridad, los alimentos deben estar en condiciones adecuadas para el consumo humano, por lo cual, los Estados deben establecer medidas de protección para evitar la contaminación de los alimentos ya sea por adulteración o por mala higiene.

Sobre la aceptabilidad señala que los alimentos deben cumplir con las preferencias y necesidades culturales.

Finalmente, al señalar accesibilidad implica tanto un acceso físico como económico a los alimentos. La accesibilidad económica, en los casos vulnerables, debe ser subsidiada por el Estado, o por lo menos éste debe procurar la creación de programas especiales que se encarguen de este tema; en cambio, la accesibilidad física implica que todos los grupos etarios deben tener un acceso a los alimentos, sin perjuicio de que tengan preferencia los lactantes, niños, personas mayores y discapacitados.

b) Derecho a una vivienda adecuada.

La vivienda adecuada, significa algo más que solo un lugar en el cual vivir, sino que debe mirarse como un derecho a vivir con seguridad, paz y dignidad²⁵⁴.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala elementos esenciales respecto a este derecho, los cuales son: la seguridad de tenencia, protegiendo a los refugiados del desalojo y acosos; habitabilidad, se debe garantizar un espacio adecuado para poderse proteger del mal tiempo, amenazas y otras

²⁵⁴ ACNUR. Los Derechos Humanos y la Protección de los Refugiados. *Óp. Cit.*, p. 107

perturbaciones de cualquier tipo; accesibilidad, debe ser asequible para todos, teniendo en cuenta a los grupos desfavorecidos; adecuación cultural, derecho a vivir en una vivienda que se considere culturalmente adecuada, permitiendo una expresión de la identidad cultural.

c) Derecho al grado más alto de salud física y mental posible.

Este derecho debe ser más bien entendido como el acceso a los sistemas de salud, pero además se considera que este derecho tiene dos aspectos: el primero, la libertad de controlar el cuerpo y la salud propia y evitar toda interferencia desfavorable tales como la tortura o ser sometido a tratamiento médico sin consentimiento; mientras que el segundo tiene que ver con el acceso a los planes y programas de salud que consideren en especial la situación de extrema vulnerabilidad del refugiado.

d) Derecho a la educación.

La Convención señaló expresamente derechos económicos y sociales vinculados a la educación, los cuales son: educación pública elemental, reconocimiento de certificados de estudios, diplomas y títulos universitarios expedidos en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas.

viii) Igualdad en las cargas tributarias.

En cuanto a la carga tributaria, la Convención señala en su artículo 29 que no se deberán imponer a los refugiados gravamen o impuesto alguno que exceda de los que se exijan o puedan exigirse a los nacionales del país de asilo.

ix) Libertad de Circulación

La Convención señala en su artículo 26 que se concederá a todos los refugiados el derecho a escoger el lugar de su residencia y viajar libremente por él. Conforme al mismo, este derecho queda sujeto a los reglamentos que establezcan los Estados que

limiten este derecho a los extranjeros, sin perjuicio que esta limitación de todas formas debe ser conforme al trato más favorable respecto de éstos.

Además de lo anterior, se establece la prohibición de la detención u otras sanciones en caso de ingreso ilegal, salvo que esta sea la única forma de lograr la identificación del refugiado, conforme lo señalado en el artículo 31 de la Convención.

Cabe destacar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prohíbe el arresto o la detención, pues “La privación de libertad es una forma legítima del Estado para controlar a las personas bajo su jurisdicción”,²⁵⁵ siempre y cuando la detención sea conforme a derecho.

En el caso de los refugiados, se debe tener un especial cuidado, evitando que la detención no pueda ser calificada de arbitraria o ilegal.

Además, tampoco se podrá expulsar al refugiado que se encuentre legalmente establecido en el país de asilo, a no ser por razones de seguridad nacional u orden público, entendiendo ésta conforme a lo dispuesto en el párrafo relativo a las Cláusulas de Exclusión.

La expulsión debe realizarse conforme a los procedimientos legales vigentes debiéndose permitir la presentación de pruebas exculpatorias, la interposición de recursos de apelación, o la posibilidad de obtener un plazo para gestionar su admisión legal en otro país. Esta expulsión está íntimamente relacionada con el principio de no devolución y con el debido proceso judicial o administrativo cualquiera que sea el caso.

x) Derecho a acceder a ayudas administrativas: expedición de documento de identidad y de viaje.

²⁵⁵ ACNUR. Los derechos humanos y la protección de los refugiados. *Óp. Cit.*, p. 88.

Este derecho dice relación con que el Estado de asilo hará lo posible para gestionar los documentos que requiera el refugiado, ya que éste, generalmente, no puede recurrir ante sus autoridades.

En caso que esto no pudiera lograrse, el Estado de asilo expedirá documentos de identidad a todo refugiado que se encuentre en su Estado y que no posea un documento válido de viaje.

Además, los Estados expedirán documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera del territorio a menos que se opongan razones imperiosas de seguridad nacional o de orden público.

Finalmente, la Convención de Ginebra dispone que se facilitará en todo lo posible la naturalización y asimilación

3. Obligaciones de los refugiados.

La Convención de Ginebra regula latamente los derechos de los refugiados, sin embargo, respecto de la contrapartida de éstos, las obligaciones, se refiere en el artículo 2 de la Convención sólo de una manera genérica a continuación de la determinación del *status* y antes de los principios y derechos que otorga ésta a los refugiados. En este sentido señala:

“Artículo 2. Obligaciones generales: Todo refugiado tiene, respecto del país donde se encuentra, deberes que, en especial, entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público”.

El sentido de regular de esta forma las obligaciones es que, tal como lo señala la Convención, éstas van a estar limitadas por los principios y derechos que vienen a regular situaciones específicas, que dicen relación con los derechos fundamentales básicos que ha de tener un asilado, y que finalmente se convierten en una norma general en cuanto al *quid* de la protección.

Así, los refugiados no podrán desconocer el ordenamiento jurídico nacional del país, pero en cuanto al goce efectivo de sus derechos fundamentales, el Estado tendrá que cumplir con los mínimos establecidos en la Convención sin poder limitarlos sino conforme a esta misma, tal como se señaló anteriormente.

4. Formas de acceder al asilo.

En este párrafo analizaremos tanto la forma, el momento, las autoridades y órganos estatales ante los cuales se ha de solicitar asilo, ó, en palabras de la Convención de Ginebra, el solicitar el reconocimiento del *status* de refugiado.

i) Admisión en el país de asilo.

La admisión del refugiado en el país de asilo no es una obligación para los Estados, ya que conforme a la normativa internacional, la única obligación que existe es la de no negar la entrada a los propios nacionales a su territorio, mientras que respecto de los refugiados, su obligación principal es que, estando ya en el territorio, no puede procederse a la devolución, como ya se explicó al analizar este principio.

De esta forma, y en virtud del derecho, de carácter general, que tienen los Estados de controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros, es que se convierte en una necesidad que las organizaciones internacionales como el ACNUR y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) generen mecanismos que permitan que este derecho de carácter general no se convierta en un obstáculo para aquellos que requieren de la protección internacional.

En virtud de lo planteado anteriormente se constata que no se ha podido lograr regular satisfactoriamente, en una Convención internacional, el derecho al asilo, sino que solamente ha sido reconocido, sin mayor regulación, en la Convención Americana

de Derechos humanos²⁵⁶, y en instrumentos de *soft law* como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁵⁷ y en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁵⁸.

Es más, el intento de regular el asilo territorial sólo quedó limitado a la suscripción de la Declaración sobre Asilo Territorial la cual solo regula el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que reza “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.”, al señalar límites básicos al ejercicio del asilo como la no devolución y el no rechazo en frontera, mientras que por otro lado excluye del asilo a las personas que cometan actos contrarias a los principios de las Naciones Unidas, tal como la Convención de Ginebra, pero nada dice sobre el derecho a disfrutar del asilo.

Tomando todos los elementos anteriores, el ACNUR ha señalado que “el asilo implica la protección en el territorio de un Estado diferente al propio y abarca la protección contra la devolución, permiso de permanencia en el territorio y estándares humanos de tratamiento”²⁵⁹. Con esto le da un contenido a lo que se debe entender como gozar del asilo, reconociendo al principio de no devolución como un elemento esencial de éste, unido al contenido del *status* de refugiado, que corresponde al permiso de permanencia con un tratamiento conforme a los derechos humanos.

ii) Recepción de los solicitantes de asilo.

Al entender que el reconocimiento del *status* de refugiado que hace el Estado es meramente declarativo, y no lo origina, sino que éste se generó en el instante en que la persona salió del país en el cual sufría un temor fundado de persecución por las

²⁵⁶ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, en vigor: 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, Artículo 22.7

²⁵⁷ DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, Res. O.E.A. XXX, adoptada en la novena conferencia de los estados americanos (1948), Artículo XXVII

²⁵⁸ DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 14.

²⁵⁹ ACNUR. Introducción a la Protección Internacional. *Óp. Cit.*, p. 112.

causales establecidas tanto en la Convención de Ginebra como en la Declaración de Cartagena, permite hacer extensivo algunos de los derechos básicos que gozará el asilado en el futuro a los solicitantes de asilo, los cuales no se encuentran reconocidos en la Convención de Ginebra de 1951, de forma limitada conforme a su situación personal.

Conforme a lo anterior, y entendiendo que un solicitante de asilo, generalmente huye del país sin una mayor preparación de viaje, ya que es una situación de emergencia, el Estado asilante debe ser capaz, con la ayuda de la comunidad internacional, a brindar alojamiento, comida, ropa, acceso a tratamientos médicos si fuese necesario, además de respetar la libertad de movimiento, a pesar que sea muy común la restricción a esta última. También se debe expedir algún tipo de documentación de identidad, además de regular el derecho a la educación para los menores de edad y el derecho al trabajo respecto de los adultos, aunque sea de forma temporal, ya que los solicitantes de asilo no llegan con los medios suficientes para subsistir un tiempo largo que puede significar el reconocimiento de su *status* y su futura estadía como refugiado²⁶⁰.

Además, en cuanto a la recepción, han de tomarse en cuenta las necesidades especiales de protección que puedan tener los menores, quienes, conforme a la Convención de los Derechos del Niño, han de ser tratado según el principio del interés superior en cuanto al tratamiento de su solicitud y en cuanto al goce de sus derechos²⁶¹. Por otro lado, también se ha de tener especial cuidado en cuanto a las mujeres solicitantes de asilo, y los adultos mayores, tomando en cuenta la identidad cultural del país de origen de las primeras, y los problemas de salud y de adaptación que puedan tener los segundos.

iii) Acceso al procedimiento para la determinación del status de refugiado.

²⁶⁰ ACNUR. Introducción a la Protección Internacional. *Óp. Cit.*, p. 114-116.

²⁶¹ Para mayor información, ver Capítulo IV.

Como ya se señaló anteriormente, el ser reconocido como refugiado no es un acto constitutivo del Estado que reconoce a una persona como tal, sino que, tal como lo señala el concepto, es un reconocimiento de una situación que ya existe, por tanto se convierte en un acto meramente declarativo.

El acto declarativo tiene por finalidad identificar a aquellas personas que llegan al país en búsqueda de protección internacional, respecto del resto de los extranjeros que pretenden permanecer en el Estado. En este sentido, la forma de reconocimiento va a depender del sistema que establezca cada país; así, las dos principales formas de reconocimiento han de ser la vía administrativa, como en nuestro país, o a través de medios jurisdiccionales²⁶².

El reconocimiento del status de refugiado ha de ceñirse a estrictos criterios que ha establecido el ACNUR mediante las Conclusiones del Comité Ejecutivo, o a través de instructivos de carácter general. De esta forma podemos distinguir dos tipos de procedimientos, los de carácter individual, en el cual el solicitante de asilo sufre una persecución que no se enmarca en una situación global de conmoción que provoque una oleada de refugiados. En este caso, el Comité Ejecutivo de ACNUR, órgano que tiene como función examinar y aprobar los programas y el presupuesto del ACNUR; asesorar sobre la protección internacional analizar una amplia gama de otras cuestiones con el ACNUR y sus socios intergubernamentales y no gubernamentales²⁶³, ha señalado que la determinación ha de responder a ciertos estándares básicos que garanticen procedimientos justos y eficientes. En este sentido recomendó que los procedimientos de asilo se ajusten a los siguientes requisitos:

“i) el funcionario competente (funcionario de inmigración o funcionario de la policía de fronteras) al que se dirija el solicitante en la frontera o en el territorio del Estado contratante debe tener instrucciones claras para tratar los casos que puedan estar incluidos en el ámbito de los instrumentos internacionales pertinentes. Debe actuar en conformidad con el principio de no devolución y remitir tales casos a una autoridad superior;

²⁶² ACNUR. Introducción a la Protección Internacional. *Óp. Cit.*, p. 118

²⁶³ COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR (EXCOM) [En línea] <<http://www.acnur.org/t3/el-acnur/excom>> [Consulta: 15 de octubre de 2010].

- ii) el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse;
- iii) debe 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;
- iv) deben proporcionarse al solicitante los medios necesarios, incluidos los servicios de un intérprete calificado, para presentar su caso a las autoridades competentes. Debe darse también al solicitante la oportunidad, acerca de la cual se le debe informar, de ponerse en contacto con un representante del ACNUR;
- v) si se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe informársele al respecto y debe expedírsele el documento que certifique tal condición;
- vi) 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;
- vii) debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente a que se refiere el inciso iii) supra adopte la decisión del caso, a menos que tal autoridad haya demostrado que la solicitud era claramente abusiva. Debe permitírsele asimismo permanecer en el país mientras esté pendiente una apelación a una autoridad administrativa o judicial superior;²⁶⁴

Estos principios, de carácter general han de ser complementados con otros documentos, tales como el citado Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado de ACNUR.

En cuanto a la segunda modalidad de determinación, esta dice relación con los procedimientos para la determinación colectiva, cuando se generen grandes oleadas de refugiados. En este caso el temor fundado de persecución es un hecho público y notorio, por tanto no requeriría una determinación individual, en el caso que la información que tenga el país de asilo sea de parte de medios fiables o reportes diplomáticos. En este caso, cada persona del grupo es considerado un refugiado *prima facie*, es decir, que se considera refugiado en ausencia de prueba en contrario, y de ocurrir esta situación, se requeriría un análisis individual de su situación²⁶⁵.

5. Cláusulas de Cesación.

²⁶⁴ COMITÉ EJECUTIVO ACNUR. Conclusión N°8 (XXVIII) DE TERMINACION DE LA CONDICION DE REFUGIADO, 1977 (28° período de sesión es del Comité Ejecutivo).

²⁶⁵ ACNUR. Introducción a la Protección Internacional. *Óp. Cit.*, p. 121.

El *status* de refugiado es, de acuerdo a su naturaleza, una situación transitoria que termina, fundamentalmente, al cesar las circunstancias que provocaron el desplazamiento o en virtud que el refugiado realice ciertos actos que implican la perdida de la protección internacional.

En este sentido, se regulan taxativamente 6 situaciones que se consideran como cláusulas de cesación, establecidas en el Artículo 1.C de la Convención de Ginebra, asegurando a la persona refugiada que su estatus no se verá modificado arbitrariamente luego de reconocida su condición.

La doctrina suele dividir estas cláusulas bajo dos criterios: el primero, basado en un cambio en las circunstancias individuales del refugiado, y el segundo un cambio en las circunstancias objetivas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento²⁶⁶.

El Artículo 1.C señala que la Convención cesará de ser aplicada, y por tanto también cesa el estatus de refugiado, cuando:

- “(1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o
- (2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
- (3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- (4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser 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 [...].
- (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 [...]”.

Analizaremos brevemente cada una de las cláusulas de cesación.

²⁶⁶ FITZPATRICK, Joan y BONOAN, Rafael. La cesación de la protección a los refugiados. En: FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010. p. 541

i) Acogerse nuevamente a la protección de su país.

Esta cláusula nace como respuesta al principio de que la protección internacional es subsidiaria a la nacional, y por tanto si un refugiado se acoge a la protección diplomática que le brinda su Estado, ya no sería necesaria la brindada por el país de asilo.

La protección diplomática brindada de parte del país de la nacionalidad del refugiado se expresa en las acciones que éste tiene derecho a ejercer frente a otro Estado para obtener una reparación en el caso de que los derechos de uno de sus nacionales haya sido violado o amenazado por otro Estado, además de entenderse parte la protección diplomática a los servicios que brindan los consulados al expedir documentos²⁶⁷.

El ACNUR distingue tres requisitos para entender que el refugiado se ha acogido a la protección diplomática²⁶⁸:

Primero, La acción debe provenir de un acto voluntario, no siéndolo, por ejemplo, uno que se realice cumpliendo instrucciones del país de asilo, o para evitar la ilegalidad de la estadía en su país, en caso ingresar de forma no permanente al país de origen.

En segundo lugar, la intención o propósito de acogerse de nuevo a la protección de su país de nacionalidad, no pudiendo considerarse como tal el acercarse al consulado de su nacionalidad o residencia a solicitar certificados de nacimiento, estado civil, estudios, entre otros. Lo anterior no opera respecto de la expedición de un pasaporte de su nacionalidad, el cual presume el acogerse a esta protección, sin perjuicio de la expedición con motivo de la solicitud de reasentamiento en un tercer país o para volver al país de origen sin ánimo de residencia.

²⁶⁷ ACNUR. Las Cláusulas de Cesación: Directrices para su aplicación. 26 de abril, 1999. p. 2. [En línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2550.pdf>> [Consulta: 04 de marzo de 2011]

²⁶⁸ ACNUR. Manual de Criterios y Procedimientos. *Op. Cit.*, párrafo 119, p. 30.

Y finalmente, gozar efectivamente de esta protección, es decir, de los efectos del acto del refugiado, por lo que aquel que solicitó la protección y no pudo ejercerla porque no se le brindó, no puede ser cesado en su condición de refugiado.

Cabe señalar que esta protección no requiere ser ejercida en el país de origen, sino que puede ser ejercida fuera de éste.

ii) Recobrar voluntariamente la nacionalidad.

Cabe señalar que muchas veces los refugiados al salir de sus países se han visto privados de su nacionalidad por diversos motivos. En este sentido, se entienden dentro de esta causal todos aquellos actos administrativos o legislativos que revoquen a ciertas personas o grupos de personas tal atributo de la personalidad. Estos actos pueden producirse con anterioridad o posterioridad al reconocimiento del *status* de refugiado.

De esta forma, si un refugiado opta voluntariamente por la nacionalidad que perdió o de la que fue privado, se entiende que ya no necesita de la protección internacional al verse amparado por las normas nacionales.

El principal elemento a ponderar, en este caso, es que la recuperación de la nacionalidad debe ser voluntaria, por tanto, si se le otorga a un grupo o colectivo, ya sea por ley o por decreto, *a priori* no podría señalarse que la recobra, salvo que acepte expresa o tácitamente tal concesión. De esta forma, si la persona no rechaza tal concesión se entenderá que la acepta tácitamente, salvo que justificara que no era su intención aceptarla.

Se entiende que el vínculo “nacionalidad”, entendida ésta como todas las relaciones entre el ciudadano y el Estado, es más fuerte que la causal anterior referida sólo a acogerse a la protección de su país. En este caso, el vínculo se recobra completamente, ya que en el anterior, la nacionalidad no fue arrebatada, y por ende

sólo requería, para gozar con plenitud de su nacionalidad, recuperar la parte de ésta que había sido privada.

iii) Adquisición de una nueva nacionalidad y disfrute de la protección del país de su nueva nacionalidad.

Esta cláusula también se basa en el principio de protección diplomática, entendiendo la protección internacional como una medida subsidiaria. Tal como se mencionó anteriormente, este principio se basa en el artículo 3 y 45 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961²⁶⁹.

Este numeral suele utilizarse, por una parte, cuando la persona ha logrado integrarse en el país de asilo, y este le brinda la posibilidad de acogerse a su nacionalidad. Ahora, también puede darse la posibilidad de que no necesariamente se otorgue por el país de asilo, ya que también puede ser concedida por cualquier otro país, mientras que no sea aquel del que huyó por el temor fundado de persecución, ya que en este caso estaría incluido en la causal del artículo 1.C.2, es decir, la primera situación ya analizada en este párrafo.

iv) Establecerse nuevamente en el país de origen.

Esta causal es la única que requiere el establecimiento físico de la persona en el país del que huyó por fundados temores de persecución. En las dos primeras causales, a diferencia de ésta, no se requiere un desplazamiento físico de la persona, sino que basta con tener la protección jurídica que le brinda el Estado, independiente del lugar de residencia.

Al no referirse al país de “su nacionalidad” esta causal aplica tanto a nacionales que no se hubieran acogido a la primera o segunda causal, como respecto de apátridas que, por lo preceptuado en la Convención, no tenían la posibilidad anterior.

²⁶⁹ CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigencia desde el 27 de enero de 1980

El requisito de “establecerse voluntariamente” implica que el refugiado debe regresar y permanecer voluntariamente en su país de origen. De esta forma, el elemento residencia es el que determina la aplicación de la causal, entendiendo que si se reside permanentemente reanudando una vida normal, esta cláusula es aplicable. Ahora, si permanencia no es voluntaria, por ejemplo, debido a encarcelamiento, no podría aplicarse esta causal²⁷⁰.

Por otro lado, la visita temporal al país de origen voluntariamente, por ejemplo, con un documento de viaje, no puede entenderse dentro del requisito de establecerse permanentemente, por tanto no perdería el *status* de refugiado. Cabe señalar que la permanencia puede comprobarse, por ejemplo cumpliendo con las obligaciones propias del ciudadano, como el pago de impuestos²⁷¹.

v) Desaparición de las circunstancias.

Esta es la causal que ha tenido un mayor desarrollo doctrinal²⁷².

Los numerales 5° y 6° del Artículo 1.C se refieren a esta situación, diferenciándose por el grupo al que abarca cada uno: el primero a los refugiados y el segundo a los apátridas.

Cuando se refiere a “circunstancias”, esto se refiere a cambios fundamentales ocurridos en el país de origen que permiten suponer la desaparición de los motivos que provocaron el temor de ser perseguido en el lugar de su residencia habitual.

La principal diferencia en las formulaciones de los dos numerales está en que respecto de los refugiados se señala que éste “está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual”, en cambio respecto de los apátridas, se

²⁷⁰ ACNUR. Las Cláusulas de Cesación. *Óp. Cit.*, p. 5.

²⁷¹ *Ibíd.*

²⁷² Un estudio en profundidad de esta causal puede consultarse en FITZPATRICK, J. y BONOAN, R. *Óp. Cit.*, p. 540 - 602.

señala que “no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad” (sic), ya que éstos no cuentan con protección diplomática de Estado alguno

Los cambios en las circunstancias deben ser fundamentales, es decir, que impliquen la eliminación de aquello que originó el temor fundado de persecución. Además, estos cambios han de ser permanentes, y para calificarlos como tal se requiere un enfoque restrictivo, que no confunda situaciones de paz con el cese total de las circunstancias.

El ACNUR ha distinguido dos situaciones políticas en que se pueden dar los cambios en las circunstancias: el primero, cuando hay relativa estabilidad política y los éstos se enmarcan en un proceso constitucional, sin perjuicio que pueden darse otras modificaciones transitorias en un corto lapso tiempo; mientras que la segunda situación dice relación con aquellos lugares donde los cambios tuvieron una naturaleza violenta, que involucraron un derrocamiento de un régimen consolidado en la sociedad, se debe evaluar la situación de los derechos humanos cuidadosamente²⁷³.

Un caso emblemático respecto de la aplicación de las cláusulas de cesación, en particular, en cuanto a las situaciones en análisis, es el término de la dictadura en Chile, ya que en marzo de 1990 se produjo el traspaso de poder desde el régimen militar al gobierno electo de Patricio Aylwin. El ACNUR comenzó a recibir consultas de gobiernos de los países de asilo sobre la aplicación de estas cláusulas a los refugiados chilenos, pero este sostuvo que era prematuro invocarlas porque la transición estaba aún en camino y era necesario más tiempo para determinar la durabilidad del cambio de las circunstancias. En 1992 ya habría transcurrido suficiente tiempo para la consolidación de los cambios por lo cual el ACNUR empieza a considerar la aplicación de las cláusulas de cesación, llegando a acuerdo con el propio gobierno de Aylwin en 1993 para que se declarara una cesación general,

²⁷³ ACNUR. Las Cláusulas de Cesación. *Óp. Cit.*, p. 6.

considerando especialmente la situación de algunos refugiados que tenían causas pendientes en los tribunales militares o civiles de justicia²⁷⁴.

Además, se señala por parte del ACNUR que los cambios han de reflejarse en todo el territorio, evitando que el refugiado deba recluirse en determinadas “áreas seguras” para evitar la persecución²⁷⁵.

Es necesario destacar que las cláusulas de cesación no impiden que la persona pueda solicitar nuevamente el reconocimiento del *status* de refugiado si se generan nuevas situaciones con posterioridad al cambio en las circunstancias en el país que representen un fundado temor de persecución, las que deben ser debidamente calificadas.

Para concluir, cabe señalar que el ACNUR ha establecido tres formas de poner término a la protección internacional.

La primera dice relación con las causales de cesación, único medio idóneo para poner fin al *status* de refugiado cuando se ha cerrado el ciclo de desplazamiento, es decir, cuando se ha acabado el temor fundado de persecución en el país de origen, permitiendo la repatriación voluntaria.

La segunda situación dice relación con la cancelación del *status* de refugiado, por la invalidación de este reconocimiento, el cual se produce por un vicio que haya afectado la determinación inicial, ya sea porque no se cumplieron los criterios de inclusión, o porque se debió haber aplicado alguna de las cláusulas de exclusión. Esto se permite, porque por regla general, las legislaciones nacionales permiten la cancelación de decisiones administrativas firmes, respecto de las cuales se determine con posterioridad que fueron mal adoptadas.

