



FICHAS TÉCNICAS

Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
y la protección de las personas del interés del ACNUR



INTRODUCCIÓN

Índice de fichas

1. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO
A BUSCAR Y RECIBIR ASILO
PÁG. 4 - 33



2. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO
A LAS GARANTÍAS PROCESALES
Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL
PÁG. 34 - 53



3. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO A LA
NO DEVOLUCION Y NO EXPULSION
PÁG. 54 - 80



4. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO
A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES
Y LAS CONDICIONES MÍNIMAS EN CASO
DE DETENCIÓN
PÁG. 81 - 105



5. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO A LA
LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA
Y LA PROHIBICIÓN DEL DESPLAZAMIENTO
FORZADO
PÁG. 106 - 130



6. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO
A LA NACIONALIDAD
PÁG. 131 - 155



FICHAS TÉCNICAS SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DEL INTERÉS DEL ACNUR

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) publica esta serie de seis “Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR”.

Las fichas técnicas abordan el contenido de distintos derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y hacen un vínculo con el Derecho Internacional de los Refugiados y sobre la Apatridia y los pronunciamientos del ACNUR en estas materias. Asimismo, abordan las obligaciones estatales en materia de prevención del desplazamiento forzado interno y la protección de las víctimas de este tipo de desplazamiento.

El ACNUR agradece al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y a su equipo técnico por su directa colaboración en la elaboración conjunta de estas fichas técnicas, lo que permitió acercar de mejor manera el contenido de las mismas a los instrumentos normativos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y a los distintos desarrollos jurisprudenciales tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El reconocimiento del ACNUR sobre el complemento natural entre el trabajo de protección de la organización y los sistemas de protección de derechos humanos ha sido parte integral de su agenda de protección a nivel global y regional. En su Conclusión No.50 (XXXIX) de 1988, el Comité Ejecutivo de la organización señaló “la relación directa existente entre la observancia de las normas de derechos humanos, los movimientos de refugiados y los problemas de la protección”, así como “la estrecha relación existente entre los problemas de los refugiados y los de los apátridas”.

Confiamos en que estas fichas técnicas vengán a fortalecer la interrelación y el diálogo normativo entre ambas áreas del derecho internacional, y a la vez sirvan de herramienta para el trabajo y estudio sobre la protección de personas en el contexto del desplazamiento forzado y de la apatridia, desde una perspectiva de derechos humanos.

Unidad Legal Regional
Bureau para las Américas
ACNUR 2017



1. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO

Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 22.7
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre Art. XXVII

1. INTRODUCCIÓN	6
2. BREVES ANOTACIONES SOBRE EL ASILO EN LAS AMÉRICAS Y EN EL ÁMBITO UNIVERSAL	7
3. EL ESTATUTO DEL REFUGIADO Y EL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO EN TERRITORIO EXTRANJERO	9
a. La definición de refugiado de los instrumentos universales y regionales	9
<i>i. La definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951</i>	<i>9</i>
<i>ii. La definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984</i>	<i>12</i>
b. El carácter informador de las normas internacionales sobre refugiados frente al Art. 22.7 de la Convención Americana	13
c. Obligaciones relacionadas al derecho a buscar y recibir asilo	15
<i>i. Derechos básicos a favor de las personas solicitantes de la condición de refugiadas en el país de asilo</i>	<i>16</i>
<i>ii. El derecho a buscar asilo y el acceso a procesos justos</i>	<i>17</i>
ii.a Acceso al asilo y garantías procesales esenciales	17
ii.b Garantías en el acceso al asilo para niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional	20
ii.b.1 La Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana	20
ii.b.2 El ACNUR y la protección de la niñez en las solicitudes de asilo	22
a. Las Directrices del ACNUR sobre solicitudes de asilo de niños, niñas y adolescentes	22
b. Las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior de la niñez	24
ii.c Las solicitudes de asilo relacionadas a persecución por motivos de género, identidad de género y/o orientación sexual	27
<i>iii. El derecho a recibir asilo y a que sea otorgada la protección internacional</i>	<i>30</i>
iii.a Del derecho a “disfrutar” del asilo al derecho a “recibir” asilo	30
iii.b El acceso a otros derechos básicos que dan contenido al asilo en el país de destino	30
<i>iv. El derecho de buscar y recibir asilo a favor de las personas apátridas</i>	<i>31</i>
d. El valor de la legislación interna frente al derecho humano de buscar y recibir asilo	32

1 Introducción

1.1 Esta ficha técnica es la primera de una serie que forman parte de las “Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR”. Estas fichas técnicas examinan aquellos derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”) o “Pacto de San José”, adoptado en 1969, y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹ (“Declaración Americana”) de particular relevancia al mandato de protección internacional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). No pretenden presentar un análisis exhaustivo de los artículos de la Convención Americana y la Declaración Americana o sustituir los comentarios especializados sobre los mismos. Sin embargo, sí describen y analizan, con algún nivel de detalle, la jurisprudencia y estándares generales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana) sobre los derechos en cuestión.

1.2 La presente ficha lleva a cabo una reseña de los estándares interamericanos sobre el derecho a buscar y recibir asilo relacionándolos con las directrices y pronunciamientos del ACNUR en la materia.

1.3 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre incluyó este derecho en su Artículo XXVII:

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.

1.4 De igual manera, El artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

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 los convenios internacionales².

-
- 1 La Declaración Americana ha sido aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en peticiones presentadas contra Estados que aún no ratifican la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de igual manera, la CIDH ha aplicado la Declaración en caso donde carece de competencia material para aplicar las disposiciones de la Convención Americana. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido, en su jurisdicción consultiva, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales. Ver, particularmente, Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 45 y 46.
 - 2 El artículo 22.8 de la Convención Americana establece asimismo que “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. En la presente ficha se hará referencia a esta disposición y su relación con el derecho a buscar y recibir asilo.

2 Breves anotaciones sobre el asilo en las Américas y en el ámbito universal

2.1 En las Américas, el derecho a otorgar asilo fue originalmente codificado por medio de tratados de carácter regional latinoamericano, iniciando con el Tratado de Derecho Penal Internacional en 1889 (el cual prohibía la extradición por crímenes políticos y establecía el derecho de los Estados de otorgar asilo en sus instalaciones diplomáticas en el extranjero), hasta llegar a la adopción, en el marco de la Organización de Estados Americanos, de la Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático, ambas en 1954. Durante todo este período, la adopción de un catálogo de tratados relacionados al asilo diplomático y territorial y a la no extradición por motivos políticos conllevó a lo que comúnmente se definió como la tradición latinoamericana del asilo³. El otorgamiento del asilo se encontraba sujeto a la decisión del Estado como una facultad discrecional, y como una decisión estrictamente política.

2.2 Debe destacarse que antes de la adopción de la Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático en 1954, el término “asilo” se utilizó exclusivamente para referirse a la modalidad específica del asilo “político” o “diplomático” (en legaciones diplomáticas en el extranjero), mientras que el término “refugio político” se refirió a la protección otorgada dentro del propio territorio del Estado. Esto parcialmente explica la dicotomía “asilo-refugio” común a nivel latinoamericano.

2.3 Sin embargo, la Declaración Americana (por medio de su Artículo XXVII), instrumento de derechos humanos marco para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos sin excepción, representó una in-

novación mayor y un cambio radical en esta tradición latinoamericana del asilo.

2.4 Este instrumento conllevó a una separación del concepto de protección en el extranjero como una mera prerrogativa estatal, evolucionando al reconocimiento de un derecho individual de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución no motivada por delitos de derecho común (con su correlativa obligación estatal) de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales vigentes. De allí la necesidad de insistir en que el término “asilo” (y no “refugio” o “refugio político”) es el utilizado en los instrumentos interamericanos de derechos humanos desde ese momento en adelante cuando se hace referencia a este derecho.

2.5 Este desarrollo se llevó a cabo casi de manera paralela a nivel universal con la adopción en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual “el derecho de buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, fue explícitamente reconocido en su artículo 14. Durante el periodo en que la Declaración Universal fue adoptada, los Estados latinoamericanos constituían el bloque regional más extenso en las Naciones Unidas, con 21 Estados⁴.

2.6 Posteriormente, siguiendo los pasos de la Declaración Americana a escala regional, el derecho a buscar y recibir asilo fue constituido como un derecho convencional por medio del artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, lo que representó un paso esencial para la consolidación jurídica de este derecho como una garantía individual a favor de toda persona sin distinción.

3 Ver San Juan, Cesar. 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 humanos⁷. Primera parte. Informe General de la Investigación. II.1. La tradición del asilo en América Latina, la normativa latinoamericana del asilo y la lenta incorporación del derecho internacional de los refugiados. ACNUR. 1ª. Edición. San José, Costa Rica. Editorama, 2004, pág. 25.

4 Ver Manly, Mark. La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: 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 humanos⁷, ACNUR. 1ª. Edición. San José, Costa Rica. Editorama, 2004, pág. 130.

2.7 Valga anotar que, de manera complementaria a los avances regionales en la protección de las personas perseguidas, la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en julio de 1951 representó un punto de inflexión histórico a nivel universal⁵. Inicialmente, según dicha Convención, los refugiados debían ser reconocidos como tales como consecuencia de eventos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, y en el territorio europeo. Con el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967⁶ se eliminó toda limitación temporal o geográfica en la aplicación de la Convención de 1951.

2.8 Con esta protección prevista en la Convención de 1951 y su Protocolo del 1967, el estatuto del refugiado se consolidó a nivel universal como una forma y modalidad específica de la institución del asilo⁷. Lo anterior se encuentra evidenciado en el Preámbulo de la propia Convención del 1951, al plantearse la importancia de la cooperación internacional para asegurar el otorgamiento del asilo por medio de este tratado universal en materia de refugiados.

2.9 Este vínculo entre asilo y protección de refugiados ha sido retomado por el Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión número 82, en donde se ha señalado que “la institución del asilo, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es uno de los mecanismos más fundamentales para la protección internacional de los refugiados”⁸.

2.10 En la Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados de diciembre de 2001, se hace un llamamiento recíproco para tomar medidas que fortalezcan el asilo y hagan más efectiva la protección de acuerdo con los estándares internacionales aplicables, por medio de la adopción e implementación de legislación nacional sobre refugiados y de procedimientos para la determinación del estatuto de los refugiados y el tratamiento de los solicitantes de asilo y refugiados, prestando especial atención a los grupos vulnerables y a los individuos con necesidades especiales, incluyendo las mujeres, los niños y los ancianos.

2.11 A partir de la naturaleza de la protección de personas refugiadas como una modalidad específica de asilo territorial distinta a la tradicional figura latinoamericana del asilo diplomático (el cual, aunque aún vigente, y como vimos, tiene un carácter político, discrecional para los Estados que lo otorgan y distinto al asilo a favor de las personas refugiadas) es que debe afirmarse el carácter civil, humanitario, apolítico⁹, y normativo de esta protección internacional específica.

2.12 Cabe destacar el importante estímulo dado por los Estados de las Américas a la institución del asilo desde la óptica de la protección internacional, no solo mediante la adopción del derecho a buscar y recibir asilo en los instrumentos de derechos humanos, sino también con la adopción generalizada de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y/o su Protocolo de 1967. Hoy en día, la gran mayoría de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos son Partes de la Convención de 1951 y/o de su Protocolo de 1967¹⁰.

5 Ver Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

6 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptado en Nueva York el 31 de enero de 1967.

7 Ver San Juan, Cesar. 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”. Op.cit, págs. 49-50, citando a López Garrido, Diego, El Derecho de Asilo, Trota, Madrid, España, 1991.

8 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre la salvaguarda de la institución del asilo. 1997 (48° período de sesiones del Comité Ejecutivo). N° 82 (XLVIII). Con ese mismo espíritu es que el Comité Ejecutivo, por medio de su Conclusión número 5 de 1977, ya había hecho un llamamiento a los Estados Partes de la Convención de 1951 y el Protocolo del 1967 a aplicar prácticas liberales y conceder asilo permanente o al menos temporal a los refugiados que hubiesen llegado directamente a su territorio. Comité Ejecutivo del ACNUR. Asilo. 1977 (28° período de sesiones del Comité Ejecutivo) N° 5 (XXVIII).

9 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión relativa al carácter civil y humanitario del asilo. 2002 (53° período de sesiones del Comité Ejecutivo). N° 94 (LIII).

10 Ver estado de ratificaciones de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y su Protocolo de 1967 en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506>

3 El estatuto del refugiado y el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero

a. La definición de refugiado de los instrumentos universales y regionales

i. La definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

3.1 El artículo 1 (A) (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 señala que el término refugiado se refiere a toda persona que:

[...] 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 él¹¹.

3.2 El ACNUR ha planteado que el análisis del “temor fundado de persecución” conlleva una evaluación de si existe la “posibilidad razonable” de que el temor vaya a materializarse en caso de retorno¹². Con ello, la persecución no necesariamente debe haberse consumado, basta con la posibilidad razonable de que se configure. Una persona podría ser refugiada inclusive si el temor de persecución dentro de su país de nacionalidad o residencia surge una vez estando fuera del mismo y ya habiendo cruzado la frontera hacia el país de asilo. A éstos se les denomina refugiados “sur place”¹³.

3.3 Ahora bien, el daño que se teme debe estar relacionado a serias violaciones a los derechos humanos (como la vida, la integridad personal, o bien la libertad y seguridad personales o el derecho a un debido proceso, entre otros) u otros daños serios o predicamentos intolerables usualmente (pero no siempre) de manera repetida o sistemática contra la persona¹⁴. La persecución puede tener como origen a actores estatales o no estatales¹⁵. En este último caso, el temor de persecución estará bien fundado si las autoridades del país de origen de la persona refugiada no tienen la posibilidad o la voluntad de garantizar la seguridad apropiada¹⁶.

3.4 Debe quedar claro que la relación entre el daño temido y los motivos que lo originan según el artículo 1 (A) (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (a lo que se ha denominado el “nexo causal”), se encuentra presente tanto en los casos en que la persona refugiada tenga efectivamente la creencia o característica específica que origina la persecución, como cuando esta creencia o característica sea imputada a la persona refugiada por los actores de persecución¹⁷.

3.5 Respecto al temor fundado de persecución por “raza”, este concepto debe interpretarse de manera amplia, incluyendo cualquier característica

11 Art. 1 de la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

12 UNHCR. Manual on Mandate RSD. A Reference Tool for UNHCR Staff. 1 October, 2005. p.23.

13 Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Reedición. Ginebra, diciembre de 2011, párr. 22.

14 *Ibíd.* pág 156, y UNHCR. Manual on Mandate RSD. A Reference Tool for UNHCR Staff, 25-26.

15 Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párr. 21.

16 *Ibíd.*

17 UNHCR. Manual on Mandate RSD. A Reference Tool for UNHCR Staff, pág. 31.

étnica distintiva sea ésta real o percibida, sin importar el tamaño de los grupos de personas vinculadas a la raza específica¹⁸. Aun cuando las minorías se encuentran más propensas a ser perseguidas que las mayorías, éste no es siempre el caso.

3.6 En cuanto a “religión”, este motivo se relaciona con el derecho de tener o no una religión, de practicar una religión, o de cambiar de religión. La palabra “religión” debe vincularse no solo a la pertenencia a las religiones institucionalmente establecidas, sino también a todo sistema de creencia, convicciones o valores sobre lo divino y la realidad última, o sobre el destino espiritual de la humanidad. La vinculación a una “religión” se puede manifestar tanto por medio de creencias (o no creencias), de identidades religiosas (pertenencia a una comunidad definida por rituales comunes, tradiciones, etnia, nacionalidad o elementos ancestrales), o bien de formas de vida específicas en la que se expresa la religión (lo que incluye vestimentas particulares o la observancia de días festivos religiosos o reglas sobre alimentación, etc.)¹⁹.

3.7 Sobre la “nacionalidad”, este concepto no se encuentra solamente vinculado a la idea de “ciudadanía” de un país. Su concepto se extiende a grupos de personas definidos a partir de una identidad étnica, religiosa, cultural o lingüística, sin importar si esta diferencia ha sido formalizada por la ley²⁰. Como es claro, este motivo frecuentemente coincide con raza, religión o inclusive opinión política.

3.8 El término “opinión política” también debe ser interpretado en sentido amplio y se refiere a cualquier opinión relacionada a asuntos en los que la maquinaria del Estado, del gobierno o de la sociedad se encuentre involucrada.

Va más allá de la identificación con un partido político específico o una ideología reconocida, y puede incluir, por ejemplo, una opinión sobre roles de género. La clave se encuentra en determinar si la persona mantiene o se percibe que mantiene opiniones que no son toleradas por las autoridades o por la comunidad, o que son críticas de sus políticas, tradiciones y actividades²¹.

3.9 Por último, en relación con la “pertenencia a determinado grupo social” como motivo, el término grupo social debe definirse como un grupo de personas que comparten una característica común distinta al riesgo de que sean perseguidas, o que son percibidas como grupo por la sociedad²².

3.10 La característica común debe ser una que sea **innata** (como la raza, el sexo, la casta, los antecedentes lingüísticos, la identidad de género o la orientación sexual), **inmutable** (relacionados por ejemplo con el pasado, como el hecho de haber pertenecido al ejército, a un sindicato, o haber sido propietario de una tierra), u otras características que se consideran fundamentales para la dignidad humana y ninguna persona debe sentirse obligada a renunciar a ellas (esenciales para la identidad, la consciencia o el ejercicio de un derecho humano, como lo son por ejemplo las personas percibidas como parte de un grupo profesional o una ocupación, o una clase social específica). No resulta necesario que los miembros del grupo se conozcan o se encuentren asociados²³.

3.11 En el Sistema Interamericano, diversos han sido los pronunciamientos de la Corte y la Comisión Interamericanas que analizan situaciones de riesgo de personas pertenecientes a determinados grupos con propensión a sufrir violaciones de derechos humanos en circunstancias específicas dada su

18 Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, pág. 18 y UNHCR. Manual on Mandate RSD. A Reference Tool for UNHCR Staff, pág. 32.

19 Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, pág. 18 y UNHCR. Manual on Mandate RSD. A Reference Tool for UNHCR Staff, pág. 33.

20 Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, pág. 18.

21 UNHCR. Manual on Mandate RSD. A Reference Tool for UNHCR Staff,, pág. 38.

22 Ver Directrices sobre la Protección Internacional N° 2: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, HCR/GIP/02/02. 7 de mayo de 2002. párr. 11.

23 *Ibíd.*, parr. 6.

vinculación a dichos grupos. Entre ellos, encontramos a defensores de derechos humanos²⁴, periodistas²⁵, ambientalistas²⁶, dirigentes sindicales²⁷, operadores de justicia²⁸, mujeres²⁹, campesinos³⁰, indígenas y afro descendientes³¹, personas con distinta orientación sexual o identidad de género a la tradicional³² o la niñez³³, por citar algunos ejemplos. Este tipo de pronunciamientos e informes pueden ser, a manera de información contextual y legal, una guía importante en la determinación de la condición de refugiado por temor fundado debido a la pertenencia a determinados grupos sociales en la región.

3.12 Ahora bien, las personas que huyen de una persecución penal legítima no pueden beneficiarse de la protección como refugiadas³⁴. Eso sí, resulta necesario examinar las circunstancias de cada caso y determinar si, en lugar de una persecución penal legítima, las autoridades del país de origen están utilizando, han utilizado o podrían utilizar la ley y los procedimientos penales de manera ilegítima, como un instrumento de persecución relacionado con

alguno de los motivos anteriores que harían de esta persona una con necesidades de protección como refugiada³⁵.

3.13 La última frase del artículo 1 (A) (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados señala como elemento de la definición de refugiado la necesidad de que la persona se halle a consecuencia de los acontecimientos que originaron el temor fundado, “fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. En este sentido cabe preguntarse si la persona tuvo una alternativa de huida interna a efectos de considerarla como refugiada o no.

3.14 La evaluación sobre la existencia de una potencial alternativa en este sentido requiere que la persecución se haya efectuado por agentes no estatales, pues cuando son agentes estatales se debe partir del hecho de que no existen alternativas de huida dentro del territorio dado su control sobre todo el país. Asimismo, debe identificarse un área específica donde se determine,

-
- 24 Ver Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr.82; Corte IDH, Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C, No. 236, párr. 30; CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, 31 diciembre 2011.
- 25 Ver Corte IDH, Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194, párr.131; Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, No. 248, párr.84; CIDH. Informe Anual (2012), Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.147 Doc. 1, 5 marzo 2013, pág. 257.
- 26 Ver Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C, No. 196, párrs.69 y 70; CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, Op.cit, párrs. 308 a 324.
- 27 Ver CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, Op.cit, párrs. 257-279; Ver también Corte IDH, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 54-56.
- 28 CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, Ibíd, párrs. 395 a 398.
- 29 Ver Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodero” Vs. México) Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205, párr.164; Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215, párrs. 78 y 79; CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68. 20 enero 2007; CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63. 9 diciembre 2011, párrs. 45, 294, 295, 301 y 307.
- 30 Ver CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, Op.cit, párrs. 292-296.
- 31 Ibíd., párrs. 297 a 307.
- 32 Ver en este sentido pronunciamiento de la CIDH en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/060.asp> La CIDH expresa preocupación por la violencia y discriminación contra personas LGTBI, en particular jóvenes, en las Américas. 15 de agosto de 2013.
- 33 Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). Serie C No. 63, párrs. 189 y 190; Corte IDH. Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 21 de septiembre de 2006, Serie C, No. 152, párrs. 105 a 109.
- 34 Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Op.cit, párr. 56.
- 35 Ibíd., pág. 16. UNHCR. Manual on Mandate RSD. A Reference Tool for UNHCR Staff, Op.cit, p. 29.

de manera cierta, que no existe riesgo de persecución y donde razonablemente se pueda esperar que la persona solicitante se establezca y pueda llevar una vida normal³⁶.

3.15 Nunca debe presumirse la existencia de una alternativa de huida interna y en todos los casos la comprobación de la misma, después de una investigación profunda al efecto, recae en las autoridades del país de acogida de la persona solicitante de la condición de refugiada³⁷.

ii. La definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984

3.16 Por otra parte, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, recomendó en Conclusión III la ampliación de la definición de refugiado, para que se incluyera también a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público³⁸.

3.17 Esta definición ha sido adoptada en 14 diferentes legislaciones nacionales en la región latinoamericana en la actualidad³⁹.

3.18 La Corte, en la OC-21/14 *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional* (en adelante OC-21/14), hizo referencia a los elementos de la definición de refugiado recomendada por esta Declaración notando que los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas a nivel interamericano han generado prácticas estatales consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a las situaciones contempladas en esa definición ampliada⁴⁰.

3.19 Así, consideró que “las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, la cual responde no sólo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad”⁴¹.

3.20 A juicio del Tribunal, “este criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente”⁴².

36 Ver en este sentido el contenido de las Directrices sobre protección internacional: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/03/04 23 de julio de 2003.

37 *Ibíd.*, pág. 127.

38 La Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 es un instrumento concluido en un Coloquio por un grupo de expertos gubernamentales y académicos, provenientes de los seis países centroamericanos (Guatemala, Belice, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica), y de los países que conformaban el grupo de Contadora (México, Panamá, Colombia y Venezuela). En la OC-21/14 se hace referencia a que diversos Estados Miembros de la OEA han incorporado en su normativa interna lo prescrito en los instrumentos internacionales en materia de refugiados y adoptado la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena para abarcar, además de los elementos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, los elementos contenidos en dicha definición. La Corte señala que, si bien la Declaración de Cartagena no es un acuerdo entre Estados, ha sido respaldada por el OEA desde 1985 al recomendar a sus Estados Miembros que apliquen su contenido en el tratamiento de los refugiados que se encuentren en su territorio. Ver párrs. 76 y 77 de la OC-21/14.

39 Este es el caso de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú and Uruguay.

40 Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, párr. 79.

41 *Ibíd.*

42 *Ibíd.*

b. El carácter informador de las normas internacionales sobre refugiados frente al art.22.7 de la Convención Americana

3.21 Tanto la Corte como la Comisión Interamericana han tenido la oportunidad de analizar el contenido del derecho a buscar y recibir asilo establecido en la Convención Americana (art. 22.7) y la Declaración Americana (Art. XXVII).

3.22 La Corte Interamericana ha reconocido expresamente que los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas que regulan el estatuto de refugiado [es decir, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967] serán aplicables en los casos donde se esté dilucidando una situación relacionada con la protección internacional de una persona. Así, desde el caso Vélez Loor, la Corte planteó:

*Del mismo modo, la Corte estima pertinente precisar que, de la prueba y de los alegatos de las partes, no se desprende que el señor Vélez Loor solicitara una medida de protección internacional, ni que ostentara algún otro estatus respecto del cual podrían ser aplicables como *lex specialis* otras ramas del derecho internacional. Incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas y las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia⁴³.*

3.23 Desde su primer *Opinión Consultiva 1/82 sobre “Otros Tratados”* el Tribunal Interamericano destacó la tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos, citando inclusive al propio artículo 22 de la Convención Americana como un ejemplo de este espíritu integrador⁴⁴.

3.24 En efecto, en el caso *Pacheco Tineo*, primer caso en el que la Corte tiene la oportunidad de referirse concretamente al derecho a buscar y recibir asilo,

reconoce que la noción contenida en el propio texto del artículo 22.7 de la Convención relativa a la aplicación de la norma “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”, entendida en conjunto con el reconocimiento del derecho de no devolución en el artículo 22.8, sustenta la interrelación entre el alcance y el contenido de estos derechos y el Derecho Internacional de Refugiados⁴⁵.

3.25 Esta interpretación integradora la explica la Corte de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, a efectos de interpretar y dar aplicación más específica a la normativa convencional para determinar los alcances de las obligaciones estatales (...) la Corte toma en cuenta la importante evolución de la regulación y principios del Derecho Internacional de Refugiados, sustentados también en las directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos como ACNUR. En este sentido, si bien las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma, la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación⁴⁶.

3.26 En la *Opinión consultiva* la Corte amplía sus pronunciamientos en la materia indicando que “la Corte es de la opinión que el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia”⁴⁷.

43 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 106.

44 Corte IDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 41.

45 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 142.

46 *Ibíd.*, párr.143.

47 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr.78.

3.27 En este orden, el Tribunal entiende por protección internacional “aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva”⁴⁸.

3.28 La Corte agrega que “[s]i bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional -y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario-, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección”⁴⁹. De este modo, la expresión protección internacional comprende⁵⁰:

- la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas;
- la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena;
- la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y
- la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.

3.29 Así las cosas, sólo es posible asegurar la protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho

internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo a un potencial solicitante de asilo en un país seguro, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera⁵¹.

3.30 El Tribunal ha insistido en la importancia de utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa de la Convención Americana⁵². En concreto, haciendo expresa referencia al texto del Preámbulo de la Convención de 1951 y a la importancia que éste otorga a la cooperación internacional en el proceso de otorgamiento de asilo⁵³, el Tribunal sostiene que con la protección de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado.

3.31 Utilizando como referencia la Conclusión número 82 del Comité Ejecutivo del ACNUR, la Corte declara que “la institución del asilo, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es uno de los mecanismos más fundamentales para la protección internacional de los refugiados⁵⁴. Asimismo, enfatiza la importancia central de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 al ser los primeros instrumentos de rango mundial que regulan específicamente el trato debido a quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por una ruptura con su país de origen⁵⁵.

3.32 Así, como conclusión fundamental, plantea que el derecho de asilo se considera incorporado de manera implícita en el texto de la Convención de

48 *Ibíd.*, párr.37.