²⁷⁴ FITZPATRICK, J. y BONOAM, R. *Óp. Cit.*, p. 554 y 555.

²⁷⁵ ACNUR. Las Cláusulas de Cesación. *Óp. Cit.*, p. 7.

La tercera situación dice relación con la revocación del *status* de refugiado, la cual es una forma de sanción por la comisión de los hechos que configuran las cláusula de exclusión, en particular, respecto de las situaciones señaladas por el Artículo 1.F.a) y 1.F.c), tras haber sido reconocido el *status* de refugiado²⁷⁶.

²⁷⁶ ACNUR. Nota sobre la cancelación del Estatuto de refugiado. [En línea] <
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7092.pdf> > [Consulta: 15 de enero de 2012]

CAPITULO III. EL ASILO EN CHILE: PERSPECTIVAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS.

Chile no ha sido un país exento del fenómeno migratorio. La migración ha jugado un rol fundamental en distintas áreas del quehacer nacional: en política, economía, educación y cultura; sin embargo puede constatarse que la recepción de la sociedad chilena hacia los migrantes en general, como respecto de los refugiados en particular, ha sido dispar a través de la historia.

Es así como, desde los inicios de la República hasta mediados de la década del 70', nuestro país sostuvo una política favorable a la recepción de personas que buscaban protección internacional, principalmente aquellos que huían de sus países por motivos políticos, debido a la estabilidad que encontraban en el nuestro.

A pesar de que esta postura de fronteras abiertas se había asentado por más de un siglo y medio, durante el periodo 1973 – 1990, época de la dictadura militar del General Pinochet, la política de recepción de extranjeros, fuere voluntaria o forzada, fue modificada por una basada en cuestiones de seguridad nacional que se tradujo en el cierre de las fronteras para las personas necesitadas de protección. En virtud de esta circunstancia, Chile deja de ser un país atractivo para los extranjeros en general, por tanto la recepción de personas en busca de asilo conforme a las normas internacionales, fue nula en este periodo.

Ya con la transición democrática, y en virtud del cumplimiento de las obligaciones internacionales que había asumido el país, al suscribir y ratificar la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York, nuestro país vuelve a acoger refugiados, llegando incluso a convertirse, a los ojos de la comunidad internacional, en un modelo en cuanto al reasentamiento. Esta política particular, sin embargo, no se condice con el fortalecimiento del concepto de asilo y su amplitud, como institución regulada por el Derecho Internacional de los Refugiados.

A partir de lo anterior, este capítulo tiene por finalidad analizar la evolución de las políticas de asilo en Chile, a través de una revisión historiográfica y legislativa, que permita sostener la existencia de una política nacional respecto a la protección de los refugiados, partiendo desde el antecedente que, en los últimos años, se ha consagrado su protección a nivel legislativo, adhiriendo a los avances que ha tenido el Derecho Internacional de los Refugiados en la materia.

A. Análisis histórico de la protección de los refugiados en Chile.

En este apartado abordaremos el fenómeno del asilo en Chile desde una perspectiva histórica. Para efectos metodológicos, realizaremos una división temporal con el fin de analizar los motivos por los cuales nuestro país ha tenido políticas distintas en materia de refugiados, y por qué ha sido un referente, en estas mismas etapas, en materia de asilo a nivel mundial.

1. Periodo 1810 – 1930.

En la génesis de la República la sociedad chilena, y en particular el criollaje, se vio fuertemente influenciado por las ideas de la ilustración provenientes del mundo europeo, ya que muchos de los próceres de la independencia recibieron educación en el viejo continente, absorbiendo las ideas más vanguardistas de la época, tales como las provenientes de la masonería y que marcaron el proceso independentista latinoamericano²⁷⁷.

²⁷⁷ La Masonería europea auspicia la activa lucha por la liberación definitiva del dominio español, proceso donde las Logias Lautarinas alcanzan su apogeo, junto con el activo liderazgo de jóvenes venidos desde Europa que, como San Martín y O'Higgins, abrazaron el ideario libertario junto con el masónico. RIVEROS, Luis. Cádiz, Londres y la Logia Lautarina en el proceso de emancipación, 2009. [En línea] <<http://lautaro.org.ve/trazados/cadiz-londres-y-la-logia-lautarina-en-el-proceso-de-emancipacion/>> [Consulta: 23 de enero de 2012]

En particular, en materia de asilo, se toma la fundamentación racionalista del derecho de asilo, como potestad estatal, ya analizado en el capítulo primero de este trabajo. Por otro lado, la institución en Chile se ve fuertemente influenciada por la legislación española, la cual reguló los derechos de la personalidad, la libertad de correspondencia y el derecho de petición, el derecho de seguridad personal, el derecho a detener la aplicación de la ley injusta, el derecho a participar en los beneficios, cargos administrativos y funciones públicas, el derecho a recurrir contra los abusos de la autoridad²⁷⁸, algunos de los cuales fueron parte integrante del derecho de asilo.

En cuanto al panorama político latinoamericano de esta época, podemos observar que se comienzan a producir luchas por el poder entre dos grandes grupos que representaban las corrientes políticas y económicas más importantes de la época: liberalismo y conservadurismo.

Estas diferencias finalmente producen una lucha de clase que se inicia por los liberales contra los conservadores, quienes detentan el antiguo poder de la monarquía y de la aristocracia. La ideología liberal tenía como bandera de lucha una imagen de sociedad futura, libre e igualitaria, que remplazara la sociedad existente, autoritaria y desigual. Los liberales representan esencialmente a la burguesía manufacturera, comerciante e intelectual (profesiones liberales) mientras que los conservadores a la aristocracia tradicional, fundada en los privilegios de nacimiento y en la propiedad de la tierra²⁷⁹.

En Chile, esta división se vio reflejada en la polarización entre “pelucones” y “pipiolos”, principalmente. Mientras los “pipiolos” buscaban “eliminar los “mayorazgos; eliminar o fiscalizar los monopolios; frenar la expansión de los extranjeros en el mercado interno; proteger y fomentar la producción agrícola y manufacturera; crear un Banco Estatal para productores; elegir por voto popular todos los cargos públicos y

²⁷⁸ EYZAGUIRRE, Jaime. Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile. Editorial Universitaria, Santiago, 1977. p. 27.

²⁷⁹ BLAVIA ESQUIROL, Antonio. Evolución del pensamiento político. Ediciones de la Universidad Simón Bolívar, Caracas, 1992. P. 122 - 123

privilegiar el gobierno local sobre el gobierno central”; los “pelucones” estaban conformados, “sobre todo, por la poderosa ‘falange de los mayorazgos’, que en su mayor parte, vivía en Santiago. Eran los mercaderes más ricos, que habían comprado los títulos y cargos que la Corona había tenido a bien ‘privatizar’, razón por lo que muchos, impresionados, los llamaban ‘aristocracia’. Eran comerciantes y dueños de bodegas, prestamistas y recaudadores de diezmos que, al comprar privatizaciones reales y sentirse por ello ennoblecido, perpetraron [...] su abandono de la empresarialidad capitalista para vivir vida de ‘señorío’”²⁸⁰.

Estas luchas, que fueron constantes en esta época, hacen que los países latinoamericanos alternen constantemente el poder entre ambos sectores. Así, esta alternancia significaba no sólo dejar el gobierno, sino que también, al no ser transiciones pacíficas, muchos de los dirigentes más representativos, cuando la suerte les era adversa, se veían en la obligación de refugiarse en países vecinos, de forma voluntaria o porque eran expulsados por los opositores vencedores²⁸¹.

Por lo anteriormente señalado, estos importantes personajes se veían obligados a buscar asilo en diversos países, para los cuales su presencia, lejos de causar perjuicios, los favorecía. Entre éstos personajes tenemos a don Andrés Bello quien luego de pasar años en Europa, en Chile encontró refugio, al no poder volver a su natal Venezuela²⁸²; Domingo Faustino Sarmiento, quien tras la derrota de Chocón se vio en la obligación de buscar asilo en Chile²⁸³; y el escritor peruano Ricardo Palma,

²⁸⁰ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. *Historia contemporánea de Chile. Volumen I, Estado legitimidad, ciudadanía*. LOM Ediciones, Santiago, 1999. p. 31

²⁸¹ JIMENEZ VEIGA, Danilo. Evolución histórica del asilo y necesidad de su compatibilización con el Estatuto de los Refugiados. En: ACNUR. *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Instituto "Matías Romero" de Estudios Diplomáticos, México D.F., 1982, p. 197.

²⁸² EYZAGUIRRE, Jaime. *Historia de Chile*. Tomo II. La Definición del Estado y la integración de la sociedad. Editorial Zig-Zag, Santiago de Chile, 1973. p. 657.

²⁸³ Domingo Faustino Sarmiento. DIBAM, *Memoria chilena*. [En línea] <http://www.memoriachilena.cl/temas/index.asp?id_ut=domingofaustinosarmiento1811-1888> [Consulta: 19 de Noviembre de 2009]

quien en 1860 llega a Chile dejando una importante huella, tras haber sido perseguido en su país natal²⁸⁴, entre otros.

Para regular la situación anterior es que se acuerdan una gran cantidad de Convenciones Latinoamericanas que buscan regular la situación, las cuales fueron analizadas profusamente en el capítulo I.

2. Periodo 1930 – 1973.

Este periodo estuvo marcado por la fuerte tensión ideológica, originada por las Guerras Mundiales y acentuado por la Guerra Fría. Estos conflictos recrudecieron las luchas por el poder en todo el mundo, generando movimientos migratorios a gran escala²⁸⁵.

En este contexto, llegan a Chile, sin ser reconocidos como refugiados, ya que nuestro país no era parte de los instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Refugiados, en dispar número, tanto judíos huyendo de la represión Nazi, como las víctimas del conflicto árabe-israelí, acentuando la migración palestina en Chile, que ya venía llegando desde 1900, y que actualmente representa una de las colonias más importantes de palestinos fuera de sus tierras.

En Latinoamérica el panorama no es distinto. En este periodo hay varias decenas de dictaduras militares de diversas ideologías²⁸⁶ que generaron una gran cantidad de personas requeridas de protección. A raíz de lo anterior, y por la estabilidad institucionalidad que tenía Chile en este periodo, se convirtió en un importante país de acogida, ya que muchas de las personas que huyeron de las dictaduras

²⁸⁴ Ricardo Palma, El Autor. Cronología. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. [En línea] <http://www.cervantesvirtual.com/bib_autor/ricardopalma/pcuartonivel.jsp?conten=cronologia&ti t2=El+autor> [Consulta: 26 de julio de 2010]

²⁸⁵ Para más información ver HOBBSAWM, Eric. *Óp. Cit.*, p. 290 – 321

²⁸⁶ Para un análisis detallado de las dictadoras latinoamericanas del siglo XX, junto con un análisis estadístico, ver GUERRERO, Modesto Emilio. Memoria del golpe de Estado en América latina durante el siglo XX. [En línea] <<http://www.voltairenet.org/Memoria-del-golpe-de-Estado-en>> [Consulta: 24 de enero de 2012]

latinoamericanas se refugiaron en nuestro país. Esto generó que Chile fuera visto, tanto desde parte de la propia sociedad chilena como del exterior como el “asilo contra la opresión”, además de ser reconocido como una “democracia ejemplar”²⁸⁷.

A pesar de lo anterior, solo a mediados del siglo XX, nace una política estatal respecto al asilo en el país, la cual en un principio, y conforme a las necesidades de la época, se basó en la recepción de personas individuales que sufrían persecución, ya que era poco común que grupos de personas vinieran en búsqueda de protección internacional a Sudamérica. Sin embargo, esta postura cedió en favor de una política de recepción de grupos de personas perseguidas, dentro de la cual se encuentra la llegada del Winnipeg bajo la gestión de Pablo Neruda²⁸⁸.

En el año 1971 Chile inicia sus primeras relaciones con el ACNUR, pues el Gobierno había solicitado su asistencia para atender la situación de los asilados provenientes de Bolivia tras el Golpe de Estado del general Hugo Banzer que depuso al presidente Torres en 1971.

En el año 1972, el Estado de Chile suscribe y ratifica la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, los cuales eran los instrumentos que, comparados con las Convenciones Latinoamericanas vigentes, se adaptaban de mejor manera a las nuevas necesidades de protección, caracterizadas por ser migraciones de carácter masivo en contraste con las individuales que caracterizó los periodos anteriores.

Al haber sido ratificados estos instrumentos en las postrimerías de este periodo, estos instrumentos lograron muy poca aplicación práctica en esta etapa, ya que gran parte de las personas que habían ingresado al país como asilados políticos, lo habían hecho con anterioridad a la ratificación de la Convención de 1951 y el Protocolo de

²⁸⁷ SOTO, Hernán. *Entrevista a Felipe Portales*. Revista Punto Final, edición N° 720, 15 de octubre, 2010

²⁸⁸ Winnipeg, el barco de la esperanza. Historia de los refugiados españoles llegados a Chile en 1939. [En línea] <<http://www.winnipeg-cl.org/historia.html>> [Consulta: 19 de diciembre de 2011]

1967. Sin embargo, el ACNUR ha señalado que en el país, al momento del Golpe de Estado, se encontraban alrededor de 5000 personas con la condición de refugiados²⁸⁹.

3. Periodo 1973 – 1994.

El Golpe Militar de septiembre de 1973 produce un importante cambio institucional en materia migratoria, marcado por una política basada en concepciones de seguridad nacional, selectividad, control, criminalización de la población extranjera y un nacionalismo exacerbado que miraba con recelo los flujos migratorios. Esto se puede observar en el texto original del Decreto Ley 1.094 de 1975 que establece normas sobre extranjeros en Chile²⁹⁰.

La concepción negativa de la migración no es una situación aislada y propia de nuestro país, ya que ésta se enmarca en las regulaciones legales que hicieron las dictaduras latinoamericanas de finales del siglo XX.

En este sentido, también han existido este tipo de normativas en otros países latinoamericanos, como por ejemplo, la ley de Migración y Extranjería ecuatoriana dictada en 1971, reformada bajo dictadura, que establecía una muy restrictiva cláusula de exclusión de ingreso respecto de determinados extranjeros²⁹¹.

De esta forma, los ingresos al país de personas buscando asilo fue nulo, y solo existió migración económica.

²⁸⁹ ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000. *Óp. Cit.*, p.140

²⁹⁰ Decreto Ley 1.094 de 1975 que Establece normas sobre extranjeros en Chile. Promulgada el 14 de julio de 1975, publicada el 19 de julio de 1975.

²⁹¹ Ver BENAVIDES, Gina. Aplicación doméstica de estándares internacionales de derechos humanos y migración. La situación de irregularidad migratoria en Ecuador. En: CERIANI, Pablo y FAVA, Ricardo (ed.). Políticas migratorias y derechos humanos. Ediciones de la Universidad de Lanús, Buenos Aires, 2009. p. 291 – 335.

Además de lo anterior, la muerte del Presidente Salvador Allende el día 11 de septiembre de 1973, con las posteriores declaraciones de Estado de Sitio²⁹² y de Estado de Emergencia en todo el territorio nacional²⁹³, en conjunto con los llamados a “extirpar el cáncer marxista hasta las últimas consecuencias” de parte del General Gustavo Leigh la misma noche del 11 de septiembre de 1973 por televisión; la declaración de Estado de Guerra Interna declarado el día 12 de septiembre del mismo año²⁹⁴; así como las noticias de ejecuciones extrajudiciales, causó que muchas personas buscaran asilo en embajadas, consulados y en sedes de organismos internacionales, las cuales, fueron fuertemente custodiadas por las Fuerzas Armadas para evitar tal situación, actuando al margen de lo que disponen las normas consuetudinarias y convencionales del Derecho Diplomático²⁹⁵.

Debido a tales acontecimientos, el ACNUR reaccionó rápida y eficazmente, instalando el día 20 de ese mismo mes, una Oficina de Enlace del organismo con el fin de velar por la seguridad y la protección tanto de los asilados que se encontraban en el país como respecto de los chilenos y extranjeros que temían ser detenidos o perder la vida en manos de las autoridades y que tenían intención de solicitar la protección internacional en algún país extranjero.

En paralelo, los mismos perseguidos se acercaron a diversas iglesias a pedir ayuda. La Iglesia Católica, a través del Arzobispado de Santiago, conjuntamente con los dirigentes de las iglesias protestantes y la comunidad judía establecieron dos comités: el Comité Nacional de Refugiados y el Comité Pro Paz. El primero de éstos tenía como misión el facilitar la protección de refugiados latinoamericanos que vivían en el país y que habían apoyado al gobierno de Allende; en cambio, el segundo tenía por finalidad ayudar a chilenos que, a consecuencia del golpe militar, habían terminado

²⁹² MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, SUBSECRETARIA DE GUERRA. Decreto ley N°3. Santiago, 11 de Septiembre de 1973.

²⁹³ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, SUBSECRETARIA DE GUERRA. Decreto ley N°4. Santiago, 11 de Septiembre de 1973.

²⁹⁴ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto ley N°5. Santiago, 12 de Septiembre de 1973.

²⁹⁵ AGENCIA LEGAL DEL ACNUR EN CHILE: GARRETON Y ASOCIADOS. Documento interno: Documento informativo sobre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Chile desde 1973 a 1975., Santiago, 2000 p 1.

viviendo una situación económica o personal muy difícil. Finalmente, los miembros de estos comités también sufrieron la persecución estatal²⁹⁶.

En este periodo, además, se crea en Chile, por iniciativa de la Junta Militar, la institución de los *refugios temporales*, en virtud del gran número de asilados en nuestro país, los cuales eran centros de detención de refugiados que se encontraban en espera de ser reasentados en un tercer país. En total hubo seis centros en Santiago, los cuales estuvieron abiertos hasta abril de 1976. Si bien la Junta había ideado estos centros para personas extranjeras, uno de estos quedó bajo la protección de la ONU en 1974, lográndose finalmente, en virtud del DL 1.698 de 17 de octubre de 1974, la admisión de nacionales que esperaban la reunificación familiar con chilenos que ya se encontraban asilados en el exterior²⁹⁷.

Cabe señalar que no existe exactitud respecto al número de refugiados chilenos que migraron en este periodo, debido principalmente a que gran cantidad de nacionales huyó voluntariamente del país. Según varias fuentes, cerca de 200.000 personas abandonaron Chile²⁹⁸, en cambio otras documentaciones señalan que si bien no hay certeza del número exacto, las cifras varían entre cien mil y un millón²⁹⁹. Por otro lado el Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas cifra en 20.000 solamente las personas autorizadas para salir del país vía salvoconducto³⁰⁰.

Los chilenos asilados fueron acogidos en todos los rincones del mundo, incluyendo países europeos como Francia, Suecia, Islandia y Chipre, países africanos como Kenia y Cabo Verde, países oceánicos como Australia y Nueva Zelanda, países norteamericanos como Canadá y México, y finalmente en países latinoamericanos como Perú, Argentina y Brasil, pero en éstos últimos, por las dificultades para

²⁹⁶ AGGER, Inger y JENSEN, Sören Buss. Trauma y cura en situaciones de terrorismo de Estado. Derechos Humanos y salud mental en Chile bajo la dictadura militar. Ediciones Chile América, 1996. p. 100

²⁹⁷ ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000. *Óp. Cit.*, p.141

²⁹⁸ *Ibíd.*

²⁹⁹ AGENCIA LEGAL DEL ACNUR EN CHILE: GARRETON Y ASOCIADOS. Documento interno: Documento informativo sobre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Chile desde 1973 a 1975., Santiago, 2000. p 2.

³⁰⁰ ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000. *Loc. Cit.*, p. 141

encontrar empleo, y por las circunstancias políticas posteriores, como el golpe de Estado en Argentina, se volvieron destinos poco atractivos, por lo cual los chilenos se decidieron principalmente por los países europeos³⁰¹.

La última parte de esta etapa se consolida con el retorno a la democracia, donde también se vive un periodo de transición en materia de refugiados, ya que si bien en Chile la administración del Presidente Patricio Aylwin se instaló en marzo de 1990, tras el triunfo de la Concertación de Partidos por la Democracia, en las elecciones celebradas en 1989; el ACNUR sostuvo que era necesario que pasara un periodo más prolongado de tiempo para determinar la consolidación del régimen democrático y el efectivo cambio de las circunstancias, conforme a la cláusula de cesación de la Convención de Ginebra.

En 1990, los Estados que brindaban asilo a los refugiados chilenos comenzaron a consultar al ACNUR, sobre la posibilidad de aplicar la cláusula de cesación del status de refugiado por “desaparición de las circunstancias”, lo que implicaba sostener que en Chile ya no existían situaciones que provocaran un temor fundado de persecución. A esto el ACNUR reiteradamente señaló que era prematuro invocarlo porque la transición a la democracia estaba todavía en camino³⁰².

Ya en 1992, tanto el gobierno chileno como activistas de derechos humanos expresaron su apoyo a que se estableciera la cláusula de cesación por vía de la declaración sobre desaparición de las circunstancias, por lo que el ACNUR señaló que no desaprobaba la aplicación de ésta, pero al mismo tiempo, tampoco era obligatorio aplicarlas³⁰³.

Finalmente, en 1993 comenzaron las deliberaciones para la declaración de cesación general, pero la existencia de causas pendientes ante tribunales militares o

³⁰¹ *Ibíd.*

³⁰² FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010, p. 554.

³⁰³ FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. *Loc. Cit.*, p. 555

civiles fue el obstáculo para la declaración de cesación general de los refugiados chilenos³⁰⁴. Al encontrarse en la imposibilidad de realizar una lista completa de los refugiados chilenos que se encontraban en tal condición se optó con proceder a la declaración de cesación general, el 28 de marzo de 1994, estableciendo la posibilidad de eximirse respecto de aquellos que tenían motivos para creer que todavía podían ser víctimas de órdenes de arresto o condenas en ausencia por actos relacionados a los que motivaron el reconocimiento de la condición de refugiado³⁰⁵.

4. Periodo 1994 – 2012.

Si bien muchas de las políticas establecidas en la etapa anterior por la dictadura fueron erradicadas al retornar la democracia, hubo otras que no sufrieron tales cambios, las cuales han sido denominadas “enclaves autoritarios”. Estos enclaves pueden ser caracterizados como “institucionales (elementos autoritarios o anti democráticos en la constitución, en leyes orgánicas y otras normas legales), ético-simbólicos (el problema de la violación de los derechos humanos bajo la dictadura militar) y actorales (presencia de núcleos duros del autoritarismo, como el pinochetismo, que se expresaba en el alto poder político de los militares, apoyado por grupos de civiles de derecha)”³⁰⁶. Dentro de los enclaves institucionales podemos considerar lo sucedido con la política migratoria en general y con la política de protección de refugiados en particular.

Si bien existía una política negativa hacia la recepción de extranjeros, las necesidades internacionales hicieron que Chile volviera a ser un país receptor de refugiados. De esta forma y, a diferencia del periodo que comprendía los años 1930 a 1973, el asilo responde más bien a una obligación asumida por el Estado al ser parte de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 y no a compromisos asumidos por mera solidaridad.

³⁰⁴ *Ibíd.*

³⁰⁵ ACNUR. Aplicabilidad de las cláusulas de cesación a los refugiados de Chile. Memorando interno de Oficina n°31/94, 28 de marzo de 1994.

³⁰⁶ GARRETÓN, Manuel Antonio. Transición incompleta y régimen consolidado. En: Revista de Ciencia Política. Vol. XVI N°s 1-2/1994. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago. p. 22.

Estos compromisos con la protección de los refugiados fueron reforzados con posterioridad a través de la suscripción de declaraciones sobre la materia, tales como la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, firmada en Ciudad de México el 16 de noviembre del 2004 y la Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano firmada en Brasilia el 11 de noviembre del 2010, ambas analizadas en el capítulo anterior.

A partir de 1994, comienza la recepción de personas extranjeras en nuestro país, especialmente de nacionalidad peruana, ya que el Perú yacía en una crisis institucional que se venía arrastrando hacía 14 años, que terminó el año 2000, y que implicó violaciones masivas a los Derechos Humanos. En palabras de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú “Durante años, las fuerzas del orden olvidaron que ese orden tiene como fin supremo a la persona y adoptaron una estrategia de atropello masivo de los derechos de los peruanos, incluyendo el derecho a la vida, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, torturas, masacres, violencia sexual contra las mujeres y otros delitos igualmente condenables conforman, por su carácter recurrente y por su amplia difusión, un patrón de violaciones de los derechos humanos que el Estado peruano y sus agentes deben reconocer para subsanar”. Esta crisis generó la muerte de más de 69 mil peruanos, en un conflicto político entre el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso y los agentes del Estado, y que afectó mayormente a la población indígena del país³⁰⁷.

A finales del año 1995 se retira la Oficina de Enlace del ACNUR, la cual se encontraba en territorio chileno desde 1973, debido a que esta había tenido por finalidad velar por la seguridad de los refugiados que se encontraban en el país al momento del golpe de Estado, y de los chilenos que salían al exilio, además de ayudar a la reunificación de las familias chilenas que el destierro había dividido. Con la vuelta

³⁰⁷ Para más información sobre la violación a los derechos humanos en Perú entre 1980-200, ver el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. Ver versión digital [En línea] <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/>> [Consulta: 21 de enero de 2011]

a la democracia emprendió la tarea de alentar la repatriación voluntaria. En virtud de estas nuevas circunstancias, y del disminuido ingreso de nuevos refugiados al país³⁰⁸, ya no se justificaba mantener esta oficina.

Con el cierre de la Oficina de Enlace de ACNUR se aplica en Chile el sistema de las Agencias Implementadoras, las cuales realizaron el trabajo de supervisión y asistencia en el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones impuestas por la normativa internacional.