49 *Ibíd.*

50 *Ibíd.*

51 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, *Op.cit.*, párr. 38.

52 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *Op.cit.*, párr.143.

53 *Ibíd.*, nota al pie de página 169.

54 *Ibíd.*, párr. 139. Ver también: Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre la Salvaguardia de la Institución del Asilo. N° 82 (XLVIII) (1997).

55 *Ibíd.*, párr.139.

1951, el cual menciona la definición de refugiado, la protección contra el principio de no devolución y un catálogo de derechos a los que tienen acceso los refugiados⁵⁶. En palabras de la Corte “en esos tratados se asientan los principios básicos sobre los cuales se asienta la protección internacional de los refugiados, su situación jurídica y sus derechos y deberes en el país de asilo, así como asuntos relativos a la implementación de los respectivos instrumentos”⁵⁷.

3.33 Pero el carácter informador del derecho a buscar y recibir asilo no solo se limita a los instrumentos de Naciones Unidas sobre refugiados. En su OC-21/14, la Corte calificó también a la definición recomendada por la Declaración de Cartagena a nivel regional como parte del “*corpus iuris internacional para la protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano*”⁵⁸.

3.34 La Comisión Interamericana no se ha quedado atrás en el análisis del derecho a buscar y recibir asilo. Desde el Caso de Interdicción de Haitianos en 1997, y a la luz del artículo Art. XXVII de la Declaración Americana, ha señalado que

cada Estado tiene las responsabilidades fundamentales de proteger el derecho de las personas de procurar asilo en un territorio extranjero, y no podrían tomar una acción que impida el ejercicio de este derecho⁵⁹. En este sentido, al igual que la Corte, ha sostenido que para facilitar la interpretación del derecho a buscar y recibir asilo establecido en los instrumentos interamericanos, deben utilizarse como referencia principal los tratados sobre protección de refugiados y solicitantes de la condición de refugiados⁶⁰.

3.35 En palabras de la Comisión “los instrumentos fundamentales que rigen la condición y la protección de los solicitantes de asilo y de otras personas que han atravesado las fronteras y que no pueden o no desean regresar a sus países de origen por temor a ser objeto de persecución son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967”⁶¹. Para este órgano “[l]a Convención de 1951 y su Protocolo definen: quién es y quién no es un refugiado o quién ha dejado de ser un refugiado, la situación jurídica de un refugiado y sus derechos y deberes en el país de asilo, así como asuntos relativos a la implementación de los respectivos instrumentos”⁶².

c. Obligaciones relacionadas al derecho a buscar y recibir asilo

3.36 Teniendo claro el carácter directamente informador que tienen los instrumentos internacionales sobre protección de personas refugiadas sobre el artículo 22.7 de la Convención Americana, resulta esencial hacer algunas anotaciones sobre el contenido de las obligaciones vinculadas a este derecho. El artículo de referencia contiene dos distintos tipos de obligaciones a cargo de los Estados Partes de la Convención Americana, las cuales pueden tener

un contenido independiente. Por un lado, la obligación de garantizar que las personas tengan la posibilidad de buscar el asilo, y por otro, la de recibirlo en caso de que las condiciones así lo ameriten. A continuación se realiza una breve introducción de los derechos básicos a favor de las personas solicitantes de la condición de refugiadas y refugiadas, para luego analizar los derechos a “buscar” y a “recibir” asilo y las obligaciones estatales correspondientes.

56 Ibid.

57 Ibid.

58 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr. 249.

59 CIDH, Caso de Interdicción de Haitianos, (Estados Unidos) Informe de Fondo N° 51/96, Caso No. 10.675 (13 de marzo de 1997), párrs.161, 163.

60 CIDH. Caso 120 Ciudadanos Cubanos y 8 ciudadanos haitianos c/ Bahamas. Informe de admisibilidad No. 6/02 de 3 de abril de 2002 (petición No. 12.071).

61 CIDH. Familia Pacheco Tineo (Bolivia), Informe de Fondo No. 136/11, Caso 12.474 (31 de octubre, 2011) párr.123. Ver también: CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 21; y CIDH. Informe No. 51/96. Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675. Interdicción de Haitianos en Alta Mar – Haitian Boat People. Estados Unidos. 13 de marzo de 1997, párr. 155.

62 CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000. Párr. 22. Citando. Oficina del ACNUR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (reeditado, Ginebra, 1992), págs. 4-5.

i Derechos básicos a favor de las personas solicitantes de la condición de refugiadas y refugiadas en el país de asilo

3.37 Desde los primeros momentos en que una persona busca protección internacional en territorio extranjero por las causas y motivos establecidos en la Convención de 1951, los Estados se encuentran compelidos a garantizar y respetar una serie de disposiciones frente a las personas que solicitan se les reconozca el estatuto de refugiados, o bien aquellas a las cuales ya se les ha reconocido el mismo.

3.38 La propia Asamblea General de la Organización de Estados Americanos⁶³ ha reconocido la responsabilidad de los Estados de brindar protección internacional a estas personas sobre la base de una serie de principios fundamentados en la Convención de 1951, a saber:

- la no devolución (art. 33.1 de la Convención de 1951),
- la no sanción por ingreso ilegal (art. 31.1 de la Convención de 1951),
- la no discriminación (art. 3 de la Convención de 1951),
- la cooperación internacional, y
- la responsabilidad compartida y solidaridad.

3.39 De manera particular, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha destacado la importancia fundamental del principio de no devolución (sea por medio de medidas de expulsión, deportación, retorno, extradición, el rechazo en frontera o la no admisión, etc.) como uno cardinal para la efectiva protección de las personas solicitantes de la condición de refugiado y las personas refugiadas⁶⁴. Ha reafirmado asimismo la importancia de que se respete tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado a todas las personas que, “reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podrían ser objeto de persecución si se [les devuelve] a su país de origen”⁶⁵.

3.40 Como lo señaló la Corte Interamericana en *Pacheco Tineo*, la obligación de no devolución es tanto una obligación autónoma establecida expresamente en la Convención Americana (art. 22.8) como un corolario del derecho a buscar y recibir asilo en los términos del artículo 22.7 de ese mismo instrumento y el art. XXVII de la Declaración Americana⁶⁶.

3.41 A este listado de derechos se deben sumar el principio de protección de datos personales y el de unidad familiar a favor de las personas refugiadas y solicitantes de dicha condición.

3.42 Respecto al primero, como ha sido señalado por el ACNUR, se debe respetar la privacidad de todos los aspectos relacionados al proceso de determinación de la condición de refugiado en todas sus etapas e inclusive una vez que la condición haya sido otorgada; de ninguna manera se debe compartir información alguna de la solicitud o de la situación de la persona refugiada o solicitante de la esta condición con el país de origen, a menos de que se tenga un consentimiento expreso y claro sobre ello⁶⁷.

3.43 Respecto al principio de unidad familiar, el Comité Ejecutivo del ACNUR en su *Conclusión número 88* subrayó que la familia “es el núcleo natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁶⁸. A partir de esa premisa el Comité planteó la necesidad de proteger la unidad de la familia de los refugiados mediante medidas como reunir a los miembros de la familia que hayan quedado separados a raíz de la huida de refugiados, la aplicación de criterios liberales para determinar qué familiares pueden ser admitidos, el reconocimiento como refugiado de los miembros del núcleo familiar y la posibilidad de que cada miembro de la familia presente por separado sus solicitudes pertinentes a la condición de refugiados⁶⁹.

63 AG/RES. 2758 (XLII-o/12) Protección de los solicitantes de la condición de refugiado y de los refugiados en las Américas (Aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria, celebrada el 5 de junio de 2012).

64 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados aprobadas por el Comité Ejecutivo. 1991 (42 período de sesiones del Comité Ejecutivo) N° 65 (XLII) Conclusiones generales, párr. c.

65 Comité Ejecutivo del ACNUR. No devolución.1977 (28° período de sesiones del Comité Ejecutivo). N°6 (XXVIII), párr. c.

66 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit, párr.152.

67 ACNUR. Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes). Consultas globales sobre protección internacional. EC/GC/01/12. 31 de mayo de 2001, párr.50 (m).

68 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre la protección de las familias de los refugiados. 1999 (50° periodo de sesiones del Comité Ejecutivo). N° 88 (L). Ver también la Conclusión N°9 (XXVIII), la Conclusión N°24 (XXXII), la Conclusión N°84 (XLVIII), y los párrafos u) a x) de la Conclusión N° 85 (XLIX) sobre la reunificación de las familias y la unidad familiar y sobre los niños y adolescentes refugiados.

69 *Ibíd.*, párr. b.

3.44 El Comité ha enfatizado que las instituciones competentes “presten una atención especial a las necesidades de los niños refugiados no acompañados en espera de su reunión con sus familias, y afirma a este respecto que la adopción de niños refugiados sólo debería considerarse una vez agotadas todas las medidas viables para localizar a las familias y reunificarlas, y ello únicamente en aras del interés superior del niño y de conformidad con las normas internacionales”⁷⁰.

ii El derecho a buscar asilo y el acceso a procesos justos

ii.a Acceso al asilo y garantías procesales esenciales

3.45 Sobre la importancia del acceso a procedimientos de asilo efectivos, el ACNUR ha expresado que:

[S]olamente la existencia de procedimientos formales puede garantizar plenamente que las solicitudes de asilo sean procesadas de acuerdo a lo establecido en los instrumentos internacionales de protección de refugiados, y no resulten, por ejemplo, en una devolución al país de origen, en el traslado del refugiado a un tercer país aplicando los procedimientos ordinarios como a cualquier otra persona, o bien en el sometimiento de la persona a la detención y/o a sanciones si se rehúsa a dejar el territorio del país en cuestión”⁷¹.

3.46 En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha sido enfática en su jurisprudencia en que la lectura conjunta del derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, y los artículos 8 y 25 de la misma (garantías judiciales y protección judicial), garantiza que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo⁷².

3.47 En este contexto, citando la Conclusión No.65 del Comité Ejecutivo del ACNUR como fuente, la Corte reafirma la importancia fundamental de la no devolución como piedra angular en la protección de refugiados⁷³. Adicionalmente, haciendo referencia a la Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, la Corte establece que este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional⁷⁴.

3.48 Consecuentemente, en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, en procedimientos que puedan derivar en su expulsión o deportación, las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana deben ser analizados en relación con las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de dicho instrumento, según corresponda a la naturaleza administrativa o judicial del procedimiento relevante en cada caso⁷⁵.

3.49 Así, en el caso *Pacheco Tineo* citando la *Conclusión número 71* del Comité Ejecutivo del ACNUR - la Corte reconoce “la importancia de establecer, de conformidad con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, procedimientos justos y eficientes, a los que tengan acceso todos los solicitantes de asilo, con el fin de asegurar que se identifique y se otorgue protección a los refugiados y otras personas que reúnan las condiciones para acogerse a protección en virtud del derecho internacional o nacional”⁷⁶.

3.50 De igual manera, en la *OC-21/14*, la Corte reafirma su planteamiento señalando la importancia de que los Estados diseñen y hagan operativos procedimientos individualizados justos y eficientes y prevengan devoluciones contrarias al derecho internacional a fin de otorgarle efecto útil al derecho a

70 Ibid., párr.c.

71 Ver UN High Commissioner for Refugees, Note on Determination of Refugee Status under International Instruments, 24 August 1977, EC/SCP/5, párr 12. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68cco4.html>.

72 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit, párr. 154.

73 Ibid, párr.151.

74 Ibid, párr. 151. Ver también: La Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Diciembre, 2001. párr. 4.

75 Ibid, párr. 155.

76 Ibid, párr. 156. Ver Comité Ejecutivo del ACNUR. General. No. 71 (XLIV) (1993). Ver también Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr. 244. La Corte hace referencia a la Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, donde los Estados expresan su preocupación por la importancia de procedimientos justos y eficientes. Ver: Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Diciembre, 2001. Párrafo operativo 6.

buscar y recibir asilo previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración Americana⁷⁷.

3.51 Ahora bien, en la misma OC-21/14, el Tribunal interamericano es preciso al señalar que las autoridades tienen, como parte de un deber de debida diligencia vinculada con el acceso a los sistemas de asilo, la obligación positiva de identificar a aquellas personas extranjeras (la resolución se refiere a la niñez pero la acción puede extender a personas adultas también) que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones. Dicha protección debe garantizarse, ya sea por la condición de refugiado o algún otro tipo de condición que requiera protección, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado necesario⁷⁸.

3.52 Vinculado con lo anterior, debe enfatizarse también lo expresado por la Corte en cuanto a que dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado, la protección brindada en términos de no devolución “aplica a todos los refugiados hayan o no sido reconocidos aún como tales por las autoridades”⁷⁹. Es decir, la protección en términos de no devolución a efectos de garantizar el derecho a buscar y recibir el asilo “se encuentra destinado también a solicitantes de asilo, cuya condición todavía no ha sido determinada, y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales”⁸⁰.

3.53 En este sentido, “el derecho a la no devolución es oponible por aquellos que quieran hacer valer su derecho a buscar y recibir asilo y se encuentren ya

sea en la frontera o crucen la misma sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país, pues de lo contrario se tornaría este derecho ilusorio y vacío de contenido. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”⁸¹ y “del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen”⁸².

3.54 En el caso *Pacheco Tineo*⁸³, la Corte Interamericana, tomando en cuenta distintas directivas y criterios de ACNUR, se refiere a las garantías esenciales que deben cumplirse para garantizar el acceso efectivo a los procedimientos de asilo:

- Garantizar al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal⁸⁴, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse⁸⁵, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR⁸⁶;
- La solicitud debe examinarse con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto y por una autoridad competente claramente identificada⁸⁷, lo cual requiere la realización de una entrevista personal⁸⁸;
- Las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa⁸⁹.

77 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr. 244.

78 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr. 82.

79 *Ibíd.*, párr.210.

80 *Ibíd.*

81 *Ibíd.*

82 *Ibíd.*, párr. 81.

83 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit, párr. 159.

84 Véase: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables, 2 de septiembre de 2005, p. 3.

85 Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Determinación del estatuto de refugiado, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.ii

86 Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Determinación del estatuto de refugiado, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.iv.

87 Véase: Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Determinación del estatuto de refugiado, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.iii.

88 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables, 2 de septiem-

- Con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar, en todas sus etapas, la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad⁹⁰;
- Si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada⁹¹; y
- El recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso e, inclusive, mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada⁹².

3.55 En todo caso, en el marco del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana y según las regulaciones propias del ordenamiento jurídico de cada Estado, la Corte indica que pueden existir determinadas acciones o recursos de carácter judicial, por ejemplo de amparo o de *habeas corpus*, que sean rápidos, adecuados y efectivos para cuestionar la posible violación de los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención o en la Constitución y en la ley de cada Estado. En esos términos, tales recursos pueden ser, en determinadas circunstancias, efectivos para remediar parcial o totalmente la situación violatoria

y, en su caso, para reconducir las conductas u omisiones estatales y/o los procedimientos administrativos, lo cual corresponderá ser evaluado en cada solicitud⁹³.

3.56 La Comisión Interamericana también se ha referido al derecho a buscar asilo y de que, por ende, toda persona solicitante de la condición de refugiada sea oída con las debidas garantías durante el procedimiento respectivo⁹⁴. En el *Caso de Interdicción de Haitianos* la Comisión estableció que el derecho a buscar asilo (protegido por el artículo XXVII de la Declaración Americana) abarca ciertas garantías sustantivas y de procedimiento⁹⁵ y asegura al solicitante de asilo por lo menos un mínimo de tiempo para ser oído en una audiencia para determinar su condición de refugiado⁹⁶.

3.57 Asimismo en *John Doe y otros*, la Comisión deja claro que “[e]l derecho a buscar asilo requiere que una persona sea oída para ver si se encuentra en riesgo de persecución⁹⁷-es el acto de oír a una persona lo que implementa el elemento más fundamental del derecho a buscar asilo [...]”⁹⁸. Con base en esa lógica, “la Comisión concluye que el artículo XXVII ofrece el fundamento del debido proceso para los demandantes que procuran asilo en un territorio extranjero”⁹⁹.

3.58 Asimismo, plantea con claridad que “la responsabilidad primaria de estudiar una solicitud de asilo recae sobre el Estado Miembro ante el que ha sido presentada”¹⁰⁰.

bre de 2005, párr. 4, y Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, reedición, Ginebra, diciembre de 2011, párrs. 196 a 199 y 205. b. i.

89 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Mejorando los procedimientos de asilo: Análisis comparativo y recomendaciones para el Derecho y Práctica – Principales conclusiones y recomendaciones*. Un proyecto de investigación de ACNUR sobre la aplicación de las disposiciones clave de la Directiva de Procedimientos de Asilo en Determinados Estados Miembros, marzo 2010, pág. 18, párr. 30; y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables*, 2 de septiembre de 2005, párr. 8 y 9.

90 ACNUR. *Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)*. Consultas globales sobre protección internacional. EC/GC/01/12. 31 de mayo de 2001, párr. 50.M. Ver también, *Guidelines on international protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, párr. 5.

91 Véase: Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Determinación del estatuto de refugiado*, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.vi

92 Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Determinación del estatuto de refugiado*, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.vii.

93 *Ibíd.*, párr. 160.

94 CIDH, *Caso de Interdicción de Haitianos*, (Estados Unidos), *Op.cit.*, párr. 163.

95 Ver CIDH, *Casos de Michael Edwards, Omar Hall, Brian Schroeter y Jerónimo Bowleg*, (Las Bahamas) Informe No. 48-01 (fondo), Casos Número 12.067, 12.068, 12.086 (4 de abril de 2001), párrafo 172 [en adelante los “Casos de Michael Edwards”].

96 CIDH, *Caso de Interdicción de Haitianos*, (Estados Unidos). *Op.cit.*, párr. 155.

97 Basado en una de las cinco condiciones para el asilo enumeradas.

3.59 En suma, tanto a nivel interamericano como con fundamento en las directrices y pronunciamientos del ACNUR, no puede existir un adecuado respeto al derecho a buscar asilo sin el correlativo acceso de las personas solicitantes a recursos efectivos donde se les asegure que serán escuchados adecuadamente, y con las garantías mínimas de un debido proceso legal en su búsqueda de protección internacional.

ii.b Garantías en el acceso al asilo para niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional

ii.b.1 La Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana

3.60 En la OC-21/14, la Corte Interamericana abordó de manera específica los estándares mínimos de derechos humanos a favor de los niños, niñas, y adolescentes solicitantes de asilo y refugiados en el contexto de la migración internacional.

3.61 La Corte señala con énfasis que el interés superior de la niña o del niño y el garantizar su participación será la consideración primordial en todas las acciones que los afecten¹⁰¹. Lo anterior involucra el derecho de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial del cual sean parte¹⁰².

3.62 En este sentido, el Tribunal hace referencia al artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰³, el cual reconoce el derecho a que los Estados aseguren que el niño o niña que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos¹⁰⁴. La Corte cita el criterio del Comité Ejecutivo del ACNUR respecto a la necesidad de aplicar la Convención de 1951 teniendo en cuenta la edad y el género y reconociendo, a esos efectos, las manifestaciones y formas de persecución específicamente dirigidas contra los niños¹⁰⁵.

3.63 De allí que la Corte señala que “es posible considerar que los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, VII y XXVII de la Declaración Americana, 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la definición regional de la Declaración de Cartagena, conforman el *corpus iuris* internacional para la protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano”¹⁰⁶.

3.64 A partir de lo anterior, la Corte estima que, a efectos de garantizar una efectiva protección del interés superior de los niños y niñas en necesidad de protección internacional, debería prevalecer la aplicación del sistema de pro-

98 CIDH. John Doe y Otros c/ Canadá, *Ibíd.*, párr. 92. Ver también: CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus familias, Informe Anual 2000, párrafo 99A (16 de abril de 2001).

99 CIDH. John Doe y Otros c/ Canadá, párr. 92.

100 CIDH. John Doe y Otros c/ Canadá, párr. 93. Ver ACNUR, “Nuevo examen del Convenio de Dublín: Reflexiones del ACNUR sobre el documento de trabajo de la Comisión, página 2 (Abril de 2000).

101 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr. 247.

102 *Ibíd.*

103 El artículo 22 dispone: 1. 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 o 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 adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes. 2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

104 *Ibíd.*

105 *Ibíd.* Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.viii).

106 *Ibíd.*, párr. 249.

tección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio¹⁰⁷.

3.65 En específico, además de las obligaciones de los Estados señaladas anteriormente sobre identificación oportuna y acceso a los procedimientos de

asilo aplicables a favor de toda persona con una posible necesidad de protección internacional, la Corte señala deberes específicos para casos de niños, niñas y adolescentes, particularmente para aquellos no acompañados o separados de su familia:

<p>No impedir ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, y exigir documentación que no pueden tener. Dirigirlos/las de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. Debe crearse una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada¹⁰⁸.</p>	<p>El procedimiento de evaluación inicial debe contar con mecanismos para obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección¹⁰⁹.</p>	<p>Brindar la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR o la entidad que haga sus funciones en caso de no encontrarse en el país¹¹⁰.</p>	<p>Deben facilitarse los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal gratuita y contar con capacitación especializada¹¹¹.</p>	<p>En el caso que se trate de una niña o niño no acompañado o separado, existe una obligación ineludible el nombroamiento de un tutor que vele por el bienestar e interés superior de la niña o del niño¹¹².</p>
<p>Corresponde a la entidad competente realizar el examen de la solicitud con objetividad, a partir de una entrevista personal¹¹³.</p>	<p>Permitirles expresar sus opiniones y participar de una manera significativa en el proceso. Si no pudieran dar una entrevista, atender a los métodos de comunicación no verbales que resulten más idóneos en cada caso concreto para dar cumplimiento al principio de participación¹¹⁴.</p>	<p>Otorgar atención prioritaria para la entrevista a niñas y niños no acompañados, luego a los separados, después a los acompañados de un solo progenitor y, finalmente, a los que vienen como parte de una familia¹¹⁵.</p>	<p>La entrevista debe ser realizada en un lugar adecuado a las necesidades y seguridad de las niñas y niños, evitar ser amenazante, y por un profesional que cuente con una capacitación especializada¹¹⁶.</p>	<p>La entrevista debe permitir identificar necesidades inmediatas de asistencia como ropa, comida e higiene, entre otras¹¹⁷.</p>

107 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr. 166.

108 *Ibíd.*, párr. 83.

109 *Ibíd.*, párr. 84. En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño ha especificado que “[l]a determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”. La obtención de dicha información se debe realizar mediante un procedimiento que tome en cuenta la diferenciación de niñas y niños con adultos y el tratamiento sea acorde a la situación. Ver Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párr. 20.

110 *Ibíd.*, párr. 250

111 *Ibíd.*, párr. 251.

112 *Ibíd.*

113 *Ibíd.*, párr. 252.

114 *Ibíd.*

115 *Ibíd.*, párr. 253.

116 *Ibíd.*, párr. 254. Al inicio de la entrevista la autoridad debe informar a la niña o niño lo que sucederá, procurando en todo momento evitar la incomodidad y resaltando que se trata de una entrevista confidencial. El procedimiento debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud, así como el principio de confidencialidad.

117 *Ibíd.*, párr. 255.

Garantizar la **menor demora posible** en el reconocimiento de la condición de refugiado a las niñas y los niños. Brindar protección de manera especial durante el tiempo que dure la toma de decisión (asegurar vivienda y comida, acceso a la salud, atención psicosocial y educación)¹¹⁸.

La decisión debe estar debida y expresamente fundamentada, a fin de posibilitar el derecho al recurso, y debe ser comunicada en un lenguaje y modo adecuado a la edad y en presencia de tutor, representante legal y/o de otra persona de apoyo. En caso de reconocerse el estatuto se debe otorgar un documento que lo certifique¹¹⁹.

En caso de denegatoria, se debe brindar la **información sobre cómo recurrir** y concedérsele un plazo razonable¹²⁰.

En caso de reconocimiento, proceder a **trámites de reunificación familiar**, si fuere necesario de conformidad con el interés superior, y buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo a la determinación del interés superior de la niña o del niño¹²¹.

Se deben adoptar las **medidas de coordinación interinstitucional para las medidas de protección especial** que correspondan, dotando a las entidades competentes de recursos presupuestales adecuados y brindando la capacitación especializada a su personal¹²².

ii.b.2 El ACNUR y la protección de la niñez en las solicitudes de asilo

A. Las Directrices del ACNUR sobre solicitudes de asilo de niños, niñas y adolescentes

3.66 Las Directrices del ACNUR sobre solicitudes de asilo de niños y niñas bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados ofrecen una orientación sustantiva y procedimental para llevar a cabo la determinación de la condición de refugiado de forma sensible de niños, niñas y adolescentes¹²³.

3.67 Con el fin de evaluar la persecución que podría sufrir un niño, niña o adolescente, las Directrices señalan que el principio del interés superior del niño requiere que la posibilidad razonable de daño sea valorada desde la perspectiva de la persona menor de edad¹²⁴. En efecto, los malos tratos pueden no

alcanzar el nivel de persecución en el caso de un adulto, pero puede serlo para el caso de un niño, niña o adolescente¹²⁵.

3.68 Asimismo, “no solamente la edad, otras características vinculadas a la identidad, de naturaleza económicas y sociales del niño, como sus antecedentes familiares, clase, casta, salud, educación y nivel de ingreso, pueden incrementar el riesgo de daño, influenciando el tipo de conducta persecutoria inflingida en el niño y exacerbando el efecto del daño en ellos”¹²⁶. Entre estas circunstancias se encuentran por ejemplo:

- La niñez sin hogar, abandonada o de otra manera sin el cuidado de su padre y madre, puede estar expuesta a mayores riesgos de abuso sexual y explotación o ser reclutada o usada por fuerzas o grupos armados o pandillas delictivas¹²⁷.

118 *Ibíd.*, párr. 256.

119 *Ibíd.*, párr. 257.

120 *Ibíd.*, párr. 258

121 *Ibíd.*, párr. 261.

122 *Ibíd.*, párr. 107.

123 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 22 de diciembre de 2009, HCR/GIP/09/08, párr. 1.

124 *Ibíd.*, párr.10.

125 *Ibíd.*

126 *Ibíd.*, párr. 12.

127 *Ibíd.*

- La niñez de la calle, en particular, puede ser arrestada en condiciones degradantes o ser sometida a otras formas de violencia, incluyendo asesinatos con el propósito de “limpieza social”¹²⁸.
- La niñez con discapacidad, a la que puede negársele tratamientos médicos rutinarios o especializados o ser excluida de su familia o comunidad. Los niños, niñas y adolescentes pueden enfrentar abuso y discriminación grave, en lo que puede considerarse como situaciones familiares no convencionales incluyendo, por ejemplo, aquellas personas nacidas fuera del matrimonio, en violación de políticas familiares coercitivas, o por medio de violación. Las niñas embarazadas pueden ser rechazadas por sus familias y sujetas a acoso, violencia, prostitución forzada u otros trabajos degradantes¹²⁹.
- La violación de un derecho generalmente puede exponer al niño, niña o adolescente a otros abusos; por ejemplo, el denegarle el derecho a la educación o un adecuado nivel de vida puede conducir a intensificar el riesgo de otras formas de daño, incluyendo violencia y abuso¹³⁰.