El primer mandato se remonta al año 1996, a través del proyecto 96/AP/CHL/CM/200(C) el cual es asumido en conjunto por un abogado experto en Derechos Humanos, don Roberto Garretón Merino, quien estuvo encargado de realizar las funciones legales que correspondían a la antigua Oficina, mientras que las funciones de carácter asistencial fueron aplicadas por diversas instituciones eclesióásticas, entre las cuales se encontraban la Vicaría de la Solidaridad (antecesora de la Vicaría de Pastoral Social y de los Trabajadores que también se encargó de determinados asuntos), el Instituto Católico Migrante (INCAMI) y la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC).

Este periodo se caracterizó por buscar avances en la legislación interna aplicable a los solicitantes de asilo y refugiados, lo que se logró con una importante reforma del año de 1996, la cual es analizada en el apartado siguiente.

El mandato de Roberto Garretón finalizó el año 2000 con un total de 188 casos recibidos en este periodo, de los cuales 91 fueron reconocidos como refugiados por el Gobierno de Chile.

En relación con el compromiso internacional de Chile en materia de refugiados, nuestro país postuló al Comité Ejecutivo del ACNUR, Esto lo realizó a través de una

³⁰⁸ Para un análisis estadístico de los ingresos de refugiados al país, ver CALLEJAS, Lina y JAUREGUI, Julio. ¿El asilo contra la opresión? Análisis crítico del asilo en Chile. Derecho y Humanidades (17), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011. p. 119 – 150.

nota verbal del 20 de julio de 1999, emitida por la Misión Permanente de Chile en las Naciones Unidas, invocando que Chile era un país con una larga y reconocida tradición en la concesión del asilo en Latinoamérica y que desde la creación del ACNUR le ha dado especial importancia al trabajo internacional que lleva éste en la protección y promoción de los derechos de los refugiados³⁰⁹. Esta postulación fue aceptada por la resolución A/RES/54/143 del 16 de febrero de 2000, convirtiéndose en un miembro más del Comité Ejecutivo del ACNUR que hoy está conformado por 79 Estados.

El año 2001 la Vicaría de Pastoral Social y de los Trabajadores recibe el mandato de ACNUR para hacerse cargo completamente de la Agencia Implementadora, tanto en materia legal como asistencial, mandato que mantuvo hasta 2012.

Un hito de esta etapa es el “Convenio especial con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Agencia Implementadora de ACNUR en Chile –la Vicaría Pastoral Social–, con el propósito de promover sus derechos, la no discriminación y la tolerancia a todo nivel”³¹⁰ de 2006, la cual se complementó con la campaña *Chile país de acogida* realizada el mismo año, la cual tenía por finalidad sensibilizar a la población sobre la problemática de los refugiados, entendiendo que la promoción es parte fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta campaña ha sido importante ya que, si bien a partir del año 1995 las instituciones de la sociedad civil se hacen cargo de la protección de los refugiados, a través de las Agencias Implementadoras, esta problemática no se traspa a la ciudadanía, la cual mantiene en su mayoría una postura negativa respecto de la migración en general, mientras que tiene una postura despreocupada en cuanto a la problemática del refugio,

³⁰⁹ Note verbal dated 20 July 1999 from the Permanent Mission of Chile to the United Nations addressed to the Secretary-General E/1999/112.

³¹⁰ VICARÍA PASTORAL SOCIAL Y DE LOS TRABAJADORES Y ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Informativo Chile país de acogida*, Santiago, 2009, p. 12

Sólo 18 años después de la vuelta a la democracia, el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet se puso como objetivo cambiar la política migratoria a través del “Instructivo Presidencial 009 que Imparte instrucciones sobre la ‘Política Nacional Migratoria’” de 02 de septiembre de 2008, el que nuevamente calificó a Chile como “país de acogida”, tal como ya lo había hecho el convenio de 2006, anteriormente mencionado.

Este instructivo, dentro de sus disposiciones estableció que se debía crear el Consejo de Política Migratoria, el cual tendría como principal misión establecer un nuevo ordenamiento jurídico respecto de la migración y el refugio, el cual jamás sesionó³¹¹.

Finalmente, el Ministerio del Interior se hizo cargo de la formulación de la nueva regulación legal respecto a los refugiados, quedando pendiente un proyecto legal en cuanto a la migración general. Así, se logró cumplir con la misión de dictar una norma autónoma sobre protección de los refugiados, la Ley 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados, la cual tuvo como finalidad adecuar la legislación interna a los instrumentos internacionales de los cuales Chile es parte en esta materia.

B. El asilo en la evolución legislativa

En este apartado analizaremos la evolución legal que ha tenido en Chile la institución del asilo, ya fuere respondiendo a la normativa latinoamericana sobre asilo diplomático y territorial en un principio o respondiendo al sistema de protección de refugiados finalmente.

³¹¹ Este Consejo jamás funcionó (Ver notas de prensa especializada: Recomiendan una nueva política pública en materia migratoria basada en el principio rector de los derechos humanos. Fundación Instituto de la Mujer. [En línea] <<http://www.insmujer.cl/soymigrante/?p=292>> [Consulta: 30 de diciembre de 2010], y Modernizar las normas migratorias que se aplican en Chile. FLACSO-Chile. [En línea] <http://www.flacso.cl/extension_despliegue.php?extension_id=817&page=1> [Consulta: 30 de diciembre de 2010]. La ley de migración, es aún una tarea pendiente, ya que respecto del refugio, el Ministerio del Interior promovió la dictación de la ley 20.430 sobre Protección a los Refugiados, que entró en vigencia el 15 de Abril de 2010.

1. El asilo en instrumentos de derecho internacional. Recapitulación.

Chile se inserta por primera vez en un sistema que regule el asilo a través de las convenciones latinoamericanas que regulan el asilo diplomático que surgen a partir de las vicisitudes que presentan los diferentes países de nuestro continente en la primera mitad del siglo XX. En este sentido, este país no es parte en todos los instrumentos que ya fueron analizados en el capítulo I, sino que solamente suscribe la Convención sobre Asilo de La Habana de 1928, el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1939 y las Convenciones sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial de Caracas de 1954.

Por otro lado, sólo ratifica la Convención sobre Asilo Político de Montevideo del 1933 que regulaba exclusivamente el asilo diplomático, siendo el único instrumento que se entiende parte integrante de la legislación nacional, al haber sido reconocida como ley de la República en virtud del Decreto 492 de 17 de mayo de 1935.

Alrededor de cuatro décadas después, se aprueban y ratifican por Chile la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, a través del Decreto 287 de 8 de junio de 1972 y el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, mediante el Decreto 293 de 9 de junio de 1972 que introducen al ordenamiento jurídico chileno esta regulación relativa a la protección de personas que adquieren el *status* de refugiados.

2. El asilo en la legislación nacional

Este apartado analizaremos la evolución legislativa relativa al asilo y la protección de los refugiados, centrándonos en las disposiciones de la Ley 20.430 que regula actualmente la materia.

i) Situación previa a 2010.

La legislación migratoria en Chile, hasta 1953, fue regulada de acuerdo a la normativa del Código Civil³¹², en especial por lo dispuesto en el Artículo 14 de este cuerpo legal. En ese año, se dicta el Decreto con Fuerza de Ley N° 69 del Ministerio de Hacienda que Crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia³¹³, regulando por primera vez en un cuerpo legal especial, materias relacionadas con extranjeros en Chile, sin embargo, ésta no hace alusiones a las instituciones relativas al asilo ni al *status* de refugiado.

Así, el asilo como institución se regula por primera vez en el ordenamiento nacional chileno a través del Decreto 5.021 de 1959 del Ministerio del Interior, reglamento de la Ley 13.353 que Dispone que los Extranjeros podrán ingresar a Chile en calidad de Inmigrantes, Turistas, Residentes y Residentes Oficiales y establece normas sobre la materia³¹⁴.

Esta regulación, fuertemente influenciada por la ratificación de la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933, estableció en el párrafo quinto del Título III la regulación de la visación de “residente con asilo político”. Cabe señalar que esta regulación fue dictada ocho años después de que se suscribiera por la Comunidad Internacional la Convención de Ginebra, la cual consideraba un criterio mucho más amplio en cuanto a quienes pueden ser reconocidas como refugiados. En este sentido, además, podemos señalar que el artículo 39 reafirma la idea que el asilo político se concede a personas destacadas, ya que en caso de vencimiento del plazo máximo de la visa, el asilado puede cambiar su régimen migratorio por una visa diplomática u oficial.

³¹² CÓDIGO CIVIL. Promulgado el 14 de diciembre de 1855, vigente desde el 01 de enero de 1857.

³¹³ DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 69 del Ministerio de Hacienda que Crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia. Promulgado el 27 de abril de 1953, publicado el 08 de mayo de 1953.

³¹⁴ DECRETO 5.021 de 1959 del Ministerio del Interior. Publicado el 07 de octubre de 1959

A pesar de lo anterior, difiere en parte de la regulación de la Convención Latinoamericana de 1933 ya que, en primer lugar, no limita la concesión del asilo diplomático sólo a legaciones y embajadas que se encuentren en territorio latinoamericano (en particular, en aquellos Estados parte de la Convención), sino que faculta a cualquier misión diplomática chilena a recibir asilados; además, no limita el asilo al otorgado por las misiones diplomáticas como lo hace la Convención, sino que entendiendo que la anterior es una situación transitoria, calificando a este, en el artículo 37 como "amparo provisional", por lo cual ha de consolidarse el asilo en el territorio nacional, permitiéndoles la entrada a aquellos que ya lo gozaban en las legaciones en el extranjero.

Además, también permite concederle el asilo a aquellos que ingresen al país en condición irregular o de manera regular con visación de turista y que posteriormente soliciten la visación de residente con asilo político, de forma similar a como se regula en la actualidad.

El DS 5.021 establece dos derechos fundamentales: el primero, dice relación con que se otorga a los asilados que se encuentren en el país y que no tengan pasaporte de su nacionalidad, la posibilidad de obtener un pasaporte chileno; mientras que el otro derecho es recibir la protección por parte del Estado chileno en su territorio y realizar actividades compatibles con su calidad de asilado.

En cuanto al primero, cabe destacar que esto se realiza a pesar de que Chile ya era parte del Acuerdo de Londres referente a la emisión de un "Documento de Viaje" a favor de los refugiados comprendidos dentro del Mandato del Comité Intergubernamental para los Refugiados de 27 de agosto de 1944, en virtud del Decreto 334 que pone en vigencia del acuerdo suscrito en Londres el 15 de Octubre de 1946, que establece un documento de viaje para los Refugiados, del 6 de Agosto de 1956³¹⁵; la cual si bien era una normativa específica para los refugiados, en Chile

³¹⁵ DECRETO 334 del Ministerio de Relaciones Exteriores que pone en vigencia del acuerdo suscrito en Londres el 15 de Octubre de 1946, que establece un documento de viaje para los

se limitó en el Decreto promulgatorio solamente a los refugiados apátridas, otorgando al refugiado este derecho en condiciones iguales que el nacional.

El Decreto Ley 1.094 que Establece normas sobre Extranjeros en Chile³¹⁶ de julio de 1975 derogó la Ley 13.353 y consecuentemente también su reglamento, sin embargo esta nueva normativa mantuvo casi inalterada la regulación que hacía el DS 5.021 de 1959 respecto de los asilados.

Un retroceso importante que se da con esta nueva regulación es que ya no se les otorgaría a los asilados un pasaporte chileno, sino solamente un documento de viaje para extranjeros, en cumplimiento del Acuerdo de Londres.

Además, tal como se señaló en el apartado anterior y al tenor de las políticas de la época, se establecen sanciones de prisión para aquellos asilados que ingresaran ilegalmente al país, las cuales podían llegar hasta los 15 días de detención administrativa.

En 1984 se dicta el reglamento del DL 1.094, mediante el Decreto 597 del Ministerio del Interior³¹⁷, el cual señala que el asilo diplomático se regulará según la normativa legal vigente y los tratados suscritos por Chile, lo que significa que hace aplicable no solo la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933, sino que también la Convención sobre Asilo de La Habana de 1928, el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1939 y las Convenciones sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial de Caracas de 1954, manteniéndose vigente esta disposición en el artículo 55 del reglamento, a pesar que en 1996, mediante la Ley 19.476 que introduce

Refugiados, del 6 de Agosto de 1956. Promulgado el 06 de agosto de 1956 y publicado el 13 de septiembre de 1956.

³¹⁶ DECRETO LEY 1.094 que Establece normas sobre Extranjeros en Chile. Promulgado el 14 de julio de 1975, publicado el 19 de julio de 1975.

³¹⁷ DECRETO 597 del Ministerio del Interior que Aprueba nuevo reglamento de extranjería. Promulgado el 14 de junio de 1984 y publicado el 24 de noviembre de 1984.

modificaciones al decreto ley n° 1.094, de 1975, en materia de refugiados³¹⁸, fue modificado completamente el artículo 39 del DL 1.094 que la contenía originalmente.

En cuanto a modificación de estos cuerpos normativos, la primera propuesta de reforma en materia de refugiados comienza a gestarse en 1993, cuando el ACNUR, a través de su Oficina de Enlace, elabora y propone al Gobierno modificaciones a los textos del DL 1.094 y el DS 587, conocido como el “Proyecto ACNUR”³¹⁹, debido a que la regulación que se encontraba vigente en estos instrumentos jurídicos trataban el tema de los asilados de acuerdo a la normativa legal relativa al asilo diplomático y territorial surgida en las Convenciones latinoamericanas, pero no según los criterios establecidos por la Convención de Ginebra y su Protocolo, los cuales estaban vigentes desde 1972.

Lo anterior era problemático, pues, la regulación de los asilados políticos vulneraba los derechos asegurados por la Convención de 1951. En este sentido, Leonardo FRANCO señala que “Esta división [...] se traduce en un debilitamiento de la protección internacional de los refugiados. [...] Además el “dualismo” [asilo político – estatuto de refugiado] ha permitido que se postergase toda consideración del asilo en el contexto de la protección de los derechos humanos, [y debido a esto] la práctica de los Estados en la materia ha de adecuarse a las garantías mínimas que se aplican para la protección de los derechos humanos, en particular la no discriminación, el respeto del debido proceso en la determinación de derechos, y la protección judicial”, lo que no se garantiza con el asilo político según la regulación de las convenciones latinoamericanas³²⁰.

Este proyecto se materializó en la Ley 19.476 de 12 de octubre de 1996, ya mencionada, la cual agregó dos artículos nuevos al DL 1.094. El primero de éstos, el

³¹⁸ LEY 19.476 que introduce modificaciones al decreto ley n° 1.094, de 1975, en materia de refugiados. Promulgada el 14 de septiembre de 1996 y publicado el 21 de octubre de 1996.

³¹⁹ AGENCIA LEGAL DEL ACNUR EN CHILE: GARRETON Y ASOCIADOS. Documento interno: Documento de cierre., Santiago, 2000 p 4.

³²⁰ FRANCO, Leonardo. 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. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2003, p. 63 – 64.

artículos 34 bis establece una definición indirecta de refugiado a través de las Convenciones Internacionales vigentes, mientras que el segundo, el artículo 40 bis, instituye una Comisión de Reconocimiento, asesora del Ministerio del Interior en la labor de determinar si una persona poseía la calidad de refugiado.

En la práctica, la persona reconocida como refugiado se vería sometido a la visación de residente con asilo político, que según el artículo 37 tenía una duración máxima de dos años renovable por dos años más, lo cual generaba problemas ya que muchas personas a quienes se les reconocía la condición de refugiado, no podían permanecer en el país por más de cuatro años, al no poder obtener su permanencia definitiva, visa necesaria para la residencia indefinida en el país³²¹. Cabe señalar que, uno de los requisitos que impone, en la práctica, el Departamento de Extranjería y Migración dice relación con acreditar la independencia económica del solicitante de la permanencia definitiva, lo cual implica una carga adicional para aquellos que no lograron obtener una prosperidad económica en el país, siendo esto la regla general para personas que llegan con las manos vacías huyendo de sus países, es decir, no existía un trato especial en consideración de su condición de refugiado y se igualaba a los requisitos de los migrantes económicos³²².

En segundo lugar, substituyó el texto del artículo 38, que se refería a que la visación de residente con asilo político caducaba por el sólo hecho de salir el beneficiario del territorio nacional por un periodo superior a 15 días, salvo que mediare autorización del Ministerio del Interior, cambiando completamente su sentido, estableciendo ahora la regulación de la entrega del documento de viaje cuando la persona no tenga pasaporte vigente.

Además, reemplazó el artículo 39, que entregaba una definición indirecta de refugiado, por la consagración del principio *de no devolución* o *non refoulement*, el

³²¹ Cfr. Art. 41 y siguientes del DL 1.094.

³²² Ver requisito de la permanencia definitiva en Departamento de Extranjería y Migración. Clasificación de permanencia definitiva. [En línea] <http://www.extranjeria.gov.cl/clasifica_permisos.html> [Consulta: 23 de marzo de 2012]

cual es reconocido como norma de *ius cogens*, favoreciendo no solo a aquellas personas que se encuentren asiladas, sino que también a los solicitantes de asilo.

En este sentido, la historia de la ley indica que cuando se discutía la incorporación de este artículo, se introdujo una indicación que buscaba limitar este principio, dándole preferencia a la institución de la extradición en el caso de delitos comprendidos en Tratados que regulen la materia, situación que viola sustancialmente el espíritu de la Convención de 1951. Finalmente no se aprobó la indicación y se estableció conforme a lo establecido por la Convención de Ginebra, y además, señaló que este principio se aplicaría también respecto de los asilados políticos.

Finalmente se modifica el artículo 40, que señalaba competencias específicas del Ministerio del Interior en materia de asilo. Así, estaba encargado de controlar las actividades económicas que pueden realizar los refugiados, además de tener la facultad de fijar lugares en que no podían domiciliarse ni residir éstos. Con la reforma, se derogó la última facultad.

El año siguiente, para actualizar la normativa legal en el reglamento del DL 1.094, se tuvo que modificar éste a través del Decreto 2518 del Ministerio del Interior del año 1997³²³ el cual reglamentó principalmente la Comisión de Reconocimiento.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, cabe destacar que esta regulación y sus respectivas reformas no reconocieron un *status* particular al refugiado, sino que solamente otorgan una visación por dos años a estas personas, prorrogables por el mismo periodo, lo cual implica reconocer que el asilo es una institución de carácter temporal, tal como lo ha señalado la doctrina.

Sin dejar de reconocer lo anterior, regular el asilo de esta manera implicaba la pérdida del *status* de refugiado con la expiración de la visa, ya fuere porque cambiaba

³²³ DECRETO 2518 del Ministerio del Interior que Modifica Decreto N°597, de 1984. Promulgado el 23 de octubre de 1997 y publicado el 10 de febrero de 1998.

la condición migratoria, exigiéndose los requisitos comunes para cualquier migrante económico o simplemente la expulsión por no poder acreditar los requisitos anteriores.

Una crítica adicional a la regulación del status de refugiado a través de una visa es que ésta no reconocía el total de los derechos consagrados para los asilados en la Convención de Ginebra de 1951, ya analizados en el capítulo II.

Finalmente, el procedimiento para la obtención de la visa, al no encontrarse regulado legalmente, provocó innumerables situaciones de arbitrariedad y de violación al debido proceso, entre las más importantes la demora irracional de los procedimientos, los cuales se demoraban en promedio un año, pero pudiendo llegar a extenderse hasta por cuatro años sin una respuesta del Estado³²⁴.

Luego de tres años de aplicación de la nueva legislación, el Estado de Chile asume un nuevo reto, el apoyar las labores de reasentamiento de refugiados, es decir, apoyar el “traslado de refugiados desde un país en el que han buscado inicialmente protección a un tercer país que ha aceptado admitirlos con estatus de residencia permanente”³²⁵. Esto se realiza a través de la suscripción de tres Acuerdos Marco con el ACNUR relativos a esta materia.

El primero de estos acuerdos, de fecha 10 de marzo de 1999, benefició a aproximadamente 15 a 20 familias (64 refugiados) provenientes de la ex Yugoslavia, enmarcándose en una política de renovar el compromiso con los derechos humanos, con las Convenciones Internacionales relativas a la protección y asistencia de los refugiados y para lograr un fortalecimiento de la solidaridad internacional en la búsqueda de soluciones duraderas.

Este proceso de reasentamiento fracasó rotundamente debido a que los beneficiarios alegaron problemas de carácter económico y de seguridad social, los

³²⁴ Ver CALLEJAS, L. y JAUREGUI, J. *Óp. Cit.*, p. 144.

³²⁵ ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo: desplazamientos humanos en el nuevo milenio. Icaria Editorial, Barcelona, 2006. p. 142.

cuales eran de difícil solución para el Estado. De todas maneras las quejas expresadas por los refugiados no eran contra el Estado, ya que señalaban que éste había sido generoso con ellos y que comprendían las dificultades económicas de la época, ni tampoco en contra del pueblo chileno, ya que ellos mismos decían que los habían recibido como héroes, sino que la molestia estaba dirigida necesariamente contra el ACNUR, en particular contra la Oficina de Belgrado, ya que alegaban que en Hungría, donde habían estado refugiados originalmente, no se les informó adecuada y verazmente de la realidad chilena, teniendo en cuenta que además ellos no decidieron venir a Chile y sólo supieron que venían a nuestro país días antes de embarcarse.³²⁶

El 11 de enero de 2001, a pesar del fracaso del reasentamiento de los yugoslavos, se realiza una modificación al Acuerdo Marco para reasentamiento de refugiados de 1999, ampliando el convenio a refugiados de otras nacionalidades, además de ampliar una limitación temporal que existía en el acuerdo original a los años 2000 y 2001. Finalmente, el 17 de Agosto de 2002 se realiza una última modificación al Acuerdo Marco para reasentamiento, extendiendo la aplicación de éste a todo el año 2002, lo que permitió la llegada de colombianos y palestinos.

En este mismo sentido, el año 2004, 20 países latinoamericanos incluyendo a Chile, se reunieron, con la finalidad de conmemorar los 20 años de la Declaración de Cartagena, adoptando la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina.

Este Plan presenta tres mecanismos para brindar soluciones duraderas: las fronteras solidarias, el cual busca identificar y atender las necesidades humanitarias de las personas necesitadas de protección que llegan a Estados que tienen fronteras con países en conflicto latente, como por ejemplo los países limítrofes de Colombia. El siguiente eje son las ciudades solidarias, en las cuales se busca promover el acceso a servicios básicos de salud, educación, empleo y vivienda a través de su incorporación en los programas nacionales existentes; en nuestro país existen tres de las quince

³²⁶ AGENCIA LEGAL DEL ACNUR EN CHILE: GARRETON Y ASOCIADOS. Documento interno: Documento sobre inquietudes de refugiados yugoslavos en Chile, Santiago, 1999, p. 2

ciudades solidarias de Latinoamérica: Iquique, San Felipe y La Calera, lo cual significa que los refugiados además sean incorporados al plan Chile Solidario. Finalmente el último mecanismo y el de más importante aplicación en Chile es el Reasentamiento Solidario, el cual busca que los refugiados tengan un proceso de integración local, otorgándose de manera adicional beneficios que no se otorgan a los refugiados no reasentados o refugiados espontáneos. Respecto a este punto nuestro país recibe principalmente colombianos provenientes de Ecuador y Costa Rica.

Finalmente, el año 2008, debido a los insistentes reclamos del ACNUR sobre la falta de un procedimiento legal de reconocimiento de la condición de refugiado, se dicta un instructivo interno para regular el procedimiento mediante el cual se solicita la condición de refugiado³²⁷.

Este documento, publicado por la Sección de Refugio y Reasentamiento del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior (DEM), tiene como finalidad el resguardo de la institución del refugio, siguiendo una tendencia que se encuentra en varias legislaciones, cuya institucionalidad se ha visto sobrepasada respecto del número de solicitudes de asilo que eventualmente podrían recibir y evaluar, ya que la tendencia ha sido el aumento considerable del número de solicitudes en los últimos años.

Entre las solicitudes recibidas, cabe destacar que un gran número de ellas son consideradas manifiestamente infundadas o abusivas, lo cual, de acuerdo a la Conclusión N° 30 del Comité Ejecutivo del ACNUR relativa al problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas, son “aquellas que son claramente fraudulentas o que no guardan relación con los criterios para la concesión de la condición de refugiado establecidos en la

³²⁷ GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR, DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. Nuevos Procedimientos Sección de Refugio y Reasentamiento (SRR), Santiago, 2009.

Convención de las Naciones Unidas de 1951 relativa al estatuto de los refugiados ni con otro criterio que justifique la concesión de asilo”³²⁸.

Este informe buscaba evitar las solicitudes injustificadas que terminaban por entorpecer el procedimiento, y con esto resguardar el derecho de petición, consagrado en el Artículo XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 19 n° 14 de la Constitución Política de la Republica, y en particular, el derecho al asilo consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos humanos.

El cambio que se estableció en este informe generó un procedimiento que se iniciaba con el análisis de admisibilidad. Si la solicitud era declarada admisible, ésta pasaba a uno de los dos procedimientos establecidos: el ordinario o el acelerado/abreviado. En el caso en que no fuera declarada admisible, la solicitud podía ser orientada o derivada a la obtención de una visa diferente.

La etapa de admisibilidad tenía por finalidad determinar si la solicitud cumplía los requisitos establecidos en la Convención de Ginebra para ser reconocido como refugiado, debido a que no existían éstos, ni en el DL 1.094 ni en el DS 587. En caso que la solicitud no calificara dentro de las cláusulas de inclusión ya analizadas en el capítulo II, no implicaba necesariamente la expulsión del territorio nacional, si no que esta solicitud podía ser derivada a otro tipo de visa, conforme la legislación migratoria general.