3.69 El Comité Ejecutivo del ACNUR, en su *Conclusión No. 107*, reconoció algunas formas específicas de persecución de niños, niñas adolescentes como lo pueden ser¹³¹:

- Reclutamiento de menores, la trata de niños, niñas y adolescentes y la mutilación genital femenina.
- Violencia intrafamiliar
- Matrimonio forzado
- Trabajo infantil obligatorio o peligroso,
- Prostitución forzada y pornografía infantil
- Discriminación grave a los niños nacidos fuera de las reglas estrictas de la planificación familiar.

3.70 En solicitudes de asilo de los niños, niñas y adolescentes, es común que el agente de persecución sea un actor no estatal, como lo son grupos militarizados, pandillas delictivas, padres u otras personas encargadas del cuidado o líderes comunitarios y religiosos¹³². En la valoración del fundado temor de persecución se debe determinar si el Estado no puede o no quiere proteger a la víctima. La evaluación debe hacerse caso por caso y debe en consideración no sólo de la existencia de un sistema legal que penalice y estipule sanciones para la conducta persecutoria, sino también que las conductas sean efectivamente investigadas y que los responsables sean identificados y sancionados adecuadamente¹³³.

3.71 El acceso de la niñez a la protección del Estado también depende de la capacidad y voluntad del padre y madre de la persona menor de edad, de otro encargado principal de su cuidado o de quien ejerce la tutela para ejercer sus derechos y obtener la protección en su nombre¹³⁴.

3.72 Respecto a los motivos de la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el ACNUR hace señalamientos específicos sobre la aplicación de los mismos a las solicitudes de niños, niñas y adolescentes:

- Raza, nacionalidad u origen étnico¹³⁵:
 - Dada la aplicación de políticas que niegan que la niñez de una particular raza o etnia, tengan el derecho a una nacionalidad o el registro de su nacimiento o que niegan a la niñez de un grupo étnico particular su derecho a la educación o a los servicios de salud.
 - Dada la aplicación de políticas que tienen el objetivo de separar a la niñez de sus padres sobre la base de determinado origen racial, étnico o indígena.

128 *Ibíd.*

129 *Ibíd.*

130 *Ibíd.*, párr.14.

131 Comité Ejecutivo del ACNUR *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*. 2007 (58° Período de sesiones del Comité Ejecutivo). N° 107 (LVIII), págs. 3 y 4.

132 ACNUR. *Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párr. 37.

133 *Ibíd.*, párr. 38.

134 *Ibíd.*, párr. 39.

135 *Ibíd.*, párr. 41.

- El uso sistemático de niñas pertenecientes a determinadas minorías étnicas, para ser violadas, utilizadas como víctimas de trata o reclutadas para fuerzas o grupos armados, también puede ser sujeto de análisis dentro de este motivo de la Convención.
- Religión¹³⁶:
 - Si el niño, niña o adolescente no cumple su función asignada o se rehúsa a acatar el código religioso y es castigado como consecuencia.
 - El rechazo de un niño, niña o adolescente a adherirse a los roles de género prescritos, pueden también ser analizados en virtud de este motivo. Las niñas y adolescentes pueden estar propensas a desempeñar funciones tradicionales de esclavas, brindar servicios sexuales, ser obligadas a sufrir mutilación genital o ser castigadas por crímenes de honor en nombre de la religión.
 - También pueden ser blanco para unirse a grupos o fuerzas armadas de un Estado en base a religión o ideologías relacionadas.
- Opinión política¹³⁷:
 - Los niños, niñas y adolescentes pueden ser políticamente activos/as y tener opiniones políticas particulares, independientemente de las de adultos, por las cuales pueden temer persecución. Muchos movimientos de liberación o de protesta están dirigidos por estudiantes activistas, incluyendo escolares, y estos pueden estar involucrados en distribución de panfletos, participando en demostraciones actuando como mensajeros o ligados a actividades subversivas.

Los puntos de vista o las opiniones de los adultos, como el de los padres, pueden ser imputados a sus hijos por las autoridades o por los actores no-estatales.

 - Los motivos de opinión política y religión (imputados) pueden coincidir. En ciertas sociedades, el rol asignado a las mujeres y niñas puede ser atribuible a los requisitos del Estado o la religión oficial. El incumplimiento podría ser interpretado como sostener una opinión política inaceptable que amenaza estructuras de poder fundamentales.
- Pertenencia a determinado grupo social¹³⁸:
 - Aunque la edad, en términos estrictos, ni es innata ni permanente porque cambia continuamente, ser un niño, niña o adolescente es una característica inmutable en cualquier momento dado. El niño claramente no puede desligarse de su edad con el fin de evitar la temida persecución.
 - La niñez de la calle, por ejemplo, debe de considerarse un determinado grupo social que puede ser objeto de persecución por ese motivo. La niñez viviendo y/o trabajando en las calles está entre el grupo más visibles, y se identifica por la sociedad desde una perspectiva de marginación social. Pueden compartir experiencias pasadas como la violencia doméstica, abuso sexual, y explotación o ser huérfanos o abandonados.
 - La niñez afectada por el VIH/SIDA, incluyendo la VIH-positivo y la que tiene un padre o madre VIH-positivo u otro familiar, también puede sufrir persecución por este motivo.
 - La niñez puede ser escogida como objetivo para reclutamiento o utilizada por una fuerza o grupo armado, de allí que la persecución sea asociada al hecho de que la persona es niño, niña o adolescente. El evadir el reclutamiento, desertar o de otra manera rechazar el ser asociado/a con una fuerza armada puede ser percibido como opinión política en cuyo caso el vínculo con el motivo de la Convención de opinión política puede también ser establecido.

B. Las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior de la niñez

3.73 Las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior de la niñez¹³⁹, documento referido por la Corte Interamericana en la OC-21/14 para establecer los estándares mínimos de trato a la niñez en necesidad de protección internacional, abordan una serie de elementos adicionales rele-

¹³⁶ *Ibid.*, párrs. 42-44.

¹³⁷ *Ibid.*, párrs. 45-47.

¹³⁸ *Ibid.*, párrs. 48-52.

¹³⁹ ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008.

vantes en el tema, que deben no solo complementar sino también informar el proceso de las solitudes de asilo.

3.74 En dichas Directrices, el ACNUR describe dos tipos de procesos para garantizar los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes en contextos en donde puedan requerir protección internacional. Estos son: el proceso de *evaluación del interés superior del menor* (EIS) y el proceso de *determinación del interés superior del menor* (DIS)¹⁴⁰.

3.75 Ambos procesos deben asegurar la adecuada participación del niño sin discriminación, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes encargadas de tomar las decisiones y equilibrar todos los factores relevantes para valorar la mejor opción para alcanzar su protección de forma individual¹⁴¹.

3.76 Según las Directrices, la *evaluación del interés superior del menor* (EIS) (lo que podría relacionarse con lo que la Corte Interamericana llama la “*evaluación inicial*”¹⁴²) es la valoración efectuada por el personal que desempeña su actuación con respecto a niños, niñas y adolescentes, concebida para atribuir una consideración primordial al interés superior del niño, y que debe ser aplicada excepto cuando se requiere un procedimiento de DIS en casos que ameriten un proceso más formal por las implicaciones que pueden tener las medidas a llevar a cabo en la vida del niño, niña o adolescente¹⁴³.

3.77 En estos términos, cuando las autoridades identifiquen a una niña, niño o adolescente con posibles necesidades de protección internacional, resulta esencial que se realice una *evaluación del interés superior* antes de llevar a

cabo cualquier actuación que la/ lo afecte¹⁴⁴. La evaluación “no requiere formalidades especiales y debe realizarse sistemáticamente en las situaciones que tienen lugar desde el momento de la identificación del niño como no acompañado o separado o en situación de riesgo, hasta que es implementada una solución duradera” y debe inclusive realizarse antes de iniciar la búsqueda de familiares, o de proporcionarle cuidado temporal¹⁴⁵. Esta evaluación “puede hacerse por una sola persona, o en consulta con otros. No precisa de las estrictas garantías procedimentales de una determinación formal, pero el personal debe tener la habilidad y el conocimiento necesarios”¹⁴⁶.

3.78 Por su parte, la *determinación del interés superior* (DIS) describe un proceso más formal, dotado de garantías procesales estrictas, establecido para determinar el interés superior del niño, especialmente en la adopción de las decisiones de importancia máxima que le afecten al mediano y largo plazo¹⁴⁷.

3.79 En concreto, y sin perjuicio de haber realizado una *evaluación del interés superior* como paso previo, el ACNUR ha planteado que, más allá de la *evaluación*, un procedimiento formal de DIS es necesario cuando se verifique que hay que:

- Identificar soluciones duraderas para niños no acompañados y separados: repatriación voluntaria; integración local o reasentamiento¹⁴⁸.
- Establecer medidas de cuidado temporal para niños no acompañados y separados en situaciones excepcionales¹⁴⁹.
- Decidir la posible separación de un niño o niña de sus padres (o personas que tengan la guarda según la ley o costumbre) contra su voluntad¹⁵⁰.

140 *Ibíd.*, págs. 22 y 23.

141 *Ibíd.*, pág. 8.

142 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr.82.

143 ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, Op.cit, pág. 8.

144 *Ibíd.*, pág. 22.

145 *Ibíd.*

146 *Ibíd.*

147 *Ibíd.*, pág. 23.

148 *Ibíd.*, pág. 30 y ss.

149 *Ibíd.*, págs.34 y ss. Entre estas situaciones en las cuales hay que ir más allá de una *evaluación del interés superior* y hacer un proceso de determinación del interés superior se mencionan: 1. Si existe un motivo razonable para pensar que un niño no acompañado o separado está expuesto, o puede llegar a estarlo, a abuso o trato negligente por el adulto que le acompaña; 2.

- Resolver situaciones de custodia no resueltas¹⁵¹.
- Resolver casos complejos antes de la reunificación familiar¹⁵².

3.80 Como se desprende de lo anterior, para que una DIS se realice de manera completa e idónea, una *evaluación del interés superior*, como insumo previo, es una acción de protección esencial. No obstante, en algunos casos, la DIS puede iniciarse antes, si los niños, niñas o adolescentes están en extremo peligro o riesgo inminente¹⁵³.

3.81 Para llevar a cabo una DIS, se debe¹⁵⁴:

- Designar a un supervisor, establecer un panel y éste debe organizar reuniones de modo regular.
- Además de tener competencias suficientes y una variedad de experiencias en protección de la infancia y conocimiento de la legislación internacional/nacional, el panel debe de buscar un equilibrio de género, ser multidisciplinario e interagencial.
- El panel para la DIS debe velar por tomar decisiones en conjunto y concebir acciones para hacer frente a problemas de protección de la infancia con el fin de alcanzar soluciones sustentables.

3.82 Algunas medidas que deben llevar a cabo los funcionarios de protección a la infancia en el marco del panel son por ejemplo: identificar a los niños y niñas que requieren una DIS, conducir visitas a los hogares y entrevistas con niños y niñas y personas cercanas al niño o a la niña; escribir, actualizar y mantener los formularios de *evaluación del interés superior* (EIS) *determinación*

del interés superior (DIS) y otros documentos necesarios como es debido; informar a las niñas y los niños y/o cuidadores acerca de las decisiones y medidas de protección; monitorear y supervisar los problemas de protección de la infancia; y poner en práctica de las decisiones y recomendaciones del panel para la DIS¹⁵⁵.

3.83 La puesta en marcha de procedimientos de *evaluación del interés superior* o de *determinación del interés superior* no sustituye el proceso para la determinación de la condición de refugiado, sino que más bien puede ser un complemento clave en el proceso. Estos procedimientos especiales permiten tanto identificar a niñas, niños y adolescentes que puedan estar en necesidad de protección internacional en el contexto de los movimientos migratorios como establecer las condiciones de riesgo en las que se encuentran en el país de destino, y aquellas condiciones en las que se encontraban en su país de origen, y las que encontrarían en caso de ser devueltos.

3.84 Como se desprende, la efectividad de los procesos de *evaluación y/o determinación del interés superior* y el marco de protección que propician pueden ser herramientas claves para asegurar a los niños, niñas y adolescentes con necesidades de protección internacional el acceso a efectivo a los procesos de asilo como medida idónea con miras a garantizarles una solución duradera y sustentable. Como ha sido indicado por la Corte Interamericana, la efectividad de esta protección dependerá de que exista una eficaz coordinación interinstitucional en la determinación y adopción de las medidas de protección especial que correspondan.

En los casos en los que existen razones fundadas para creer que las medidas de cuidado existentes no son apropiadas para el niño (por ejemplo, debido a sus antecedentes culturales, étnicos o religiosos, a su asociación con fuerzas o grupos armados o a la asociación de su cuidador con grupos o fuerzas armadas); 3. Cuando se dan múltiples necesidades específicas, como las propias de un niño no acompañado con discapacidad, pueden ser necesarias medidas de apoyo adicionales.

150 *Ibíd.*, pág.36 y ss.

151 *Ibíd.*, pág.42 y ss. Como parte de la protección internacional, se deben adoptar medidas para el reasentamiento de mujeres y niños en riesgo y facilitar una salida rápida a las mujeres en riesgo (la protección puede ser para el padre en caso de que sea la mujer la responsable de la situación de riesgo) y de las personas a su cargo. Es probable que en este contexto se planteen complejas cuestiones de custodia.

152 *Ibíd.*, pág.31y 32. Es necesario, con carácter previo a dar apoyo a la reunificación, realizar una evaluación con respecto a si ello expone, o es probable que exponga, al niño a abuso o trato negligente.

153 *Ibíd.*, pág.50.

154 *Ibíd.*, pág. 48 y ss.

155 *Ibíd.*, pág. 53 y ss.

ii.c Las solicitudes de asilo relacionadas a persecución por motivos de género, identidad de género y/o orientación sexual

3.85 La Corte Interamericana en su OC-21/14 señaló que “[a]l evaluar las necesidades de protección internacional es necesario recordar que, “si bien tanto las niñas como los niños hacen frente a muchos de los mismos riesgos que requieren protección, también pueden verse expuestos a problemas de protección propios de su género”¹⁵⁶, por lo que la información debe ser recabada y analizada tomando en cuenta la perspectiva de género”¹⁵⁷.

3.86 En este sentido, el ACNUR desarrolló las Directrices sobre Protección Internacional relacionadas a la persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967 con el fin de servir de guía legal interpretativa para resolver solicitudes basadas en estos motivos¹⁵⁸.

3.87 La dimensión de género no se encuentra incluida explícitamente en la definición de refugiado de la Convención de 1951, pero puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado, y las razones de ese trato¹⁵⁹. En este sentido, las Directrices del ACNUR indican que casos de violencia de género, tales como la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina, la violencia doméstica y la trata de personas, como actos que ocasionan un profundo sufrimiento y daño tanto mental como físico, y que han sido utilizadas como mecanismos de persecución, ya sea por agentes estatales o particulares¹⁶⁰.

3.88 El aborto provocado y la esterilización forzosa también son prácticas que constituyen persecución por género¹⁶¹. Medidas de discriminación con consecuencias graves sobre el derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios educativos normalmente asequibles, o bien los casos individuales de violencia doméstica o abusos motivados por la orientación sexual en donde el Estado no concede la protección, son consideradas acciones de persecución también¹⁶².

3.89 También casos individualizados donde la persona es objeto de la trata de personas para prostitución forzosa o explotación sexual puede ser el fundamento para la solicitud de condición de refugiado cuando el Estado no pueda o no quiera brindar protección contra tales perjuicios o amenazas¹⁶³.

3.90 Inclusive la imposición de una pena severa a mujeres que transgreden las costumbres o valores sociales, aun cuando esto sea validado por la ley, podría equivaler asimismo a persecución¹⁶⁴. No obstante, “aunque un Estado determinado haya prohibido una práctica persecutoria (por ej. la mutilación genital femenina), también podría ser, sin embargo, que continúe tolerando o condonando dicha práctica, o no estar en condiciones de detenerla eficazmente. En tales casos, la práctica equivaldría a persecución”¹⁶⁵.

3.91 El ACNUR también desarrollo las Directrices sobre protección internacional sobre solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género¹⁶⁶ en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, para el adecuado análisis de este tipo de solicitudes.

156 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.

157 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr. 102.

158 ACNUR. La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, pág.1.

159 *Ibid.*, párr.6.

160 *Ibid.*, párr.9.

161 *Ibid.*, párr.13.

162 *Ibid.*, párrs.14 y 15.

163 *Ibid.*, párr.18.

164 *Ibid.*, párr.12.

165 *Ibid.*, párr.11.

166 ACNUR. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. Según los Principios de Yogyakarta, la orientación sexual se refiere a “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La identidad de género se refiere a: “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no

3.92 Las Directrices aclaran que cualquier análisis de si una persona solicitante lesbiana, gay, bisexual, transexual o intersex es un refugiado bajo la Convención de 1951 tiene que partir de la premisa de que tienen derecho a vivir en la sociedad como lo que son y no necesitan ocultarlo¹⁶⁷. Asimismo, que si bien la orientación sexual y/o identidad de género pueden ser reveladas por la conducta sexual o un acto sexual, o por la apariencia externa o la forma de vestir, pueden ser evidenciadas por una serie de otros factores, cómo a forma en que vive en la sociedad, o cómo él o ella expresa (o desea expresar) su identidad¹⁶⁸.

3.93 Así, la desaprobación social de diversas identidades sexuales o su expresión “a menudo es subrayado por una reacción a la falta de cumplimiento con las normas y los valores culturales, de género y/o sociales establecidos”¹⁶⁹. Inclusive, muchas personas vienen de países de origen en los que las relaciones consensuadas entre personas del mismo sexo son un delito¹⁷⁰.

3.94 En cuanto a la protección del Estado, normalmente no se considera efectiva, entre otras circunstancias, cuando las autoridades no responden a las solicitudes de protección o se niegan a investigar, enjuiciar o castigar a los autores (no estatales) de la violencia contra las personas con la debida diligencia¹⁷¹. En efecto, “[d]ependiendo de la situación en el país de origen, las leyes que penalizan las relaciones entre personas del mismo sexo normalmente son una señal de que la protección de las personas LGBTI no está disponible¹⁷².

3.95 El siguiente cuadro refleja algunos ejemplos señalados por las Directrices comentadas respecto al nexo causal entre los motivos de persecución establecidos en la Convención de 1951, y el género, la identidad de género, y/o la orientación sexual de las personas:

	Raza	Religión	Nacionalidad	Pertenencia a determinado grupo social	Opinión Política
Directriz sobre solicitudes por persecución basada en género ¹⁷³	<p>Destrucción de la identidad étnica y/o la prosperidad de un grupo étnico mediante el asesinato, mutilación o encarcelamiento de los hombres.</p> <p>Las mujeres podrían ser vistas como las responsables de propagar la identidad étnica o racial y ser perseguidas de otra forma, por ejemplo, mediante la violencia sexual o el control de la reproducción.</p>	<p>Cuando doctrinas religiosas exigen a las mujeres cierto tipo de comportamiento, una conducta contraria puede ser percibida como evidencia de una opinión política inaceptable.</p>	<p>La persecución por motivos de nacionalidad puede adoptar una forma específica de género manifestada a través de la violencia sexual contra mujeres y niñas.</p>	<p>La persecución de una persona por características relacionadas con su género puede ser subsumido en la categoría de ‘grupo social’, siendo, por ejemplo, las mujeres un claro caso de un grupo social definido por características innatas e inmutables, pudiendo someterse a diferentes tratos y normas en algunos países.</p>	<p>Una solicitud por motivos de opinión política supone que él o la solicitante posee, o se supone que posee, opiniones que no son toleradas por las autoridades o la sociedad, que son críticas de sus políticas, costumbres o métodos. Acá se puede incluir la opinión inconformista con respecto a las funciones de género.</p>

con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo... y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. CIJ, Principios de Yogyakarta - Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, marzo de 2007. Preámbulo.

167 *Ibid.*, párr.12.

168 *Ibid.*

169 *Ibid.*, párr.15.

170 *Ibid.*, párr.26.

171 *Ibid.*, párr.36.

172 *Ibid.*

173 ACNUR. La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, Op.cit, págs. 8-10.

Directrices sobre solicitudes de persecución basada en identidad de género y/ orientación sexual¹⁷⁴

Persecución a una persona se le considera que no se ajusta a las enseñanzas de una religión en particular a causa de su orientación sexual o identidad de género, y es sometida a daños o castigos graves como consecuencia de ello.

La orientación sexual y/o identidad de género son características innatas e inmutables, o características tan fundamentales para la dignidad humana que la persona no debe ser obligada a abandonarlas, y perseguida por ello.

La expresión de orientación sexual e identidad de género diversa puede ser considerada política, sobre todo en países donde tal falta de conformidad es considerada como desafiante hacia la política del gobierno o donde se percibe como una amenaza a las normas y los valores sociales prevalecientes.

iii. El derecho a recibir asilo y a que sea otorgada la protección internacional

iii. a Del derecho a “disfrutar” del asilo al derecho a “recibir” asilo

3.96 Al momento de redactar el artículo 22.7 de la Convención Americana, los Estados Partes de dicho instrumento, utilizando la misma redacción del art. XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incluyeron el derecho a “recibir” asilo como una garantía expresa a favor de la persona. Con ello, los redactores de la Convención se apartaron del lenguaje utilizado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 14, el cual señala el “derecho a buscar asilo y disfrutar de él”. (énfasis fuera del original)

3.97 En efecto, el término “recibir” asilo fue debatido en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal y fue expresamente rechazado al considerarse que implicaba la existencia de una obligación estatal correlativa de otorgar el asilo cuando las condiciones establecidas fueran satisfechas¹⁷⁵.

3.98 Como consecuencia de ello, el lenguaje “derecho a buscar asilo y disfrutar de él” se incluyó con la intención de dejar un margen de discrecionalidad a favor las autoridades en el otorgamiento del asilo, surgiendo nada más un derecho a disfrutar de los beneficios del mismo solo en caso de que éste fuese efectivamente otorgado por el Estado¹⁷⁶.

3.99 Con ello, es posible afirmar que, al utilizar expresamente el término “recibir asilo” en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, los Estados Partes configuraron un verdadero derecho subjetivo de reconocimiento del estatuto del refugiado como modalidad específica de asilo, u otras formas de protección internacional aplicables, en caso de reunir los elementos para ello. Esta noción fue corroborada por la Corte Interamericana al establecer, en la OC-21/14 que “este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1¹⁷⁷ y 2¹⁷⁸ de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar”.

174 ACNUR. La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, Op.cit, págs.22-25.

175 Ver Manly, Mark. La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Op.cit. págs. 133 a 138.

176 Ibid.

177 A la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados parte tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

178 Por su parte, el artículo 2 de la Convención impone a los Estados parte la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos reconocidos en ésta.

179 Comité Ejecutivo del ACNUR. Soluciones duraderas y protección de los refugiados. 1989 (40º período de sesiones del Comité Ejecutivo). N° 56 (XL).

iii.b El acceso a otros derechos básicos que dan contenido al asilo en el país de destino

3.100 Las autoridades de los países de acogida de las personas refugiadas tienen deberes concretos relacionados con el acceso a otros derechos básicos que les permita una vida digna, soluciones duraderas y una integración adecuada a las sociedades de destino a las personas que efectivamente han sido reconocidas como refugiadas en el país de asilo.

3.101 En este sentido, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha señalado la interrelación existente entre el concepto de protección y el concepto de soluciones, así como la conveniencia de garantizar la observancia de los derechos humanos como la mejor solución para las personas refugiadas¹⁷⁹. En este sentido, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece una serie de garantías (ver artículos 12 a 27 de la Convención) que los Estados deben respetar y asegurar a su favor y de manera equitativa frente a nacionales y otros extranjeros residiendo legalmente en el país. Algunas de las disposiciones más importantes son:

- el ejercicio del derecho a la religión,
- la posibilidad de adquisición de bienes,
- el respeto de la propiedad intelectual,
- el ejercicio del derecho de asociación,
- el acceso a tribunales,
- el acceso a actividades lucrativas (trabajo por cuenta propia y profesiones liberales)
- el acceso a los programas de vivienda existentes (en iguales condiciones que otros extranjeros)
- el acceso a los programas de educación existentes (en iguales condiciones que los nacionales para enseñanza elemental y que otros extranjeros en enseñanza distinta a la elemental),

- el respeto de sus derechos laborales,
- el acceso a la seguridad social,
- la libertad de circulación
- el acceso a documentos de identidad y de viaje y
- la facilitación en todo lo posible de la asimilación y la naturalización en el país.

3.102 En este punto vale la pena recordar lo señalado por la Corte Interamericana en cuanto a que, con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, la institución del asilo (regulada como un derecho subjetivo a partir del art. 22 de la Convención Americana) asumió una específica forma y modalidad como lo es la del estatuto del refugiado¹⁸⁰. A partir de dicho criterio, puede concluirse que los Estados están llamados a garantizar y respetar un catálogo de derechos a favor de las personas refugiadas, como son aquellos a los que se ha hecho referencia.

iv. El derecho de buscar y recibir asilo a favor de las personas apátridas

3.103 La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 define a una persona apátrida como aquella “que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”¹⁸¹.

3.104 A su vez, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, al momento de definir lo que es un refugiado, garantiza el estatuto de protección a aquellas personas que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de fundados temores de persecución por los motivos establecidos en la definición, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él¹⁸². Es decir, las personas apátridas pueden reunir los elementos para ser refugiadas también¹⁸³.

¹⁸⁰ Ver Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit, párr. 139.

¹⁸¹ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954, art.1.1.

¹⁸² Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Op.cit., art.1.A.2.

¹⁸³ Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión No. 103 (LVI) – 2005– Disposición sobre Protección Internacional en particular mediante formas complementarias de protección. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3862>

¹⁸⁴ ACNUR. Manual sobre Protección de Personas Apátridas bajo la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954. Ginebra, 2014, párr.78.

3.105 En los casos en que una persona reúna los elementos para ser tanto refugiado como apátrida, el *Manual sobre Protección de Personas Apátridas* del ACNUR aclara que debe hacerse la correspondiente determinación de ambos estatutos con base en los procedimientos respectivos, y reconocerse cada uno de ellos si correspondiere¹⁸⁴. Esto se convierte en una garantía esencial dado que en muchos casos la protección de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados conlleva una amplitud de derechos mayor a nivel nacional que aquella conferida bajo el marco de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954¹⁸⁵. Aún más, en casos en donde el estatuto del refugiado pueda cesar para personas carentes de nacionalidad, la protección internacional deberá asegurarse a partir del estatuto de apátrida¹⁸⁶. Por ello es esencial que en los procesos de determinación se confiera de manera expresa el estatuto de *refugiado apátrida*, cuando así proceda.

3.106 Algunas consideraciones que deben tomarse en cuenta al respecto son¹⁸⁷:

- Se debe respetar el principio de confidencialidad en ambos procesos de determinación, es decir, el del estatuto del refugiado y el de apatridia.
- Se debe informar al solicitante de la condición de apatridia sobre la necesidad de que se aborden cuestiones relativas a la determinación de la condición de refugiado, en caso de que se justifique.

- Cuando en la determinación de la condición de apatridia sea necesario requerir información de autoridades de otro país en relación al solicitante y éstas puedan comprometer el principio de confidencialidad, procederá continuar con la determinación de la condición de refugiado y la determinación de apatridia deberá suspenderse. Si no se comprometiere la confidencialidad, los procesos pueden continuar de manera paralela¹⁸⁸.
- En el caso de los procedimientos que combinan la determinación de ambos estatutos en uno solo, el examinador debe realizar el análisis de manera simultánea.
- En los casos en donde se ha suspendido la determinación del estatuto de la apatridia, este proceso puede reactivarse en caso de que:
 - se niegue el reconocimiento del estatuto de refugiado.
 - el estatuto de refugiado cese.
 - el estatuto de refugiado sea cancelado por considerarse no cumplidos los elementos de inclusión de la definición de refugiado¹⁸⁹.
 - el estatuto de refugiado sea revocado por incurrir en las conductas establecidas en el ámbito del artículo 1F(a) o 1F(c) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁹⁰.

185 *Ibíd.*, párr.78.

186 *Ibíd.*

187 *Ibíd.*, párrs.79-82.

188 En este caso se recomienda que de manera prioritaria se realicen las entrevistas correspondientes al solicitante y recabar y evaluar la información necesaria para la determinación de la condición de refugiado.

189 La cancelación es la decisión de invalidar el reconocimiento de un estatuto de refugiado que no debería haberse otorgado jamás por contar con los elementos para ello. Tiene el efecto de cancelar el estatuto de refugiado y declararlo inválido desde la fecha de la determinación inicial. Ver UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Nota sobre la cancelación del estatuto de refugiado, 22 November 2004, en: <http://www.refworld.org/docid/4a375e4b2.html>.

190 Estos es cuando el refugiado: (inciso a) 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 o (inciso c) se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Ver también UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Nota sobre la cancelación del estatuto de refugiado, 22 November 2004.

d. El valor de la legislación interna frente al derecho humano de buscar y recibir asilo

3.107 En cuanto al valor de la “legislación de cada Estado” en materia de refugiados en los términos del artículo 22.7 de la Convención Americana, ésta debe analizarse a tono con las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. En ellas se indica que los Estados Partes se encuentran llamados a garantizar y respetar el libre y pleno ejercicio de los derechos establecidos en la Convención Americana por medio de las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para su efectividad. Estas obligaciones requieren de disposiciones y acciones para que el uso y goce del derecho a buscar y recibir asilo sean efectivos, con los niveles de operatividad adecuados¹⁹¹.

3.108 En su *Opinión Consultiva 7/86 “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta”*, la Corte Interamericana planteó con claridad precisamente “que el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”¹⁹².

3.109 En la *OC-24/14*, interpretando la letra del artículo 22.7 de la Convención Americana, la Corte indica que es a través de los convenios internacionales o de la legislación interna que se regula los supuestos en los cuales la persona puede ejercer el derecho a buscar y recibir asilo y acceder a la protección internacional¹⁹³.

3.110 Así entonces, como se destacó en secciones anteriores, a través de una interpretación armónica de la normativa interna e internacional que informa de forma convergente y complementaria el contenido del derecho previsto en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana y tomando en cuenta las pautas específicas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, el derecho humano a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano incluye el reconocimiento del estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia¹⁹⁴.

3.111 Ahora bien, el Tribunal señala que, evidentemente, y en consonancia con el artículo 29.a) y b) de la Convención Americana, las legislaciones internas pueden ampliar el ámbito de protección más nunca restringirlo más allá de los mínimos fijados por el derecho internacional¹⁹⁵.

3.112 Bajo esta lógica, en el informe del *Caso John Doe y otros*, la Comisión Interamericana concluyó que cuando la Declaración Americana y la Convención Americana plantean la protección del derecho a buscar y recibir asilo “de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”, la no incorporación de ese derecho en la ley interna no excluye la

191 Medida, C. La Convención Americana. Vida, Libertad Personal, Integridad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, pág. 25.

192 Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr.24.

193 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Op.cit, párr.74.

194 *Ibid.*, párr.78.

obligación del Estado de garantizarlo, siempre y cuando si se encuentre contemplado en el derecho internacional. La Comisión planteó:

En el contexto de este caso, el Estado alega que como la legislación canadiense autoriza expresamente las devoluciones directas, el derecho a procurar asilo [...] incluye la posibilidad de que una solicitud no sea procesada inmediatamente y que se le pueda pedir a un solicitante que regrese temporalmente a Estados Unidos sin que el Estado viole el artículo XXVII. [...]

El artículo XXVII no tendría sentido de acuerdo a esta interpretación porque los Estados Miembros podrían excluir amplios grupos de refugiados a través de su legislación interna sin cumplir con sus obliga-

*ciones consagradas en el artículo XXVII y el derecho internacional de refugiados*¹⁹⁶.

3.113 Dicha postura fue reafirmada tal cual también por la Comisión Interamericana posteriormente en el marco del procedimiento en el caso *Pacheco Tineo*¹⁹⁷ en la etapa previa a que el caso fuera remitido a la Corte Interamericana. Siguiendo esta lógica, el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero, y con ello la protección de refugiados con base en los instrumentos universales relevantes, podría contener disposiciones a nivel interno que amplíen la protección de las personas con necesidad de protección internacional según los instrumentos internacionales aplicables, más nunca que la limiten.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, nota de pie de página 113.

¹⁹⁶ CIDH. *John Doe y Otros c/ Canadá*, Op.cit, párrs. 91 y 92.

¹⁹⁷ CIDH. *Familia Pacheco Tineo*. Op.cit., párr. 122.



2. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO A LAS GARANTÍAS PROCESALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL

Convención Americana sobre Derechos Humanos Arts. 8 y 25
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre Arts. XVIII y XXVI

1. INTRODUCCIÓN	36
2. LOS DERECHOS A LAS GARANTÍAS PROCESALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL A FAVOR DE LAS PERSONAS SOLICITANTES DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO	37
a. El derecho a las garantías procesales en el marco de las solicitudes de la condición de refugiado	40
<i>i. El derecho de las personas solicitantes de la condición de refugiadas a ser debidamente escuchadas</i>	40
<i>ii. Los funcionarios a cargo del proceso deben ser competentes, independientes e imparciales</i>	41
<i>iii. Deber de proporcionar asistencia de traducción o interpretación</i>	42
<i>iv. Derecho a la asistencia letrada</i>	43
<i>v. Deber de fundamentar las decisiones</i>	44
<i>vi. Derecho a recurrir las decisiones de las autoridades</i>	45
<i>vii. Tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa</i>	45
b. Derecho a la protección judicial a favor de las personas solicitantes de la condición de refugiado	47
3. CONSIDERACIONES PARTICULARES RELATIVAS A EDAD, GÉNERO Y DIVERSIDAD	49
a. Garantías para el caso de la niñez solicitante de la condición de refugiado	49
b. Garantías para las solicitudes de persecución por motivos de género	51
c. Garantías para las solicitudes de persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género	52

1 Introducción

1.1 Esta ficha técnica es la segunda de una serie que forman parte de las “Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR”. Estas fichas técnicas examinan aquellos derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”) o “Pacto de San José”, adoptado en 1969, y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹ (“Declaración Americana”) de particular relevancia al mandato de protección internacional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). No pretenden presentar un análisis exhaustivo de los artículos de la Convención Americana y la Declaración Americana o sustituir los comentarios especializados sobre los mismos. Las fichas, sin embargo, sí describen y analizan, con algún nivel de detalle, la jurisprudencia y estándares generales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana) sobre los derechos en cuestión.

1.2 Esta ficha técnica lleva a cabo una reseña de los estándares interamericanos sobre el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, relacionándolos con las directrices y pronunciamientos del ACNUR en la materia.

1.3 El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

¹ La Declaración Americana ha sido aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en peticiones presentadas contra Estados que aún no ratifican la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de igual manera, la CIDH ha aplicado la Declaración en caso donde carece de competencia material para aplicar las disposiciones de la Convención Americana. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido, en su jurisdicción consultiva, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales. Ver, particularmente, Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 45 y 46.

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

1.4 De igual manera, el artículo 25 del mismo tratado garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales recono-

cidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

1.5 Por su parte, el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre² reconoce que “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

1.6 La Declaración Americana, asimismo, establece en su artículo XXVI:

Artículo XXVI. **Derecho a proceso regular.** Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

2 Una de las particularidades del Sistema Interamericano radica en el uso que se ha dado a la Declaración Americana, la cual no sólo ha sido un importante decálogo de principios y derechos previstos para los Estados del continente, sino que ha sido aplicado tanto por la CIDH como por la Corte Interamericana. De hecho, la primera de ellas la ha usado en relación con los países que aún no han ratificado la Convención, por lo que la Declaración adquiere un estatus jurídico importante. Por otra parte, de acuerdo con la Corte Interamericana, “Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.” Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Op.cit., párr. 43.

2 Los derechos a las garantías procesales y a la protección judicial a favor de las personas solicitantes de la condición de refugiado

2.1 Como lo ha señalado la Corte Interamericana, el artículo 8 de la Convención Americana “no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”³. Dicho de otra manera, esta disposición “reconoce el llamado ‘debido proceso legal’, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”⁴.

2.2 Por su parte, el artículo 25 establece, en términos extensos, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, que sean derechos contenidos en la Convención o reconocidos por la Constitución o por la ley⁵.

2.3 Desde los primeros casos que fueron tramitados ante los órganos del Sistema Interamericano, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han definido que existe una necesaria interrelación entre las garantías procesales y la tutela judicial efectiva, derechos establecidos por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, respectivamente. La Corte generalmente realiza un análisis conjunto de

ambas garantías⁶. Existen casos en donde inclusive los ha analizado bajo una misma sección titulada “Acceso a la Justicia”⁷.

2.4 Así, el Tribunal Interamericano ha establecido que:

[...] los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1)⁸.

2.5 De manera general, sobre la aplicación de las garantías contempladas en el artículo 8 de la Convención, la Corte Interamericana ha insistido que “(e) un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. De allí, la posición del Sistema Interamericano ha sido que las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁹.

3 Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

4 *Ibíd.*, párr. 28.

5 *Ibíd.*, párr. 23.

6 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 169. Ver también Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 287.

7 Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párrs. 103-114.

8 Ver Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 93. Ver también Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Op. cit., párr. 24.

9 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127.

2.6 Ya desde el caso Baena Ricardo y otros, la Corte resolvió que:

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso¹⁰.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas¹¹.

3.1 En *Pacheco Tineo*, la Corte concluyó que el derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que a la persona solicitante de estatuto de refugiado se le respeten las garantías del debido proceso con el fin de que pueda defender adecuadamente sus derechos, sin importar que las instancias sean administrativas o judiciales¹².

3.2 A tono con estas disposiciones de la Corte Interamericana, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha señalado “la importancia de establecer, de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹³ (en adelante Convención de 1951) y su Protocolo de 1967¹⁴; procedimientos equitativos y eficientes, a los que tengan acceso todos los solicitantes de asilo, para determinar la condición de refugiado con el fin de asegurar que se identifique y se otorgue protección a los refugiados y otras personas que reúnan las condiciones para acogerse a protección en virtud del derecho internacional o nacional”¹⁵. Este mismo criterio fue seguido por los propios Estados Partes de la Convención de 1951 en su Declaración de Diciembre de 2001¹⁶.

3.3 Dado el carácter declarativo, y no constitutivo de la resolución que reconoce el estatuto del refugiado (en el sentido en que una persona no es un refugiado como resultado del reconocimiento por parte de un Estado, sino como consecuencia del cumplimiento de la definición legal de refugiado¹⁷) la Corte ha sido clara en el hecho de que el Estado solamente declara el estatuto, a partir de procedimientos justos y eficientes¹⁸.

3.4 Respecto a la importancia del debido proceso en estos casos, el ACNUR ha señalado lo siguiente:

Solamente la existencia de procedimientos formales puede garantizar plenamente que las solicitudes de asilo sean procesadas de acuerdo a lo establecido en los instrumentos internacionales

10 *Ibíd.*, párr. 126.

11 *Ibíd.*, párr. 127.

12 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párrs. 69, 71 y 154.

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

14 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptado en Nueva York el 31 de enero de 1967.

15 Ver Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la Protección Internacional de los Refugiados N° 71 (XLIV) Conclusión general sobre la protección internacional No. 71 (XLIV) (1993) (44° período de sesiones del Comité Ejecutivo), párr. i.

16 UN High Commissioner for Refugees, Declaration of States Parties to the 1951 Convention and or Its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 16 January 2002, HCR/MMSP/2001/09, Operative paragraph.6. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d60f5557.html>

17 *Ibíd.*, párr. 145.

18 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr.145.

de protección de refugiados, y no resulten, por ejemplo, en una devolución al país de origen, en el traslado del refugiado a un tercer país aplicando los procedimientos ordinarios como a cualquier otra persona, o bien en el sometimiento de la persona a la detención y/o a sanciones si se rehúsa a dejar el territorio del país en cuestión¹⁹.

3.5 Así, tanto la Corte como la Comisión Interamericana, así como el ACNUR, han desarrollado estándares básicos que deben informar todo procedimiento de determinación de la condición de refugiado a la luz de garantías procesales mínimas. A continuación, se analizan algunas implicaciones de la aplicación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial al respecto.

a. El derecho a las garantías procesales en el marco de las solicitudes de la condición de refugiado

i. El derecho de las personas solicitantes de la condición de refugiadas a ser debidamente escuchadas

2.7 Según el artículo 8.1 de la Convención Americana, “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones (...) de cualquier (...) carácter”. Sobre el contenido de esta norma la Corte ha señalado que:

[...] [l]os Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precepto artículo 8.1 de la Convención²⁰.

2.8 El Tribunal Interamericano ha sido claro en que las consideraciones hechas respecto al derecho a ser oído con las debidas garantías para la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter “son

válidas, en general, respecto de todos los derechos reconocidos por la Convención, en situación de normalidad”²¹. En este sentido, “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios (...) [e]llo puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica (...) o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”²².

2.9 La Corte ha aplicado este estándar en relación al derecho de buscar y recibir asilo, indicando que la persona solicitante del estatuto de refugiado debe tener garantizada la posibilidad de ser oída por el Estado al que solicita la protección internacional, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo²³.

2.10 El derecho de las personas solicitantes de la condición de refugiado a ser escuchadas en un proceso con garantías específicas se encuentra vinculado directamente al derecho a la no devolución como pilar fundamental del derecho de asilo, al establecerse que, por las consecuencias contra sus derechos humanos, ni los refugiados ni aquellos que buscan asilo pueden ser

19 Ver UN High Commissioner for Refugees, Note on Determination of Refugee Status under International Instruments, 24 August 1977, EC/SCP/5, para 12. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68cco4.html>.

20 Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 50.

21 Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Op. cit., párr. 25.

22 Ibíd, párr. 24.

23 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 154.

rechazados en la frontera o expulsados sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones²⁴.

2.11 En ese sentido, el Tribunal Interamericano plantea que:

[...] todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. De tal manera, aún si los Estados pueden determinar los procedimientos y autoridades para hacer efectivo ese derecho, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, se hacen necesarios procedimientos previsibles, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias²⁵.

2.12 En el contexto de un proceso en donde la persona solicitante sea efectivamente escuchada, la Corte recoge en su jurisprudencia²⁶ planteamientos del ACNUR señalando que ésta debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse²⁷, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante del propio ACNUR²⁸.

2.13 Tanto el ACNUR como la Corte Interamericana han sostenido que el derecho a que la persona sea escuchada, en todos los casos, requiere la realización de una audiencia o entrevista personal²⁹, lo que aplica aun en aquellas solicitudes que parezcan manifiestamente infundadas o abusivas, dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante³⁰.

2.14 Asimismo, resulta trascendental que para efectos de que la persona pueda plantear su situación de manera efectiva y sin temor a riesgos, el procedimiento debe respetar, en todas sus etapas, la protección de sus datos y de la solicitud misma y el principio de confidencialidad³¹.

2.15 Por último, como un muy importante pronunciamiento, la Corte considera que, una vez declarado por un Estado, el estatuto de refugiado protege a la persona a la cual le ha sido reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto y, por ende, garantizar un deber de precaución especial al momento de escuchar su caso y respecto a las medidas que pueda adoptar³².

24 Ibid., párr. 153. La Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias de la Comisión Interamericana se ha referido también al derecho de una persona extranjera a ser oída en el marco de procedimientos administrativos que puedan tener como consecuencia la expulsión del país, al indicar que “el trabajador migratorio debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado para alegar lo que estime correspondiente y así defender su derecho a no ser deportado”. CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias, En Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. OEA/Ser./L/V/II.111. doc. 20 rev., del 16 de abril de 2001, párr. 99.B.

25 Ibid., párr. 157.

26 Ibid., párr.159.

27 Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Determinación del estatuto de refugiado. No. 8 (XXVIII) (1977). párr. e.ii

28 Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Determinación del estatuto de refugiado. No. 8 (XXVIII) (1977). párr. e.iv.

29 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables. 2 de septiembre de 2005. párr. 4. Ver también: Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Reedición, Ginebra. Diciembre 2011. párrs. 196 a 199 y 205. b. i.

30 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párrs. 159 y 172. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas, N° 30 (XXXIV) (1983) párr.e.

31 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 159 y ACNUR. Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes), Op.cit., párr. 50.M. Ver también: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. párr. 5.

32 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 150.

ii. Los funcionarios a cargo del proceso deben ser competentes, independientes e imparciales

2.16 En aplicación del artículo 8.1 de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha considerado que toda persona sujeta a un juicio o proceso de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete³³.

2.17 Se debe garantizar que el órgano decisorio cuente con la mayor objetividad para enfrentar el proceso en sus distintas fases³⁴. Esto permite a su vez, que los órganos inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática³⁵.

2.18 En relación a procedimientos que tengan un impacto en los asuntos migratorios, la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias de la Comisión Interamericana ha sido más precisa al afirmar que:

[L]as decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. El funcionario que toma estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos, y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas. Su nombramiento y su ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y “blindados” contra posibles presiones e influencias. Nótese que no postulamos que estas decisiones deban ser tomadas exclusivamente por jueces. A nuestro juicio,

es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos que estas decisiones se confíen a funcionarios administrativos. En ese caso, sin embargo, tales funcionarios deben reunir las características de imparcialidad y responsabilidad mencionadas³⁶.

2.19 Respecto a las solicitudes para la determinación de la condición de refugiado, tanto la Corte Interamericana como el ACNUR han planteado que ésta debe examinarse con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto y por una autoridad competente claramente identificada³⁷.

2.20 El ACNUR ha insistido que aquellas personas que se encuentren involucradas en los procesos de determinación de la condición de refugiado deben contar con la debida capacitación tanto en técnicas adecuadas de entrevista como en las normas relevantes en la protección de refugiados. En este sentido, la capacitación definitivamente aumenta la sensibilidad de los funcionarios e incrementa su conocimiento sobre asuntos legales y procedimentales para cuando trabajen con cada uno de estos grupos y enfrenten sus necesidades particulares³⁸.

iii. Deber de proporcionar asistencia de traducción o interpretación

2.21 Tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han establecido que, como parte del derecho de una persona a ser oída en todo proceso de determinación de derechos, las personas que no hablen el idioma de las autoridades correspondientes requieren de la asistencia de un/una intérprete. Con ello, no solo se respeta la diversidad cultural, sino también la calidad del

31 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 159 y ACNUR. Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes), Op.cit., párr. 50.M. Ver también: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. párr. 5.

32 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 150.

33 Ver Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 77.

34 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr.171.

35 Ibíd.

36 CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias, en Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Op. cit., párr. 99. A.

37 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 159. Ver también: Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Determinación del estatuto de refugiado. No. 8 (XXVIII) (1977). párr. e.iii.

38 ACNUR. Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes). Consultas globales sobre protección internacional. EC/GC/01/12. 31 de mayo de 2001, párrs.23, 32, 47.

contenido de la declaración³⁹.

2.22 En sintonía con lo anterior, la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias de la Comisión, refiriéndose a la materia penal (lo que puede extenderse a procesos de determinación de derechos de cualquier otra índole) sugirió:

[que se] discuta la conveniencia de algunas medidas que asegurarían el derecho de los inmigrantes, cualquiera sea su estatus, a un juicio justo, atendiendo a la particular vulnerabilidad de quien enfrenta un procedimiento penal en un país extraño. [...] es preciso asegurar que el acusado entienda los cargos que se le formulan y el contenido exacto de los derechos procesales que tiene a su disposición. Para ello, es importante asegurar la traducción y explicación de conceptos jurídicos a un idioma que el acusado entienda, a costa del Estado⁴⁰.

2.23 La Comisión ha considerado que la ausencia de un intérprete que asegure el derecho de las personas a ejercer su defensa en condiciones de igualdad caracterizaría una violación al debido proceso y al derecho de igualdad ante la ley⁴¹.

2.24 En estos mismos términos, pero ya relacionado a los procesos para la determinación de la condición de refugiado, la Corte Interamericana y el ACNUR sostienen que dentro de las facilidades necesarias a garantizar se encuentra el acceso a los servicios de un/a intérprete calificado/a e imparcial con el fin de que su derecho a ser escuchado/a sea realmente efectivo⁴².

iv. Derecho a la asistencia letrada

2.25 Los artículos 8.2 incisos d y e de la Convención Americana, respectivamente, establecen el derecho de una persona sometida a un proceso de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

2.26 Impedir a una persona contar con la asistencia de un abogado es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al poder público⁴³.

2.27 Ahora bien, el deber de garantizar el derecho a contar con asistencia letrada o técnica no se limita a los procesos de carácter penal. En este sentido, “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”⁴⁴.

2.28 La representación legal en cualquier caso debe garantizarse “desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario la asistencia legal carece de idoneidad por su falta de oportunidad”⁴⁵.

2.29 En *Pacheco Tineo*, la Corte Interamericana señaló de manera específica el derecho el acceso a asesoría y representación legal que tienen las personas solicitantes de la condición de refugiadas en el marco de sus solicitudes⁴⁶, lo que ha sido planteado también por el ACNUR⁴⁷.

39 Ver por ejemplo Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr.195. ii

40 CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias, en Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Op. cit., párr. 92.

41 CIDH. Informe No. 72/10. Admisibilidad. Irineo Martínez Torres y Candelario Martínez Damián (México). 12 de julio de 2010. Párr. 52.

42 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 159. y ACNUR. Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes), Op.cit., párr. 50. g.

43 Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 62.

44 Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28.

45 Ibíd, párr. 133.

46 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 159

47 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables. 2 de septiembre de 2005. p. 3.

2.30 En el caso *Vélez Loor*, la Corte Interamericana estableció un estándar más alto que el de la mera posibilidad de elegir a un abogado de la elección de la persona en algunos casos específicos, planteando el deber de una asistencia letrada gratuita a cargo del Estado. El Tribunal resolvió que:

*[e]n procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso [...]. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia [...]*⁴⁸.

2.31 Por su parte, la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias de la Comisión Interamericana ha también insistido en que, en los casos en donde la consecuencia puede ser expulsión o deportación de la persona, debe “garantizarse a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representado por abogados de su elección, o bien de personas idóneas en la materia”⁴⁹.

v. Deber de fundamentar las decisiones

2.32 La Corte Interamericana ha declarado que el deber de fundamentar las decisiones estatales está contenido en las garantías del debido proceso del artículo 8.1 de la Convención Americana. De esta manera, el Tribunal estima que toda decisión que afecte derechos humanos debe contar con la debida fundamentación pues de lo contrario sería una decisión arbitraria⁵⁰.

2.33 La Corte ha señalado que “[e]l deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia [...], que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.”⁵¹ Esta obligación “no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha [...]”⁵².

2.34 Es esencial que la autoridad cite la normativa en la cual se ha basado para llegar a la decisión correspondiente. Sin embargo, la Corte Interamericana ha reiterado que “[e]l mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida resulta compatible con la Convención Americana [...]”⁵³.

2.35 Por tanto, “la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores [...]”⁵⁴.

2.36 En el caso de los procesos para la determinación de la condición de refugiado, el ACNUR y la Corte Interamericana han planteado de manera idéntica que las decisiones que se adopten por los órganos competentes para rechazar o reconocer el estatuto deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa⁵⁵.

48 Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*. Op. cit., párr. 146.

49 CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias, In Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Op. cit., párr. 99. D.

50 Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127., párr. 152. Ver también, Corte IDH. Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 118.

51 Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77.

52 *Ibíd*, párr. 90.

53 Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*, Op. cit., párr. 116.

54 Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Op. cit., párr. 78. Ver también, Corte IDH. Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Op. cit., párr. 118.

55 Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 159 y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables*. 2 de septiembre de 2005. párrs. 8 y 9.

vi. Derecho a recurrir las decisiones de las autoridades

2.37 La Corte Interamericana ya ha planteado, a la luz del artículo 8.2.h, que con dicha disposición “(s)e busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”⁵⁶.

2.38 El derecho a impugnar las decisiones que afecten los derechos de una persona se ha considerado como “una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal”⁵⁷.

2.39 Asimismo, el Tribunal Interamericano también ha resaltado que:

*[e]l derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable [...] si bien los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho [...]*⁵⁸.

2.40 La Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”⁵⁹.

2.41 La Corte también ha tenido la oportunidad de referirse a este derecho en el marco de los procesos para la determinación de la condición de refugiado, haciendo eco del estándar desarrollado por el Comité Ejecutivo

del ACNUR en el sentido de que si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada⁶⁰.

2.42 Ambos órganos señalan que el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos, es decir, que debe permitirse a la persona solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso e, inclusive, mientras esté pendiente el medio de impugnación⁶¹.

vii. Tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa

2.43 El artículo 8.2.c de la Convención Americana contempla el deber de conceder a las personas sometidas a un proceso del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

2.44 En este orden, la Corte ha destacado que en aquellos casos en que las autoridades tomen decisiones que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, en procedimientos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención y son aplicables en lo que corresponda”⁶².

2.45 Para el caso de las personas solicitantes de la condición de refugiado, dadas las consecuencias de un no reconocimiento del estatuto debido a la ausencia de garantías procesales, la Corte Interamericana ha señalado que

56 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158.

57 Ibíd.

58 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Op. cit., párr. 179.

59 Ibíd., párr. 161.

60 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 159 y Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Determinación del estatuto de refugiado. No. 8 (XXVIII) (1977). párr. e.vi

61 Ibíd (Pacheco Tineo) y Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Determinación del estatuto de refugiado. No. 8, párr. e.vii.

62 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 132.

deben garantizársele las facilidades necesarias para someter la solicitud ante las autoridades (como lo es por ejemplo la posibilidad de asesoría legal y un/una intérprete en caso de ser necesario)⁶³.

2.46 Así también, en estos casos o cualquier otro caso que involucre a una persona extranjera que alegue un riesgo en caso de devolución, la obligación de respetar garantías mínimas de defensa se activa ante la posibilidad de una expulsión⁶⁴. La Corte se ha referido por ejemplo a la restricción a la labor de los representantes legales de la persona involucrada en el proceso, la escasa posibilidad de presentación de pruebas, o el tener acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la resolución, pueden ser ejemplos de hechos contrarios al derecho a una defensa efectiva⁶⁵.

2.47 De tal manera que, además de garantizar las medidas ya analizadas (como el derecho a ser oída por una autoridad competente, a estar representada legalmente, a contar con la asistencia gratuita de un intérprete, y a someter el caso a revisión en caso de negatoria) los siguientes son medios de defensa mínimos a respetar en procesos que puedan resultar en la expulsión o deportación de personas y que han sido señalados por la Corte en casos como *Nadege Dorzema y otros*⁶⁶, *Pacheco Tineo*⁶⁷ o el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*⁶⁸:

*(a) La posibilidad de que los cargos de expulsión sean evaluados de forma individual a partir de las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas*⁶⁹.

*(b) La posibilidad de reclamar actuaciones discriminatorias en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus*⁷⁰.

(c) La persona debe ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:

i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra.

*ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular*⁷¹. *La Corte ha hecho énfasis en el elemento de voluntad del individuo detenido en cuanto a la comunicación y a la asistencia consular, es decir, es el detenido el que tiene que decidir libremente si desea o no beneficiarse de este derecho*⁷².