El problema con la admisibilidad era que ésta se resolvía con el mérito de una entrevista realizada al solicitante, y por lo tanto no existía un debido proceso en la calificación de la solicitud, sin perjuicio que, para evitar esta discrecionalidad, existía la posibilidad de presentar un recurso de reconsideración en el caso en que la solicitud no fuera acogida a tramitación. En la práctica, este recurso no significaba un

³²⁸ EXCOM. Conclusión N°30 (XXXIV) del 34° período de sesiones: El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas, de 1983.

resguardo suficiente de los derechos del solicitante, ya que el plazo fijado para presentarlo era de sólo tres días tras la notificación de la resolución.

En caso de ser declarada admisible, la vía general para determinar si una persona calificaba como refugiado era a través del procedimiento ordinario, el cual operaba respecto de todas aquellas solicitudes que no eran calificadas como urgentes. En este caso el procedimiento era conducido por un Oficial de Elegibilidad, funcionario del DEM, quien debía entrevistar al solicitante; elaborar un informe técnico que incluyera los datos de registro, la identificación de hechos relevantes, la información del país de origen, un análisis de todos los elementos definidos en las cláusulas de inclusión y/o exclusión y una recomendación del caso; y presentar el informe a la Comisión de Reconocimiento, que asesoraba y emitía una propuesta al Subsecretario del Interior, respecto a la solicitud, quien finalmente tomaba la decisión sobre la concesión del asilo, la cual era notificada al solicitante por escrito.

En caso que la solicitud fuera calificada como urgente o manifiestamente infundada se aplicaba el procedimiento acelerado o abreviado, el cual era tramitado en un plazo reducido, para asegurar un trato justo y eficiente, además de optimizar los recursos del Ministerio del Interior. En este sentido, los casos calificados como manifiestamente fundados o prioritarios eran aquellos en que existía una alta vulnerabilidad del solicitante, mientras que aquellos manifiestamente infundados eran aquellos que se referían a casos en que los motivos de la salida no se correspondían con aquellos establecidos en las cláusulas de inclusión de la Convención de Ginebra.

Finalmente existía la posibilidad de una orden de archivo, en virtud de una recomendación emanada de la Sección de Refugio y Reasentamiento a la jefatura del DEM, en los siguientes casos:

1. Por solicitudes consideradas infundadas o fraudulentas;
2. Ausencia del país por más de 60 días, ya sea desde la fecha que se fijó para regresar en el formulario de aviso previo, ante el DEM, o, en caso de ausencia

de éste, desde el momento de la salida, que consta en informes de Policía Internacional;

3. Se verifiquen más de 60 días del vencimiento de la documentación entregada al solicitante, sin que sea renovada o en caso que se haya citado a entrevistas y el solicitante no se haya presentado sin justificación;
4. Exista una solicitud de desistimiento, ya sea para retornar al país de origen como para solicitar otro tipo de visación, no rigiendo en este caso la posibilidad de desarchivo;
5. En caso de solicitudes realizadas por personas que padecen trastornos psiquiátricos severos. Cabe señalar que esta medida contrariaba lo establecido por el ACNUR en el Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de Refugiado, que dispone que “una persona que sufra enajenación mental puede ser un refugiado y, por lo tanto, su solicitud no puede ser desatendida, aunque requiera técnicas de examen diferentes [...] En cualquier caso, será preciso aligerar la carga de la prueba que suele recaer en el solicitante y acudir a otras fuentes para obtener la información que no se pueda conseguir fácilmente de éste [...] Tal vez sea menester deducir ciertas conclusiones de las circunstancias del caso [y] puede que no sea posible atribuir al elemento subjetivo del “temor” la importancia que suele darse, y que sea necesario hacer mayor hincapié en la situación objetiva”
6. Fallecimiento del solicitante.

En todos estos casos se otorgaban 30 días para que las personas regularizaran su situación migratoria, salvo que se autorizara la reapertura del trámite, en caso de presentarse nuevas pruebas, alegarse nuevos hechos, brindarse explicaciones razonables para el abandono de la solicitud, o se argumenten circunstancias atendibles, errores de hecho o de derecho, que hubieren afectado la solicitud, salvo el caso de desistimiento.

Finalmente, se señala que el derecho a reconsideración se aplica tanto a solicitudes no admisibles, como respecto de las admisibles y que se tramitaren bajo el procedimiento ordinario o por la vía del procedimiento acelerado o abreviado.

Cabe señalar que, independiente del tipo de procedimiento, se reconocía a todo solicitante el derecho a acceder, en forma continua y sin interrupciones, a la documentación provisoria que acredite su condición de solicitante de refugio y a una autorización de trabajo, hasta que sean notificados de la decisión definitiva.

ii) Situación actual.

El 15 de abril de 2010 se promulga y publica la Ley 20.430 que establece disposiciones sobre Protección de Refugiados³²⁹. El proyecto de ley tenía la finalidad de derogar las normas sobre refugiados que se encontraban en el DL 1.094 y el DS 597, además de reglamentar el *status* de refugiado en la legislación nacional de manera autónoma e integral³³⁰.

Este proyecto fue aprobado en el Congreso sin mayores modificaciones respecto del articulado original propuesto, vía mensaje presidencial, durante el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet. Ese mismo año, es aprobado el reglamento de esta ley por medio del Decreto 837 del Ministerio del Interior³³¹. Este reglamento viene a complementar lo señalado por la Ley, sin perjuicio de las críticas que se puedan realizar en cuanto a la formulación de determinadas materias, las que serán analizadas posteriormente.

Cabe señalar que esta ley, al derogar todas las normas del DL 1.094 relacionadas con los refugiados dejó en la incertidumbre a todas aquellas personas que solicitaron asilo con anterioridad a la fecha en que la ley entró en vigencia, debido a que ésta no estableció en su cuerpo artículos transitorios que regularan tal situación, por lo cual a

³²⁹ LEY N° 20.430 que Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Promulgada el 8 de abril de 2010 y publicada el 15 de abril de 2010. En adelante al referirnos a la Ley 20.430 señalaremos solamente “la Ley”, así como respecto del Decreto 837 del Ministerio del Interior, como “el reglamento”.

³³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley 20.430. Santiago, 2010. p. 5.

³³¹ Decreto 837 del Ministerio del Interior que aprueba reglamento de la Ley N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Promulgada el 14 de octubre de 2010 y publicada el 17 de febrero de 2011.

falta de norma legal, lo que hizo la autoridad competente fue tramitar las solicitudes conforme al procedimiento anterior, sin otorgar la visa de refugio contemplada en la regulación anterior, sino que para todos los efectos legales se les concede la visa señalada en la nueva Ley.

a) Definición de refugiado en la legislación nacional.

La Ley, al establecer una definición de refugiado acorde a los estándares actuales, toma como referencia los marcos jurídicos vigentes en materia de protección internacional. De esta forma incluye en sus disposiciones tanto la definición tradicional de la Convención de Ginebra de 1951, como la ampliada de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, ya analizadas en el capítulo II.

La diferencia con el DL 1.094 es que en la nueva regulación, tanto la Ley como el Reglamento, entregan una definición. Así, el artículo 2 de la Ley recoge los principales desarrollos doctrinarios que se han elaborado en la materia. En este sentido, en el numeral 1º se encuentra la definición de la Convención de Ginebra y en el 2º la de la Declaración de Cartagena, en el numeral 3º se encuentra una disposición especial para los apátridas, a quienes se les permite incluso solicitar asilo conforme a la definición de la Declaración de Cartagena, sin que ésta, en su regulación original, lo haya previsto; y 4º regula la situación de los refugiados *sur place*, los cuales son reconocidos por el ACNUR, pero no así en la Convención de Ginebra. Así, el artículo señala:

“Artículo 2º: Concepto de Refugiado. 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.

3. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país e 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.”

Cabe señalar que el reglamento de la ley, en su artículo 2º, señala que “Son refugiados aquellos extranjeros a los que se hubiese reconocido dicha condición, por encontrarse en alguna de las siguientes situaciones”. La formulación planteada, genera dudas en cuanto a la naturaleza del acto de reconocimiento del *status* de refugiado, el cual, conforme lo ha dejado establecido la doctrina y el ACNUR en innumerables ocasiones, es un acto meramente declarativo del Estado, en cambio, en esta definición pareciera que el acto de reconocimiento es de carácter constitutivo, y meramente potestativo de parte del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, el texto del mismo reglamento señala en el artículo 46 que “El reconocimiento de la condición de refugiado es un acto declarativo” en el mismo tenor que lo hace el artículo 35 de la Ley. Teniendo en cuenta además que de acuerdo a la jerarquía de las normas, el reglamento no debería interpretarse en contra de lo que ha dispuesto por la ley que le da origen, ni tampoco en contra de lo establecido en la Convención de Ginebra, conforme al artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República, ya que ésta es una Convención de Derechos Humanos, y tiene por tanto rango constitucional.

b) Principios fundamentales de la protección.

Un segundo punto de análisis es la sistematización de los principios fundantes de la protección, la cual no se daba de forma orgánica, sino que se encontraba dispersa dentro de la legislación actual.

El artículo 3 de la Ley señala que “La protección de los solicitantes de la condición de refugiado y los refugiados se regirá por los principios de no devolución, incluida la

prohibición de rechazo en frontera; de no sanción por ingreso ilegal; de confidencialidad; de no discriminación; de trato más favorable posible; y de unidad de la familia.”.

Además de los principios ya mencionados, el reglamento de la ley, en el artículo 5 complementa la enumeración entregada por la Ley, agregando al enunciado sobre no sanción por ingreso ilegal el de no sanción por residencia irregular, tal como lo regula el artículo 6 de la Ley, además de añadir el principio de interés superior del menor, el cual no había sido tomado en consideración en la ley, además de mencionar entre los principios la gratuidad del procedimiento, el que se regula en la Ley al considerar cuestiones procedimentales y no como un principio propiamente tal.

1) Principio de no devolución.

El artículo 4 de la Ley se dedica a regular el principio de no devolución, el cual, como se ha mencionado anteriormente, es la piedra angular de la protección internacional, que había sido reconocido en la legislación anterior, en el art. 39 del DL 1.094. Este artículo se basaba en la regulación que hace el Art. 33.1 de la Convención, sin perjuicio que reglamenta en detalle su aplicación en el país.

El reglamento de la ley, en cuanto a este principio, agrega que éste es aplicable solo desde que exista una solicitud de asilo, conforme a derecho, lo que en la práctica se justifica por el hecho que el Estado no tiene la obligación de conocer la situación personal de cada persona, pero que en la teoría se aleja de lo preceptuado en convenciones de carácter general que reconocen este principio como un aporte del derecho de los refugiados a el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo aplicable a toda persona³³², como la Convención contra la tortura y otros tratos

³³² CANÇADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2º Edición, p. 189. *Obiter Dicta*, Cfr. Anexo 9: Alcance de la no devolución: una comparación.

o penas crueles, inhumanos o degradantes³³³ y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos³³⁴.

Dentro de este mismo principio, la Convención ha regulado una excepción, en cuanto a personas que sean consideradas un peligro para la seguridad del país, por razones fundadas o respecto de personas que hayan sido condenadas por un delito particularmente grave y que sean un peligro para la comunidad. Bajo esta regulación, el art. 5 de la Ley señala someramente estas causales, dejando al reglamento su regulación final, el cual, en el artículo 7, dispone que para los efectos de entender la afectación del orden público, la autoridad considera entre estas razones la circunstancia que el solicitante de la condición de refugiado o refugiado haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, por la comisión de un delito grave, que constituya una amenaza para la comunidad del país, dejando abierto un espacio que vendría a llenar la autoridad competente, respecto de cuales delitos son considerados graves para la comunidad.

El modificar la regulación original de la Convención en cuanto a la excepcionalidad de la expulsión, que señalaba como causal un “delito particularmente grave” a lo dispuesto por el reglamento, un “delito grave”, hace presumir la disminución en la gravedad del delito para permitir aplicar la expulsión, aunque el mensaje de la ley señale lo contrario, que la expulsión solo opera de manera excepcional conforme lo dispuesto en la Convención³³⁵. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo artículo 5 de la Ley permite la posibilidad de reclamar respecto de esta decisión, ya sea en sede administrativa, vía recurso de reposición o jerárquico, que son los regulados por la ley,

³³³ DECRETO 808 Promulga La Convención Contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984, promulgado el 7 de octubre de 1988, publicado el 26 de noviembre de 1988, y vigente desde el 23 de diciembre de 1999

³³⁴ DECRETO 778 Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por resolución N°2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha, Promulgado el 30 de noviembre de 1976, publicado el 29 de abril de 1989, y vigente desde esa misma fecha.

³³⁵ BCN. Historia de la ley. *Óp. Cit.*, p. 6.

o por vía judicial, a través del recurso de amparo o protección, conforme al artículo 43 de la Ley.

2) No sanción por ingreso clandestino y residencia irregular.

El artículo 6 consagra el principio de no sanción por ingreso clandestino y residencia irregular, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención y que ya había sido regulado anteriormente en el artículo 57 del DS 597.

La nueva regulación contempla una rebaja respecto al plazo que existía anteriormente, ya que en ella se consideraba un plazo de 15 días para regularizar su situación, mientras que actualmente se contempla un plazo de sólo 10 días para que los solicitantes de asilo regularicen su permanencia, solicitando el reconocimiento de su *status* de refugiado.

El determinar un plazo específico, y perentorio en el caso en análisis, es una interpretación de lo señalado en el artículo 31 de la Convención que señala que este principio aplica “a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales”. En caso que el solicitante de asilo regularizara su situación con posterioridad a los 10 días desde su ingreso, se expone a sanciones penales y administrativas, las cuales pueden ser eximidas conforme a la discrecionalidad de la autoridad migratoria.

En cuanto al ingreso y residencia regular, el artículo 33 del reglamento señala que ésta se puede acreditar con: tarjeta de turismo, tarjeta de tripulante o tarjeta especial de tripulante, pasaporte o visa de residencia estampada en el anterior, comprobante de visación en trámite, certificado de Permanencia Definitiva o Cédula Nacional de Identidad para Extranjeros. Por tanto, la residencia irregular implica el permanecer residiendo en Chile, no obstante haberse vencido sus permisos y sin que haya solicitado prórroga o tener una visación en trámite, mientras que el ingreso irregular es aquel que no encontrándose en la situación descrita en el artículo 33, ha ingresado de forma clandestina, indocumentada o valiéndose de documentación falsificada,

adulterada o expedidos a nombre de otra persona, conforme lo dispuesto en el artículo 35 del reglamento.

Finalmente el artículo 8 del reglamento dispone que en Chile “no se aplicarán las medidas de control y traslado establecidas en las normas generales sobre extranjeros en Chile, cuando aquellos se hayan vistos forzados a recurrir a redes de tráfico ilícito de migrantes como forma de asegurar su ingreso al territorio y obtener protección”, ya que la legislación comprende que muchas veces el recurrir a estos medios de ingreso es la única forma de escapar del país en que están sufriendo una persecución que pone en peligro su vida, seguridad individual o libertad.

3) Confidencialidad.

El artículo 7 de la ley y 9 del reglamento regulan el principio de la confidencialidad, conforme a las normas sobre privacidad en la legislación nacional vigente, en particular, según lo dispuesto en la Ley N°19.628 Sobre Protección de la Vida Privada³³⁶. La obligación correlativa recae en todas las personas o instituciones que participen directa o indirectamente en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

Es menester señalar que, el regular la confidencialidad desde lo dispuesto en la legislación ordinaria, implica desconocer las necesidades especiales de protección, ya que pueden existir situaciones que si bien no quedan protegidas por la Ley N°19.628, en materia de protección internacional si es relevante no hacerlos públicos, tales como los motivos que provocaron el desplazamiento.

4) No discriminación.

El artículo 8 regula el principio de no discriminación, estableciendo categorías sospechosas que quedan proscritas en cuanto a la aplicación de la ley. Es menester

³³⁶ LEY N°19628 sobre protección de la vida privada. Promulgada el 18 de agosto de 1999 y publicada el 28 de agosto de 1999.

señalar que este es uno de los pocos artículos que se vio modificado en la discusión en el Congreso, ya que el proyecto contenía una cláusula muy amplia, la que contemplaba, entre otras, la no discriminación por orientación sexual.

En virtud de la oposición a esta disposición, se buscó un nuevo texto, asimilándola a la cláusula de no discriminación “que hoy establece el Código del Trabajo, cuyo contenido entrega un acercamiento legal vigente de lo que se entenderá por discriminación y no posee conceptos ambiguos que aún no son zanjados en nuestro país”, según las palabras de la asesora legal de la Fundación Jaime Guzmán, acogida por los parlamentarios, teniendo en cuenta que el artículo 2 del Código del Trabajo, menciona categorías sospechosas cuyas denominaciones actualmente están obsoletas y que aún no se ha establecido una interpretación respecto de aquellas. De todas formas, la regulación nacional en este punto es mucho más amplia que la presente en el artículo 3 de la Convención, que solo la limita a los motivos de raza, religión o país de origen³³⁷.

5) Unidad de la familia o reunificación familiar.

Este principio, reglado en el artículo 9 de la Ley y 11 del reglamento, dice relación con el derecho de los solicitantes de asilo y refugiados para que, por vía de la extensión, el cónyuge o conviviente, y demás familiares, también sean reconocidos conforme a la decisión que se tome respecto del titular de la solicitud.

El inciso tercero del artículo 11 señala que ésta “solo podrá ser invocada por el titular de la solicitud de la condición de refugiado y en ningún caso por el reunificado”. De similar tenor, pero distinto sentido es lo preceptuado en el reglamento, que señala que “La reunificación familiar solo podrá ser invocada por el refugiado y en ningún caso por el reunificado”, generándose una antinomia entre ambas normas.

6) Interés superior del niño.

³³⁷ BCN. Historia de la ley. *Óp. Cit.*, p. 60.

Este principio no está actualmente consagrado en la ley, sino que en el reglamento, señalándose en éste que ha de velarse por el Interés superior del niño, conforme lo ha consagrado la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989³³⁸, en todas las actuaciones relativas al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

Si bien esta norma está limitada al procedimiento, Chile al ser parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha de respetar, conforme al artículo 3 de ésta, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

7) Gratuidad.

Si bien el artículo 13 del reglamento, y que regula este principio, se encuentra en el Capítulo III llamado Principios Fundamentales de la Protección, lo que hace es trasladar la disposición que en su formulación legal se encuentra al final de todas las disposiciones procedimentales, en el artículo 48 de la Ley, a este apartado de principios.

Este principio señala que todo el procedimiento de determinación del *status* de refugiado será gratuito, incluyendo además los permisos de residencia que por este concepto se otorguen. Esta norma, como corolario de lo dispuesto respecto del principio de unidad de la familia, también opera respecto de los familiares del solicitante.

c) Principios interpretativos de la ley.

³³⁸ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989) *entrada en vigor* 2 de septiembre de 1990, 1577 U.N.T.S. 3

La Ley establece tres principios interpretativos: la interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados; el principio pro homine y; el principio del trato más favorable.

1) Interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados.

El artículo 10 de la Ley y el 14 del reglamento señalan que “los alcances y 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”. En este sentido la interpretación de las normas tanto de la Ley como su reglamento ha de hacerse con las disposiciones de los tratados de derechos humanos que se encuentren vigentes en Chile, entendiendo que respecto de éstos ha de buscarse el sentido y alcance de sus normas siguiendo criterio de interpretación teleológica y progresiva, con énfasis en la realización del objeto y fin de los tratados, sin perjuicio que ha de propiciarse la configuración de una autonomía en cuanto a los conceptos consignados en éstos, que sea independiente de cualquier sistema jurídico nacional en particular y de toda definición de diccionario³³⁹.

En cuanto a la interpretación conforme al Derecho Internacional de los Refugiados, hay que estarse a las disposiciones tanto de la Convención de Ginebra como de su Protocolo, ya analizadas anteriormente, entendiendo que respecto de éstos ha de aplicarse la interpretación teleológica que está presente no solo en los tratados de derechos humanos, sino en todos conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

2) Principio pro homine.

Este principio está regulado en los artículos 12 de la Ley y 16 del reglamento, viniendo a repetir el criterio interpretativo del artículo 5 de la Convención de Ginebra,

³³⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2º Edición, p. 196

la cual señala 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.”, sin perjuicio que la Ley agrega a esta enumeración, además, las libertades que los beneficiaren.

3) Trato más favorable.

El artículo 11 de la Ley consagra el principio del trato más favorable, en concordancia con el art. 7 de la Convención, que asegura un mínimo respecto a los derechos de los refugiados, los cuales no pueden ser inferiores a los que se otorguen a los extranjeros en general, sin perjuicio que pudiese darse un trato igual a un ciudadano, o en algunos casos específicos, mejor que éste.

d) Del estatuto de Refugiado.

Si bien la Ley regula el concepto de refugiado en el artículo 2, no lo hace conjuntamente con las cláusulas de exclusión y cesación tal como lo hace la Convención, por lo cual el reglamento, al regular el *status* de refugiado hace una referencia, en su artículo 21, a la forma de reconocimiento de la condición de refugiado, conforme al procedimiento posteriormente reglado y al artículo 2 de la ley, continuando en sus artículos subsiguientes refiriéndose a las cláusulas de exclusión y cesación.

1) Exclusión del *status* de refugiado.

Una de las formas de proteger la institución de la protección internacional ha sido a través de las cláusulas de exclusión, conforme lo señalado en el Capítulo II, en cuanto a éstas. En este sentido, señalar taxativamente cuales son éstas es una incorporación importante en la legislación nacional, ya que éstas no se encontraban consagradas en el derecho nacional en la regulación anterior.

En este sentido, si bien se reconocen las mismas causales que contempla el artículo 1 letra F de la Convención de Ginebra, es importante materializarlas en un precepto legal ya que antes la normativa aplicable solamente se remitía a algunas de las situaciones previstas en las Convenciones Internacionales suscritas por el Gobierno de Chile, y que contemplaban esta cláusula de exclusión, lo cual no entregaba la seguridad que se requiere en esta materia, que, tal como se señaló en cuanto a los criterios interpretativos, ha de ser conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contemplando principios como el pro homine, debido proceso, y de interpretación restrictiva de normas limitativas de derechos, que se vulneraban con esta forma de regulación.

2) Causales de cesación y pérdida del estatuto de Refugiado.

Dos son las materias que se encuentran contempladas en esta situación. La primera son las cláusulas de cesación, institución ampliamente desarrollada por el ACNUR y la doctrina, conforme lo ha señalado el artículo 1 letra C de la Convención de Ginebra, regulándolas el artículo 17 de la Ley y el artículo 23 del reglamento en los mismos términos, ya analizados en el Capítulo II.

Es menester señalar que, a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas de cesación, la renuncia, cancelación y revocación del estatuto de refugiado no ha sido reglado por la Convención de Ginebra, ya que se entiende que las formas de terminar con la condición de refugiado son las soluciones permanentes, es decir, la integración local, el reasentamiento y la repatriación voluntaria.

En este sentido, estas normas tienen una formulación conforme a lo dispuesto en las leyes migratorias nacionales, entendiendo que la condición de refugiado, si bien no es actualmente una visa, esta tan estrechamente asociada a ésta que le aplica la misma normativa. Así, dentro de éstas se encuentra la renuncia individual que debe ser expresa, voluntaria e informada, la cancelación, en caso de acreditarse la falsedad de los fundamentos que fueron invocados para ser reconocidos como refugiados, y finalmente por la revocación si es que la persona ha cometido los siguientes actos

reconocidos en las cláusulas de exclusión: un delito contra la paz, de guerra o cualquier otro delito contra la humanidad o si ha cometido actos contrarios a los principios y finalidades de la Carta de Naciones Unidas.

Cabe señalar que, en la última categoría, se excluye el numeral segundo de las cláusulas de exclusión, es decir, el haber cometido un grave delito común, fuera del territorio nacional y antes de ser admitido como refugiado, ya que de todas formas contempla una sanción en caso que cometiera un grave delito en territorio nacional, que es la expulsión, tal como se señaló anteriormente al analizar la excepción a la no devolución.

3) Derechos y obligaciones de los Refugiados.

Los derechos y las obligaciones de los refugiados son el contenido del *status* de refugiado, tal como se señaló en el Capítulo II. En este sentido vale señalar que la ley no establece un catálogo de derechos que se reglamenten de forma especial para los refugiados, sino que solamente señala que “Los solicitantes de la condición de refugiado y 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”.

Cabe destacar que, dentro de la disposición transcrita *supra*, señala el único requisito para poder gozar de los derechos que establezca un tratado internacional es que Chile sea parte en este instrumento, sin la necesidad de que este instrumento esté vigente, ya sean éstos en materia de derechos humanos como en cuanto al derecho de los refugiados, teniendo una redacción más laxa que lo dispuesto en la propia Constitución Política de la República, en su artículo 5 inciso segundo, que señala que es deber del Estado reconocer y proteger los derechos humanos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

A pesar de la amplitud del inciso primero, el inciso segundo del artículo 13 de la Ley limita determinados derechos que tienen un contenido que significa una carga patrimonial para el Estado, ya que solo asegura el acceso a la salud, educación, vivienda y trabajo en las mismas condiciones que los demás extranjeros, lo que implica que el aseguramiento de éstos derechos humanos básicos van a estar limitados a los presupuestos que las instituciones públicas destinen a todo tipo de migrantes, sin tomar en cuenta su situación especial.

Sin perjuicio de lo anterior se han formulados reglamentaciones especiales para los solicitantes de asilo y refugiados. Así, el derecho a acceder a la salud se encuentra asegurado en un nivel básico, mediante un acuerdo con FONASA, por el cual se les brinda atención en forma gratuita como afiliados al sistema público de salud; respecto a la educación, tanto la enseñanza básica y media está garantizada de manera gratuita en los establecimientos públicos, dictando el Ministerio de Educación la Circular N° 1179 respecto a la incorporación de éstos al sistema escolar, y en materia laboral se han eliminado las barreras para asegurar la obtención de empleo al entregarse al solicitante de la condición de refugiado, que sea mayor de edad, un permiso de trabajo para ejercer labores remuneradas ya sea de forma dependiente como independiente.

El único punto sin una planificación especial para solicitantes de asilo y refugiados es en materia habitacional, ya que se mantienen las barreras que tiene cualquier extranjero para postular a un subsidio habitacional, es decir, que deben encontrarse en el país con una visa de residencia definitiva con una antigüedad de al menos 5 años en el país, desde el otorgamiento de ésta hasta el momento de la postulación, conforme al artículo 16 del Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional³⁴⁰, lo cual no se condice con la realidad del asilo, la cual es una institución temporal y que requiere medidas de urgencia.

³⁴⁰ D.S.1, (V. y U.), DE 2011, QUE APRUEBA REGLAMENTO DEL SISTEMA INTEGRADO DE SUBSIDIO HABITACIONAL. Diario Oficial de 06 junio 2011

Un derecho regulado particularmente para los refugiados ya reconocidos por el Estado es el documento de viaje, el cual se expide según las normas de la Convención de Ginebra, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley y 49 del reglamento.

En cuanto a las obligaciones que se establecen a los refugiados, el artículo 14 de la Ley y el 18 del reglamento vienen a repetir lo preceptuado en el artículo 2 de la Convención de Ginebra que contempla el respeto a las leyes y reglamentos del país de asilo, así como las medidas para el mantenimiento del orden público. La normativa nacional solo agrega a éstas el respeto a la Constitución Política de la República y las medidas adoptadas para el mantenimiento de la seguridad nacional.

Un último punto de importancia en esta materia es la obligación del Estado a entregar ayuda administrativa, reglamentado en el artículo 15 de la Ley y 19 del reglamento, tal como lo señala el artículo 25 de la Convención de Ginebra. Esto implica que las autoridades deben asistir a los solicitantes de asilo y refugiados en cuanto a la obtención de documentos, certificados, acreditación de su estado civil, reconocimiento o convalidación de títulos académicos, en el traslado de haberes y demás actos administrativos conforme a las normas generales. El fundamento de esta medida es que los refugiados y solicitantes de asilo no pueden acudir a las autoridades extranjeras del lugar donde huyen para acceder a estos documentos.

e) Autoridades de aplicación de la ley.

En cuanto a las autoridades de aplicación de la ley, estas se encuentran reguladas profusamente en el Título III de la ley, como en el mismo título en el reglamento. En estas se norma la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado en conjunto con sus obligaciones, además de regular una Secretaría Técnica como órgano asesor de la Comisión de Reconocimiento.

1) Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.

El artículo 20 de la Ley ordena la creación de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, la cual tiene como rol principal asesorar al Ministerio del Interior en cuanto al otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación del *status* de refugiado.

En cuanto a su composición, está integrada por el Jefe del DEM, dos miembros del Ministerio del Interior y dos del Ministerio de Relaciones Exteriores, sin perjuicio que se le permite la asistencia con derecho a voz a un representante del ACNUR, designado por la representación regional de ACNUR, pudiendo sesionar con, a lo menos, tres de sus miembros con derecho a voto, tomándose las decisiones por un mínimo de tres votos concurrentes.

Respecto a las competencias, se regulan taxativamente en el artículo 22 de la Ley y en el artículo 27 del reglamento destacando su labor asesora al Ministerio del Interior en cuanto a la proposición del reconocimiento o rechazo tanto del asilo como de aquellos que solicitan la reunificación familiar o se someten a procedimientos de reasentamiento, planificar promover y coordinar políticas en materia de protección de solicitantes de asilo y de los refugiados, y coadyuvar en la búsqueda e implementación de soluciones duraderas, entre otras.

2) De la Secretaría Técnica.

Respecto a la Secretaría Técnica, su función es asesorar al Jefe del Departamento de Extranjería y Migración. Esta labor la ejerce actualmente la Sección Refugio y Reasentamiento del Departamento de Extranjería y Migración, hoy en día, al asesorar a la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, la que actúa conforme a un reglamento dictado por la misma Comisión de Reconocimiento.

f) Procedimiento de determinación de la condición de Refugiado.

En relación con el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, regulado en el título IV de la Ley y del reglamento, este se rige por las normas de la ley

y del reglamento, además de tener como norma supletoria las disposiciones de 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.

Además, cabe destacar que el procedimiento termina con una decisión de carácter administrativo que acepta o rechaza la solicitud, mediante resolución exenta del trámite de toma de razón pronunciado por el Subsecretario del Interior, el cual toma en consideración las recomendaciones de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.

1) Ingreso al territorio y presentación de la solicitud.

El artículo 26 de la Ley y el 32 del reglamento señalan que puede solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado toda persona que se encuentre dentro del territorio de la República de Chile, independiente de que su ingreso o residencia fuere regular o irregular. En casos de ingreso o residencia irregular, se aplica lo ya señalado *supra* respecto de la no sanción por ingreso clandestino y residencia irregular.

La formalización de la solicitud se puede realizar ante la autoridad fronteriza, en oficinas de Extranjería en las Gobernaciones provinciales o en el DEM en Santiago. Este trámite es personal, donde se declaran las razones que lo forzaron a abandonar el país de origen se entregan todos los datos del solicitante además de ofrecerse las pruebas que pudiera aportar el solicitante.

Formalizada ante cualquiera de estas autoridades, la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la Sección Refugio y Reasentamiento del DEM, que es la que realiza la tramitación del procedimiento. Además, con el hecho de la formalización, el Ministerio del Interior debe dar noticia de ésta a los organismos correspondientes, tales como la Vicaría de Pastoral Social, para que provean de asistencia humanitaria básica a los peticionarios y sus familias si es que les acompañan, principalmente en cuanto a alojamiento y acceso a ayuda alimenticia, salud y trabajo.

2) Procedimiento ordinario.

Presentada la solicitud, la Sección Refugio y Reasentamiento procederá a informar al peticionario sobre el procedimiento, sus derechos y obligaciones, además de comunicar la posibilidad de contactarse con un representante del ACNUR en el país, y de otorgarse una visación de residencia temporaria por el plazo de ocho meses, prorrogable por periodos iguales hasta que la solicitud sea resuelta en forma definitiva, conforme lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley.

En caso de diferencias idiomáticas, el Ministerio del Interior debe facilitar los servicios de un intérprete calificado para asistirle tanto en las entrevistas personales como en las presentaciones por escrito.

Respecto a las entrevistas, esta ha de ser individual, y debe ser realizada por personal calificado del Ministerio del Interior, cumpliendo con criterios de confidencialidad, como realizarlo en un lugar que garantice la privacidad. Esta entrevista se realiza necesariamente al peticionario, pero eventualmente también podrían ser entrevistados los familiares que lo acompañen, con la finalidad de que puedan exponer su caso, y en caso de ser necesario, poder formalizar una solicitud de manera individual. Además, se puede solicitar por parte del peticionario, el ser entrevistado por alguien de su mismo género, y se ha de tener especial sensibilidad en cuanto a factores culturales, religiosos, de género o de índole personal que pudieren afectar la presentación del caso ante las entrevistas.

En cuanto a la recopilación de la información del país de origen, el artículo 31 de la Ley establecen que la Secretaría Técnica ha de recopilar la información del país de nacionalidad o residencia habitual del peticionario, principalmente en cuanto a la situación del solicitante ante la ley de lugar, las costumbres, las consecuencias de su transgresión, formas de violencia contra algún grupo de personas, los medios de protección de que disponen y las sanciones o peligros que pueda enfrentar por esta situación si regresa a su país de nacionalidad o residencia habitual.

El artículo 33 de la Ley y el 44 del reglamento señalan que el solicitante, en cuanto al procedimiento, está obligado a decir verdad, informar y cooperar activamente concurriendo a las entrevistas personales; aportar pruebas o suministrar explicaciones en caso de insuficiencia o falta de las mismas, la cual se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica; 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 cualquier cambio que éste sufra.

Adoptada la decisión relativa a la determinación de la condición de refugiado, a través del decreto exento del Subsecretario del Interior, ésta se debe notificar al solicitante dentro del plazo de quince días, por carta certificada, acompañando la resolución. La notificación, para todos los efectos legales, se entiende practicada a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos. También se puede practicar la notificación en el DEM o en las oficinas de Extranjería de las Gobernaciones Provinciales, entregando copia íntegra de la resolución e indicando fecha, hora y lugar en que fue practicada.

Con el término del procedimiento caduca la visa de residencia temporaria para remplazarse por un permiso de residencia permanente, expidiéndose un documento de identidad para extranjeros en caso de una resolución positiva, el cual le permite gozar de todos los derechos que se les reconocen en la Ley. Si se rechaza la solicitud, el peticionario tiene la posibilidad de solicitar otro tipo de residencia, conforme a la legislación general dentro de treinta días.

Finalmente, el reglamento de la ley contempla la institución del archivo, conforme a las normas de la Ley 19.880, por la inactividad del solicitante por un plazo superior a treinta días, caducando el permiso de residencia que se le hubiera otorgado por el hecho de la formalización.

3) Procedimientos especiales.

La ley contempla tres procedimientos especiales. El primero está establecido en relación con los menores de edad, el cual será analizado en el capítulo siguiente; el segundo, se refiere a personas que son víctimas de violencia sexual o de género, y; el tercero, en cuanto a la posibilidad de la llegada masiva de refugiados.

En cuanto a personas víctimas de violencia sexual o de género, el artículo 41 de la Ley dispone que se debe procurar que los organismos públicos les presten asistencia psicológica y social. Además, se ha de tener una sensibilidad especial en el caso de las entrevistas, las cuales se han de realizar de un modo en que la persona pueda sentirse segura respecto a la confidencialidad de su petición, conforme al artículo 58.

Respecto de la llegada masiva de los refugiados, cuando no se den las condiciones de un proceso de determinación individual de la condición de refugiado, se pueden implementar procedimientos especiales de determinación, ya sean *prima facie* conforme a lo señalado en el Capítulo II, o por grupos de personas. Este procedimiento especial se debe establecer mediante la dictación de un Decreto Supremo fundado que establezca las medidas necesarias para asegurar la protección y asistencia, además de asegurar medidas que permitan excluir del régimen de protección a personas que se encuentren dentro de las cláusulas de exclusión del artículo 16 de la ley. En estos casos, además, se puede solicitar el asesoramiento al ACNUR para tomar las medidas necesarias para garantizar la protección de los refugiados.

g) Revisión de actos administrativos.

Respecto a los medios de impugnación de los actos administrativos que se dicten en relación a la solicitud del refugio, se señalan dos vías de reclamación, primero por vía judicial, a través del recurso de amparo y el de protección, y por otro lado por vía administrativa, a través de los recursos de reposición y del recurso jerárquico. En cuanto a los administrativos, el primero se debe interponer ante el mismo órgano que dictó la resolución para que éste la enmiende, y en subsidio, el jerárquico, que se debe interponer ante el superior jerárquico del funcionario que expide la resolución. En este

caso, el recurso de reposición se interpone ante el Subsecretario del Interior, que es quien dicta las resoluciones mientras que el jerárquico ante el Ministro del Interior.

El plazo de los recursos administrativos, conforme al artículo 59 de la Ley 19.880 es de 5 días, desde la notificación del acto.

Cabe señalar que la interposición de los recursos administrativos suspende la ejecución de la medida que se está reclamando.

CAPÍTULO IV. GRUPOS CON NECESIDADES ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN: LOS MENORES DE EDAD REFUGIADOS.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce la existencia de grupos con necesidades específicas de protección, las cuales emanan del sólo hecho de ser parte de un colectivo especial. Respecto de éstos, se ha de establecer medidas especiales para garantizar que estas personas disfruten de los mismos derechos que el resto de las personas, no constituyendo estas medidas forma de discriminación alguna, sino al contrario, ya que en ocasiones los Estados deben tomar acciones para disminuir o eliminar condiciones que causan o ayudan a perpetuar la discriminación³⁴¹.

Entre estos grupos se encuentran mujeres; niños y niñas; adultos mayores; lesbianas, gays, bisexuales y transexuales; personas con enfermedades catastróficas, como por ejemplo, portadores del VIH/SIDA; entre otras categorías, consideradas “sospechosas” conforme a las normas de no discriminación de los instrumentos de Derechos Humanos³⁴².

En este sentido, uno de los retos del Derecho Internacional de los Refugiados respecto de estos grupos con necesidades especiales dice relación con el poder establecer mecanismos eficaces para que sus solicitudes de reconocimiento del *status* de refugiado sean tramitadas de manera expedita en los diversos países, sin que haya una discriminación por parte del país de asilo, entendiendo que muchas veces ésta es la única causa de la huida, generándose una doble persecución.

³⁴¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 37º período de sesiones (1989). Observación general N° 18 No discriminación. En: NACIONES UNIDAS, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 de mayo de 2008, p. 234.

³⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05. Citado por: DULITSKY. Ariel. El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. En: Anuario de Derechos Humanos. CDH. Universidad de Chile. Santiago, 2007. p. 23

Este tratamiento especial también dice relación con que, en virtud de su situación especial, estas personas no se vean vulneradas en sus derechos en el país de asilo, ya sea mientras se tramita la solicitud, como cuando estén disfrutando del asilo.

Es común que los países tengan políticas especiales en cuanto al tratamiento de estos casos. En virtud de la extensión y la complejidad de estas “situaciones especiales”, enfocaremos el estudio de este capítulo solamente en los niños y niñas refugiadas, ya que es una de las situaciones de mayor complejidad de las anteriormente expuestas, por ser una de las situaciones de mayor complejidad de las anteriormente expuestas³⁴³.

En este sentido, si bien los niños ya son vulnerables por su condición de tales, cuando son refugiados quedan mucho más expuestos a situaciones en que se vulneren sus derechos humanos, tales como el reclutamiento forzado, la violencia doméstica, el infanticidio, el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, los trabajos forzados, la prostitución forzada, la pornografía infantil y la trata de personas³⁴⁴, los cuales se agravan aún más si los menores se encuentran separados o no acompañados de sus padres.

A. Regulación general.

1. Convenciones sobre Derechos Humanos

³⁴³ Respecto del tema del asilo y la mujer ver ACNUR. Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas, 2008. [En línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7137.pdf>> [Consulta: 12 de febrero de 2012]; en cuanto a adultos mayores refugiados ver Ancianos Desplazados ¿Al final de la cola? Migraciones Forzadas (14), marzo 2003. [En línea] <<http://www.migracionesforzadas.org/pdf/RMF14/RMF14.pdf>> [Consulta: 12 de febrero de 2012]; mientras que respecto de personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales refugiadas ver KANSTROOM, Daniel. Peticiones de asilo basadas en cuestiones de sexualidad: algunas respuestas y muchas preguntas. Anuario de Derechos Humanos (5), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009; y en cuanto a personas portadoras del VIH ver ACNUR. Nota sobre VIH y SIDA y la protección de los refugiados, los desplazados internos y otras personas de la competencia del ACNUR. 2006. [En línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8129.pdf>> [Consulta: 12 de febrero de 2012]

³⁴⁴ ACNUR. Los derechos humanos y la protección de los refugiados. *Óp. Cit.*, p. 27

Si bien todos los niños, por el sólo hecho de ser personas, *ergo*, sujetos de derecho, están protegidas por las normas de Derechos Humanos, la Comunidad Internacional ha entendido que éstos merecen una protección especial. En este sentido las Convenciones internacionales han señalado que los Estados no sólo están obligados a respetar y asegurar que los niños disfruten de los derechos consagrados en ella, sino que están obligados a tomar medidas especiales para protegerlos.

A nivel universal de protección de los Derechos Humanos, destacan normas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este sentido, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”³⁴⁵.

Esta disposición requiere la adopción de medidas excepcionales, las cuales no deben ser discriminatorias conforme a lo dispuesto en párrafo quinto de la Observación General n°17 del Comité de Derechos Humanos³⁴⁶, en particular en cuanto a raza, color u origen nacional, entre otros. Además, esta norma, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de la Observación General en comentario, permite a los niños gozar tanto de los derechos civiles y políticos como respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, por tanto, los niños, en caso de privación del acceso a alimentación, agua, vivienda, vestido, atención médica o educación adecuada, podría presentar una petición de conformidad con el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴⁷.

³⁴⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

³⁴⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 35º período de sesiones (1989). Observación general N° 17 Derechos del niño (artículo 24). En: NACIONES UNIDAS, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 de mayo de 2008, p. 231

³⁴⁷ ACNUR. Los derechos humanos y la protección de los refugiados. *Loc. Cit.*, p. 27

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en tanto en su artículo 10.3 dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: [...] Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.”³⁴⁸, confirmando lo señalado anteriormente.

En cuanto a las regulaciones de carácter regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 19 dispone que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”³⁴⁹.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, al analizar las problemáticas actuales de la niñez, en particular en cuanto a los niños refugiados, señala que para analizar el alcance del artículo 19 se debe integrar las normas y principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, como las normas de la Convención de Ginebra de 1951³⁵⁰.

La Opinión Consultiva dispone además que las garantías constitucionales del artículo 8 de la Convención han de ser extensivas a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, por tanto, se debe establecer, en el caso de los niños, un derecho a audiencia, donde pueda presentar su solicitud y expresar su opinión, además de explicársele por parte de la autoridad el procedimiento al que está siendo sometido, cuales son sus decisiones y las consecuencias de estas; la necesidad de designar un representante legal en caso de ser necesario; la adopción de medidas que permitan flexibilizar el estudio de la solicitud de asilo, debido a que los

³⁴⁸ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 3 de enero de 1976.

³⁴⁹ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, en vigor: 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123.

³⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. p. 37

niños experimentan la persecución de un modo diferente a los adultos, teniendo en cuenta por tanto, el beneficio de la duda, la disminución de los estándares de prueba y el acceso a procedimientos más expeditos; la evaluación del grado de desarrollo mental y madurez, considerando el tema de la madurez progresiva, es decir considerando el perfil psicológico de cada menor y, en caso de no contar con suficiente madurez, considerar factores más objetivos al analizar la solicitud, y finalmente; el derecho a interponer recursos sencillos y rápidos contra actos que violen los derechos fundamentales, conforme al artículo 25 de la Convención Americana, aplicándose esta sin discriminación³⁵¹.

Por otro lado, esta Opinión Consultiva señala que se debe proteger a la familia, y en este sentido, cualquiera decisión estatal que afecte a la unidad de la familia debe ser tomada conforme a las garantías judiciales. Así, el Estado no solo debe abstenerse de cometer actos que signifiquen la separación de los miembros de la familia, sino que se debe adoptar medidas para mantener la unidad familiar o para la reunificación si correspondiere³⁵².

Finalmente, la Corte señala que en cuanto a las detenciones de niños refugiados, la regla general es que éstos no deben ser detenidos, sino que deben recibir hospedaje y supervisión adecuada por parte de las autoridades estatales protectoras de la infancia, y por tanto la detención debe ser considerada como *ultima ratio*, por periodos lo más cortos posibles de tiempo, y conforme a las garantías mínimas que se otorguen a los adultos en las mismas condiciones

El otro instrumento regional que tiene disposiciones en este sentido es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual en el artículo 16 preceptúa que

³⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.*, p. 38

³⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.*, p. 38

“Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”³⁵³.

Finalmente, cabe señalar que todos estos instrumentos se encuentran vigentes en Chile, y por tanto son aplicables conforme a la norma del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile.

2. Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989 señala que los Estados Partes han de respetar los derechos que ella contiene, además de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para darle real efectividad. El disfrute de estos derechos debe ser sin discriminación alguna, lo cual ha de asegurarse a través de medidas adoptadas por los Estados Partes.

En este sentido, reconoce que los niños son todas aquellas personas menores de 18 años. Esta norma es importante, ya que hay sociedades donde los adolescentes desempeñan papeles de adultos en materias como el matrimonio, crianza de niños, trabajo o en la guerra, y por tanto, es la razón por la cual la Convención prefirió definir una edad específica³⁵⁴.

Conforme a la CDN, los niños deben gozar de: el derecho al nivel más alto posible de salud y acceso a servicios médicos; derecho intrínseco a la vida; derecho a la educación; derecho a ser registrado al nacer; protección contra toda forma de explotación, en particular, en cuanto a explotación y abuso sexual, laboral, contra el reclutamiento, y en caso que esto ocurriera, medidas para recuperar de estos daños.

³⁵³ PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Serie sobre Tratados, OEA, No. 69 (1988), suscrita 17 de noviembre de 1988, reimprimido en Documentos Básicos relacionados a los Derechos Humanos del Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 p. 67 (1992).

³⁵⁴ ACNUR. Los niños refugiados. Directrices sobre protección y cuidado. Ginebra, 1994. p. 16.

Cabe señalar el ACNUR, en las Directrices sobre protección y cuidado, identifica en la CDN tres normas básicas: las normas del interés superior, las de no discriminación y las de participación³⁵⁵.

La primera tiene aplicación en las políticas de los gobiernos y en las decisiones sobre los niños a título individual. Respecto a las políticas de los gobiernos, éstos deben estudiar cómo afecta a los niños cada decisión adoptada, ya que a veces pueden existir contradicciones entre el interés del adulto y de los niños, adoptando el gobierno la decisión que sea mejor para el niño. En cuanto a los niños a título individual, los intereses superiores del niño deben ser la consideración primordial, por ejemplo, en caso de separación de un niño de sus padres si existen abusos o descuido de éste para con aquel. Este principio permea toda la regulación de los derechos humanos, y es desarrollado especialmente por el ACNUR en las Directrices para la determinación del interés superior del menor³⁵⁶. La aplicación de este principio en materia de refugiados será analizado más adelante.

La segunda norma identificada por el ACNUR son las de no discriminación, en virtud de la cual los niños refugiados, los solicitantes de asilo y los solicitantes de asilo rechazados, deben gozar de todos los derechos de la CDN³⁵⁷.

El tercer tipo de normas se refieren a la participación, entendiendo la norma del artículo 12 que establece que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”, permeando toda la CDN. Así, formas de participación se dan en la vida familiar y en la vida de la

³⁵⁵ ACNUR. Los niños refugiados. *Óp. Cit.*, p. 14.

³⁵⁶ ACNUR. Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor. Ginebra, mayo de 2008. p., 14. [En línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7126.pdf>> [Consulta: 20 de febrero de 2012]

³⁵⁷ ACNUR. Los niños refugiados. *Óp. Cit.*, p. 15.

comunidad, y esta se materializa a través de suministro de información, diálogo y en la toma de decisiones, conforme al crecimiento y grado de madurez³⁵⁸.

En cuanto a la protección de los niños refugiados, esta Convención se refiere particularmente a ellos en el artículo 22, señalando que “Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales e internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos pertinente enunciado en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.”.

Además, el inciso segundo de esta disposición se refiere al deber de los Estados Parte de cooperar en la búsqueda de los padres y otros miembros de la familia, con miras a la reunificación familiar.

La norma transcrita *supra* tiene una importancia fundamental, en cuanto reconoce expresamente a los niños refugiados todos los derechos consagrados tanto en esta Convención como en instrumentos de derechos humanos y de derecho humanitario. Además, cabe destacar que esté es el instrumento de derechos humanos más ampliamente ratificado, con 192 Estados partes, teniendo especial importancia respecto de aquellos Estados que no son parte de la Convención de Ginebra de 1951.

Cabe señalar que el ACNUR señaló expresamente en las Directrices sobre protección y cuidado que, si bien los principios de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 son aplicables de la misma forma que a los adultos, reconociendo la posibilidad de que los niños tengan fundados temores de ser perseguido, y operando el principio de no devolución respecto de los menores³⁵⁹, la principal regulación respecto de los niños es la CDN, el cual si bien no es un tratado

³⁵⁸ ACNUR. Los niños refugiados. *Óp. Cit.*, p. 15-16

³⁵⁹ ACNUR. Los niños refugiados. *Óp. Cit.*, p. 12.

sobre refugiados, se aplica a los niños refugiados, ya que los derechos que establece ésta son aplicables a toda persona menor de 18 años de edad, sin discriminación alguna.

B. El “Interés superior del niño” y su relación con los menores refugiados.

La Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 3.1 establece un principio general que permea todas las ramas del derecho, el principio del “interés superior del niño” consagrado de la siguiente forma:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esta Convención señala que el interés superior ha de ser el factor determinante para decidir acciones específicas, tales como la separación del niño de sus padres, contra la voluntad de éstos (artículo 9) y la adopción del menor (artículo 21).

Este principio además está consagrado en los siguientes instrumentos: Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000); Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980); Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional y su Recomendación de 1994 relativa a su aplicación a los menores refugiados y a otros desplazados internacionalmente, en la Convención sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de menores (1996); Carta Africana de los derechos y el bienestar del niño (1990); Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo

número 182 (Convención sobre las peores formas de trabajo infantil, 1993) y número 138 (Convención sobre la edad mínima, 1973).

Como una forma de colaborar con la formulación de los procedimientos que deben establecer los diferentes Estados en materia de protección de los niños y niñas, el ACNUR dictó las “Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor”, las cuales, tal como el “Manual de Criterios y Procedimientos para determinar la condición de refugiado” no tienen valor jurídico vinculante, pero sí tienen un valor de recomendación y han sido reconocidas como normas de soft law.

Estas normas si bien no son obligatorias para los Estados, sí lo son para el ACNUR, imponiéndose como un deber el “asegurar que el personal encargado de tales acciones [principalmente respecto de los procedimientos de determinación del interés superior] tenga el conocimiento y las habilidades requeridos para valorar si la acción a llevar a cabo es conforme al interés superior del menor”³⁶⁰.

En particular, en materia de asilo, este principio debe ser asumido de una manera especial en cuanto a la protección que otorguen los Estados a los niños solicitantes de asilo y a los menores refugiados. Así, los Estados, para cumplir con lo dispuesto en la CDN en cuanto al deber de asegurar a los niños la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, conforme al artículo 3 inciso segundo, deben establecer mecanismos que permitan asegurar este principio.