(d) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.

2.48 En *Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros*, la Comisión Interamericana de la misma manera planteó que, de acuerdo a los artículos XXVI y XVIII de la Declaración Americana, los extranjeros tienen el derecho de contar con un mecanismo judicial efectivo para presentar las defensas correspondientes y de ofrecer y que sea evaluada toda prueba de equilibrio individualizada que pueda favorecer su caso⁷³.

63 *Ibíd.*, párr. 159.

64 *Ibíd.*, párr.136.

65 Corte IDH., *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr.141.

66 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr.175.

67 *Ver Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. *Op.cit.*, párr. 133.

68 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párrs. 350-358 y 390-397.

69 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *Op.cit.*, párr. 171 y Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, *Op.cit.*, párr.361.

70 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *Op.cit.*, párr. 175 y *Ver Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párrs. 398-404.

71 Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 103.

72 *Ibíd.*, párr. 90.

73 CIDH. *Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros contra Estados Unidos de América*. Informe de fondo No. 81/10 de 12 de julio de 2010 (Caso 12.562), párrs. 63 y 64.

b. Derecho a la protección judicial a favor de las personas solicitantes de la condición de refugiado

2.49 El derecho a la protección judicial reconocido por el artículo 25 de la Convención está afirmado en términos similares por el artículo XVIII de la Declaración Americana⁷⁴.

2.50 La Corte Interamericana ha establecido desde sus primeros pronunciamientos que el artículo 25 “incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos”⁷⁵.

2.51 Así, cualquier recurso legal, aparte de ser adecuado, debe ser eficaz, “es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido [...]”⁷⁶. En tal sentido:

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla [...]”⁷⁷.

2.52 La jurisprudencia interamericana ha reconocido que “la sola existencia de los recursos no es suficiente si no se prueba su efectividad”⁷⁸ y, por tanto, la carga de la prueba para demostrar lo anterior le corresponde al Estado.

2.53 En palabras de la Corte:

[...] el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). [...] Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte [... es] si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana”⁷⁹.

2.54 La obligación de demostrar la efectividad tiene un valor especial en casos de personas extranjeras, respecto de quienes el Estado tiene su custodia. En el caso Vélez Loor, la Corte determinó la violación de los derechos humanos de una persona migrante dado que “[...] el Estado no ha[bía] demostrado cómo en las circunstancias concretas en que se desarrolló la detención del señor Vélez Loor [...], estos recursos eran efectivos, teniendo en cuenta el hecho de que era una persona extranjera detenida que no contó con asistencia legal y sin el conocimiento de las personas o instituciones que podrían habérsela proporcionado”⁸⁰.

2.55 En este sentido, “un elemento esencial de la efectividad es la oportunidad. El derecho a la protección judicial exige que los tribunales dictaminen

74 CIDH. Caso 12.053 (Belice). Informe de fondo No. 40/04, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, de 12 de octubre de 2004, párr. 174.

75 Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Op. cit., párr. 24.

76 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 66.

77 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de de noviembre 1999 (Fondo). Serie C No. 63, párr. 235.

78 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Op. cit., párr. 139.

79 Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 211.

80 Ibíd, párr. 139.

y decidan los casos con celeridad”⁸¹. Por ende, se viola el derecho a la protección judicial cuando las actuaciones judiciales se tornan ineficaces a raíz de una demora irrazonable.

2.56 Una ilustración de la efectividad de los recursos también se encuentra en el examen de la necesidad de la asistencia letrada. En este sentido la CIDH ha establecido que:

*[...] en relación al derecho de acceso a la protección judicial contemplado en el artículo XVIII, una norma general para determinar cuándo puede ser necesaria la asistencia jurídica es cuando se la requiere con el fin de reivindicar efectivamente un derecho fundamental amparado por la Declaración Americana o por la Constitución o las leyes del país en cuestión. [...]*⁸².

2.57 Por otra parte, la Corte ha establecido que, sea cual fuere la organización del Estado y el tipo de recursos que éste ofrezca para garantizar derechos humanos, siempre tiene que existir la posibilidad de que haya una revisión judicial⁸³. Si un Estado no brinda esa garantía, está incumpliendo con el artículo 25 de la Convención Americana.

2.58 Respecto a la protección judicial de las personas solicitantes de la condición de refugiado en el marco de los procesos para determinar ese estatus, la Corte ha planteado que:

[...] con independencia de la posibilidad de revisión, en el marco del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana y según las regulaciones propias del

*ordenamiento jurídico de cada Estado, pueden existir determinadas acciones o recursos de carácter judicial. Por ejemplo se puede plantear el recurso de amparo o de habeas corpus, los cuales deben ser rápidos, adecuados y efectivos para cuestionar la posible violación de los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención o en la Constitución y en la ley de cada Estado. En esos términos, tales recursos pueden ser, en determinadas circunstancias, efectivos para remediar parcial o totalmente la situación violatoria y, en su caso, para reconducir los procedimientos administrativos, lo cual corresponderá ser evaluado en cada solicitud*⁸⁴.

2.59 La Comisión Interamericana ha tenido la oportunidad de referirse al tema en cuestión. En el *Caso de interdicción de los Haitianos*, este órgano señaló que la intercepción y repatriación sumaria de personas solicitantes de protección internacional sin darles la oportunidad de reclamar sus derechos, conllevó a la violación del derecho de justicia (Art. XVIII) y también al derecho de asilo (Art. XXVII) contemplados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁵.

2.60 Asimismo, en el *Caso John Doe y Otros*, la Comisión indicó que la devolución directa en frontera coartando la posibilidad de una persona solicitante de la condición de refugiado de presentarse a las entrevistas de determinación de elegibilidad también resultó en una violación de los derechos mencionados⁸⁶.

81 CIDH. Caso 12.053 (Belice). Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Op. cit., párr. 176.

82 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., de 28 de febrero de 2000, párrs. 126 y 127.

83 En el caso Yatama (relativo a la exclusión del registro electoral a un partido político indígena), la Corte concluyó que “Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.” Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Op. cit., párr. 174.

84 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit., párr. 160.

85 Ver CIDH, Caso de Interdicción de los Haitianos. Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos de América. Informe de fondo No. 51/96 de 13 de marzo de 1997 (Petición No. 10.675), párr. 180.

86 Ver CIDH John Doe y Otros contra Canadá. Informe de Fondo No. 78/11. 21 de julio de 2011(Caso 12.586), párr. 117.

3 Consideraciones particulares relativas a edad, género y diversidad

a. Garantías para el caso de la niñez solicitante de la condición de refugiado

3.1 Tanto la Corte Interamericana como el ACNUR han desarrollado estándares adicionales aplicables a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado cuando son niños, niñas, y adolescentes las personas involucradas en los mismos, con el fin de que estos sea efectivos desde el enfoque de protección.

3.2 En el contexto de la Opinión consultiva *OC-21/14 Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional* (en adelante *OC-21/14*) la Corte Interamericana estableció la necesidad de:

- establecer un procedimiento de evaluación inicial para determinar información esencial de personas menores de edad que puedan requerir protección internacional⁸⁷,
- asegurar la debida orientación en un lenguaje y modo que pueda comprender⁸⁸,

- garantizarles asesoría y representación legal gratuita⁸⁹,
- tramitar de forma prioritaria la solicitud⁹⁰,
- asegurar el nombramiento de un tutor niñez en el caso de la niñez no acompañada o separada⁹¹,
- respetar la posibilidad de que expresen sus opiniones y de participar de una manera significativa⁹²,
- garantizar una entrevista por personal especializado en un ambiente no amenazante⁹³,
- llevar a cabo una decisión que demore el menor tiempo posible en reconocer el estatuto⁹⁴,
- garantizar que toda medida tome como punto de partida el interés superior del menor⁹⁵.

3.6 La Corte ha indicado asimismo que en situaciones de afluencia masiva de personas, en que la determinación individual de la condición de refugiado no

87 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr.82.

88 *Ibíd.*, párr.250. De acuerdo al ACNUR, las personas menores de edad “necesitan estar informados de las decisiones de manera personal, en la presencia de su tutor, representante legal, y/o de otra persona de apoyo, en un ambiente confortable y no amenazante”. Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 22 de diciembre de 2009, HCR/GIP/09/08, párr.70 y 77.

89 *Ibíd.*, (OC-21/14), párr.251. La Comisión Interamericana por su parte también ha instado a los Estados “a disponer los medios necesarios para que todas y todos los niños no acompañados cuenten con representación legal durante los procedimientos de migración” como una regla de relevancia central e imperativa. CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, OEA/Ser.L/V/II. Doc.78/10, párr. 409.

90 La Corte considera que se cumple con lo dispuesto en los citados artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración Americana, cuando se sigue la práctica de otorgar una atención prioritaria para la entrevista a niñas y niños no acompañados, luego a los separados, después de estos a los acompañados de un solo progenitor y, finalmente, a los que vienen como parte de una familia, a fin de atender oportunamente y determinar la urgencia de la necesidad de protección. *Ibíd.*, párrs.261 y 253.

91 *Ibíd.*, párrs.261. Ver también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Op.cit, párr.69.

92 Como indica la Corte “[e]n los supuestos en que las niñas o los niños no pudieran dar una entrevista, corresponde atender a los métodos de comunicación no verbales que resulten más idóneos en cada caso concreto para dar cumplimiento al principio de participación”. *Ibíd.*, (OC-21/14), párr.252.

93 *Ibíd.*, párr.254.

94 *Ibíd.*, (OC-21/14), párrs.256.

95 *Ibíd.*, párr.247.

resulte viable pero en los que la protección de niños, niñas y adolescentes sea requerida, los Estados pueden recurrir al reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie*⁹⁶.

3.7 Respecto a este tema, el ACNUR adoptó Directrices específicas sobre solicitudes de asilo de niños y niñas bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en las cuales se ofrecen orientaciones de procedimiento aplicables a estos casos. Según ellas, el niño, niña o adolescente requiere, antes de iniciar el procedimiento, de un tiempo suficiente para prepararse y reflexionar sobre su experiencia⁹⁷. Es común que necesiten construir relaciones de confianza con su tutor u otro personal profesional, y que requieran de un tiempo mayor que el de otros casos para sentirse seguros a la hora de rendir el relato⁹⁸.

3.8 Resulta básico que se les otorgue toda la información necesaria en un lenguaje y de una manera en que puedan entender las opciones existentes y las consecuencias que surgen con ellas⁹⁹.

3.9 Asimismo, a la hora de realizar la entrevista, es posible que algunos niños y niñas omitan o distorsionen información vital o puedan no ser capaces de diferenciar lo imaginado de la realidad, o que experimenten dificultades para entender o expresar nociones abstractas, como el tiempo o la distancia¹⁰⁰. En consecuencia, lo que puede constituir una mentira en el caso de

un adulto puede no necesariamente ser una mentira en el caso de un niño, niña o adolescente¹⁰¹.

3.10 No se puede esperar que brinden en todos los casos un relato de sus experiencias como lo hacen los adultos, ante la dificultad en expresar sus miedos por traumas, instrucciones de sus padres, falta de educación, miedo a la autoridad, el uso de testimonios ya hechos por traficantes, o miedo a represalias¹⁰².

3.11 En relación a la presentación de pruebas, los niños y niñas tienen mayores limitaciones a la hora de aportarlas por lo que puede ser necesario que la autoridad que evalúa la solicitud deba asumir una mayor carga de prueba, especialmente, si el niño, niña o adolescente en cuestión es no acompañado o separado¹⁰³ (ej.: recoger información relevante del país de origen y otras pruebas de apoyo¹⁰⁴. Igualmente se le debe dar el beneficio de la duda en caso de que haya aspectos que generen preocupación respecto a la credibilidad sobre partes de su solicitud¹⁰⁵.

3.12 Por último, respecto a las dudas sobre la edad con miras a seguir los procedimientos aplicables a niños, niñas y adolescentes, el ACNUR plantea que “el margen de las apreciaciones inherentes a los métodos para la valoración de todas las edades, se debe aplicar de tal manera que, en el caso de incertidumbre, el individuo pueda ser considerado una persona menor de edad”¹⁰⁶.

96 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr. 262.

97 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Op.cit, párr.66.

98 *Ibíd.*

99 *Ibíd.*, párr.70. Se puede recurrir a métodos de comunicación no verbal útiles para niños, dentro de los que se pueden incluir juegos, dibujos, escritura, juegos de roles, narraciones de cuentos y cantos. Los niños con discapacidades requieren de métodos para manifestarse en el modo de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. *Ibíd.*, párr.71.

100 *Ibíd.*, párr.72.

101 *Ibíd.*

102 *Ibíd.*, párr.72.

103 *Ibíd.*, párr.73.

104 *Ibíd.*, párr.74.

105 *Ibíd.*

106 *Ibíd.*, párr.75.

b. Garantías para las solicitudes de persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género

3.13 En la OC-21/14, la Corte Interamericana fue enfática en señalar la importancia de que en los procesos de determinación de la condición de refugiado y en general en la evaluación de las necesidades de protección internacional la información sea recabada y analizada tomando en cuenta la perspectiva de género¹⁰⁷.

3.14 Sobre este tema, el ACNUR desarrolló las Directrices sobre protección internacional relacionadas a la persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967 con el fin de servir de guía legal interpretativa para resolver solicitudes basadas en estos motivos¹⁰⁸.

3.15 Según plantean las Directrices, las personas que presentan solicitudes de estatuto de refugiado por motivos de género, y en particular aquellas sobrevivientes de torturas o traumas, necesitan un ambiente solidario en donde puedan sentirse seguras respecto de la confidencialidad de su solicitud¹⁰⁹. En efecto, algunas personas que solicitan protección internacional por estos motivos pueden ser reacias a exponer la dimensión real de la persecución sufrida o temida o bien pueden continuar temiendo a personas con alguna posición de autoridad o temer el rechazo y/o las represalias por parte de su familia y/o su comunidad¹¹⁰.

3.16 Dadas las características de este tipo de casos, se debe disponer de los mecanismos para referir a las personas solicitantes a procesos de apoyo

psicosociales y otros servicios de apoyo, siendo recomendable la disponibilidad de asistencia psicosocial con formación adecuada para brindar apoyo antes y después de la entrevista¹¹¹.

3.17 Las personas que presentan solicitudes de esta naturaleza deben ser informadas de su derecho a elegir personas de su mismo sexo que las entrevisten o que realicen la correspondiente interpretación¹¹². Deben ser informadas también de que su solicitud será tratada de forma absolutamente confidencial¹¹³.

3.18 Por otra parte, debe asegurarse la posibilidad de ser entrevistadas por separado, sin que estén presentes miembros masculinos de la familia, y así tengan la oportunidad de exponer su caso sin presiones, en caso de que estas pudieran existir¹¹⁴.

3.19 Es muy importante permitir que la persona solicitante presente su solicitud con el mínimo número de interrupciones¹¹⁵. En algunos casos como el de las víctimas de violencia sexual u otras formas de trauma, es posible que sea necesaria una segunda entrevista o varias entrevistas consecutivas, con el fin de establecer confianza y obtener la información necesaria. Las personas que realizan la entrevista deben mostrarse sensibles al trauma y a las emociones de la persona entrevistada, y deben suspender la entrevista si la persona solicitante se altera emocionalmente¹¹⁶.

107 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párrs.102 y 248.

108 ACNUR. La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, pág.1.

109 *Ibíd.*, párr.35.

110 *Ibíd.*

111 *Ibíd.*, párr.36.xii.

112 *Ibíd.*, párr.36.ii.

113 *Ibíd.*, párr.36.v.

114 *Ibíd.*, párr.36.i.

115 *Ibíd.*, párr.36.vi.

116 *Ibíd.*, párr.36.viii.

3.20 Las Directrices del ACNUR señalan la necesidad de recopilar información sobre el país de origen que sea relevante para este tipo de solicitudes, evaluando aspectos como¹¹⁷:

- la situación de las mujeres ante la ley,
- los derechos políticos, sociales y económicos de las mujeres,
- las costumbres sociales y culturales del país y las consecuencias de su transgresión,
- la prevalencia de prácticas tradicionales perjudiciales,
- la incidencia y formas de violencia contra las mujeres denunciadas,
- la protección de que disponen,

c. Garantías para las solicitudes de persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género

3.22 El ACNUR también desarrolló directrices procedimentales aplicables a solicitudes de persecución por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, dadas las particularidades específicas de este tipo de casos. En este tipo de solicitudes, es posible que la persona no declare su orientación sexual o su identidad de género en las primeras fases del proceso y de la entrevista¹¹⁹, bien por estar en proceso de aceptarlas o porque teme expresarse abiertamente sobre ellas, lo cual puede provocar que no exponga la dimensión real de la persecución sufrida o temida¹²⁰. Por ello no se deben hacer juicios negativos durante ninguna etapa de la solicitud¹²¹.

3.23 A tono con lo anterior, las autoridades deben propiciar un ambiente que permita establecer una condición de confianza entre la persona solici-

- las penas impuestas a los que ejercitan la violencia y los peligros que la mujer puede enfrentar si regresa a su país de origen después de haber realizado una solicitud de asilo.

3.21 En casos como estos, no hace falta establecer detalles precisos de una violación o una agresión sexual que la persona haya podido sufrir, pero sí podría ser necesario conocer algunos eventos desencadenantes y posteriores al incidente o algunas circunstancias externas como el uso de armas, palabras o frases utilizadas por los perpetradores, tipo de agresión, dónde ocurrió, detalles sobre los autores (por ej. soldado, civil), así como el móvil del perpetrador. Debe tomarse en cuenta que en algunos casos la persona podría desconocer las razones que llevaron al abuso¹¹⁸.

tante y la persona entrevistadora que beneficie la comunicación sobre asuntos personales y sensibles¹²². No se deben sacar conclusiones basadas en la presencia o ausencia de ciertas conductas o apariencias estereotipadas para concluir que una persona solicitante tiene o no una determinada orientación sexual e identidad de género¹²³.

3.24 Asimismo, las personas solicitantes tienen el derecho requerir que la persona que las entreviste o que interprete la entrevista tenga un género específico, y este pedido debe ser considerado favorablemente con el fin de que declare tan abiertamente como sea posible acerca de temas delicados¹²⁴. Ahora bien, debe tomarse en cuenta que si la persona encargada de la interpretación es del mismo país, de la misma religión, u origen cultural de

117 *Ibíd.*, párr.36.x.

118 *Ibíd.*, párr.36.xii.

119 ACNUR. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, párr. 59.

120 Algunas personas pueden estar afectadas por traumas, sentimientos de vergüenza y homofobia internalizada, lo que puede disminuir su capacidad para presentar su caso. *Ibíd.*

121 *Ibíd.*

122 *Ibíd.*, párr.60.i.

123 *Ibíd.*, párr.60.ii.

124 *Ibíd.*, párr.60.vi

la persona solicitante, esto puede aumentar el sentido de vergüenza de ésta última e impedir que presente todos los aspectos pertinentes de la solicitud de manera completa¹²⁵.

3.25 Respecto al desarrollo la entrevista, la persona que entrevista y la que interpreta “deben evitar expresar, sea verbalmente o por medio del lenguaje corporal, juicio alguno sobre la orientación sexual, la identidad de género, la conducta sexual o el patrón de relaciones de la persona solicitante”¹²⁶.

3.26 Asimismo, aquellas preguntas relacionadas a incidentes de violencia sexual deben hacerse con la misma sensibilidad que otros casos de agresión sexual, independientemente de que las víctimas sean hombres o mujeres¹²⁷.

3.27 Las Directrices del ACNUR aclaran que el testimonio de la persona solicitante es la principal y a menudo la única fuente de evidencia para decidir

sobre el caso, sobre todo cuando la persecución alegada está a manos de miembros de la familia o la comunidad. En consecuencia, cuando hay una falta de información del país de origen (de hecho, a menudo falta información pertinente y específica sobre el país de origen relacionada con la situación y el trato de las personas LGBTI), la persona encargada de la toma de la decisión tendrá que resolver a partir de la declaración de la persona solicitante¹²⁸.

3.28 Por último, las Directrices señalan la importancia de que el ACNUR se involucre directamente en el caso, incluso llevando a cabo la determinación de la condición de refugiado bajo mandato, cuando la solicitud se realiza en un país donde las relaciones entre personas del mismo sexo son penalizadas, impidiendo ello el acceso a procedimientos de asilo o disuadiendo a la persona a no mencionar su orientación sexual o identidad de género en las entrevistas de determinación de la condición¹²⁹.

125 *Ibíd.*

126 *Ibíd.*, párr.60.iii.

127 *Ibíd.*, párr.60.vii.

128 *Ibíd.*, párr.64.

129 *Ibíd.*, párr.61.



3. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO A LA NO DEVOLUCION Y NO EXPULSION

Convención Americana sobre Derechos Humanos Arts. 22.6, 22.8 y 22.9
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura Art. 13

1. INTRODUCCIÓN	56
2. EL DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN	57
a. No devolución de las personas solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiadas y refugiadas	57
i. No devolución de refugiados y solicitantes del reconocimiento de esa condición en los términos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967	57
ii. La no devolución de personas bajo la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984	60
b. Las formas complementarias de protección y la no devolución de personas extranjeras en general	62
i. El concepto de la protección complementaria a la protección de refugiados	62
ii. Protección contra la devolución por riesgos contra la vida, la libertad personal y a no ser objeto de tortura o tratos crueles inhumanos y degradantes estén en riesgo	63
iii. Protección contra la devolución frente al riesgo de violación al derecho a la salud	64
iv. Protección contra la devolución frente al riesgo de afectar el interés superior del niño, niña o adolescente	65
c. No devolución y debido proceso	66
d. Garantías contra la devolución en casos de extradición	67
i. Deber de evaluación del peligro de violación a los derechos humanos	68
ii. Factores de evaluación en los casos de extradición	70
ii.a Condiciones relevantes en el Estado receptor	70
ii.b Circunstancias particulares de la presunta víctima	70
ii.c Garantías diplomáticas otorgadas por el Estado requirente	71
3. EL DERECHO A LA NO EXPULSION DEL TERRITORIO DEL PAIS DE ASILO	73
a. La no expulsión de personas refugiadas y solicitantes del estatuto del refugiado	73
b. Estándares interamericanos en materia de expulsión de personas extranjeras en general	75
i. Garantías de debido proceso en toda expulsión, independientemente del estatus migratorio de la persona	75
ii. Protección de la unidad familiar y el interés superior de la niñez en el marco de las expulsiones	78
iii. Prohibición de expulsión colectiva de personas extranjeras	79

1.1 Esta ficha técnica es la tercera de una serie que forman parte de las “Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de

1 Introducción

los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR”. Estas fichas técnicas examinan aquellos derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”) o “Pacto de San José”, adoptada en 1969, y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹ (“Declaración Americana”) de particular relevancia al mandato de protección internacional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Las fichas no pretenden presentar un análisis exhaustivo de los artículos de la Convención Americana y la Declaración Americana o sustituir los comentarios especializados sobre los mismos. Sin embargo, si describen y analizan, con algún nivel de detalle, la jurisprudencia y estándares generales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana) sobre los derechos en cuestión.

1.2 La presente ficha lleva a cabo una reseña de los estándares interamericanos sobre los derechos a la no devolución y a la no expulsión relacionándolos con las directrices y pronunciamientos del ACNUR en la materia.

1.3 El artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus incisos 6), 8) y 9) establece lo siguiente:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

[...]

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

1.4 Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) (art. 13 párr.in fine) señala que:

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente².

1 La Declaración Americana ha sido aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en peticiones presentadas contra Estados que aún no ratifican la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de igual manera, la CIDH ha aplicado la Declaración en casos donde carece de competencia material para aplicar las disposiciones de la Convención Americana. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido, en su jurisdicción consultiva, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales. Ver, particularmente, Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 45 in fine y 46.

2 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia el 12 de setiembre de 1985. Art.13.

2 El derecho a la no devolución

2.1 En esta sección, se analiza primeramente el derecho a la no devolución en el marco de la protección de las personas solicitantes del estatuto del refugiado y refugiadas³. Posteriormente se desarrollan algunos estándares relativos a las formas complementarias de protección a favor de aquellas personas extranjeras que no sean solicitantes del estatuto del refugiado o

refugiadas pero no deban ser devueltas a un país ante la existencia de un riesgo contra derechos como la vida, la libertad personal, la integridad personal, o el derecho a no ser objeto de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por último, se señalan una serie de garantías procesales aplicables frente a cualquier situación de posible devolución.

a. No devolución de las personas solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiadas

i. No devolución de refugiados y solicitantes del reconocimiento de esa condición en los términos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967

2.2 Tanto los órganos del Sistema Interamericano como el ACNUR han tenido la oportunidad de llevar pronunciamientos específicos en torno al derecho a la no devolución contemplado en los instrumentos del derecho internacional de refugiados como en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, a favor de las personas solicitantes del estatuto del refugiado o refugiadas,.

2.3 En el caso *Familia Pacheco Tineo*, la Corte Interamericana indicó que, con la protección de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado⁴. Según lo señalado por el Tribunal, estos instrumentos universales contienen los principios básicos sobre la protección internacional de los refugiados, su situación jurídica y sus derechos y deberes en el país de asilo⁵.

2.4 En concreto, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece en su artículo 33 lo siguiente:

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

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran 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

3 Se recomienda complementar la lectura de esta ficha con la Ficha técnica 2.1 sobre el Derecho a Buscar y Recibir Asilo, dada la consustancial interrelación entre esos derechos y el derecho a la no devolución de personas refugiadas y solicitantes de ese estatuto.

4 Ver Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr.139.

5 *Ibíd.* Debe recordarse que, según el artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, refugiado es cualquier persona que “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”.

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

2.5 En este sentido, tanto la Corte Interamericana como el ACNUR han reconocido la importancia fundamental de la no devolución como la piedra angular del derecho al asilo, que aplica a cualquier conducta que tenga como resultado la devolución, expulsión, deportación, retorno, extradición, el rechazo en frontera o la no admisión, etc. que ponga en riesgo a una persona refugiada o solicitantes de ese estatuto⁶. La Corte, haciendo referencia a la Declaración del año 2001 de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, ha establecido que este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional⁷.

2.6 En la *Opinión Consultiva 21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”* (en adelante *OC 21/14*), la Corte planteó que sólo es posible asegurar la protección internacional admitiendo a un potencial solicitante del estatuto del refugiado en un país seguro, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, con miras a lograr una solución duradera a favor de la persona⁸.

2.7 Así, el Tribunal Interamericano ha llegado a la conclusión de que los refugiados son protegidos contra la devolución tanto como un componente central del propio derecho a buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana⁹, y, a partir del artículo 22.8¹⁰, como extranjeros al no poder ser expulsados o devueltos a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación¹¹.

2.8 En este orden, la Comisión Interamericana ha hecho énfasis a las consecuencias de una devolución a una persona refugiada o solicitante de ese estatuto, y en su *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, estableció que este principio, además de estar consagrado expresamente en el artículo 22.8 de la Convención Americana, es un medio para garantizar los derechos más fundamentales como la vida, la libertad y la integridad personal¹².

2.9 Bajo esta premisa y debido al daño que puede ocasionar una devolución, la Corte Interamericana ha considerado inclusive que el estatuto de refugiado protege a la persona más allá de sus fronteras, de modo que otros Estados en los que ingrese deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto y, por

6 Ibid., párr.151. Ver también: ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. 26 de enero de 2007, Op.cit., párr. 7 y Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados aprobadas por el Comité Ejecutivo. 1991 (42 período de sesiones del Comité Ejecutivo) N° 65 (XLII) Conclusiones generales, párr. c.

7 Ver La Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. párr. 4. Diciembre, 2001. Ver Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit., párr.151.

8 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 38. Bajo esa lógica, la Comisión Interamericana ha planteado que “en virtud de esta red de protecciones, los Estados están obligados a abstenerse de tomar medidas contrarias al principio de asilo, tales como la devolución o expulsión de solicitantes de asilo o refugiados en contra del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y las leyes sobre refugiados”. CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 25. Citando en general. Resolución de la Asamblea General de la ONU 52/103 del 12 de diciembre de 1997, “Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados”, párrafo 5.

9 Ver en este sentido también: CIDH John Doe y Otros contra Canadá. Informe de Fondo No. 78/11. 21 de julio de 2011(Caso 12.586), párrs. 95-98.

10 Al respecto, resulta importante señalar que durante los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue la Oficina del Alto Comisionado para Refugiados de las Naciones Unidas quien propuso la incorporación del artículo 22.8 en dicho instrumento. Las delegaciones participantes de la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos aprobaron la propuesta y adoptaron el contenido del inciso en su redacción actual.

11 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit., párr.152.

12 CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, Op.cit, párr. 32.

ende, garantizar un deber de precaución especial en la verificación de tal condición y en las medidas que pueda adoptar¹³.

2.10 Ahora bien, el derecho a la no devolución implica que ni los refugiados ni aquellas personas solicitantes del reconocimiento de ese estatuto sin necesidad de que hayan sido admitidos formal o legalmente en el territorio del país¹⁴, pueden ser rechazados en la frontera o expulsados sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones¹⁵. Como lo ha determinado el ACNUR, las personas nunca deben ser devueltas no deben ser devueltas o expulsadas estando aún pendiente la determinación final de su estatuto¹⁶.

2.11 La Corte ha expresado al respecto que:

Dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado, la protección brindada por el principio de no devolución aplica a todos los refugiados hayan o no sido reconocidos aún como tales por las autoridades con base en los requerimientos de la definición del artículo 1 de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967¹⁷ o la legislación nacional. Es decir, que el mismo se encuentra destinado también a solicitantes de asilo, cuya condición todavía no ha sido determinada, y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales¹⁷.

2.12 En razón de las graves consecuencias que puede tener el pasar por alto la prohibición de no devolución, las autoridades deben establecer los procedimientos necesarios para detectar a las personas que pudieran tener necesidades de protección internacional a través de una evaluación inicial, una orientación adecuada, y la correspondiente referencia a las autoridades competentes de determinar su estatuto¹⁸. Como lo ha indicado la Comisión Interamericana, las autoridades no deben enviar de regreso a las personas antes de que lleguen a su frontera estatal, (devolución automática) pues se estaría evitando la oportunidad de detectar necesidades de protección específicas que pudieran tener¹⁹.

2.13 Por otra parte, tanto el ACNUR como la Corte y la Comisión Interamericanas coinciden en que tampoco se debe devolver o expulsar a una persona que solicite asilo a un tercer país donde pueda sufrir cualquier riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual pueda ser devuelta al país donde sufre el riesgo o temor fundado de persecución (devolución indirecta o cadena de devolución)²⁰.

2.14 En efecto, al dar alcance al artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el ACNUR ha reiterado que la protección concreta:

13 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit., párr.150.

14 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.210. Esto lo ha reafirmado el Comité Ejecutivo del ACNUR, por ejemplo, en su Conclusión No. 6 (XXVIII) No Devolución (1977), párrafo (c), señalando “la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución... de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se las devolvía a su país de origen”.

15 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit., párr.153. Ver ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. 26 de enero de 2007, párr. 6.

16 Ver ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. 26 de enero de 2007, párr. 6.

17 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.210.

18 *Ibíd.*, párr.82. La Corte se refiere en el caso a la situación de la niñez migrante o en necesidad de protección internacional, pero lo fundamenta a partir de la responsabilidad que puede surgir a los Estados por la omisión de prevenir violaciones a los derechos humanos haciendo referencia al caso Velásquez Rodríguez. A partir de esta lectura, el deber de identificar de oficio y canalizar a personas que puedan tener necesidad de protección internacional debe aplicarse tanto a niñez como a personas adultas. Ver Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr.164-177.

19 CIDH. Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16, 24 julio 2015, párr.168.

20 Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit. párr.153. En sentido similar, ver CIDH. Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América, *Ibíd.*, párr. 103. Comunicación presentada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el caso de Hirsi y otros Vs. Italia (Aplicación no. 27765/09), párr. 4.3.4.

[...] aplica no solo con respecto a la devolución al país de nacionalidad o, en el caso de una persona apátrida, al país de residencia habitual. También aplica a cualquier otro lugar donde una persona tenga un motivo para temer amenazas a su vida o libertad por un motivo o más de los establecidos en la Convención de 1951, o a donde esa persona corra el peligro de ser enviada a tal riesgo²¹.

2.15 Asimismo, el Estado tendrá que asegurarse que la persona podrá acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país hacia donde se estaría enviando²².

2.16 A partir de lo anterior, y utilizando como referencia el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951²³, la Comisión Interamericana en el caso *Comité Haitiano de Derechos Humanos* afirmó que la obligación de no devolución o expulsión y de acceso a procedimientos para obtener protección internacional no reconoce limitaciones geográficas, y es aplicable inclusive a personas interceptadas en alta mar²⁴.

2.17 La obligación de no devolución podría generar la posibilidad de que se otorguen medidas cautelares a favor de una persona por parte de la Comisión Interamericana. En distintas decisiones, la Comisión ha solicitado a los Estados abstenerse de deportar o expulsar a individuos que puedan ser sometidos a tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, o aquellos a los que se ha concedido el estatuto de refugiado o lo habían solicitado y que estaban a punto de ser expulsados²⁵.

ii. La no devolución de personas bajo la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984

2.18 En el ámbito interamericano, la protección contra la devolución no puede analizarse sin tomar en consideración los desarrollos producidos a partir de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984²⁶. No obstante su carácter no vinculante, la Declaración es un instrumento regional de protección adoptado por un grupo de expertos de varios países de América Latina como resultado del Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, celebrado en Cartagena de Indias, Colombia²⁷.

2.19 A partir del contexto en el cual se llevó a cabo la Declaración, el instrumento se basó en el compromiso de otorgar el tratamiento previsto por la Convención de 1951 a personas que no estuvieran cubiertas por la definición clásica de refugiado, pero que igualmente necesitaran protección internacional. En su conclusión tercera, la Declaración recomendó la utilización de la siguiente definición en la región:

la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público²⁸.

21 Ver ACNUR, Note on Non-Refoulement (EC/SCP/2), 1977, párrafo 4. Véase asimismo P. Weis, The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, Cambridge University Press, Cambridge (1995), pág. 341.

22 Ver Comunicación presentada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el caso de Hirsi y otros Vs. Italia (Aplicación no. 27765/09), párr. 4.3.4. En <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b97778d2.html>.

23 Este artículo indica: Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”) 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

24 Ver CIDH, Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros Vs. Estados Unidos de América. Informe N° 51/96, Caso 10.675, 13 de marzo de 1997, párrs. 156, 157, 167 y 177.

25 CIDH MC 5/11, MC 149/08, MC 44/07 y CIDH. MC 291/11.

26 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, el cual fue auspiciado por el Gobierno de Colombia y copatrocinado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena de Indias, el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

27 Ibíd.

28 Ver Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Conclusión III.

2.20 En la región, diversas legislaciones estatales han incorporado la definición de refugiado sugerida en la Declaración de Cartagena en su normativa²⁹ y además ha sido promovida por la OEA para su aplicación a nivel interno³⁰.

2.21 En los términos del artículo 5 de la Convención de 1951, “[n]inguna 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”, por lo que sin duda la definición ampliada, en los países que la incorporan, forma parte del marco de protección internacional aplicable y de las obligaciones estatales dentro del propio ámbito de esa Convención, incluido por supuesto el derecho a la no devolución.

2.22 Ahora bien, la Corte Interamericana se ha referido a la importancia de la definición de la Declaración de Cartagena, reconociendo que los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas han generado prácticas estatales, consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que se encuentran dentro de esa definición³¹.

2.23 Más aún, el Tribunal considera que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo, atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, respondiendo a los desafíos de protección que derivan de patrones de des-

plazamiento que suceden en la actualidad³². Para la Corte, “[e]ste criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente”³³.

2.24 En la OC-21/14, la Corte llama a tomar en cuenta esta definición más incluyente a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente³⁴, señalando, inclusive, que es parte del *corpus iuris* internacional para la protección de los derechos humanos de solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano [refiriéndose concretamente a la situación de las niñas y los niños por ser el objeto de la opinión consultiva], junto con los artículos 22,7 (derecho a buscar y recibir asilo), 22.8 (prohibición de devolución), 19 (protección especial de la niñez), VII (protección de la niñez) y XXVII (derecho a buscar y recibir asilo) de la Declaración Americana, 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño (protección de la niñez refugiada) y la Convención de 1951, su Protocolo de 1967³⁵.

2.25 El valor de la definición sugerida por la Declaración de Cartagena ha sido reconocido por el Comité Ejecutivo del ACNUR³⁶ y por la Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados de diciembre de 2001³⁷ como un esfuerzo regional esencial para la seguridad de las personas con necesidad de protección internacional.

29 Este es el caso de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

30 Asamblea General de la OEA, Situación jurídica de los asilados, refugiados y personas desplazadas en el continente americano, Resolución AG/RES. 774(XV-O/85), aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de diciembre de 1985, punto resolutivo tercero.

31 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.79.

32 *Ibíd.*

33 *Ibíd.*

34 *Ibíd.*

35 *Ibíd.*, párr.249.

36 Ver Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión general sobre la protección internacional.1995 (46°. periodo de sesiones del Comité Ejecutivo). N°77 (XLVI), párr.c.

37 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, adoptada el 13 de diciembre de 2001. Preámbulo, párr.3.

2.26 Así las cosas, haciendo una lectura armónica de lo anterior con el art. 22.8 de la Convención Americana (derecho a la no devolución a favor de toda persona extranjera en caso de riesgo a sus derechos humanos, aunque no sea refugiada o solicitante de ese estatuto, a analizar seguidamente en esta ficha) se puede confirmar la obligación de respetar el derecho a la no

devolución de aquellas personas que han huido por las razones establecidas en la Declaración de Cartagena, aun en aquellos países que no han incorporado la definición regional de refugiado en su legislación. Esto representa con claridad una ampliación y un complemento al marco de protección asegurado por la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

b. Las formas complementarias de protección y la no devolución de personas extranjeras en general

2.27 Tanto el ACNUR como los órganos del Sistema Interamericano han considerado que, junto con la protección garantizada a las personas refugiadas y solicitantes de ese estatuto, los Estados se encuentran en la obligación de asegurar el respeto a los derechos humanos por medio de otras formas complementarias de protección de aquellas personas extranjeras que no reúnan los elementos para ser refugiadas y solicitantes de ese estatuto. En esta sección se analiza primeramente el concepto “protección complementaria” desarrollado por la Corte Interamericana y el ACNUR, para posteriormente describir lo señalado por la Corte y la Comisión Interamericanas respecto al derecho a la no devolución de personas extranjeras en general como una modalidad de protección complementaria específica cuando sus derechos humanos puedan ser afectados.

í. El concepto de la protección complementaria a la protección de refugiados

2.28 Como lo ha indicado el ACNUR en sus estudios sobre el tema, el término “protección complementaria” ha emergido en la última década como resultado de la necesidad de atender la situación de aquellas personas que no pueden ser consideradas como refugiadas pero que sí presentan alguna ne-

cesidad de protección internacional³⁸. La terminología empleada para este tipo de esquemas puede variar, desde “protección subsidiaria”, “protección o visa humanitaria” o bien “protección complementaria”, entre otras³⁹. Lo que tienen en común es, en todo caso, su relación complementaria con el régimen de protección para refugiados establecido en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

2.29 El ACNUR ha considerado este tipo de mecanismos como una respuesta positiva y pragmática a ciertas necesidades de protección internacional no cubiertas por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Sin embargo, también ha sido claro en la importancia de que estos mecanismos de protección subsidiaria complementen pero no menoscaben el estatuto del refugiado⁴⁰.

2.30 En efecto, la Corte Interamericana ha definido a la protección complementaria como “toda protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas”⁴¹. Para la Corte, el artículo 22.8 de la Convención ofrece una protección complementaria

38 UNHCR. Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”). Op.cit., para. 4; Ver en este sentido Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la Protección Internacional de los Refugiados. N° 103 (LVI). Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección (2005).

39 *Ibíd.*

40 UNHCR Statement on Subsidiary Protection under the EC Qualification Directive for People Threatened by Indiscriminate Violence, January, 2008. p.3.

41 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.238.

ria para personas extranjeras que no son solicitantes del estatuto del refugiado o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado⁴².

2.31 No obstante lo anterior, la Corte si ha sido clara en que la protección que obtengan los refugiados y aquellos que reciben protección complementaria debe ser similar en cuanto al reconocimiento de los derechos básicos de las personas protegidas⁴³. En este sentido, el ACNUR ha considerado que los Estados deben respetarles y garantizarles derechos (además del de no devolución) como el de la no discriminación, el no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, la libertad de circulación, el acceso a tribunales y entidades administrativas, la posibilidad de acceder a vivienda, trabajo, salud y a programas de educación, o cualquier otra garantía para alcanzar niveles esenciales de vida digna en el territorio del país que otorga la protección⁴⁴.

2.32 Resulta de particular importancia evitar confundir un régimen de protección complementaria con el concepto de “protección temporal”. Este segundo concepto ha sido utilizado, particularmente en Europa, para describir la respuesta a una emergencia de corto plazo a causa de la afluencia significativa de solicitantes de la condición de refugiado⁴⁵.

2.33 Por su parte, la “protección complementaria” no puede verse como un esquema para atender emergencias o un mecanismo provisional, sino como un marco de protección como alternativa ante la imposibilidad de

aplicar el régimen de protección de refugiados. Las personas beneficiarias de estos esquemas deben ser protegidas contra la devolución o expulsión donde corran riesgo de que sus derechos se vean afectados⁴⁶, y, por otra parte, la cesación de esta protección debe basarse en criterios objetivos señalados en la legislación y nunca arbitrarios⁴⁷.

ii. Protección contra la devolución por riesgos contra la vida, la libertad personal y a no ser objeto de tortura o tratos crueles inhumanos y degradantes estén en riesgo

2.34 El artículo 22.8 de la Convención Americana establece la prohibición de expulsar o devolver a una persona extranjera a cualquier otro país donde sus derechos a la vida o libertad personal se encuentren en riesgo a causa de los motivos específicos señalados en el articulado (raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas). Asimismo, el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura contiene una prohibición similar frente a la presunción fundada de que corre peligro la vida de una persona, que será sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en algún otro país.

2.35 Con fundamento en el artículo 29.b de la Convención Americana (imposibilidad de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho reconocido en otra Convención en que sea parte el Estado) las anteriores obligaciones se complementan con las prohibiciones contenidas en otros instrumentos

42 *Ibíd.* párr.217.

43 *Ibíd.* párr.240.

44 Executive Committee of the High Commissioner’s Programme. Complementary forms of protection: their nature and relationship to the international refugee protection regime. Standing Committee 18th meeting. EX/50/SC/CRP.18, 9 June 2000, paras. 16-17.

45 Executive Committee of the High Commissioner’s Programme. Complementary forms of protection: Their nature and Relationship to the International Refugee Protection Regime. EC/50/SC/crp.18, 9 June 2000. Standing Committee, 18th Meeting, paras. 20-21. En este sentido, la Corte Interamericana ha indicado, nuevamente haciendo referencia a lo expresado por el ACNUR, que en situaciones de afluencia masiva de personas existe una apremiante necesidad de brindar protección y asistencia, y los Estados deben garantizar el acceso “a la protección, la no devolución y un trato humanitario mínimo”, pudiendo recurrir al reconocimiento grupal, colectivo o prima facie, al no ser viable la evaluación individualizada. Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: marco global para la protección, UN Doc. EC/GC/01/4, 19 de febrero de 2001, párr.6 y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit. párr.262.

46 Executive Committee of the High Commissioner’s Programme. Complementary forms of protection: their nature and relationship to the international refugee protection regime. Op. cit., para.16.

47 *Ibíd.* para.16.

derechos humanos que impiden la devolución de cualquier persona cuando corra el riesgo de daños graves⁴⁸.

2.36 En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que existe un deber de los Estados de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a ninguna persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a violaciones contra su vida, integridad personal, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o una flagrante denegación de justicia⁴⁹.

2.37 Este deber debe ser leído “en conjunto con las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos”⁵⁰, y por ende “no basta con que los Estados se abstengan de incurrir en una violación de dicho principio, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas”⁵¹.

2.38 Así las cosas, en el caso *Familia Pacheco Tineo*, la Corte Interamericana indicó que si se complementan las normas de la Convención Americana con el *corpus juris* internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre⁵².

2.39 En los términos de este derecho, la expulsión o devolución no solo debe evitarse hacia al país de nacionalidad o de residencia habitual de la persona, sino que la protección es aplicable frente a la expulsión o devolución a cualquier país donde el riesgo exista⁵³.

2.40 El carácter fundamental que tiene de esta obligación se ve reflejado en el hecho de que es exigible por cualquier persona extranjera sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado⁵⁴.

iii. Protección contra la devolución frente al riesgo de violación al derecho a la salud

2.41 La Corte Interamericana ya ha resaltado en sus decisiones la vinculación directa e inmediata que existe entre los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención a la salud humana⁵⁵. Siendo así, “la expulsión o devolución de una persona podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o el deterioro grave de la salud de la misma o, incluso, cuando pueda derivar en su muerte”⁵⁶. En estos casos, “habrá de tenerse en cuenta el estado de salud o el tipo de dolencia que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos”⁵⁷.

48 Ver en este sentido la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 10 de diciembre de 1984, Artículo 3(1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, Artículo 7.

49 Ver Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párrs.127, 128 y 136 y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr. 226.

50 *Ibíd.*, Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, párr.127.

51 *Ibíd.*, párr.128.

52 Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit., párr.135.

53 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.237.

54 *Ibíd.*, párrs. 219-220.

55 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.229. Ver también Corte IDH. Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43.

56 *Ibíd.*, (Opinión Consultiva OC-21/14).

57 *Ibíd.*

2.42 En el *Caso Mordlock*, donde la víctima se encontraba bajo amenaza de deportación y con ello de negación de medicamentos vitales para el tratamiento del VIH/SIDA en el Estado de origen, la Comisión Interamericana señaló:

*La deportación puede considerarse una forma de castigo severo y sería violatoria de sus derechos y constituiría una sentencia de facto a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura*⁵⁸.

*[...] el parámetro aplicable consistirá en determinar si la deportación creará penurias extraordinarias a la deportada y su familia, hasta el punto de equivaler a una sentencia de muerte, habida cuenta de dos aspectos fundamentales: la disponibilidad de atención médica en el país receptor; y la disponibilidad de servicios sociales y apoyo, en particular, la presencia de parientes cercanos*⁵⁹.

2.43 A partir de este criterio, la Comisión otorgó medidas cautelares para que el Estado se abstuviera de deportar a la víctima, dado que esta falta hubiera podido configurarse como un trato cruel, degradante e inhumano⁶⁰.

iv. Protección contra la devolución frente al riesgo de afectar el interés superior del niño, niña o adolescente

2.44 El artículo 19 de la Convención Americana establece que “[t]odo 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”. Asimismo, el art. VII de la Declaración Americana asegura el deber de los Estados de asegurar a la niñez el “derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

2.45 En este marco, la Corte, haciendo eco de lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño, sostiene que el retorno al país de origen de un niño, niña o adolescente sólo podrá contemplarse en principio si redundan en su interés superior, por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”⁶¹.

2.46 Así, el Tribunal Interamericano hace énfasis en que el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y de supervivencia, a la luz de los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶².

2.47 No obstante, la Corte ha concluido que la obligación de no devolver a niñas, niños, y adolescentes no se limita al peligro real que pueda existir de daño irreparable a sus derechos a la supervivencia o a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o a no ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente (art.37 Convención sobre los Derechos del Niño) sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como por ejemplo “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”⁶³.

2.48 En su jurisprudencia, la Corte ha recogido una serie de circunstancias a evaluar citadas por el Comité de Derechos del Niño para determinar que no existe riesgo para el niño, niña o adolescente, y que incluyen⁶⁴:

- la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará a su regreso, tomando en cuenta las condiciones en el país;

58 CIDH, *Andrea Mortlock Vs. Estados Unidos*, Op.cit., párrs. 78, 85.

59 *Ibíd.*, párr. 91.

60 *Ibíd.*, VII. Recomendación.

61 y ver Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra, párr. 84. En Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.231.

62 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.222. Ver Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

63 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 Op.cit., párr.231. Ver Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, Op.cit., párrs. 26 y 27.

64 Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.222 y Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, Op.cit., párrs. 84 y 85.

- la existencia de mecanismos para su atención individual;
- sus opiniones manifestadas, así como las de las personas que le atienden;
- su nivel de integración en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen;
- el derecho a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares;
- la conveniencia de que haya continuidad en su educación y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico;
- si los padres o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atenderle, el retorno al país de origen no se efectuará,

en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso.

2.49 En suma, haciendo una interpretación *pro persona* de las disposiciones relativas al principio de no devolución, y en virtud de la protección especial dada por los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana en relación con los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte es clara en que cualquier decisión sobre la devolución de un niño, niña o adolescente al país de origen o a un tercer país “sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad”⁶⁵.

c. No devolución y debido proceso

2.50 La Corte Interamericana ha considerado en sus pronunciamientos que la flagrante violación de las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos de expulsión o deportación o en procedimientos para determinar el estatuto de refugiado⁶⁶ pueden acarrear, a su vez, la violación del principio de no devolución⁶⁷.

2.51 En este sentido, según el Tribunal:

[...] cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución, y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y, de constatarse, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo,

*en el caso de niñas y niños se impone también determinar su interés superior en los términos previamente expuestos*⁶⁸.

2.52 Claro está, en el caso de las personas refugiadas o solicitantes de este estatuto, el acceso a los procedimientos para la determinación del estatuto del refugiado se convierte en una garantía esencial para la no devolución. La Corte ha reconocido en este sentido que “[e]n el ámbito del sistema interamericano, [el principio de no devolución] se ve reforzado por el reconocimiento del derecho de toda persona a buscar y recibir asilo, originalmente en el artículo XXVII de la Declaración Americana y luego en el artículo 22.7 de la Convención Americana”⁶⁹.

2.53 En el Informe *Refugiados y Migrantes en Estados Unidos: Familias y Niñez No Acompañada*, la Comisión Interamericana planteó por su parte la exigencia de que “los Estados no devuelvan a personas en riesgo de persecución al país

65 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.242.

66 Para profundizar en el detalle de estas garantías ver Ficha técnica sobre Garantías Judiciales y Protección Judicial de este Manual.

67 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.230.

68 *Ibíd.* párr.232. Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr.129 y Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit., párr.136.

69 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párr.212.

en el cual pueden ser perseguidas [y] garantizar que las políticas y prácticas estatales ofrezcan mecanismos suficientes para identificar este tipo de reclamos y hacer las determinaciones administrativas y judiciales pertinentes con las correspondientes garantías del debido proceso”⁷⁰.

2.54 A este respecto, en el *Manual sobre Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado*, el ACNUR hace hincapié en que “[e]s esencial contar con una visión completa de la personalidad, el pasado y las experiencias personales del solicitante de asilo, así como el análisis y conocimiento actualizado de las circunstancias históricas, geográficas y culturales específicas del país de origen”⁷¹.

2.55 Será necesario tener en cuenta:

- los antecedentes personales y familiares del solicitante,
- su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político,
- la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales; en otras palabras: cuanto pueda servir para indicar que el motivo predominante de su solicitud es el temor.

d. Garantías contra la devolución en casos de extradición

2.58 En relación a los casos de extradición, el ACNUR ha sido puntual en que si una persona refugiada o solicitante de ese estatuto ha sido solicitada por su país de origen, el artículo 33(1) de la Convención de 1951 sobre no devolución y el derecho internacional consuetudinario impiden extraditar a la persona que está siendo requerida⁷⁵.

- el temor debe ser razonable, sin embargo, el temor exagerado puede ser fundado si, a la luz de todas las circunstancias del caso, ese estado de ánimo puede considerarse justificado⁷².

2.56 Ahora bien, un temor fundado de persecución “no necesariamente está basado en la experiencia personal de la persona solicitante” y más bien “(...) lo que le haya sucedido a amigos y parientes del solicitante o (...) a otros individuos en la misma situación–, “puede ser indicio suficiente de que sus temores de convertirse también, más tarde o más temprano, en víctima de persecución son fundados”⁷³.

2.57 Por otra parte, en el caso *Wong Ho Wing*, el cual se trató como un caso relativo a los derechos de una persona extranjera (sin ser refugiada o solicitante de ese estatuto) la Corte afirmó que para determinar la existencia de un riesgo de maltrato en otro Estado, se debían examinar las consecuencias de enviar al peticionario al Estado receptor, teniendo en cuenta la situación general de dicho Estado así como las circunstancias personales del peticionario⁷⁴.

2.59 Esta prohibición se aplica aun en aquellos casos en que el Estado requiriente haya asegurado que la persona requerida no será objeto de persecución ni de otros tipos de perjuicios una vez que sea entregado⁷⁶. Este tipo de garantías, comúnmente conocidas como “garantías diplomáticas”, no deben tomarse en consideración en estos casos, pues o bien ya se ha realizado una determinación en el caso particular y se ha reconocido que el

70 CIDH. Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. Op.cit, párr.99.

71 ACNUR. *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado* en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Reedición. Ginebra, diciembre de 2011, párr.7.

72 *Ibíd.*, párr.41.

73 Ver ACNUR. *Directrices sobre protección internacional no. 6: Solicitudes de Asilo Por Motivos Religiosos Bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 Sobre el Estatuto de los Refugiados*, 28 de abril de 2004, HCR/GIP/04/06, párr. 14.

74 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*, Op.cit. párr.157.

75 ACNUR. *Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados*. Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Ginebra. Abril 2008, párr.24.

76 *Ibíd.*, párr.25.

refugiado tiene fundados temores de persecución en el país de origen, o la solicitud de determinación se encuentra aún pendiente⁷⁷.

2.60 Si el país que solicita la extradición es distinto al país de origen de la persona refugiada o solicitante, el Estado requerido debe analizar adecuadamente si la entrega sería consecuente con sus obligaciones de no devolución⁷⁸. Es decir, que la extradición no pondrá a la persona en ningún riesgo de persecución, tortura o de sufrir cualquier otro daño irreparable en ese país, como tampoco lo expondrá a una expulsión posterior al país de origen o a un tercer país donde exista dicho riesgo⁷⁹.

2.61 Los Estados involucrados tendrían en todo caso que garantizar que la persona tendrá acceso a un procedimiento de asilo justo y eficiente, tanto en el Estado requerido o requirente⁸⁰.

2.62 Asimismo, la protección de los datos personales y la confidencialidad deben respetarse en el momento de interactuar dentro del contexto de los procesos que pueden resultar en la extradición de una persona refugiada o solicitante de ese estatuto⁸¹. Este requisito se debe respetar en todas las etapas del proceso de extradición, incluso en el momento de comunicar al Estado requirente los motivos que fundamentan la denegación de extradición de la persona⁸².