De esta forma, el establecer un sistema de protección facilita la determinación del interés superior del niño, ya que esto implica un sistema de registro y documentación respecto de todos los menores refugiados, que permite identificar puntos conflictivos y posibles soluciones.

El ACNUR no está ajeno a la regulación que establece la Convención de los Derechos del Niño, ya que se haya comprometido con la protección y promoción de los derechos de los niños. En este sentido, en las Directrices para la determinación del

³⁶⁰ ACNUR. Directrices para la determinación del interés superior del menor. *Óp. Cit.*, p., 8.

interés superior del niño, establece distintos procedimientos para resguardar este principio, para cuando se vea en la necesidad de tomar alguna decisión que afecte a niños refugiados o bajo su competencia.

En este sentido, es de importancia mencionar que, el ACNUR haya de realizar actuaciones relativas a niños de su competencia, tales como la inscripción de éstos, la provisión de cuidado temporal o la búsqueda de familiares, se debe hacer una evaluación previa de cuál es el interés superior, y en consideración a éste se ha de tomarse la decisión final.

Cabe hacer la prevención respecto a que la aplicación práctica de este principio no opera en el sentido de que un niño o niña que no cumpla con los criterios de inclusión o se encuentre dentro de las cláusulas de exclusión, para que le sea reconocido el *status* de refugiado, sino más bien apunta al establecimiento de salvaguardas en cuanto a los procedimientos y decisiones fundamentales relativas al futuro de éste³⁶¹.

1. Determinación del Interés Superior del niño (DIS).

El ACNUR, tomando como marco jurídico lo dispuesto en los artículos 21 y 9 de la CDN que disponen que los Estados deben establecer garantías procedimentales estrictas tanto para la adopción de niños, así como para la toma de decisiones que impliquen la separación del niño de sus padres contra la voluntad de los últimos, inclusive aquella decisión relativa al cuidado personal definitivo de los menores. Estas garantías también han de ser aplicables a las decisiones que recaigan en repatriación y reasentamiento de niños no acompañados o separados, conforme a lo dispuesto en la Observación General n°6 del Comité de los Derechos del Niño.

A partir de lo anterior, el ACNUR ha establecido un procedimiento de “Determinación del interés superior (DIS)”, el cual es un proceso formal, con salvaguardas procesales estrictas, aplicable cuando se refiere a las materias

³⁶¹ ACNUR. Los derechos humanos y la protección de los refugiados. *Óp. Cit.*, p. 26

anteriormente descritas; mientras que habrá una “Evaluación del interés superior” en las demás materias que no requieren un DIS³⁶².

Si lo anterior se lleva a las materias propias del Derecho de Refugiados, el DIS puede referirse a cuestiones relativas a la identificación de la solución duradera más apropiada para un menor refugiado no acompañado o separado, las decisiones de asistencia temporal para menores refugiados no acompañados y separados en determinadas circunstancias excepcionales y las decisiones que pueden conllevar la separación del menor de sus padres contra la voluntad de éstos, siendo aplicable para todas las demás cuestiones en que estén involucrados niños refugiados, una Evaluación del interés superior³⁶³.

2. Evaluación del interés superior.

Cabe reiterar que la Evaluación del interés superior va a operar en toda actuación con respecto a niños refugiados, cuando no sea necesario un procedimiento formal de DIS. En este sentido, la evaluación del interés superior es desformalizada, y debe estar presente desde el momento de la identificación del niño, principalmente cuando este se encuentra separado de sus padres o no acompañado por un adulto, o cuando se trate de un menor en otras de las situaciones de riesgo que se desarrollarán en el apartado siguiente³⁶⁴.

El único requisito de la evaluación es que sea realizada por personal capacitado, que tenga las habilidades y conocimientos necesarios para ello.

C. Situaciones especiales de riesgo.

Sin perjuicio que la situación de vulnerabilidad de los niños es un tema complejo por el hecho de ser tal, hay algunas situaciones de mayor complejidad que se deben

³⁶² ACNUR. Directrices para la determinación del interés superior del menor. *Óp. Cit.*, p., 21.

³⁶³ ACNUR. Directrices para la determinación del interés superior del menor. *Óp. Cit.*, p., 22.

³⁶⁴ ACNUR. Directrices para la determinación del interés superior del menor. *Óp. Cit.*, p., 23

abordar de manera especial. Entre éstos se encuentran los menores no acompañados o separados, los niños en conflictos armados y los niños sometidos a regímenes de explotación sexual.

1. Niñas y niños no acompañados o separados.

Las Directrices de ACNUR para la determinación del interés superior del menor señalan que si bien en materia de protección, todos los niños de competencia del ACNUR son importantes, los menores no acompañados o separados requieren una atención especial, ya que existen mayores riesgos a los que se pueden enfrentar, y por tanto, se requieren medidas específicas para determinar su interés superior³⁶⁵.

En este sentido, el ACNUR definen como “Niños no acompañados” a aquellos menores separados tanto de sus padres como respecto de cualquier otro adulto responsable según la ley o costumbre; mientras que “menores separados”, son aquellos niños o niñas apartados de ambos padres o de su cuidador, según la ley o costumbre, pero que está acompañado de otros parientes, y; finalmente niños “huérfanos” son aquellos menores cuyos padres han fallecido, sin perjuicio de que se le pueda calificar, según la ley o costumbre indique, a aquellos que han perdido a uno solo de los progenitores³⁶⁶.

Cabe destacar que estas situaciones no son excepcionales, sino que, en palabras del Comité de los Derechos del Niño, son cada vez más los menores que se encuentran en estas situaciones, generadas principalmente por la persecución que pueden tener los padres de los menores o éstos mismos, los conflictos internacionales, las guerras civiles, la trata de niños e incluso la venta que realizan de éstos los mismos padres³⁶⁷.

³⁶⁵ ACNUR. Directrices para la determinación del interés superior del menor. *Óp. Cit.*, p., 20

³⁶⁶ ACNUR. Directrices para la determinación del interés superior del menor. *Óp. Cit.*, p., 7.

³⁶⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 39º período de sesiones, 17 de mayo a 3 de junio de 2005, OBSERVACIÓN GENERAL Nº 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6. p. 5.

La importancia en regular esta materia radica en que las tres situaciones descritas anteriormente son circunstancias especialmente devastadoras para niños refugiados y desplazados, existiendo en ellos un mayor grado de vulnerabilidad, y por tanto, más posibilidades de sufrir violaciones a sus derechos humanos.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que estas situaciones generan una mayor exposición “a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica. En algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración. En otros casos, son admitidos, pero se les deniega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo o sus solicitudes no se tramitan de forma que se tenga en cuenta su edad y sexo. En algunos países se prohíbe a los menores separados que han sido reconocidos como refugiados solicitar la reunificación familiar; en otros se permite la reunificación, pero se imponen unas condiciones tan restrictivas que resulta prácticamente imposible de conseguir. Son también muchos los menores que disfrutaban de un régimen sólo temporal que finaliza al cumplir los 18 años y se encuentran entonces con que existen muy pocos programas eficaces de retorno.”³⁶⁸

Cabe señalar que, en la práctica, uno de los problemas para aquellos que trabajan en la identificación y aplicación de procedimientos de DIS, se produce en la identificación de estos casos, ya que generalmente se acude a la comunidad en búsqueda de información sobre situaciones de riesgo. En este sentido, la identificación de los niños no acompañados es mucho más fácil de realizar, mientras que la situación de los niños separados de sus padres es diametralmente opuesta, ya que ésta se vuelve “invisible” al ser tradicionalmente aceptado el hecho de que los menores se encuentren bajo el cuidado de sus familiares, sin perjuicio que se pueden encontrar latentes situaciones de abuso, trato negligente, violencia y/o explotación,

³⁶⁸ *Ibíd.*

además de que puede existir la voluntad por parte de los menores de ser reunificados con sus padres³⁶⁹.

2. Niños en conflictos armados: Prohibición del reclutamiento infantil.

Los niños que se ven afectados por los conflictos armados pueden ser víctimas directamente del conflicto, al ser éste la motivación principal de su huida, que se consolida generalmente en algún país vecino o en campamentos de refugiados, o de manera indirecta, al ser objeto de reclutamiento forzado, y formando parte nuevamente del conflicto del que huyó, o ser parte de guerrillas nacionales en el país de asilo.

En este sentido, la CDN en su artículo 38 establece la obligación de los Estados de respetar y velar por el cumplimiento de las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables a los niños; que se adopten medidas para evitar que existan menores de 15 años que participen directamente en las hostilidades; que se prohíba el reclutamiento de menores de 15 años; y finalmente, que se adopten medidas para asegurar la protección y cuidado de los niños afectados por los conflictos armados.

La disposición anterior es complementada por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados³⁷⁰, el cual dispone que conforme al artículo 1 de la CDN niño es todo menor de 18 años, entiende que debe elevarse la edad mínima para el posible reclutamiento de personas en las fuerzas armadas y en la participación en las hostilidades, velando porque se cumpla el principio del interés superior del niño en las decisiones que tengan relación con las dos materias anteriormente señaladas.

³⁶⁹ ACNUR. Manual de terreno para la implementación de las directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño y de la niña. 2011. p., 43 [En línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8188.pdf>> [Consulta: 20 de febrero de 2012]

³⁷⁰ PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA PARTICIPACION DE NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS, G.A. res. 54/263, Anexo I, 54 U.N. GAOR Supp. (No. 49), U.N. Doc. A/54/49 (2000), entrada en vigor 12 de febrero de 2002. Firmado por Chile con fecha 15 de noviembre de 2001, ratificado el 31 de junio de 2003, y promulgado en Chile por el Decreto 248 de 9 de septiembre de 2003.

Así, el artículo 3 dispone que el reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas de los Estados no puede ser anterior a los 15 años de edad, y en caso que fueran menores de 18, debe existir una protección especial, mientras que el 4 proscribiera toda posibilidad de reclutamiento de menores de edad en grupos armados distintos a los estatales.

En el mismo sentido anterior, el Convenio N° 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las peores formas de trabajo infantil³⁷¹ establece que los Estados Parte deben adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluyendo dentro de éstos al reclutamiento forzoso y obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.

Finalmente cabe señalar que el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional³⁷² definió como delito de guerra el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas, sean o no nacionales, o la utilización de éstos para que participen activamente en las hostilidades, ya sea en un conflicto armado internacional, donde el delito se comete sólo si el alistamiento es en las fuerzas armadas nacionales, conforme lo dispone el artículo 8, apartado 2.b).xxvi) , o en conflictos no internacionales, ya sea en las fuerzas armadas del Estado o en otras irregulares, según el mismo artículo, 8, pero en el apartado 2.e).vii).

3. Menores sometidos a explotación sexual.

Si bien las situaciones anteriormente descritas afectan tanto a niños como a niñas, las niñas adolescentes son el blanco principal de la explotación sexual y el abuso³⁷³.

³⁷¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONVENIO SOBRE LAS PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL (ILO No. 182), 38 I.L.M. 1207 (1999), entrada en vigor 19 de noviembre de 2000. Ratificada por Chile el 17 de julio de 2000, y promulgada en Chile por el Decreto 1447 de 29 de agosto de 2000.

³⁷² ESTATUTO DE ROMA QUE CREA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, abierto a firmas 17 de julio de 1998, 2187 UNTS 3. Ratificada por Chile el 29 de junio de 2009, y promulgada en Chile por el Decreto 104 de 6 de julio de 2009.

³⁷³ ACNUR. Los derechos humanos y la protección de los refugiados. *Óp. Cit.*, p. 232

Para regular esta materia, la CDN ha dispuesto en el artículo 34 el compromiso de los Estados para con la protección de los niños buscando evitar la explotación y el abuso sexual. En este sentido, es deber de los Estados tomar medidas tanto de carácter nacional como internacional para evitar la incitación o la coacción para que un niño se dedique a actividades sexuales ilegales, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y finalmente la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

En este mismo sentido, al ver la importancia de la protección de los menores bajo las circunstancias anteriores, ya que la tendencia es al crecimiento en los índices de trata internacional de menores con finalidad de venta de niños, prostitución y utilización en la pornografía, es que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³⁷⁴, tipificando éstos como delito.

Así, este protocolo establece una norma imperativa en el artículo 1, señalando que “Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía [...]”, definiendo cada uno de estos actos, y estableciendo que ellos deben incluirse en la legislación penal de los Estados Partes, independientemente del lugar en que se haya cometido el hecho ilícito.

Finalmente, cabe señalar que la Comisión de Derechos Humanos, el 7 de marzo de 1990, en la resolución 1990/68 sobre Venta de niños³⁷⁵, nombra un Relator Especial que tenía un mandato temporal de un año, el cual se ha renovado hasta el día de hoy, y que dentro de sus competencias se encuentra el examinar las cuestiones relativas a

³⁷⁴ PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, G.A. res. 54/263, Anexo II, 54 U.N. GAOR Supp. (No. 49) U.N. Doc. A/54/49 (2000), entrada en vigor 12 de febrero de 2002. Ratificada por Chile el 6 de febrero del 2003 y promulgada en Chile por Decreto 225 de 8 de agosto de 2003.

³⁷⁵ UN Commission on Human Rights, Sale of children, 7 March 1990, E/CN.4/RES/1990/68. (Traducción propia)

la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Esta relatoría especial realiza informes respecto de distintos países o de situaciones específicas que estén involucradas dentro de su mandato.

D. Regulación nacional.

En este apartado final revisaremos, en términos generales, la situación actual de la protección de los Derechos del Niño, para finalmente analizar la situación particular de las medidas que se toman respecto de menores refugiados en Chile.

1. Regulación general.

En los últimos años, múltiples reformas, tanto a nivel constitucional como legislativo han permitido dar cumplimiento a lo dispuesto por la CDN en cuanto a que los Estados deben adoptar medidas para asegurar el goce efectivo de los derechos por parte de los menores de edad.

En este sentido, podemos destacar la Ley N° 19.876 Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la Educación Media³⁷⁶, de mayo de 2003, por la cual se prolonga el periodo de escolaridad obligatoria de los menores de edad en un mínimo de 12 años; las leyes que regulan las Garantías Explícitas en Salud (GES – Ex AUGÉ), donde existen patologías especialmente cubiertas si se trata de menores de edad³⁷⁷; la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia³⁷⁸, de agosto de 2004 y que viene a reformar la judicatura de Menores que existía hasta la fecha, conociendo éstos respecto de cuestiones relativas al cuidado personal, los regímenes de relación directa y regular, el derecho de alimentos y las causas penales en que se imputa a niños o niñas mayores de 14 y menores de 16 años, además de regular un

³⁷⁶ Ley N° 19.876 Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la Educación Media. Promulgada el 07 de junio de 2003 y publicada el 22 de mayo de 2003 en el Diario Oficial.

³⁷⁷ Las leyes que regulan el GES son la Ley N° 19.966, Ley N° 19.937, Ley N° 19.888, Ley N° 20.015 y el Decreto N° 1 de 2010 del Ministerio de Salud.

³⁷⁸ Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia. Promulgada el 25 de agosto de 2004 y publicada el 30 de agosto de 2004.

procedimiento especial en caso de vulneración de los derechos de los niños o adolescentes; la reforma y modernización del Servicio Nacional de Menores (SENAME), además de la creación de Oficinas de Protección de Derechos de la Infancia (OPD) que funcionan mediante acuerdos entre SENAME y las Municipalidades del país³⁷⁹; y Ley N° 20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por infracciones a la ley penal, que establece normas especiales en cuanto al tratamiento de los adolescentes, además de reconocer el principio del interés superior del menor como pilar básico de la normativa³⁸⁰.

Cabe señalar que una de las principales críticas que le hizo el Comité de los Derechos del Niño a Chile³⁸¹, en cuanto a la situación de los menores en el país, dijo relación con la no separación de las normas relativas a protección de menores y las que dicen relación con los procedimientos judiciales, manteniéndose judicaturas comunes que conocen tanto de la responsabilidad penal de los menores de 16 años como de medidas proteccionales de derechos (los Tribunales de Familia) y otra que conoce de la responsabilidad penal de los adultos y de la adolescente (Juzgados de Garantía); además que tampoco se produce la separación a nivel institucional, sin perjuicio de las reformas al SENAME, teniendo este la responsabilidad de velar por los derechos de niños, niñas y adolescentes, al mismo tiempo de ser el encargado de las medidas de internamiento y vigilancia cuando digan relación con la responsabilidad penal de los menores.

Por otro lado, en la última década, Chile ha ratificado o adherido la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las

³⁷⁹ Ley N° 20.032 que Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención Promulgada el 11 de julio de 2005 y publicada el 25 de julio de 2005

³⁸⁰ Ley N° 20.084 que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada el 07 de diciembre de 2005.

³⁸¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Chile. 44° Periodo de sesiones. CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007

personas con discapacidad³⁸²; los Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados³⁸³, y el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía³⁸⁴; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, ambos complementarios a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³⁸⁵; y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares³⁸⁶.

Cabe destacar que el Comité de los Derechos del Niño, sin perjuicio que reconoce los avances en materia legislativa y en cuanto a ratificación y adhesión a instrumentos internacionales, no deja de preocuparse por algunos grupos vulnerables, entre ellos, los niños indígenas, migrantes y refugiados, los que tienen discapacidades, los provenientes de estratos socioeconómicos desfavorecidos, y los que viven en zonas rurales que son víctimas de discriminación. Además tiene una preocupación especial por las niñas menores de edad que quedan embarazadas y que son excluidas de los establecimientos educacionales, a pesar de la prohibición explícita en este sentido, y; por los menores homosexuales, ya que se sigue penalizando las relaciones de éstos si son menores de 18 años, lo que supone una discriminación sobre la base de la preferencia sexual³⁸⁷.

Además el Comité señala que la actitud paternalista del Estado perjudica la capacidad de los niños y niñas de ejercer sus derechos, afectándose en este sentido

³⁸² OEA. CONVENCION INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. A-65. Adoptada el 07 de junio de 1999, en vigor desde el 14 de septiembre de 2001. Ratificada por Chile el 26 de febrero de 2002.

³⁸³ Ver nota 366.

³⁸⁴ Ver nota 370.

³⁸⁵ Ratificadas por Chile el 29 de noviembre de 2004

³⁸⁶ CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES A.G. res. 45158, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 262 ONU Doc. A/45/49 (1990). Ratificada por Chile el 21 de marzo de 2005.

³⁸⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Informe sobre Chile. *Óp. Cit.*, p. 6.

tanto el principio del interés superior del niño como el derecho a opinión de los niños en cuanto a la elaboración de políticas relativas a su condición, en particular, a la familia y a la justicia penal³⁸⁸. Por otro lado, el Comité critica el artículo 234 del Código Civil, que dispone que “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal.”, ya que señala que este pareciera autorizar el castigo corporal en el hogar, el cual esta proscrito en la normativa de los Derechos del Niño³⁸⁹.

Cabe destacar que en cuanto a los niños migrantes, existe un grave problema respecto de los hijos de extranjeros sin residencia legal en Chile, los cuales quedan expuestos a la apatridia, agravándose esto porque Chile no ha promulgado una normativa adecuada conforme con las obligaciones internacionales³⁹⁰, sin dejar de mencionar que Chile no es parte de la Convención para reducir los casos de apatridia³⁹¹.

Finalmente, en cuanto a las situaciones especiales de riesgo a los que pueden quedar sometidos los niños y niñas refugiados, cabe señalar que, respecto de los menores refugiados, la situación de niñas y niños no acompañados o separados de sus padres es una situación excepcional, y que no se encuentra regulada en nuestro país, sin perjuicio de quedar sometido a las obligaciones internacionales por ser Parte en la CDN. Respecto de los niños en conflictos armados, nuestro país es Parte en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados, como se señaló anteriormente, además que respecto a esta normativa, solo permite el reclutamiento voluntario de niños y niñas mayores de 16 años en las Fuerzas Armadas, lo que no contraría las disposiciones del instrumento señalado.

³⁸⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Informe sobre Chile. *Óp. Cit.*, p. 7.

³⁸⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Informe sobre Chile. *Óp. Cit.*, p. 8.

³⁹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Informe sobre Chile. *Óp. Cit.*, p. 14.

³⁹¹ CONVENCION PARA REDUCIR LOS CASOS DE APATRIDIA, 989 U.N.T.S. 175, entrada en vigor 13 de diciembre de 1975.

La principal situación especial de riesgo, y que se encuentra reglada en nuestro ordenamiento, dice relación con la explotación y abuso sexual. En este sentido, y tal como se señaló anteriormente, Chile ratificó el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que son los principales instrumentos que regulan la materia.

En cuanto a la legislación penal que es la llamada a prevenir estas situaciones, se señala que ésta fue modificada por la Ley N° 19.927 que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil del 2004, tipificando los delitos de abuso sexual de forma general, y en particular en menores de edad, agravándolo en caso de fuerza física o moral, o si se aprovecha de la incapacidad o, de la enajenación o trastorno mental, o si se abusa de una anomalía o perturbación física, de una relación de dependencia, del grave desamparo o mediante engaño, siempre que en estas cuatro últimas sea mayor de catorce años; delito de abuso sexual con impúberes o impropio; delito de involucramiento de menores impúberes en acciones sexuales; delito de participación en la producción de material pornográfico infantil; delito de facilitación de la prostitución de menores de edad; delito de trata de personas con motivo del ejercicio de la prostitución, agravándola en caso de menores de edad; crea una figura para todo otro acto en que se obtiene servicios sexuales a cambio de dinero u otras prestaciones, tipificando el delito de comercialización, importación, exportación, distribución, difusión y exhibición de pornografía infantil; delito de posesión maliciosa, estableciendo normas especiales en cuanto al uso de Internet en la comisión del ilícito

Finalmente, cabe señalar que hasta el año 2010 estuvo vigente una Política Nacional y un Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y Adolescencia 2001-2010³⁹², en que se trataban las principales problemáticas referentes a niñas, niños y

³⁹² GOBIERNO DE CHILE. Política Nacional a favor de la infancia y adolescencia. [En línea] <http://www.oei.es/quipu/chile/politica_infancia.pdf> [Consulta: 25 de febrero de 2012]

adolescentes, el cual tenía un carácter interministerial, pero que ya no está en funcionamiento.

2. Regulación particular: Capítulo VI de la Ley 20.430.

La Ley es poco amplia en cuanto a una regulación especial hacia niños y niñas refugiadas.

En este sentido, solamente se refiere a un procedimiento especial en cuanto a la solicitud de reconocimiento del *status* de refugiado, pero sólo en el caso de menores no acompañados o separados de sus padres. Respecto de los demás niños y niñas, la Ley en el artículo 38 y el reglamento en el artículo 55, sólo señalan que éstos tendrán derecho a solicitar el reconocimiento con independencia de las personas que ejercen su representación legal.

En cuanto al procedimiento para los menores de edad separados o no acompañados de sus familias, el artículo 40 de la Ley señala 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, documento que ya fue analizado anteriormente en el apartado D de este capítulo.

Cabe señalar que, cuando ingresó la Ley al Congreso Nacional para su tramitación, en el artículo 30 se disponía que “Aun cuando no fuesen solicitantes principales del reconocimiento de la condición de refugiado, todos los miembros del grupo familiar, incluyendo los niños, niñas, hombres y mujeres adultas, podrán ser entrevistadas [...]”³⁹³, siendo aprobado este texto por la Comisión de Gobierno interior y regionalización³⁹⁴. Sin embargo, cuando el texto pasa a la consideración de la Honorable Cámara de Diputados, el artículo 30 sometido a discusión reza “Aun

³⁹³BCN. Historia de la ley. *Óp. Cit.*, p. 16.

³⁹⁴BCN. Historia de la ley. *Óp. Cit.*, p. 81.

cuando no fuesen solicitantes principales del reconocimiento de la condición de refugiado, todos los miembros del grupo familiar, podrán ser entrevistadas [...]”³⁹⁵.

Lo anterior es de vital importancia, ya que, se deben determinar medidas especiales en cuanto a lograr una Evaluación del interés superior del niño, conforme a lo preceptuado en las Directrices de ACNUR sobre la materia, ya que tal como se señaló anteriormente, esta opera no solo respecto de los menores no acompañados o separados, sino que respecto de todos los menores, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la CDN que tiene una aplicación general respecto de todos los menores que se encuentren en el territorio del Estado Parte y que se vean afectados por decisiones tomadas por instituciones públicas, privadas, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos.

En este sentido, si la entrevista no se realiza por un funcionario con las competencias especiales para determinar esto, o supervisado por un funcionario con estas capacidades, se estaría vulnerando este principio que es el pilar de la protección de los niños y niñas.

En cuanto a los menores no acompañados o separados de sus padres, el artículo 54 del reglamento entrega definiciones tomadas de las Directrices de ACNUR sobre la determinación del interés superior del Niño, señalando que se entiende por niño, niña o adolescente no acompañado o separado de su familia, en el tenor de lo analizado en el apartado D.1. de este capítulo.

En cuanto a la solicitud, el artículo 55 establece que respecto de los menores no acompañados o separados, la Secretaría Técnica, es decir, la Sección Refugio y Reasentamiento, deben informar de inmediato a la autoridad de protección de derechos de niños, niñas o adolescentes para que se adopten las medidas de protección, cuidado y asistencia que se estimen necesarias.

³⁹⁵BCN. Historia de la ley. *Óp. Cit.*, p. 95.

Respecto de las entrevistas, la autoridad migratoria es la encargada de determinar si se realizan solos o acompañados de sus padres o representantes legales. Si fueran menores no acompañados, separados o huérfanos, la entrevista se realiza en presencia de expertos en derechos de la infancia y adolescencia. En este sentido el reglamento no indica a que instituciones pertenecen estos expertos, por lo que, en aplicación de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, solicitamos conocer las instituciones de las cuales dependen estos funcionarios.