2.63 A continuación se analizan requerimientos que el Sistema Interamericano y el ACNUR han desarrollado para el caso de una extradición, lo que

resultaría aplicable para el caso de la persona refugiada o solicitante de ese estatuto cuando la extradición sea a un país distinto a su país de origen, con el fin de garantizar la obligación de no devolución:

i. Deber de evaluación del peligro de violación a los derechos humanos

2.64 El Sistema Interamericano ha sostenido que si un Estado extradita a una persona en su ámbito de jurisdicción y si, como consecuencia, existe un peligro real de que sus derechos vayan a verse violados en otra jurisdicción, el propio Estado puede estar violando sus obligaciones internacionales⁸³.

2.65 En el caso *Wong Ho Wing*, la Corte Interamericana tuvo la oportunidad de referirse a este tema, reconociendo que “la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, así como el principio de no devolución ante el riesgo de tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante o riesgo al derecho a la vida se aplica a todas las modalidades de devolución de una persona a otro Estado, incluso por extradición”⁸⁴. Esto conlleva, por ende, el deber de todos los Estados Parte de la Convención Americana de evaluar efectivamente esa posibilidad en el marco de todo proceso formal de extradición y con las debidas garantías cuando dicho riesgo sea alegado⁸⁵.

2.66 La Comisión Interamericana también ha establecido que la prohibición de extradición aplica en casos donde existen fundamentos para creer que la per-

77 Ibíd.

78 Ibíd., párr.26.

79 Ibíd.

80 Ibíd., párr.37.

81 Ibíd., párr.58.

82 Ibíd.

83 Ver CIDH, Caso de interdicción de los Haitianos. Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos de América. Informe de fondo No. 51/96 de 13 de marzo de 1997 (Petición No. 10.675), párr.167, citando *Soering contra Reino Unido*, 161 Eur. Ct. H.R. (ser.A) (1989). Citado en: CIDH, Caso de interdicción de los Haitianos. Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos de América. Informe de fondo No. 51/96 de 13 de marzo de 1997 (Petición No. 10.675), párr.167.

84 Corte IDH. Caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*, Op.cit. párr.130 y 135.

85 Ibíd., párr. 163.

sona correrá peligro de ser sometida a torturas⁸⁶ o bien de ser sometida a la pena de muerte en su país de origen⁸⁶.

2.67 La Corte Interamericana ha recogido el criterio del Comité de Derechos Humanos en ese mismo sentido al señalar la necesidad de un riesgo real, de acuerdo al cual el daño debe ser una consecuencia necesaria y previsible de la extradición⁸⁷.

2.68 Bajo estas premisas, el Tribunal ha determinado inclusive la procedencia de medidas provisionales de protección señalando que:

[...] la situación de extrema gravedad se fundamenta, en su dimensión tutelar y cautelar, en los derechos involucrados, fundamentalmente, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana, ante el peligro derivado de la posibilidad de aplicación de la pena de muerte en el Estado requirente, cuando se ha denunciado que el proceso de extradición no ha observado el derecho internacional, particularmente las garantías judiciales y la protección judicial, previstas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana [...] En efecto, el Tribunal encuentra que el requisito de extrema gravedad se satisface en el presente asunto con la determinación prima facie del riesgo inherente a extraditar a una persona que alega posibles fallas en el debido proceso, cuando dicha extradición pueda llevar a aplicar la pena de muerte en un Estado ajeno al sistema interamericano⁸⁸.

2.69 La Corte ha reafirmado en este contexto lo planteado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁹, según la cual si bien en principio, corresponde a la persona afectada aportar las pruebas que demuestren que existen motivos fundados para creer que estaría expuesto a un riesgo real de ser sometido a un trato contrario a sus derechos humanos, corresponde al Estado requerido “disipar cualquier duda” cuando hubieren sido presentadas pruebas al respecto⁹⁰.

2.70 Dado el alcance de esta prohibición, en aquellos casos en donde la extradición sea solicitada judicialmente por la presunta comisión de violaciones graves a los derechos humanos contra una persona, el Estado requerido tendría que, en lugar de enviar a la persona al lugar donde corre peligro de ser, por ejemplo, asesinada o torturada, asegurar el juzgamiento en su propio territorio (en caso de tener jurisdicción para ello), o en el territorio de un tercer Estado o bien frente a un tribunal internacional, en aras de evitar la impunidad⁹¹.

2.71 Deberá, asimismo, verificar que el país requirente esté utilizando el sistema penal de manera legítima, y no como medio de persecución para afectar arbitrariamente los derechos de la persona requerida, caso en el cual, en lugar de juzgarla, tendría que activarse la protección internacional correspondiente y garantizarse el derecho a buscar y recibir asilo o alguna otra medida de protección complementaria⁹².

86 CIDH, El Asilo y su relación con los Crímenes Internacionales, Recomendación de la CIDH. OEA/Ser./L/V/II.111, 20 de octubre de 2000, párr. 392, y CIDH, Wong Ho Wing Vs. Perú. Informe 366/09 (2010), Caso 151/10. párr. 46.

87 Ver ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Mrs. G.T. Vs. Australia, Comunicación N°. 706/1996, U.N. Doc. CCPR/C/61/D/706/1996, 4 de noviembre de 1997, párr. 8.1, y Caso Mahmoud Walid Nakrash and Liu Qifen Vs. Suecia, Comunicación No. 1540/2007, U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1540/2007, 30 de octubre de 2008, párr. 7.3. Citados en: Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Op.cit. párr.157.

88 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010. Solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República del Perú Asunto Wong Ho Wing, párr. 12.

89 TEDH, Caso N. Vs. Finlandia, No. 38885/02. Sentencia de 26 de julio de 2005, párr. 167.

90 Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Op.cit. párr.162.

91 Ver en este sentido lo desarrollado en: Corte IDH, Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 132 y ACNUR. Directrices del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión del Artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en situaciones de afluencia masiva, Febrero 2006, párr.38.

92 ACNUR. Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Op.cit, párr. 85.

ii. Factores de evaluación en los casos de extradición

2.72 Tres son los factores que la Corte consideró, en un caso sobre extradición de una persona no reconocida como refugiada, que debe analizar un Estado al momento de decidir si una persona corre peligro al ser enviado a otro Estado: (i) las condiciones relevantes en el Estado receptor, (ii) las circunstancias particulares de la presunta víctima y (iii) las garantías diplomáticas otorgadas por el Estado receptor (donde la persona sería extraditada)⁹³. Los factores se analizan a continuación, tomando en cuenta asimismo planteamientos específicos del ACNUR al respecto:

ii.a Condiciones relevantes en el Estado receptor

2.73 El Tribunal Interamericano ha planteado que al examinar la alegada situación de riesgo en el Estado requirente, la Corte necesariamente se deben examinar las condiciones del país de destino en las cuales se fundamenta el alegado riesgo⁹⁴. A efectos de determinar la situación de riesgo, se puede hacer uso de fuentes nacionales, así como de informes de organizaciones internacionales o no gubernamentales⁹⁵.

2.74 En el caso de las solicitudes de determinación de la condición de refugiado, el ACNUR ha señalado que al momento de evaluar la credibilidad de las solicitudes y por ende el temor fundado de persecución, se requiere ubicar la historia de la persona solicitante en el contexto fáctico apropiado, es decir, la situación en el país de origen⁹⁶.

2.75 La utilización de la información sobre el país de origen de una persona solicitante de la condición de refugiado debe ser lo más comprensiva, precisa, actualizada y confiable posible⁹⁷. Las fuentes de información deben ser ampliamente objetivas e independientes, y no se puede realizar un análisis selectivo y prejuiciado de las mismas a efectos de hacer la determinación de la condición de refugiado⁹⁸.

ii.b Circunstancias particulares de la presunta víctima

2.76 Para la Corte Interamericana, no es suficiente la referencia a condiciones generales de derechos humanos del país de origen de la persona que alega la existencia de un riesgo en caso de ser devuelta o expulsada⁹⁹. Es necesario demostrar que las circunstancias particulares de la persona que sufre el presunto riesgo la exponen a un riesgo real y previsible de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁰⁰.

2.77 Entre estas circunstancias, el Tribunal cita como ejemplo “la pertenencia a un grupo perseguido, la experiencia previa de torturas o malos tratos en el Estado requirente, el tipo de delito por el cual es solicitado, entre otras”¹⁰¹.

2.78 En este punto valga destacar el análisis de la Comisión Interamericana en el caso *Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros* en cuanto a la necesidad de realizar, en todo caso en donde una persona pueda estar sometida a una expulsión, una prueba de equilibrio entre los intereses del Estado y las implicaciones en los derechos humanos de la persona, evaluación que tendría que ser determinada caso por caso y según las particularidades de la situación¹⁰².

93 Ver Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Op.cit. párr.157.

94 Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Op.cit. párr. 169.

95 *Ibíd.* párr.171.

96 UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Country of Origin Information: Towards Enhanced International Cooperation, February 2004, par. 9.

97 *Ibíd.*

98 *Ibíd.*, par.7.

99 Corte IDH Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Op.cit. párr.173.

100 *Ibíd.*

101 *Ibíd.*

102 CIDH. Informe No. 81/10. Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros Estados Unidos, 12 de julio de 2010, párr.51.

ii.c Garantías diplomáticas otorgadas por el Estado requirente

2.79 La Corte Interamericana se ha referido a la figura de las garantías diplomáticas como una salvaguarda en casos en donde un Estado que se encuentra determinando la procedencia de una extradición. Como lo define el Tribunal:

[L]as garantías diplomáticas constituyen una práctica común entre los Estados en el marco de procesos de extradición a las cuales generalmente se atribuye una presunción de buena fe. Estos compromisos diplomáticos consisten en promesas o seguridades otorgadas por el Estado requirente al Estado requerido de que la persona solicitada en extradición recibirá un trato o sanción acorde con las obligaciones internacionales de derechos humanos del Estado requerido¹⁰³.

2.80 La Corte aclara que las garantías tienen un valor relativo, que no son suficientes en sí mismas, y que persiste la obligación del Estado requerido en una extradición de determinar si esas garantías en la práctica (verificado cada caso a partir de las circunstancias prevaletentes en el momento) ofrecen seguridad contra graves violaciones a derechos humanos¹⁰⁴.

2.81 Vale la pena señalar los criterios que el Tribunal Interamericano ha considerado como idóneos para evaluar la calidad y confiabilidad de las garantías diplomáticas ofrecidas por un Estado al momento de enviar a una persona al mismo¹⁰⁵:

(i) El hecho de que los términos de las garantías hayan sido comunicados o no.

(ii) El carácter, bien sea preciso, bien sea general y vago de las garantías diplomáticas. (iii) El autor de las garantías y su capacidad, o no, de comprometer al Estado de acogida.

(iv) En los casos en que las garantías diplomáticas han sido ofrecidas por el Gobierno central del Estado de acogida, la probabilidad de que las autoridades locales las cumplan.

(v) Si la implementación de las garantías conllevan conductas legales o ilegales en el Estado de acogida. (vi) El hecho de que procedan, o no, de un Estado que haya suscrito los convenios internacionales relevantes en derechos humanos.

(vii) La duración y la fuerza de las relaciones bilaterales entre el Estado de envío y el Estado de acogida, incluida la actitud anterior del Estado de acogida frente a garantías similares.

(viii) La posibilidad, o no, de verificar objetivamente el cumplimiento de las garantías ofrecidas mediante mecanismos diplomáticos u otros mecanismos de control.

(ix) La existencia, o no, de un verdadero sistema de protección contra la tortura en el Estado de acogida y la voluntad de este Estado de cooperar con los mecanismos internacionales de control (entre las que se encuentran las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos), de investigar las denuncias de tortura y de sancionar a los autores de tales actos.

(x) El hecho de que el autor haya, o no, sido maltratado en el Estado de acogida.

(xi) Que las garantías han pasado por el examen de los Tribunales internos del Estado de partida.

2.82 Teniendo esto claro, el ACNUR ha planteado que las garantías diplomáticas otorgadas dentro del contexto de una solicitud de extradición de un refugiado hecha por un país distinto al país de origen del individuo se deben examinar a partir de la obligación de no devolución¹⁰⁶. Para ello debe veri-

103 Corte IDH Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Op.cit. párr.178.

104 Corte IDH Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Op.cit. párr.178.

105 *Ibíd*, párr.180. La Corte hace referencia a lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Caso Othman (Abu Qatada) Vs. Reino Unido*, No. 8139/09. Sentencia de 17 de enero de 2012, párr. 189.

106 ACNUR. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados, Op.cit, párr.30.

ficar si dichas garantías constituirían una salvaguardia adecuada y confiable contra el riesgo de persecución en el Estado requirente, o contra el riesgo de un posterior traslado de la persona al país de origen o a otro país donde pueda ser requerida pueda ser perseguida¹⁰⁷.

2.83 Por su importancia, el ACNUR ha indicado que el uso de las garantías diplomáticas no se limita a la extradición, sino que cada vez más se utilizan para asegurar que las personas que van a ser sometidas a procesos de traslado, como la expulsión o la deportación, no sean víctimas de cualquier forma de maltrato¹⁰⁸.

2.84 Ahora bien, las garantías diplomáticas no son jurídicamente vinculantes, y por lo general no establecen ningún mecanismo para su ejecución y tampoco existe un recurso legal en caso de incumplimiento una vez que la persona fue trasladada al país receptor¹⁰⁹. Por ende, deben de funcionar como un método adecuado para eliminar el peligro del individuo afectado y ser consideradas, de buena fe, confiables¹¹⁰.

2.85 El ACNUR ha desarrollado algunas consideraciones específicas adicionales cuando se trate de casos de personas solicitantes de la condición de refugiadas o refugiadas¹¹¹:

(i) Una única autoridad central especializada en la determinación de la condición de refugiado debe llevar a cabo el análisis de las solicitudes para ese efecto, incluso cuando exista un proceso de extradición en curso.

(ii) Constatar que la persona concernida no estará expuesta en el país receptor a un peligro o manifestación posible de persecución y/o cualquier otro tipo de daño.

(iii) En el caso de personas solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, que haya seguridad de que va a tener acceso al procedimiento de asilo en el Estado de acogida.

(iv) Abstenerse de solicitar garantías diplomáticas al Estado de nacionalidad o de residencia habitual del refugiado o solicitante.

(v) Las garantías diplomáticas no podrán como tales constituir una base para rechazar una solicitud de asilo.

(vi) Si debido a las circunstancias específicas del caso, se han recibido garantías diplomáticas por parte del Estado de nacionalidad o de residencia habitual, esto no dará motivos para considerar que la solicitud es manifiestamente infundada.

(vii) La responsabilidad de determinar que las garantías diplomáticas son confiables recae en la autoridad encargada de la toma de decisiones, no en la persona solicitante.

(viii) Si se determina que la persona solicitante ya fue sometida a persecución en el país donde será enviada, no se podrán considerar confiables las garantías emitidas por las autoridades responsables de esa persecución.

107 *Ibíd.*

108 Nota del ACNUR sobre las Garantías Diplomáticas y la Protección Internacional de los Refugiados. Sección de Operaciones de Protección y Asesoría Legal División de Servicios de Protección Internacional, Op.cit, párr.6.

109 *Ibíd.*, párr.5.

110 *Ibíd.*, párr.20.

111 *Ibíd.*, párrs.37, 39, 42, 45, 46, 47, 53 y 55.

3 El derecho a la no expulsión del territorio del país de asilo

3.1 Tomando en consideración la prohibición absoluta de devolución de una persona a un territorio en donde sus derechos humanos puedan estar en riesgo, el derecho internacional de los refugiados ha establecido también reglas específicas para que un Estado expulse de su territorio a una persona refugiada o solicitante de ese estatuto, aun a terceros países distintos de aquel en donde exista temor de persecución o riesgo, lo cual se analiza como primer aspecto en esa sección.

a. La no expulsión de personas refugiadas y solicitantes del estatuto del refugiado

3.3 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece en su artículo 32 lo siguiente¹¹²:

Artículo 32. – Expulsión

1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.
2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3.2 Seguidamente, se analizan un conjunto de estándares aplicables a la expulsión de toda persona extranjera en el marco del Sistema Interamericano, los que incluyen garantías procesales específicas para estos casos, y que deben ser aplicados asimismo a favor de las personas refugiadas y solicitantes de este estatuto.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

3.4 Como se desprende de la norma indicada, la no expulsión de personas refugiadas o solicitantes de ese estatuto es la regla a seguir por parte de los Estados, debiendo presentarse condiciones muy específicas, taxativas, y de carácter excepcional, para que se pueda proceder con la misma. El Comité Ejecutivo del ACNUR, en su Conclusión 7 sobre Expulsión, ha reconocido que:

[...] una medida de expulsión podía tener consecuencias muy graves para un refugiado y para los miembros de su familia inmediata que residieran con él [...] de conformidad con el artículo 32 de la Convención de 1951, sólo se tomasen medidas

¹¹² El ACNUR ha indicado que el término expulsar contenido en este artículo abarca cualquier medida que obligue a una persona refugiada a salir del país de asilo incluyendo la remoción seguida de una orden de expulsión o una restricción de residencia que resulte en la obligación de que la persona tenga que salir del país. Ver UNHCR. Note on Expulsion of Refugees and Stateless Persons under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, and the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, p. 12. Esta definición amplia coincide con la establecida por la Corte Interamericana, la cual entiende el término expulsión como “cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo. De este modo, al referirse a la expulsión, se abarca también lo que en términos específicos o estatales internos pudiera consistir en una deportación”. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit. párr.269.

*de expulsión contra un refugiado en casos sumamente excepcionales y tras la debida consideración de todas las circunstancias, incluida la posibilidad de que el refugiado fuese admitido por un país que no fuese su país de origen*¹¹³.

3.5 Debido a lo anterior, el artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece salvaguardas sustantivas y procesales con el propósito de evitar las expulsiones arbitrarias de las personas refugiadas legalmente en el territorio de los Estados Parte de la Convención.

3.6 Este artículo debe analizarse en conexión con el artículo 22.6 de la Convención Americana, el cual prevé que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. Este artículo tiene como objeto asegurar que cualquier decisión que conlleve la expulsión de una persona en esta condición no podrá ser llevada a cabo de manera arbitraria, es decir, sin cumplir con las disposiciones, tanto procesales como sustantivas, emanadas de la ley o de los convenios internacionales que produzcan efectos de ley¹¹⁴.

3.7 Ahora bien, la prohibición de expulsión de una persona refugiada que se encuentre “legalmente en el territorio” implica que la persona se encuentra de “manera autorizada” en el país, aun cuando esta autorización sea de carácter temporal¹¹⁵. De tal manera, el artículo 32 de la Convención de 1951 incluye, además de a las personas reconocidas como refugiadas en el

país, a las personas solicitantes de ese estatuto, e inclusive a aquellas que han ingresado de manera irregular pero han accedido a los procedimientos respectivos de reconocimiento del estatuto¹¹⁶. Este criterio se fundamenta en el carácter meramente declarativo del reconocimiento¹¹⁷ y en la idea de que estas personas ya han sido admitidas a los sistemas de asilo y no existe una denegatoria formal de su reconocimiento cumpliendo con las reglas del debido proceso¹¹⁸.

3.8 Por otra parte, a pesar de que la determinación de lo que constituye una amenaza a la “seguridad nacional” para efectos de la expulsión radica fundamentalmente en el dominio del gobierno, este término no puede ser invocado de manera arbitraria, y aplica para actos realmente serios donde se vea amenazado el gobierno, la integridad, la independencia o la paz del Estado de asilo¹¹⁹.

3.9 Asimismo, las razones que se utilicen para justificar la expulsión en la defensa del “orden público” deben ser también de una entidad suficientemente seria para que constituyan un motivo válido para tomar la medida mencionada¹²⁰.

3.10 No será suficiente que la persona haya cometido una ofensa criminal o haya sido condenada por delito para justificar de manera automática su expulsión, sino que deberá hacerse una evaluación específica y separada sobre las razones que justifican la expulsión según lo anteriormente señalado¹²¹.

113 Comité Ejecutivo del ACNUR. Expulsión.1977 (28° período de sesiones del Comité Ejecutivo). N° 7 (XXVIII) párrs. b y c.

114 La propia Corte Interamericana ha definido el concepto de Ley como cualquier “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Corte IDH. (Ser. A) No. 6 (1986), párr. 38.

115 UNHCR. Note on Expulsion of Refugees and Stateless Persons under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, and the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, Op.cit, p.15.

116 *Ibíd.*, p.17.

117 No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado. Por este motivo, las personas solicitantes de la condición de refugiado se encuentran beneficiadas con el marco de protección del derecho internacional de refugiados en lo que respecta a derecho como la no devolución o la expulsión. Ver Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Op.cit., párr.145.

118 UNHCR. Note on Expulsion of Refugees and Stateless Persons under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, and the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, Op.cit, p.17.

119 UNHCR. Note on Expulsion of Refugees and Stateless Persons under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, and the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, Op.cit, párr. 13.

120 *Ibíd.*

121 *Ibíd.*

3.11 Circunstancias como la indigencia, la discapacidad mental o física o la enfermedad no se encuentran incluidas dentro de las causales que pueden validar una expulsión motivada en el orden público del país de asilo¹²².

3.12 Adicionalmente, el propio artículo 32.2 de la Convención de 1951 señala la obligación de cumplir con el debido proceso legal para proceder con la expulsión, permitir al refugiado presentar pruebas que lo exculpen, tener acceso a un recurso de apelación y hacerse representar frente a la autoridad. Con ello se busca limitar los riesgos de arbitrariedad, irrazonabilidad y capricho al momento de decidir la expulsión.

3.13 Como elemento a considerar, dado que la persona no pierde la condición de refugiada por el hecho de ser expulsada del Estado de asilo (la expulsión no es una causal de cesación del estatuto según el art.1.C de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951), éste debe conceder a la persona un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país (artículo 32.3 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados).

b. Estándares interamericanos en materia de expulsión de personas extranjeras en general

i. Garantías de debido proceso en toda expulsión, independientemente del estatus migratorio de la persona

3.1 La Corte Interamericana ha planteado que, a la luz del artículo 8 de la Convención Americana, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso de carácter sancionatorio debe respetar el debido proceso legal¹²⁴. En este sentido, ha indicado que las medidas de expulsión o deportación, al ser medidas que requieren de la privación de libertad de la persona, tienen un carácter punitivo sancionatorio¹²⁵, y por

3.14 En este sentido, de previo a la expulsión, las autoridades tendrían que tomar en consideración dos aspectos esenciales:

- a. Debe tomarse en consideración si la persona refugiada y su familia tienen la posibilidad real y efectiva de salir a un país distinto a su país de origen, pues de lo contrario, se estaría en el escenario de una riesgo de devolución al lugar donde se originó el temor fundado de persecución, contraria a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, y al artículo 22.8 de la Convención Americana (ver Sección 2 de esta ficha técnica).
- b. Con fundamento en el derecho humano a buscar y recibir el asilo (ver primer ficha técnica de este Manual sobre el artículo 22.7 de la Convención Americana y Art. XXVII de la Declaración Americana), como regla general, el Estado expulsor tendría que tener garantías suficientes de que la persona recibirá de manera efectiva la protección internacional¹²³.

lo tanto no están ajenas al cumplimiento de las normas del debido proceso vigentes en el Estado¹²⁶.

3.2 El Tribunal ha señalado que en el “ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica de una persona migrante”¹²⁷. Los Estados deben observar plenamente estas garantías derivadas en procesos de expulsión o deportación de extranjeros¹²⁸.

122 *Ibíd.*

123 Ver sección de esta ficha técnica sobre la utilización de garantías diplomáticas como una práctica a considerar al respecto.

124 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

125 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No 251, párr. 164.

126 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *Op.cit.*, párr. 132. Ver también, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *Op.cit.*, párr. 157, y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *Op.cit.*, párr. 112.

127 *Ibíd.*, párr.100. Ver también Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 118 y 119.

128 Ver Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. *Op.cit.*, págs.47-49.

3.3 En el caso *Nadege Dorzema y otros*, la Corte señaló las siguientes garantías básicas que deben asegurarse frente a toda decisión que desemboque en la expulsión o deportación¹²⁹:

- i. sólo podrá expulsarse a un extranjero en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley,
- ii. se debe facultar al extranjero la posibilidad de:
 - a) exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión;
 - b) someter su caso a revisión ante la autoridad competente, y c) hacerse representar con tal fin ante ellas.

3.4 El Tribunal Interamericano también ha indicado la necesidad de que toda persona sometida a un proceso que pueda tener como consecuencia la expulsión o deportación tenga derecho de contar con la asistencia de un abogado defensor, planteando, inclusive, que en estos casos “la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”¹³⁰.

3.5 En este sentido, la Corte ha planteado que, para garantizar los derechos del debido proceso de la persona extranjera cuando se encuentra detenida, deben asegurarse al menos tres elementos de la misma garantía: i) el derecho a ser notificado de sus derechos, lo cual debe realizarse en conjunto con sus obligaciones bajo el artículo 7.4 de la Convención Americana (informar a la personas de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos); ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular de su país de origen, y iii) el derecho a la asistencia misma una vez haya entrado en comunicación con su consulado¹³¹.

3.6 La Corte ha tenido la oportunidad de referirse a las siguientes garantías

que deben ser aplicables específicamente a procesos de expulsión de personas extranjeras¹³²:

- a. condiciones mínimas de detención durante el procedimiento en caso de estar privados de libertad;
- b. derecho a ser notificado de la decisión de expulsión;
- c. derecho a recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para recurrir la decisión de expulsión;
- d. derecho a ser oído por una autoridad competente;
- e. a estar representado ante dicha autoridad competente;
- f. derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete;
- g. asistencia consular;
- h. ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:
 - i. la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y
 - ii. la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación
- i. en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y
- j. ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.

129 Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr. 161 y Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Op.cit., párr. 133.

130 Corte IDH. Caso *Vélez Looor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 146.

131 Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Op.cit., párr. 166.

132 Ver Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párrs. 355-356, Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Op.cit., párr. 175, y Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, Op.cit., párr. 133.

3.7 La Comisión Interamericana también ha tenido la oportunidad de referirse al deber de los Estados de asegurar garantías procesales en el marco de procedimientos de inmigración que incluyan una sanción de deportación, considerando que, a la luz de los artículos XXVI¹³³ y XVIII¹³⁴ de la Declaración Americana, no se puede dejar de respetar el derecho a un mecanismo judicial para presentar las defensas necesarias contra la medida¹³⁵.

3.8 En *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, la Comisión vinculó directamente el derecho a las garantías judiciales y a la tutela judicial con el contenido del artículo 22.6 de la Convención Americana. En ese caso, la CIDH expresó:

[la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos de las personas sujetas a procesos que puedan acabar en expulsión] debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado violó el derecho a las garantías del debido proceso en perjuicio de las personas mencionadas, en contravención del artículo 8 de la Convención Americana¹³⁶.

3.9 En *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros*¹³⁷, con el fin de encontrar un balance entre el derecho de una persona a permanecer en un Estado y el interés de dicho Estado en proteger a sus ciudadanos y otras personas que se hallan bajo su jurisdicción, la Comisión señaló algunos elementos a tomar en cuenta frente a una eventual deportación:

- a. la edad que tenía el inmigrante no ciudadano cuando emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia en el país recipiente, del inmigrante no ciudadano;
- b. los vínculos familiares del no ciudadano en el Estado recipiente;
- c. el alcance de las penurias que constituye la deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente;
- d. las contribuciones sociales del no ciudadano;
- e. el alcance de los vínculos del no ciudadano en su país de origen;
- f. la capacidad del no ciudadano para hablar los idiomas principales de su país de origen;
- g. el carácter y severidad del delito (o delitos) cometido(s) por el no ciudadano; la edad del no ciudadano en el momento que cometió el delito;
- h. el período transcurrido desde que el no ciudadano tuvo actividad delictuosa;
- i. pruebas de la rehabilitación del no ciudadano, con respecto a su actividad criminal;
- j. y los esfuerzos realizados por el no ciudadano para obtener la ciudadanía en el Estado recipiente.