En Oficio N°D-17456 de 01 de agosto de 2011, el Subsecretario del Interior indicó que “las principales instituciones llamadas a intervenir en la materia por la que se consulta son entidades estatales, tales como el Servicio Nacional de Menores y la Jefatura Nacional de la Familia de la Policía de Investigaciones de Chile. Estos organismos asignan a los funcionarios que estimen convenientes, según las características del caso en particular, y de acuerdo a la ciudad o localidad donde se encuentre el menor”³⁹⁶.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 57 del reglamento señala que en todas las etapas del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado han de observarse las recomendaciones formuladas por la autoridad chilena de protección e derechos de niños, niñas y adolescentes (actualmente radicada esta competencia en el SENAME) y las Directrices sobre Protección y Cuidado de Niños Refugiados del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la cual fue analizada anteriormente.

³⁹⁶ SUBSECRETARÍA DEL INTERIOR. Oficio N°D-17456 MAT. : Solicitud de información. 01 de agosto de 2011. Texto íntegro en anexo 9.

CONCLUSIONES

La última parte de esta memoria tiene por finalidad exponer las conclusiones de la investigación desarrollada.

Si bien, antes de ello, queremos hacer algunas reflexiones acerca de la elaboración de este trabajo. La demostración de la hipótesis fue fruto de un arduo trabajo de recopilación de las doctrinas contemporáneas y las recomendaciones de las organizaciones internacionales referentes a este tema, lo cual requirió la construcción de una conceptualización general, para contrastarla con el caso chileno, determinando la compatibilidad de su sistema legal con respecto a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, emanadas del Derecho Internacional de los Refugiados, y finalmente ver si este modelo efectivamente brinda la protección que requieren las personas que son reconocidas con el *status* de refugiado.

Para poder desarrollar la investigación, fue necesario brindar un marco teórico básico donde insertarlo, ya que si bien a nivel de la dogmática jurídica internacional y a través del *soft law* estas materias han logrado un importante desarrollo, esto no había sido asumido por la doctrina nacional. Así, el Capítulo I tuvo por finalidad revisar los sistemas de asilo que se han establecido a lo largo del tiempo desde sus bases jurídicas como históricas, permitiendo establecer los puntos de convergencia entre los sistemas y las diferencias que persisten. En este mismo sentido, el Capítulo II se hizo cargo de delimitar cuestiones conceptuales que eran necesarias para clarificar el sentido de la investigación. Así, se intentó resolver la discusión entre los conceptos de asilo y refugio, y por otro lado, dar una definición de *status*, clarificando los distintos conceptos que se pueden tomar de las traducciones de esta palabra, lo que implica distintas aplicaciones e interpretaciones del contenido del concepto.

HIPOTESIS PROBADA.

En base al marco conceptual e histórico que se desarrolló en la investigación fue posible comenzar a demostrar la hipótesis planteada. De esta forma, cabe recordar sumariamente las hipótesis de trabajo:

1. El Estado, en su rol de legislador y de administrador, ha actuado de manera insuficiente en la protección de los refugiados.
2. En la actualidad concurren dos sistemas jurídicos vigentes para cubrir la situación de las personas que tienen fundados temores de ser perseguidos en los países de los que provienen, siendo regulaciones diversas que abordan un mismo problema.
3. Chile, a pesar de ser parte de las principales Convenciones Internacionales sobre protección de los refugiados, no ha establecido un sistema de protección suficientemente acorde a las nuevas tendencias del Derecho Internacional de los Refugiados.
4. Hoy en día existen tendencias en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que buscan una mayor protección a grupos con necesidades específicas, tales como las minorías sexuales, mujeres y niños, y que no han sido reguladas por el Estado. En particular, en cuanto a los niños, no existen políticas específicas de protección, que velen por el interés superior de los menores.

A continuación procederemos a desarrollar las principales conclusiones que alcanzamos en la investigación, a través de cada uno de los elementos de la hipótesis mencionados anteriormente, intentando no repetir los razonamientos que *in extenso* fueron desarrollados en el cuerpo de la memoria, limitándonos a relacionar los diversos argumentos para dar por probado cada uno de estos elementos.

1. Hemos probado que el Estado chileno, en su rol de legislador y de administrador, ha actuado de manera insuficiente en la protección de los refugiados.

Tal como quedó demostrado en los capítulos III y IV, en contraposición con lo analizado en el capítulo II, podemos sostener que, sin perjuicio que el Estado últimamente legisló sobre la materia, ésta ha sido insuficiente, ya que hay materias de vital importancia que fueron reguladas someramente, principalmente en cuanto a lo relativo al establecimiento de un procedimiento y un sistema de recursos que no pueden llegar a ser categorizado como un “procedimiento justo y razonable”, conforme a lo dispuesto por ACNUR. En virtud que en nuestro país no existen tribunales que tengan competencia en lo contencioso administrativo, que asegure imparcialidad a las partes, la solución a los arbitrios que puede cometer la autoridad administrativas solo se reducen a los recursos constitucionales ordinarios, como el Recurso de Amparo y la Acción de Protección, los cuales no se acomodan a las necesidades especiales que tienen las personas refugiadas.

Además, este procedimiento tampoco respeta las garantías especiales que se debe tener en cuanto a las necesidades especiales de protección que tienen los niños y niñas refugiadas, ya que si bien en un principio la norma que regulaba las entrevistas individuales consideraba especialmente a los niños, no se mantuvo esta disposición, y solo se reguló de forma reglamentaria, pero sin establecer garantías en cuanto a las capacidades de los profesionales que realicen esta entrevista.

En cuanto al rol del Estado como administrador, si bien la letra de la ley reconoce derechos a la salud, a la educación, a la vivienda y al trabajo, estos no han sido abordados de manera especial por parte de las políticas públicas del Estado, debiendo ser asimilados a los migrantes en general, para poder gozar de sus derechos.

2. Comprobamos que en la actualidad concurren dos sistemas jurídicos vigentes para cubrir la situación de las personas que tienen fundados

temores de ser perseguidos en los países de los que provienen, siendo regulaciones diversas que abordan un mismo problema.

Tal como quedó demostrado en el Capítulo I, en la evolución de la figura del asilo existieron dos ramas de normas jurídicas que tenían por finalidad proteger a las personas perseguidas. En este sentido, unas surgen bajo un contexto de persecuciones políticas principalmente, y tiene influencia en Iberoamérica, mientras que el otro, surgido décadas más tarde, y con una veta más universal, se centra en persecuciones masivas y con pluralidad de causas. Así, la doctrina se encargó, ya en la década de 1980, de terminar con esta dualidad, reconociendo que el segundo subsumía al primero en cuanto a las causales que se invocaban.

Chile, si bien en un principio aplicó el sistema de asilo latinoamericano, estas normas fueron quedando obsoletas con el surgimiento del sistema de asilo de Naciones Unidas, al cual adhiere en 1972, pero que solo llega a aplicarse en la práctica en la década de 1990. Sin embargo, la regulación nacional mantuvo normas propias de ambos sistemas, reconociendo de esta forma la vigencia de ambos, lo cual en la práctica también implicaba, por una parte un procedimiento distinto, ya que uno se tramitaba por la vía del Ministerio de Relaciones Exteriores, mientras que el otro a través de órganos del Ministerio del Interior. Eso no es todo, en cuanto a los derechos que consagran ambos sistemas, el primero se encargaba principalmente de regular derechos civiles y políticos, mientras que el segundo entrega formalmente, una protección que incluye derechos económicos, sociales y culturales.

De esta forma, consideramos que se debieron derogar estas disposiciones que se mantienen vigentes conforme a las Convenciones latinoamericanas de asilo, mientras que aquellas que fueran más beneficiosas, debieron ser integradas en la Ley 20.430, como lo es el asilo temporal en las legaciones y embajadas.

3. Probamos que Chile, a pesar de ser parte de las principales Convenciones Internacionales sobre protección de los refugiados, no ha establecido un

sistema de protección suficientemente acorde a las nuevas tendencias del Derecho Internacional de los Refugiados.

Este punto está muy relacionado con el primer elemento, ya que la regulación del *status* de refugiado ha de realizarse legislativamente. En este sentido reconocemos que la ley finalmente lo que hace es regular un permiso de residencia con garantías mínimas conforme a los instrumentos internacionales, reconociendo las garantías más básicas, como la no devolución, pero no asegurando especialmente los derechos como la alimentación, salud, educación y vivienda, ya que finalmente en la práctica, lo asimila a la migración en general.

En este sentido, el *status* de refugiado en Chile, sólo queda reducido a que las personas que tienen un temor fundado de persecución sean consideradas como un residente temporal, o extranjero con permanencia definitiva, que es la calificación que le atribuye el Estado, lo que implica un *status* sin contenido jurídico especial, conforme a la urgencia que trasciende a toda la situación del asilo.

4. Finalmente, pudimos comprobar que hoy en día existen tendencias en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que buscan una mayor protección a grupos con necesidades específicas, tales como las minorías sexuales, mujeres y niños, y que no han sido reguladas por el Estado. En particular, en cuanto a los niños, no existen políticas específicas de protección, que velen por el interés superior de los menores.

Este punto es de vital importancia, ya que si bien en Chile, en la práctica, no es frecuente la existencia de niños separados o no acompañados por su familia, si configuran un porcentaje importante en cuanto a los asilados y solicitantes de refugio en general. En este sentido, identificamos que el Derecho Internacional de los Refugiados necesita de normas específicas que regulen la situación de los niños, sin perjuicio que se reconoce que las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño son aplicables a todos los menores refugiados.

Así, el principio del interés superior del niño debe primar cuando se tomen decisiones que afecten a éstos directamente. Tal como se señaló, esto no implica un reconocimiento automático del *status* de refugiado, sino que el tomar medidas especiales para asegurar el disfrute de sus derechos fundamentales, por su condición de vulnerabilidad.

En síntesis, con base en los argumentos anteriores, podemos sostener que **la legislación chilena necesita establecer un sistema integral en cuanto a la protección de las personas que gozan del *status* de refugiados en el país, el cual no puede quedar reducido simplemente a un procedimiento de reconocimiento del *status* jurídico de refugiado, que finalmente implica que aquella persona se encuentra en una situación migratoria regular en el país, tal como si fuera un migrante económico, sin tener en consideración que se debe establecer un *status* especial dentro de la legislación a aquellas personas que requieren de la protección de la comunidad internacional, en vista de su situación de necesidad, el cual debe consagrar una forma especial de gozar los derechos establecidos para todas las personas, además de garantizarlos jurisdiccionalmente, todo lo anterior de acuerdo a las nuevas tendencias del Derecho Internacional de los Refugiados y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS Y ARTÍCULOS DE LIBROS

1. ABELIUK MANASEVICH, Rene. Las obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, Santiago, 3ª edición, 1993, 1.070 p.
2. ACNUR. Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra, 1988. 103 p.
3. ACNUR. Compilación de Instrumentos jurídicos interamericanos relativos al Asilo Diplomático, Asilo Territorial, Extradición y temas conexos. Ginebra. 1992. 245 p.
4. ACNUR. Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado. Ginebra, 1994. 109 p.
5. ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo, 2000, Cincuenta años de acción humanitaria. Editorial Icaria, Barcelona, 2000. 363 p.
6. ACNUR. Introducción a la protección Internacional, protección de las personas de la competencia del ACNUR, Módulo auto formativo 1, Ginebra, Enero 2005. 172 p.
7. ACNUR. La situación de los refugiados en el mundo: desplazamientos humanos en el nuevo milenio. Icaria Editorial, Barcelona, 2006. 238 p.
8. ACNUR. Los derechos humanos y la protección de los refugiados. Módulo auto formativo 5, Volumen II, Ginebra, 2006. 199 p.
9. ACNUR. Nota sobre VIH y SIDA y la protección de los refugiados, los desplazados internos y otras personas de la competencia del ACNUR. Panamá, 2006. 38 p.
10. ACNUR. Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor. Ginebra, mayo de 2008. 98 p.

11. ACNUR. Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas. Ginebra, 2008. 464 p.
12. ACNUR. Manual de terreno para la implementación de las directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño y de la niña. Ginebra, 2011. 151 p.
13. AGGER, Inger y JENSEN, Sören Buss. Trauma y cura en situaciones de terrorismo de Estado. Derechos Humanos y salud mental en Chile bajo la dictadura militar. Ediciones Chile América, 1996. 406 p.
14. ALENIKOFF, Alexander. Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de pertenencia a un determinado grupo social. En: FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010. p. 289-342.
15. BAYEFSKY, Anne. El Principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional. Traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Título original: *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, publicado en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 1-34.
16. BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 1989, 377 p.
17. BENAVIDES, Gina. Aplicación doméstica de estándares internacionales de derechos humanos y migración. La situación de irregularidad migratoria en Ecuador. En: CERIANI, Pablo y FAVA, Ricardo (ed.). Políticas migratorias y derechos humanos. Ediciones de la Universidad de Lanús, Buenos Aires, 2009. p. 291 – 335.
18. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley 20.430. Santiago, 2010. 230 p.
19. BLAVIA ESQUIROL, Antonio. Evolución del pensamiento político. Ediciones de la Universidad Simón Bolívar, Caracas, 1992. 242 p.
20. BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política, trad. de José F. Fernández Santillán, Decimotercera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2009. 235 p.
21. BRIONES MARTINES, Irene. El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Anuario de Derechos Humanos. Universidad Complutense de Madrid. (10): 17-82, Nueva Época, 2009.

22. CALLEJAS, Lina y JAUREGUI, Julio. ¿El asilo contra la opresión? Análisis crítico del asilo en Chile. Derecho y Humanidades (17): 119-150, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011.
23. CANÇADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª Edición, 2006. 559 p.
24. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS – ONU, Derechos Humanos Folleto Informativo n°20: Los Derechos Humanos y los Refugiados, Naciones Unidas, Ginebra, 1994, p. 2.
25. CERIANI, Pablo. La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos (5): 85-94, julio. 2009.
26. CIREFCA. Principios y Criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina. Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989, Distr. General CIREFCA 89/9 de abril 1989.
27. CIREFCA. Evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones del documento “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina”. Distr. General CIREFCA/REF/94/1, 28 de junio 1994.
28. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Tomo cuarto: De las pruebas del estado civil. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979 p. 10.
29. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR). Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. Editorial PLAZA & JANÉS Editores Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1998.
30. CORCUERA, Santiago. Reflexiones sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena en los procedimientos para la determinación individual de la condición de refugiado. En: ACNUR. Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004), Editorama, San José, 2005, p. 193 - 231
31. DEL VALLE GALVEZ, Alejandro. La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (II). En: LOPEZ ESCUDERO, Manuel y MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, José. Derecho Comunitario Material, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 52-67.

32. DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público, 14ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2003. 1023 p.
33. DULITSKY, Ariel. El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. En: Anuario de Derechos Humanos. CDH. Universidad de Chile. Santiago, 2007. p. 15-32
34. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel, Barcelona, 7ª reimpresión 2009. 511 p.
35. EYZAGUIRRE, Jaime. Historia de Chile. Tomo II. La Definición del Estado y la integración de la sociedad. 2ª edición, Editorial Zig-Zag, Santiago de Chile, 1973. 693 p.
36. EYZAGUIRRE, Jaime. Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile. Editorial Universitaria, Santiago, 1977. 215 p.
37. EYZAGUIRRE, Jaime. Historia del Derecho. Editorial Universitaria, Santiago, Decimosegunda edición, 1992. 236 p.
38. FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones. Editorial Dykinson, Madrid, 2003. 431 p.
39. FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 761 p.
40. FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria. Asilo y refugio en la Unión Europea, Granada, Editorial Comares, 2007, 155 p.
41. FITZPATRICK, Joan y BONOAN, Rafael. La cesación de la protección a los refugiados. En: FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010. pp. 541 - 602.
42. FORTIN, Antonio. Reseña del Derecho Internacional de los Refugiados (apuntes), Septiembre de 2003, 32 p.

43. FRANCO, Leonardo. 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. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2003, 536 p.
44. FUENTES TORRIJO, Ximena. La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional. Revista de Estudios de la Justicia (4): 123-134, Año 2004
45. GARRETÓN, Manuel Antonio. Transición incompleta y régimen consolidado. Revista de Ciencia Política. 16 (1-2): 21-32, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1994. p. 22.
46. GESULFO, Antonella. La comunidad internacional se hace cargo del problema. [En línea] <http://www.acnur.org/index.php?id_pag=374> [Consulta: 13 de marzo de 2012]
47. GIL BASO, María Teresa. Definición de Asilo En: Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Universidad del País Vasco, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional. [En Línea] <<http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/15>> [Consulta: 03 de mayo de 2010]
48. GILBERT, Geoff. Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión. En: FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010. 467-528 p.
49. GOBIERNO DE CHILE. Política Nacional a favor de la infancia y adolescencia. [En línea] <http://www.oei.es/quipu/chile/politica_infancia.pdf> [Consulta: 25 de febrero de 2012]
50. GOODWIN-GILL, Guy. *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983. 318 p.
51. GORTAZAR ROTAECHE, Cristina J. Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado. Universidad Pontificia Comillas, Editorial Dykinson, Madrid, 1997. 423 p.
52. GROS 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: ACNUR. Asilo y Protección Internacional de refugiados en América Latina. Universidad Autónoma de México, México, 1982. pp. 33-81
53. GUERRERO, Modesto Emilio. Memoria del golpe de Estado en América latina durante el siglo XX. Marzo de 2006. [En línea] <<http://www.voltairenet.org/Memoria-del-golpe-de-Estado-en>> [Consulta: 24 de enero de 2012]

54. HAINES, Rodger. La persecución por motivos de género. En: ACNUR. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010. p. 357.
55. HAMILTON. Eduardo (Director). Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile. Editorial Jurídica, 1966. 407 p.
56. HOBBSAWM, Eric. Naciones y Nacionalismos desde 1780. Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1992. 212 p.
57. HOBBSAWN, Eric. Historia del siglo XX. Editorial Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, 1998. 612 p.
58. JIMENEZ VEIGA, Danilo. Evolución histórica del asilo t necesidad de su compatibilización con el Estatuto de los Refugiados. En: ACNUR. Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Instituto "Matías Romero" de Estudios Diplomáticos, México D.F., 1982. pp. 197-199.
59. KANSTROOM, Daniel. Peticiones de asilo basadas en cuestiones de sexualidad: algunas respuestas y muchas preguntas. Anuario de Derechos Humanos (5): 111-121, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009
60. LARA, Jorge Salvador. El concepto de asilado territorial según los convenios interamericanos y la noción de refugiado según los instrumentos internacionales de Naciones Unidas. En: ACNUR. Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Instituto "Matías Romero" de Estudios Diplomáticos, México D.F., 1982, pp. 89-102.
61. LAUTERPACHT, Sir Elihu y BETHELEHEM, Daniel. El alcance y contenido del principio de no devolución, En: GILBERT, Geoff. Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión. En: FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010, pp. 97-197.
62. LEVAGGI, Abelardo. Historia del derecho penal argentino. Editorial Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 1978. 218 p.
63. LLANOS MANCILLA, Hugo. Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Tomo III. Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008. 640 p.

64. LOPEZ GARRIDO, Diego. El derecho de asilo, Madrid, Ed. Trotta, 1991, 336 p.
65. MARIATEGUI, Francisco. Reseña histórica de los principales concordatos celebrados con Roma y Breves reflexiones sobre el último habido entre Pío IX y el Gobierno de Bolivia. José Mira, Lima, 1856. 286 p.
66. MOLANO APONTE, Diego. Avance, perspectivas y retos de la política de atención a la población desplazada. En: OEA. Sesión Especial sobre Temas de actualidad del Derecho Internacional de los Refugiados, 29 de enero del 2008, Anexo II. OEA/Ser.G/CP CAJP-2570/08, 35 p.
67. RAMIREZ NECOCHEA, Mario. Curso básico de derecho internacional privado. Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2010. 196 p.
68. RAMOS PAZOS, Rene. Derecho de Familia. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2º edición. 785 p.
69. REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho Internacional. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. 1382 p.
70. RIVEROS, Luis. Cádiz, Londres y la Logia Lautarina en el proceso de emancipación, Santiago, marzo de 2009. [En línea] <<http://lautaro.org.ve/trazados/cadiz-londres-y-la-logia-lautarina-en-el-proceso-de-emancipacion/>> [Consulta: 23 de enero de 2012]
71. RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. El Derecho Internacional de los Refugiados en su relación con los Derechos Humanos y en su Evolución Histórica. En: IRIGOIN, Jeannette (Ed.). Derecho Internacional de los Refugiados. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, Santiago, 1993, p. 31 – 87.
72. RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Refugio, asilo y desplazamiento. Cátedra Nansen, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, ACNUR, San José de Costa Rica, 2000. 15 p.
73. SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. Historia contemporánea de Chile. Volumen I, Estado legitimidad, ciudadanía. LOM Ediciones, Santiago, 1999. 315 p.
74. SALINAS MENDOZA, Alejandra. Refugiados kurdos en Alemania: Problema de integración y adaptación a la cultura y sociedad de la República Federal Alemana. Tesis (Licenciatura en Relaciones Internacionales). Puebla, México. Universidad de las Américas - Puebla, Escuela de Ciencias Sociales, 2005. [En línea] <http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/salinas_m_a/> [Consulta: 17 de marzo de 2012]

75. SALVIOLI, Fabián. La judicialización del derecho internacional de la persona humana. En: BAZAN, Víctor et al. La judicialización de los DDHH, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derechos Humanos – Ediciones Legales, Lima, 2009. p. 27-111
76. SEPULVEDA, César, El asilo territorial en el sistema interamericano. Problemas capitales. En: Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Instituto "Matías Romero" de Estudios Diplomáticos, México D.F., 1982, p. 83-88
77. SERRANO MIGALLÓN, Fernando. El derecho de asilo. En: LÓPEZ RUIZ, Miguel (Ed.). Un homenaje a don César Sepúlveda. Escritos jurídicos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios doctrinales, núm. 173, Universidad Autónoma de México, México, 1995. p. 359-370
78. SOTO, Hernán. *Entrevista a Felipe Portales*. Revista Punto Final, edición N° 720, 15 de octubre, 2010
79. VIDAL Y SAURA, Ginés. Tratado de Derecho Diplomático, Madrid, Ed. Reus, 1925, 576 p.
80. VIEIRA, Manuel Adolfo. Derecho de asilo diplomático (asilo político). Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1961. 573 p.

TRATADOS INTERNACIONALES

1. TRATADO SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 23 de enero de 1889.
2. CONVENCIÓN DE LA HABANA SOBRE ASILO. Serie sobre tratados, OEA, N°34. Adoptada el 20 de febrero de 1928, entrada en vigor 21 de mayo de 1929
3. CONVENCION DE MONTEVIDEO SOBRE ASILO POLITICO. Serie sobre tratados, OEA, N°34. Adoptada el 26 de diciembre de 1933, en trada en vigor 28 de marzo de 1935
4. TRATADO DE MONTEVIDEO SOBRE ASILO Y REFUGIO POLITICOS. Textos de los tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado, (Oea/Ser.K/ Xxi.2), Washington, D.C., 1977. Adoptada el 4 de agosto de 1939, entrada en vigor 29 de enero de 1958.

5. ESTATUTO DE LONDRES DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL. 82 U.N.T.S. 279, en vigor 8 de agosto de 1945.
6. CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. Firmada en San Francisco, el 26 de junio 1945, en vigor: 24 de octubre de 1945.
7. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO. Adoptada 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS 277, en vigor 3 de enero de 1976
8. CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS Y ENFERMOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPAÑA, 12 de agosto de 1949 (Convenio I), 75 UNTS 31
9. CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE DE LOS HERIDOS, ENFERMOS Y NÁUFRAGOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL MAR, 12 de agosto de 1949 (Convenio II), 75 UNTS 85
10. CONVENIO DE GINEBRA SOBRE EL TRATO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA, 12 de agosto de 1949 (Convenio III), 75 UNTS 135
11. CONVENIO DE GINEBRA SOBRE LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA, 12 de agosto de 1949 (Convenio IV), 74 UNTS 287
12. CONVENCION DE CARACAS SOBRE ASILO DIPLOMATICO. Serie sobre tratados, OEA, N°18. Adoptada el 28 de marzo de 1954, entrada en vigor 29 de diciembre de 1954
13. CONVENCION DE CARACAS SOBRE ASILO TERRITORIAL. Serie sobre tratados, OEA, N°19. Adoptada el 28 de marzo de 1954, entrada en vigor 29 de diciembre de 1954
14. CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, 189 U.N.T.S. 150, entrada en vigor 22 de abril de 1954.
15. CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS APÁTRIDAS, 360 U.N.T.S. 117, entrada en vigor 6 de junio de 1960.
16. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS de 1961, 21 U.S.T. 77, 596. U.N.T.S. 261, en vigor 19 de marzo de 1967.

17. PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, 606 U.N.T.S. 267, entrada en vigor 4 de octubre de 1967.
18. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, en vigor: 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123
19. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, 660 U.N.T.S. 195, entrada en vigor 4 de enero de 1969
20. CONVENCIÓN DE LA OUA POR LA QUE SE REGULAN LOS ASPECTOS ESPECÍFICOS DE PROBLEMAS DE LOS REFUGIADOS EN ÁFRICA. Adoptada el 10 de septiembre de 1969, 10011 UNTS 14691, en vigor desde el 20 de junio de 1974.
21. CONVENCIÓN PARA REDUCIR LOS CASOS DE APATRIDIA, 989 U.N.T.S. 175, entrada en vigor 13 de diciembre de 1975.
22. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.
23. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 3 de enero de 1976.
24. PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (Protocolo I), 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 3
25. PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (Protocolo II), 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 609
26. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigencia desde el 27 de enero de 1980.

27. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981
28. CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, A.G. res. 39/46, anexo, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) p. 197, ONU Doc. A/39/51 (1984), entrada en vigor 26 de junio de 1987.
29. PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Serie sobre Tratados, OEA, No. 69 (1988), suscrita 17 de noviembre de 1988, reimprimido en Documentos Básicos relacionados a los Derechos Humanos del Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 p. 67 (1992).
30. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989) *entrada en vigor* 2 de septiembre de 1990, 1577 U.N.T.S. 3
31. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES A.G. res. 45158, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 262 ONU Doc. A/45/49 (1990).
32. ESTATUTO DE ROMA QUE CREA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, abierto a firmas 17 de julio de 1998, 2187 UNTS 3.
33. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OEA A-65. Adoptada el 07 de junio de 1999, en vigor desde el 14 de septiembre de 2001.
34. CONVENIO SOBRE LAS PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL (ILO No. 182), 38 I.L.M. 1207 (1999), ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Entrada en vigor 19 de noviembre de 2000.
35. PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS, G.A. res. 54/263, Anexo I, 54 U.N. GAOR Supp. (No. 49), U.N. Doc. A/54/49 (2000), entrada en vigor 12 de febrero de 2002.
36. PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, G.A. res. 54/263, Anexo II, 54 U.N. GAOR Supp. (No. 49) U.N. Doc. A/54/49 (2000), entrada en vigor 12 de febrero de 2002.

37. CORTE PENAL INTERNACIONAL. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/WGCA/1/Rev.2, 7 de junio de 2010.

DECLARACIONES INTERNACIONALES

1. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, Res. O.E.A. XXX, adoptada en la novena conferencia de los estados americanos (1948), Artículo XXVII
2. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 (1948).
3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina, reunido en Tlatelolco, Ciudad de México, del 11 al 15 de mayo de 1981.
4. DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS. Adoptado por el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, Cartagena, Colombia, 19 al 22 de noviembre de 1984.
5. DECLARACION Y PLAN DE ACCION CONCERTADO EN FAVOR DE LOS REFUGIADOS, REPATRIADOS Y DESPLAZADOS CENTROAMERICANOS. CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE REFUGIADOS CENTROAMERICANOS (CIREFCA), Ciudad de Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989, Dist. General CIREFCA 89/13/Rev.1, 30 de mayo 1989.
6. DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ SOBRE REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS. Adoptada por el Coloquio Internacional: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, San José, Costa Rica, 5 al 7 de diciembre de 1994.
7. DOCUMENTO FINAL CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE MONTEVIDEO SOBRE DERECHO DE ASILO. Montevideo, Uruguay, 11 de octubre de 1996. Diplomacia. 70: 53 – 55, 1996.
8. DECLARACIÓN DE TLATELOLCO SOBRE ACCIONES PRÁCTICAS EN EL DERECHO DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Adoptada por los participantes en el Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados, Ciudad de México, 10 y 11 de mayo de 1999.

9. DECLARACION DE RIO DE JANEIRO SOBRE LA INSTITUCION DEL REFUGIO. Río de Janeiro, Brasil, 10 de noviembre del 2000.
10. DECLARACIÓN Y PLAN DE ACCIÓN DE MÉXICO PARA FORTALECER LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA. Ciudad de México, 16 de noviembre del 2004.
11. DECLARACIÓN DE BRASILIA SOBRE LA PROTECCIÓN DE PERSONAS REFUGIADAS Y APÁTRIDAS EN EL CONTINENTE AMERICANO. Brasilia, 11 de noviembre del 2010

RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS INTERNOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

1. ACNUR. Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El Artículo 1.F de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/03/05 4 de septiembre de 2003.
2. ACNUR. Nota sobre la cancelación del Estatuto de refugiado. Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Departamento de Protección Internacional, Ginebra, 22 de noviembre 2004.
3. ACNUR. Aplicabilidad de las cláusulas de cesación a los refugiados de Chile. Memorando interno de Oficina n°31/94, 28 de marzo de 1994. UNHCR/IOM/31/94, 28 marzo 1994.
4. ACNUR. Resumen de conclusiones: pertenencia a un determinado grupo social. Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto Internacional sobre Derecho Humanitario, San Remo, 6-8 de septiembre de 2001. En: FELLER, Erika, BOLKER, Türk y NICHOLSON, Frances. Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Icaria Editorial, Barcelona, 2010. p 343 – 346.
5. ACNUR. Las Cláusulas de Cesación: Directrices para su aplicación. Ginebra, 26 de abril de 1999.
6. ACNUR. Agentes de Persecución: Posición del ACNUR. Ginebra, 14 de marzo de 1995.
7. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 410(V), sobre Socorro y Rehabilitación de Corea, de 1 de diciembre de 1950.

8. ASAMBLEA GENERAL, Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950 Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
9. ASAMBLEA GENERAL. Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y Apátridas, Acta resumida de la tercera reunión celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, martes 3 de julio de 1951 a las 10.30 a.m., A/CONF.2/SE.3, p. 14.
10. ASAMBLEA GENERAL, Resolución 58/153. Aplicación de las medidas propuestas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados con el objeto de fortalecer la capacidad de su Oficina para el cumplimiento de su mandato. A/RES/58/153 de 24 de febrero de 2004
11. ASAMBLEA GENERAL. Informe del 56º Periodo de sesiones del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. A/AC.96/1021 de 7 de octubre de 2005.
12. COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Sale of children, 53rd meeting, 7 March 1990, E/CN.4/RES/1990/68.
13. COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 16º Periodo de sesiones (1996). Observación General N°1 Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención. A/53/44. Anexo 4.
14. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 20º período de sesiones (1999). Observación General N° 12 El derecho a una alimentación adecuada. E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999.
15. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 35º período de sesiones (1989). Observación General N° 17 Derechos del niño (artículo 24). En: NACIONES UNIDAS, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 de mayo de 2008, p. 231-233
16. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 37º período de sesiones (1989). Observación General N° 18 No discriminación. En: NACIONES UNIDAS, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 de mayo de 2008, p. 234 - 236
17. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 39º período de sesiones (2005), Observación General N° 6 Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005.

18. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 44º Período de sesiones. Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Chile. CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007
19. COMITÉ EJECUTIVO ACNUR. 28º período de sesiones (1977). Conclusión N°8 (XXVIII) Determinación de la condición de refugiado.
20. COMITÉ EJECUTIVO ACNUR. 34º período de sesiones (1983). Conclusión N°30 (XXXIV) El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas.
21. CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 827 (1993): Tribunal (ex Yugoslavia), 25 de mayo DE 1993.
22. CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 955 (1994): Establecimiento de un Tribunal Internacional y aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.
23. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1373 (2001), sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo. S/RES/1373.

DECRETOS SUPREMOS, DECRETOS SIMPLES, DECRETOS LEYES Y LEYES

1. CÓDIGO CIVIL. Promulgado el 14 de diciembre de 1855, vigente desde el 01 de enero de 1857
2. DECRETO 334 del Ministerio de Relaciones Exteriores que pone en vigencia del acuerdo suscrito en Londres el 15 de Octubre de 1946, que establece un documento de viaje para los Refugiados, del 6 de Agosto de 1956. Promulgado el 06 de agosto de 1956 y publicado el 13 de septiembre de 1956.
3. DECRETO 5.021 de 1959 del Ministerio del Interior. Publicado el 07 de octubre de 1959
4. DECRETO 778 de 30 de noviembre de 1976 que Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por resolución N°2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado el 29 de abril de 1989 en Diario Oficial.

5. DECRETO 597 del Ministerio del Interior que Aprueba nuevo reglamento de extranjería. Promulgado el 14 de junio de 1984 y publicado el 24 de noviembre de 1984.
6. DECRETO 808 de 7 de octubre de 1988 que Promulga La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984. Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado el 26 de noviembre de 1988 en Diario Oficial.
7. DECRETO 2518 del Ministerio del Interior que Modifica Decreto N°597, de 1984. Promulgado el 23 de octubre de 1997 y publicado el 10 de febrero de 1998.
8. DECRETO 837 del Ministerio del Interior que aprueba reglamento de la Ley N°20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Promulgada el 14 de octubre de 2010 y publicada el 17 de febrero de 2011
9. DECRETO LEY N°3 de 11 de Septiembre de 1973 que Declara Estado de Sitio. Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra. Publicado el 18 de Septiembre de 1973 en Diario Oficial.
10. DECRETO LEY N°4 de 11 de Septiembre de 1973 que Declara en Estado de Emergencia las provincias y departamentos que indica. Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra. Publicado el 18 de Septiembre de 1973 en Diario Oficial.
11. DECRETO LEY N°5 de 12 de Septiembre de 1973 que Declara que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna debe entenderse "Estado o tiempo de guerra". Otras Disposiciones. Ministerio de Defensa Nacional. Publicado el 22 de Septiembre de 1973 en Diario Oficial.
12. DECRETO LEY 1.094 de 14 de julio de 1975 que Establece normas sobre extranjeros en Chile. Ministerio del Interior. Publicado el 19 de julio de 1975 en Diario Oficial
13. DECRETO SUPREMO N° 1 de 2010 que Aprueba garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud. Ministerio de Salud. Publicado el 27 de febrero de 2010 en Diario Oficial.
14. DECRETO SUPREMO N°1 de 2011 que Aprueba Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional, Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Publicado el 6 de junio de 2011 en Diario Oficial.
15. DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 69 del Ministerio de Hacienda que Crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia. Promulgado el 27 de abril de 1953, publicado el 08 de mayo de 1953.

16. LEY 19.476 que introduce modificaciones al decreto ley n°1.094, de 1975, en materia de refugiados. Promulgada el 14 de septiembre de 1996 y publicado el 21 de octubre de 1996.
17. LEY N°19628 sobre protección de la vida privada . Promulgada el 18 de agosto de 1999 y publicada el 28 de agosto de 1999.
18. LEY N°19.876 de 7 de junio de 2003 Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la Educación Media. Publicada el 22 de mayo de 2003 en Diario Oficial.
19. LEY N°19.966 de 25 de agosto de 2004 que Establece un régimen de Garantías en Salud. Publicada el 3 de septiembre de 2004 en Diario Oficial.
20. LEY N°19.968 de 25 de agosto de 2004 que Crea los Tribunales de Familia. Publicada el 30 de agosto de 2004 en Diario Oficial.
21. LEY N°20.032 de 11 de julio de 2005 que Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención. Publicada el 25 de julio de 2005 en Diario Oficial.
22. LEY N°20.084 de 28 de noviembre de 2005 que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Publicada el 7 de diciembre de 2005 en Diario Oficial.
23. LEY N°20.430 que Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Promulgada el 8 de abril de 2010 y publicada el 15 de abril de 2010 en Diario Oficial.

DOCUMENTOS WEB

1. ACNUR. Fridtjof Nansen. [En línea] <<http://www.acnur.org/t3/el-acnur/eventos/el-premio-nansen-para-los-refugiados/fridtjof-nansen/>> [Consulta: 27 de agosto de 2010].
2. ACNUR. Con el inicio de los ataques aéreos, ACNUR continúa a prepararse a un éxodo de Libia. Lunes 21. marzo 2011. SALLUM, Egipto. [En línea] <<http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/con-el-inicio-de-los-ataques-aereos-acnur-continua-a-prepararse-a-un-exodo-de-libia/>> [Consulta: 22 de marzo de 2011]
3. Acta Constitucional Francesa del 24 de junio de 1793. [En Línea] <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/804/9.pdf>> [Consulta: 11 de diciembre de 2011]

4. Ancianos Desplazados ¿Al final de la cola? Migraciones Forzadas (14), marzo 2003. [En línea] <<http://www.migracionesforzadas.org/pdf/RMF14/RMF14.pdf>> [Consulta: 12 de febrero de 2012]
5. *Carnegie Endowment for International Peace*. [En línea] <<http://carnegieendowment.org/about/>> [Consulta: 24 de febrero de 2011]
6. CEJIL. México demuestra falta de voluntad para cumplir sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] <<http://cejil.org/comunicados/mexico-demuestra-falta-de-voluntad-para-cumplir-sentencias-de-la-corte-interamericana-de>> [Consulta: 14 de junio de 2011]
7. COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR (EXCOM) [En línea] <<http://www.acnur.org/t3/el-acnur/excom>> [Consulta: 15 de octubre de 2010].
8. Domingo Faustino Sarmiento. DIBAM, Memoria chilena. [En línea] <http://www.memoriachilena.cl/temas/index.asp?id_ut=domingofaustinosarmiento1811-1888> [Consulta: 19 de Noviembre de 2009]
9. EUROPEAN COMMISSION. *Eurostat, Asylum statistics*. [En línea] <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Asylum_statistics> [Consulta: 05 de junio de 2011]
10. Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. [En línea] <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/>> [Consulta: 21 de enero de 2011]
11. PROCESO.COM.MX. Emite ONU 91 recomendaciones a México; poner fin al arraigo, una de ellas. [En línea] <<http://www.proceso.com.mx/rv/modHome/pdfExclusiva/66353>> [Consulta: 14 de junio de 2011]
12. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Versión On-Line. [En línea] <<http://rae.es/rae.html>> [Consulta: 08 de febrero de 2011]
13. Ricardo Palma, El Autor. Cronología. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. [En línea] <http://www.cervantesvirtual.com/bib_autor/ricardopalma/pcuartonivel.jsp?conten=cronologia&tit2=El+autor> [Consulta: 26 de julio de 2010]
14. UNESCO. 1985 – El Grupo Contadora. [En línea] <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=9374&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 21 de marzo de 2011]

15. UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, Las leyes raciales de Núremberg. [En línea] <<http://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007695>> [Consulta: 09 de agosto de 2010]
16. UNRWA. *United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees* [En línea] <<http://www.unrwa.org/>> [Consulta: 05 de marzo de 2012]
17. Winnipeg, el barco de la esperanza. Historia de los refugiados españoles llegados a Chile en 1939. [En línea] <<http://www.winnipeg-cl.org/historia.html>> [Consulta: 19 de diciembre de 2011]

SENTENCIAS

1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. p. 37
2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de justicia 1948 – 1991. Naciones Unidas. Nueva York. 1992. p 27.

OTROS

1. AGENCIA LEGAL DEL ACNUR EN CHILE: GARRETON Y ASOCIADOS. Documento interno: Documento sobre inquietudes de refugiados yugoslavos en Chile, Santiago, 1999.
2. AGENCIA LEGAL DEL ACNUR EN CHILE: GARRETON Y ASOCIADOS. Documento interno: Documento de cierre. Santiago, 2000.
3. AGENCIA LEGAL DEL ACNUR EN CHILE: GARRETON Y ASOCIADOS. Documento interno: Documento informativo sobre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Chile desde 1973 a 1975., Santiago, 2000.
4. GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR, DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. Nuevos Procedimientos Sección de Refugio y Reasentamiento (SRR), Santiago, 2009.
5. GOBIERNO DE CHILE. Note verbal dated 20 July 1999 from the Permanent Mission of Chile to the United Nations addressed to the Secretary-General E/1999/112.

6. SUBSECRETARÍA DEL INTERIOR. Oficio N°D-17456 MA T.: Solicitud de información. 01 de agosto de 2011.

7. VICARÍA PASTORAL SOCIAL Y DE LOS TRABAJADORES Y ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, Informativo Chile país de acogida, Santiago, 2009, p. 12

ANEXOS

Anexo 1: Desplazados internos asistidos por el ACNUR

País	Población
Colombia	3.000.000
Iraq	2.647.300
Congo	1.460.100
Somalia	1.277.200
Sudán	1.201.000
Uganda	853.000
Costa de Marfil	684.000
Azerbaiyán	230.700
Sri Lanka	504.800
Kenia	404.000
Otros Países	2.996.500
Total	14.405.600

Fuente: ACNUR. Tendencias Globales sobre Refugiados 2008

Anexo 2: Estado de las ratificaciones de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967 por parte de los Estados americanos.

País	Convención	Protocolo
Antigua y Barbuda	7 de septiembre de 1995 (a)	7 de septiembre de 1995 (a)
Argentina	15 de noviembre de 1961 (a)	6 de diciembre de 1967 (a)
Bahamas	15 de septiembre de 1993 (a)	15 de septiembre de 1993 (a)
Belice	27 de junio de 1990 (a)	27 de junio de 1990 (a)
Bolivia	9 de febrero de 1982 (a)	9 de febrero de 1982 (a)
Brasil	16 de noviembre de 1960 (r)	7 de abril de 1972 (a)
Canadá	4 de junio de 1969 (a)	4 de junio de 1969 (a)
Chile	28 de enero de 1972 (a)	27 de abril de 1972 (a)
Colombia	10 de octubre de 1961 (r)	4 de marzo de 1980 (a)
Costa Rica	28 de marzo de 1978 (a)	28 de marzo de 1978 (a)
Dominica	17 de febrero de 1994 (a)	17 de febrero de 1994 (a)
Ecuador	17 de agosto de 1955 (a)	6 de marzo de 1969 (a)
El Salvador	28 de abril de 1983 (a)	28 de abril de 1983 (a)
EE.UU.	No	1 de noviembre de 1968 (a)
Guatemala	22 de septiembre de 1983 (a)	22 de septiembre de 1983 (a)
Haití	25 de septiembre de 1984 (a)	25 de septiembre de 1984 (a)
Honduras	23 de marzo de 1992 (a)	23 de marzo de 1992 (a)
Jamaica	30 de julio de 1964 (s)	30 de octubre de 1980 (a)
México	7 de junio 2000 (a)	7 de junio de 2000 (a)
Nicaragua	28 de marzo de 1980 (a)	28 de marzo de 1980 (a)
Panamá	2 de agosto de 1978 (a)	2 de agosto de 1978 (a)
Paraguay	1 de abril de 1970 (a)	1 de abril de 1970 (a)
Perú	21 de diciembre de 1964 (a)	15 de septiembre de 1983 (a)
Rep. Dominicana	4 de enero de 1978 (a)	4 de enero de 1978 (a)
San Vicente y las Granadinas	3 de noviembre de 1993 (a)	3 de noviembre de 2003
Saint Kitts and Nevis	1 de febrero de 2002 (a)	No
Suriname	29 de noviembre de 1978 (s)	29 de noviembre de 1978 (s)
Trinidad y Tobago	10 de noviembre de 2000 (a)	10 de noviembre de 2000 (a)
Uruguay	22 de septiembre de 1970 (a)	22 de septiembre de 1970 (a)
Venezuela	No	19 de septiembre de 1986 (a)

(a) Adhesión; (r) Ratificación; (s) Sucesión

FUENTE: ACNUR. Estados partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados y su Protocolo de 1967. [En línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0506.pdf>> [Consulta: 20 de diciembre de 2011]

Anexo 3: Cuadro de vigencia de tratados sobre asilo. (Vigencia al 1° de septiembre de 1961)

País	Montevideo 1889	La Habana 1928	Montevideo 1933	Montevideo 1939	Caracas (D/T) 1954
Argentina	R.D.	S.	S.	S.	S.D / S.R.
Bolivia	R.D.	S.	--	S.	S. / S.
Brasil	--	R.D.	R.D.	--	R.D. / R.D.
Colombia	--	R.D.	R.D.	--	S. / R.D.
Costa Rica	--	R.D.	A.R.D.	--	R.D. / R.D.
Cuba	--	R.D.	R.D.	--	S. / S.
Chile	--	S.	R.D.	S.	S. / S.
Ecuador	--	R.D.	R.D.	--	R.D. / R.D.
El Salvador	--	R.D.	R.D.	--	R.D. / R.D.
Estados Unidos	--	--	--	--	-- / --
Guatemala	--	R.D.	R.D.	--	S.R. / R.D.
Haití	--	R.D.	R.D.	--	R.D. / R.D.
Honduras	--	R.D.	R.D.	--	S.R. / S.R.
México	--	R.D.	R.D.	--	R.D. / S.R.
Nicaragua	--	R.D.	R.D.	--	S. / S.
Panamá	--	R.D.	R.D.	--	R.D. / R.D.
Paraguay	R.D.	R.D.	R.D.	R.D.	R.D. / R.D.
Perú	R.D.	R.D.		S.	R.D. / S.
República Dominicana	--	D.	D.	--	S.R. / S.
Uruguay	R.D.	R.D.	S.	R.D.	S.R. / R.D.
Venezuela	--	S.	--	--	R.D. / R.D.

(R.D.: Ratificado y depósito) (S.: Signatario) (S.R.: Signatario con reserva) (A.: Adhesión)

FUENTES: VIEIRA, Manuel Adolfo. Derecho de asilo diplomático (asilo político). Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1961. 484 p. y Estado de ratificaciones de convenciones de Caracas de 1954. [En línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-46.html>> <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-47.html>> [Consulta: 20 de diciembre de 2011]

Anexo 4: Listado de conflictos bélicos mundiales ocurridos entre 1939 y 1950.

- 1925 – 1949: Guerra Civil China: comunistas contra nacionalistas. Tregua en 1937 para luchar contra Japón 1937 – 1945: Guerra Chino-Japonesa: Japón contra China. Japón ocupó China, y en 1939 fue detenida su avanzada, y esta guerra culminó con la derrota japonesa en la segunda guerra mundial
- 1939 – 1940: Guerra Ruso-Finlandesa: Rusia contra Finlandia
- 1939 – 1945: Segunda Guerra Mundial: El Eje (Alemania, Japón e Italia) contra los aliados (Francia, Inglaterra y Rusia, más Estados Unidos)
- 1946 – 1954: Guerra de Indochina: Francia contra nacionalistas Vietminh. Vietnam se libera del dominio francés pero queda dividido en dos: al norte los comunistas y al sur los republicanos
- 1947 – 1949: Primera Guerra Palestina: judíos palestinos contra árabes palestinos
- 1947 – 1949: Primera Guerra Indo-Pakistaní: India contra Pakistán
- 1950 – 1953: Guerra de Corea: Norte comunista (China y URSS) contra Sur republicano (ayudado por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Holanda y Turquía). El conflicto finaliza con el Armisticio de Panmunjom.

Para ver la lista completa de conflictos bélicos en el mundo, hasta 2003 y un análisis profundo de la temática ver GUEDAN, Manuel y RAMIREZ, Rubén Darío. Resolución de Conflictos en el S.XXI. Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá, Madrid, 2004.

Anexo 5: Alcance de la no devolución: una comparación (extracto).

Convención	Convención de 1951 y Protocolo de 1967	Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes³⁹⁷	Pacto Internacional de derechos civiles y políticos
¿Quién está protegido?	Refugiados y solicitantes de asilo y aquellos personas cuya solicitud se encuentra en proceso	Cualquier persona, inclusive solicitantes de asilo rechazados	Cualquier persona, inclusive solicitantes de asilo rechazados
¿De que daño?	Amenaza a la vida o libertad a causa de las cinco causales	La tortura (acto por el cual se infrinja intencionadamente a una persona dolores y sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales), y no aplican a tratos inhumanos que no equivalgan a tortura	Cualquier daño irreparable, como la privación de la vida, ya sea en el país en el cual se llevará a cabo la expulsión o de otro país en que vaya a ser expulsada.
Agente de persecución	Actores estatales y no estatales	Agentes estatales y no estatales que actúan con el consentimiento o la tolerancia del agente estatal o cuando ocupan de facto una autoridad cuasi gubernamental	Estado o actores no estatales
Excepciones	Considerado un peligro para la sociedad, condenado por un delito grave. Deben ser aplicados de acuerdo a los procedimientos	No hay excepciones	No hay excepciones

FUENTE: ACNUR. Los derechos humanos y la protección de los refugiados. Modulo auto formativo 5, Volumen II, Ginebra, 2006. p. 62-65

³⁹⁷ CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, A.G. res. 39/46, anexo, 39 U.N.GAOR Supp. (No. 51) p. 197, ONU Doc. A/39/51 (1984), entrada en vigor 26 de junio de 1987.

Anexo 6: Oficio N° D-17456 SUBSECRETARÍA DEL INTERIOR. MAT.: Solicitud de información. 01 de agosto de 2011



Subsecretaría del Interior
División Jurídica

OFICIO N° D- 17456 /

ANT.: Solicitud N° AB001W 0000807

MAT.: Solicitud de información.

SANTIAGO, 01 AGO 2011

DE : SUBSECRETARIO DEL INTERIOR

A : SEÑOR
JULIO JAUREGUI MEDINA
PRESENTE

Con fecha 3 de julio de 2011, se ha recepcionado por vía electrónica, la solicitud de acceso a la información N° AB001W 0000807, en la que se expone lo siguiente: *"Requiero conocer la lista de profesionales expertos en derechos de la infancia y adolescencia (nombres e institución en la que ejercen sus funciones) o cómo estos se determinan, de acuerdo a lo dispuesto en artículo 56 del Reglamento de la Ley N°20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados."*

Al respecto, cabe advertir que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo, del artículo 10, de la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, éste último comprende el derecho a acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea su formato o soporte. En este sentido, debe destacarse que la ley N° 20.285, permite acceder a información que, al momento de la solicitud, obre en poder del órgano de la

11021603

Administración requerido y contenida en algún soporte, sin importar cuál sea éste; siendo dable agregar que, en todo caso, el citado texto legal no obliga a los organismos públicos a generar, elaborar o producir información, sino a entregar la actualmente disponible.

Aclarado lo anterior, cumple con informar que conforme lo precisa el artículo 56 del Decreto N° 837, de 2010, del Ministerio del Interior, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección a los refugiados, las principales instituciones llamadas a intervenir en la materia por la que se consulta son entidades estatales, tales como el Servicio Nacional de Menores y la Jefatura Nacional de la Familia de la Policía de Investigaciones de Chile. Estos organismos asignan a los funcionarios que estimen convenientes, según las características del caso en particular, y de acuerdo a la ciudad o localidad donde se encuentre el menor.

Saluda cordialmente a Ud.,



RODRIGO MARÍA MACKENNEY
SUBSECRETARIO DEL INTERIOR

Q

VHMR/ATS

DISTRIBUCIÓN:

- 1) La indicada
- 2) División Jurídica.
- 3) Oficina de Partes.
- 4) Gab. Subsecretario. ats
- 5) Dep. Planificación.