3.10 Ahora bien, valga anotar que, como personas extranjeras, las personas refugiadas y solicitantes de este estatuto tienen acceso a las garantías anteriormente descritas ante procesos que puedan desembocar en su expulsión. Estas garantías tendrán que aplicarse de manera complementaria a las garantías específicas establecidas para los procesos para la determinación de la condición de refugiado (referidas en la segunda ficha técnica de este Manual sobre el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial), y a las salvaguardas contra la devolución descritas en la sección primera de la presente ficha.

133 Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

134 Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

135 CIDH. Informe No. 81/10. Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros Estados Unidos, 12 de julio de 2010, párrs. 63 y 64.

136 CIDH. Informe N° 49/99. Caso 11.610. Lloren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz México, 13 de abril de 1999, párr. 71.

137 CIDH. Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros Estados Unidos, Op.cit, párr. 54.

3.11 Asimismo, resulta fundamental que la información a los consulados sobre la presencia de un/a nacional en el territorio del país de asilo y la asistencia consular correspondiente sea expresamente consentida por la persona en todos los casos de refugiados o solicitantes de ese estatuto, dado que el temor fundado podría tener su origen en conductas de las propias autoridades del país de procedencia. Lo anterior se encuentra directamente vinculado con el respeto irrestricto del principio de protección de los datos personales en todos los casos de personas refugiadas o solicitantes del reconocimiento de ese estatuto.

ii. Protección de la unidad familiar y el interés superior de la niñez en el marco de las expulsiones

3.15 Junto con el artículo 17 de la Convención Americana que establece que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, el artículo 19 de ese mismo instrumento señala el deber de brindar una protección especial a la niñez. A su vez, el artículo VI de la Declaración Americana indica que “[t]oda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”, y el artículo VII de ese instrumento señala que “todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

3.12 La Corte Interamericana, en el *Caso Gelman*, señaló que:

*[...] el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*¹³⁸.

3.13 En la OC 21/14, la Corte tuvo la oportunidad de referirse concretamente al principio de interés superior de la niñez en situaciones que puedan

conllevar a la separación de un niño, niña o adolescente de su padre o madre como consecuencia de una deportación, señalando que:

*[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño (...) la niña o el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. Por ende, las separaciones legales de la niña o del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales*¹³⁹.

3.14 En dicha decisión, el Tribunal enfatizó que “la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo”¹⁴⁰.

3.15 En los supuestos específicos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad (originaria, por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna) del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, el Tribunal estableció que “resulta axiomático que la niña o el niño conserve el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia con sus padres”¹⁴¹.

¹³⁸ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr.125.

¹³⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit, párr.273.

¹⁴⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit, párr.280.

¹⁴¹ Ibíd.

3.16 La Comisión Interamericana se ha pronunciado al respecto resolviendo que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar por medio de una deportación u otra decisión administrativa deben realmente ser muy serias, por ejemplo, “para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin”¹⁴².

3.17 En el caso *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros*, la Comisión desarrolló de manera muy clara el test de equilibrio que debe existir entre el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general *vis-a-vis* los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida familiar, y la protección especial de la niñez, en el marco de medidas de deportación¹⁴³. El órgano interamericano consideró que los Estados ciertamente tienen la facultad de expulsar un residente no ciudadano, con base en un legítimo interés, pero que esta potestad debe estar equilibrado a la luz de la debida consideración de los procedimientos de deportación con relación a las conexiones familiares del deportado y las penurias que la deportación puede causar en la familia¹⁴⁴.

3.18 La Comisión indicó que en el contexto de los procedimientos legales que puedan impactar los derechos de la niñez a una vida familiar, se requiere que haya “protección especial” y que los procedimientos presten la debida consideración al mejor interés de la niñez¹⁴⁵.

3.19 En consecuencia, se determinó que, al no escuchar la defensa humanitaria planteada en las peticiones con el fin de considerar su derecho a una vida familiar y los mejores intereses de las personas menores de edad invo-

lucradas de manera individualizada en sus procedimientos de expulsión, el Estado había violado los derechos de las víctimas bajo los artículos V, VI, y VII de la Declaración Americana¹⁴⁶.

iii. Prohibición de expulsión colectiva de personas extranjeras

3.20 Respecto a la expulsión colectiva de extranjeros, la Corte Interamericana ha considerado que “el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad”¹⁴⁷.

3.21 La Corte ha aclarado que “[e]l solo número de extranjeros objeto de decisiones de expulsión no es el criterio fundamental para la caracterización de una expulsión colectiva”¹⁴⁸, sino más bien que el proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero tenga un carácter individual con el fin de evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas¹⁴⁹.

3.22 Haciendo eco de lo manifestado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe sobre derechos de los no ciudadanos, la Corte refiere que:

*[...] el procedimiento de expulsión de un grupo de no ciudadanos debe apoyarse en suficientes garantías que demuestren que las circunstancias personales de cada uno de esos no ciudadanos afectados han sido genuina e individualmente tenidas en cuenta*¹⁵⁰.

142 CIDH, informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr. 166.

143 CIDH, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros* Estados Unidos, Op.cit., párr.51.

144 *Ibíd.*, párr.53.

145 *Ibíd.*, párr.56. Ver también CIDH. Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. Op.cit, párr.94.

146 *Ibíd.*, párr.60. Estos artículos de la Declaración Americana señalan: Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar, Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella, y Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

147 Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr.171.

148 *Ibíd.*, párr.172.

149 *Ibíd.*, párr.175.

150 *Ibíd.*, párr.174. Ver: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Los Derechos de los No Ciudadanos”, 2006, página 20.

3.23 La Comisión Interamericana se ha referido al tema indicando que “la política de inmigración debe otorgar a los extranjeros legales el derecho jurídico a no ser deportados sin una decisión firme respaldada por la ley” y en consecuencia “debe prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, independientemente de su estatuto jurídico”¹⁵¹. Ha señalado asimismo que los Estados deben “tomar las acciones necesarias a efectos de cesar las expulsiones masivas de extranjeros y en caso de procederse a la deportación de personas que se encontrasen en [el] territorio [...], garantizar plenamente los requisitos del debido proceso”¹⁵².

3.24 Siguiendo la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Hirsi Jamaa y otros*¹⁵³, la Comisión ha considerado que:

La prohibición de las expulsiones colectivas se aplica a cualquier medida que tenga el efecto de impedir que los migrantes lleguen a las

*fronteras de los Estados o de empujarlos hacia otro Estado. Esto incluiría medidas de interdicción adoptadas por un Estado, incluso en forma extraterritorial, para impedir que las personas lleguen a sus fronteras cuando esto tenga por efecto evitar que presenten una solicitud de asilo o no devolución*¹⁵⁴.

3.25 Valga apuntar que la prohibición de la expulsión colectiva de personas extranjeras no establece distinciones relativas a la condición migratoria de las personas a expulsar, por lo que la misma opera sin importar que se encuentren o no legalmente en el territorio del Estado. Esto aplica por supuesto al caso de personas refugiadas o solicitantes del reconocimiento de esa condición también.

151 CIDH. Informe No. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y fondo. Andrea Mortlock. Estados Unidos. 25 de julio de 2008, párr.77.

152 CIDH, Resolución de medidas cautelares de 22 de noviembre de 1999 contra República Dominicana.

153 TEDH, *Hirsi Jamaa v. Italia*, App N° 27765/09 (23 de febrero de 2012), párrs. 164 y 180.

154 CIDH. Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. Op.cit, párr.105.



4. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES Y LAS CONDICIONES MÍNIMAS EN CASO DE DETENCIÓN

Convención Americana sobre Derechos Humanos Arts.7 y 5
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre Arts. I y XXV

1. INTRODUCCIÓN	83
2. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES: JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA	85
a. El derecho a la libertad y seguridad personales en el ámbito interamericano	85
i) <i>El carácter excepcional de la privación de libertad</i>	85
ii) <i>Requisitos que debe reunir cualquier detención</i>	86
ii.a <i>La detención debe ser acorde a la ley</i>	87
ii.b <i>La detención no puede ser arbitraria</i>	87
ii.c <i>Definición clara de los motivos que facultan la detención en la normativa interna</i>	88
iii) <i>La detención por faltas migratorias nunca podrá ser de carácter punitivo, y durará el menor tiempo posible</i>	88
iv) <i>En el caso de la niñez migrante en condición irregular, es arbitraria la privación de libertad dictada por esta única circunstancia</i>	89
b. Garantías procesales contra toda limitación a la libertad y seguridad personales	90
i) <i>Obligación de informar sobre las razones de la detención</i>	90
ii) <i>Ser llevado sin demora ante la presencia de un funcionario con facultades judiciales y motivación adecuada de la resolución que mantenga la detención</i>	91
iii) <i>Acceso a defensa legal</i>	93
iv) <i>El derecho a recurrir judicialmente la privación de libertad</i>	94
3. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES DE LAS PERSONAS DEL INTERÉS DEL ACNUR	95
a. Refugiados y solicitantes de la condición de refugiado	95
b. Apátridas	101
c. Personas desplazadas internamente de manera forzada	102
4. INTEGRIDAD PERSONAL Y CONDICIONES MINIMAS DE DETENCIÓN	103
a. Las condiciones mínimas de detención de cualquier persona privada de libertad, incluidas aquellas en detención migratoria (arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana)	103
b. Condiciones mínimas de detención en casos de refugiados y solicitantes de esa condición	104

1 Introducción

1.1 Esta ficha técnica es la cuarta de una serie que forman parte de las “Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR”. Estas fichas técnicas examinan aquellos derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”) o “Pacto de San José”, adoptado en 1969, y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹ (“Declaración Americana”) de particular relevancia al mandato de protección internacional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). No pretenden presentar un análisis exhaustivo de los artículos de la Convención Americana y la Declaración Americana o sustituir los comentarios especializados sobre los mismos. Las fichas, sin embargo, sí describen y analizan, con algún nivel de detalle, la jurisprudencia y estándares generales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana) vinculados a los derechos en cuestión.

1.2 Esta ficha técnica lleva a cabo una reseña de los estándares interamericanos sobre el derecho a la libertad personal y las condiciones mínimas de detención que deben cumplirse a favor de cualquier persona privada de libertad, para posteriormente analizar la aplicación de este derecho a favor de las personas refugiadas, solicitantes de la condición de refugiados, apátridas y desplazadas internamente de manera forzada, como personas del interés del ACNUR², relacionando los estándares interamericanos con las directrices y pronunciamientos del ACNUR en la materia.

1.3 De seguido, se analizan las condiciones mínimas de detención que deben cumplirse a favor de cualquier persona privada de libertad así como algunas

especificidades relativas a la situación de las personas del interés del ACNUR, con miras a la protección del derecho a la integridad personal.

1.4 El artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad

1 La Declaración Americana ha sido aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en peticiones presentadas contra Estados que aún no ratifican la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de igual manera, la CIDH ha aplicado la Declaración en casos donde carece de competencia material para aplicar las disposiciones de la Convención Americana. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido, en su jurisdicción consultiva, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales. Ver, particularmente, Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 45 in fine y 46.

2 A las personas de la competencia del ACNUR deben agregarse los repatriados (es decir, ex refugiados), los cuales no se encuentran incluidos en el análisis del presente Manual.

tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

1.5 Asimismo, el artículo 5 del mismo instrumento en sus incisos 1 y 2 señala:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

1.6 De igual manera, el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³ señala que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”⁴.

1.7 La disposición anterior es complementada por el artículo XXV de la misma Declaración, que establece garantías contra las detenciones arbitrarias:

Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria. *Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.*

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

1.8 Los artículos precedentes no establecen una prohibición absoluta a la detención, pero si establecen una lista exhaustiva de las situaciones en las cuales la detención puede ser utilizada, así como las garantías procedimentales para ello. Los derechos de las personas refugiadas, solicitantes de la condición de refugiado, apátridas y solicitantes de la condición de apatridia durante su ingreso o una vez dentro del territorio del país de recepción, así como de las desplazadas al interior de sus países, debe considerarse a la luz de estas disposiciones generales en materia de detención.

3 La Declaración Americana ha sido aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en peticiones presentadas contra Estados que aún no ratifican la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de igual manera, la CIDH ha aplicado la Declaración en caso donde carece de competencia material para aplicar las disposiciones de la Convención Americana. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido, en su jurisdicción consultiva, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales. Ver, particularmente, Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 45 y 46.

4 Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.

2 El derecho a la libertad y seguridad personales: jurisprudencia interamericana

a. El derecho a la libertad y seguridad personales en el ámbito interamericano

i. Garantías generales contra cualquier privación de libertad y/o seguridad personal

2.1 La Corte Interamericana ha definido a la libertad, en sentido amplio, como “la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”⁵.

2.2 La seguridad, por su parte, se ha definido como “la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”⁶.

2.3 Como se puede ver, el primer párrafo del artículo 7 de la CADH establece como derecho genérico tanto la libertad como la seguridad personales. En palabras de la Corte:

[...] el artículo 7.1 consagra en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales regulan las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. Por ende, la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Es así, por ello, que la libertad es siempre la regla y su limitación o restricción, la excepción⁷.

2.4 En este sentido, “[e]n lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física”⁸.

2.5 Como señala la Corte, “el componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local es el hecho de que la persona no pueda o no tenga la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado. De este modo, cualquier situación o medida que sea caracterizada bajo la anterior definición tornará aplicables todas las garantías asociadas”⁹.

2.6 La Comisión Interamericana por su parte ha subrayado que el concepto de “privación de libertad” abarca:

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o

5 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

6 *Ibíd.*

7 Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180 párr. 90.

8 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Op.Cit., párr. 53.

9 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr.145.

administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas¹⁰.

2.7 Por su parte, los párrafos siguientes del artículo 7 (del numeral 2 al 7), establecen las condiciones a las que debe sujetarse toda privación de libertad para estar acorde con la Convención Americana. En este sentido la Corte ha resuelto:

Si bien este derecho [a la libertad y seguridad personales] puede ejercerse de múltiples formas, la Convención Americana regula “los límites o restricciones que el Estado puede realizar”, a través de las diversas garantías establecidas en los diferentes numerales de dicha norma, los cuales deben verificarse para privar a alguien de su libertad en forma legítima [...]. Estas protegen el derecho: i) a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), ii) a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), iii) al control judicial de la liber-

tad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), iv) a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6), y v) a no ser detenido por deudas (art. 7.7)¹¹.

2.8 La Corte ha establecido que “cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrea necesariamente la violación del inciso primero, puesto que la falta de respeto de las garantías de la persona privada de libertad, resulta en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona”¹². Por todo lo anterior, “[a] cuando la detención se produzca por razones de ‘seguridad y orden público’ [...], ésta debe cumplir con todas las garantías del artículo 7 de la Convención”¹³. Toda detención “debe estar en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”¹⁴.

2.9 Según los estándares interamericanos, un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por la privación de la libertad no solo a cargo de agentes estatales sino también de actores privados, siempre y cuando tal violación al artículo 7 de la Convención Americana se haya dado con la complicidad o tolerancia de los primeros¹⁵.

ii. Requisitos que debe reunir cualquier detención

2.10 A continuación, y a la luz de su carácter excepcional, se analizan los requisitos que debe reunir cualquier detención para ser válida frente a la Convención Americana.

10 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, OEA/Ser.LJ/V/II. Doc. 64 31 diciembre 2011. Disposición general.

11 Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 190.

12 Ibíd, párr. 189.

13 Ibíd, párr. 116.

14 Corte IDH. Caso Torres Millacara y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No 229, párr. 71.

15 La Corte ha analizado de manera extensa la responsabilidad del Estado en casos donde ha habido algún involucramiento de paramilitares en la comisión de violaciones de derechos humanos, como los casos Blake y Carpio Nicolle vs. Guatemala; así como las masacres Mapiripán, Pueblos Bello e Ituango, todas ellas vs. Colombia. En este último caso (en las que grupos paramilitares mantuvieron privadas de su libertad por 17 días a varias personas, con el fin de obligarlas a arriar ganado que habían robado de varias personas), la Corte Interamericana estimó “que dichas detenciones se produjeron de manera ilegal y arbitraria, toda vez que éstas fueron llevadas a cabo sin orden de detención suscrita por un juez competente y sin que se acreditara una situación de flagrancia.” Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 153.

ii.a La detención debe ser acorde a la ley

2.11 La Corte Interamericana ha establecido dos aspectos que deben ser tomados en cuenta para valorar que una detención sea legal. En especial, ha establecido que “nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)”¹⁶.

2.12 En este sentido, se ha señalado que el artículo 7.2 de la Convención Americana:

*[...] reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, haría que esa privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana*¹⁷.

2.13 Adicionalmente, la Corte ha establecido que esta disposición “obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física [...]”¹⁸.

2.14 Es importante destacar la definición del Tribunal sobre la palabra “leyes” en el marco de la Convención Americana, conceptualizándola como toda “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los

órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”¹⁹.

2.15 La Corte plantea que lo anterior “no se contradice con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”²⁰.

ii.b La detención no puede ser arbitraria

2.16 La Corte Interamericana ha reconocido que pueden existir supuestos en los cuales una detención que haya sido considerada como legal (por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 7.2 de la Convención) puede ser, no obstante, arbitraria. Ello configuraría una violación al tercer párrafo del artículo 7 de la Convención Americana.

2.17 En este sentido, la Corte ha retomado algunos criterios para valorar la arbitrariedad de la detención, al señalar que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”²¹. Por lo tanto, “no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”²².

16 Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Op.cit., párr. 125.

17 Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití, Op.cit., párr. 96; Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, Op.cit., párr. 57. En este sentido, ver Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No 249, párrs. 149-154.

18 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op. Cit., párr. 164.

19 Corte IDH. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, Parte resolutiva.

20 Ibid., párr. 189.

21 Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47; y Caso Yvon Neptune Vs. Haití, Op. Cit., párr. 97.

22 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No 251, párr. 132.

2.18 De la misma manera, en lo que se refiere a la Declaración Americana, la Comisión Interamericana ha indicado que:

[...] el artículo XXV exige asimismo que las normas sustantivas y procesales del derecho interno se conformen con los propósitos fundamentales que informan el artículo XXV, a saber, la protección de los individuos contra privaciones arbitrarias de su libertad. Esto, a su vez, exige no sólo que se demuestre que la privación de libertad está conforme con los requisitos del derecho nacional aplicable, sino que el propio derecho interno debe ser justo y previsible y, por tanto, no puede ser arbitrario²³.

2.19 La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido una serie de parámetros a través de los cuales se debe analizar si una detención es o no arbitraria, a saber:

[...] es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. [...]; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una

motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención²⁴.

ii.c Definición clara de los motivos que facultan la detención en la normativa interna

2.20 El que la Ley no establezca de manera específica las causas por las cuales una persona podría ser privada de su libertad, o que éstas se establezcan de manera “imprecisa y vaga” puede conllevar a que una detención sea contraria al 7.3 de la Convención Americana, pues permite a las autoridades interferir con la libertad física de las personas de forma imprevisible y, por lo tanto, arbitraria²⁵.

2.21 En este sentido, el Estado debe evitar que existan normas que abran un amplio margen de discrecionalidad que permita detenciones arbitrarias de personas sobre la base de percepciones (ej: “tener una actitud sospechosa”, “deambular en la vía pública” o “no estar bien vestido, mirar los comercios de forma sospechosa, caminar entre los autos o desviar la mirada cuando la policía llama”)²⁶.

2.22 En el mismo sentido, la Comisión Interamericana ha planteado que en “el ámbito de la inmigración, el estándar de la seguridad pública debe proporcionar la precisión necesaria para que un detenido pueda defender efectivamente su derecho a la libertad [...] esta norma debe ser suficientemente “accesible y precisa” de manera que “se evite todo riesgo de arbitrariedad”²⁷.

iii. La detención por faltas migratorias nunca podrá ser de carácter punitivo, y durará el menor tiempo posible

2.23 La Corte Interamericana ha establecido que la criminalización de las faltas a las disposiciones migratorias es contrarias a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

23 CIDH. Caso 9903 (Estados Unidos). Rafael Ferrer-Mazorra y otros. Informe de fondo No. 51/01, de 4 de abril de 2001, párr. 221.

24 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Op. Cit., párr. 93. En el mismo sentido, ver Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op. Cit., párr 166. Ver también Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 128.

25 Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina, Op. Cit., párrs. 79 y 80.

26 Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, párr. 61.

27 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., de 28 de febrero de 2000, párr. 139.

2.24 En este orden, el Tribunal ha expresado que:

*[...] la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias **nunca debe ser con fines punitivos**. Así, las medidas privativas de libertad **sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines [...] de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio] y únicamente durante el menor tiempo posible**²⁸. [...] la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención²⁹. (énfasis fuera del original).*

2.25 Retomando los parámetros aplicables a cualquier privación de libertad expuestos en párrafos anteriores, en el caso Vélez Loor la Corte señala que los requisitos de finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad deben respetarse también en el caso de las detenciones con fines migratorios, “de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”³⁰. Al igual que en cualquier otra privación de libertad, la detención con fines migratorios también debe contar con una motivación suficiente que permita evaluar el cumplimiento de las condiciones anteriores, y que sea realmente necesaria en el caso concreto³¹.

2.26 Como consecuencia de lo anterior, la regla emanada del Sistema Interamericano es que “serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autori-

dades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines [...]”³². Para cumplir con esta disposición, “es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas [...], que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos”³³.

2.27 Por otra parte, respecto al tiempo que puede estar una persona en detención de carácter migratorio, la Corte ha sostenido:

Sobre este aspecto, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria ha establecido que en caso de detención de una persona por su situación migratoria irregular [i]a ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva³⁴. En definitiva, [en caso de que no existan] límites claros a las facultades de actuación de la autoridad administrativa lo cual favorece la prolongación indebida de la detención de personas migrantes transformándolas en una medida punitiva³⁵.

iv. En el caso de la niñez migrante en condición irregular, es arbitraria la privación de libertad dictada por esta única circunstancia

2.28 Ahora bien, en razón de que las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales, la Corte estima que el principio de *ultima*

28 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op. Cit., párr. 171.

29 *Ibíd.*, párr.169. Ver también: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.359.

30 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op. Cit., párr. 166.

31 *Ibíd.*

32 *Ibíd.*, párr. 171.

33 *Ibíd.*

34 Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Principio 7.

35 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op. Cit., párr. 117.

ratio de la privación de libertad de niñas y niños utilizado normalmente en el derecho penal no constituye un parámetro operativo en el ámbito sometido a consulta, esto es, a los procedimientos migratorios³⁶.

2.29 En estos términos, de acuerdo a la Corte, la medida de privación de libertad, si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzar los objetivos del control migratorio, en virtud del principio de interés superior de la niña o del niño, la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior³⁷.

2.30 En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al

interés superior de la niña o del niño, al principio rector de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y a su desarrollo, y en el caso de niñas y niños no acompañados o separados de su familia, a la posición de garante del Estado con mayor cuidado y responsabilidad³⁸.

2.31 Asimismo, la Corte considera que cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños. Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia³⁹.

b. Garantías procesales contra toda limitación a la libertad y seguridad personales

2.32 Según lo señalado por el artículo 7 incisos 4, 5 y 6 de la Convención Americana, existen diversas disposiciones procedimentales para evitar que las detenciones sean ilegales o arbitrarias, entre las que se encuentran las siguientes:

i. Obligación de informar sobre las razones de la detención

2.33 Según la Convención Americana, los Estados deben informar de manera inmediata a la persona detenida o sus representantes sobre las razones de su detención (art. 7.4).

2.34 En efecto, la “persona detenida debe tener claro por que está siendo detenida”, por lo que “el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención”⁴⁰.

2.35 La información de los motivos y razones de la detención debe darse cuando ésta se produce, e implica tanto “la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención” como “la notificación, por escrito, de los cargos”⁴¹. Lo anterior “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y,

36 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Op.cit., párr.150.

37 Ibíd, párr. 154.

38 Ibíd, párr. 160 y Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr. 360.

39 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr.158 y Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr.360.

40 Ibíd., párr. 71.

41 Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 106.

42 Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 82.

a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo⁴³. También quienes ejercen la representación o custodia legal de la persona detenida tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención cuando ésta se produce⁴³.

2.36 En este orden, toda detención, aun si es realizada para fines de identificación, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como constancia de que se dio aviso al juez de instrucción competente, en su caso, como mínimo⁴⁴.

2.37 En este orden, el Sistema Interamericano ha reconocido la vulnerabilidad en la que se encuentra una persona extranjera que ha sido detenida en un país distinto al de su origen⁴⁵. Por ello, tanto en casos contenciosos⁴⁶ como en opiniones consultivas⁴⁷ ha reconocido tres componentes del derecho contenido en el artículo 7.4 de la Convención Americana aplicable a las personas extranjeras como regla general: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia consular como tal.

2.38 Ahora bien, existe una excepción a la aplicación general de la regla sobre protección y asistencia consular cuando las personas detenidas son solicitantes de la condición de refugiado o refugiadas. A partir del principio de confidencialidad que aplica en estos casos, la notificación al consulado o embajada del país de nacionalidad de la persona solicitante o refugiada debe ser consentida expresamente por la propia persona, y este consentimiento debe quedar registrado por escrito.

2.39 La Corte Interamericana ha indicado que se debe conceder a toda persona detenida el derecho de informar a una tercera persona de su detención⁴⁸. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul (con la aseveración hecha en el párrafo anterior en relación a personas refugiadas y solicitantes de la condición de refugiadas), según corresponda⁴⁹, y será especialmente importante en casos de niños y niñas⁵⁰.

ii. Ser llevado sin demora ante la presencia de un funcionario con facultades judiciales y motivación adecuada de la resolución que mantenga la detención

2.40 El artículo 7.5 de la Convención Americana exige el deber de llevar sin demora a una persona privada de su libertad ante una autoridad judicial u otro funcionario autorizado por la ley a ejercer facultades judiciales.

2.41 En este sentido, la Corte Interamericana ha enfatizado lo siguiente:

Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial [de este] artículo

43 Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 109.

44 Ver Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina, Op. Cit., párr. 76.

45 Sin duda, esta acotación es válida para personas migrantes, pero no necesariamente aplicable para otras personas que huyen de su país de origen, como las refugiadas o quienes están solicitando el estatuto de refugiado.

46 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op. Cit., párr. 153.

47 Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 68-106.

48 Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina, Op. Cit., párr. 130.

49 Ibíd.

50 Ibíd.

7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado⁵¹.

2.42 La Comisión Interamericana por su parte ha sostenido, en cuanto a la revisión de la legalidad de la detención, que:

[...] el artículo XXV de la Declaración Americana dispone que toda persona detenida tiene derecho a que se verifique sin dilación la legalidad de la detención. El requisito de que la detención no quede al arbitrio exclusivo de los agentes estatales encargados de realizarla es tan fundamental que no se lo puede pasar por alto en ninguna situación. El control de la detención para fines de supervisión es una salvaguarda esencial, puesto que proporciona una garantía efectiva de que el detenido no está exclusivamente a merced de la autoridad que realiza la detención. [...] En circunstancias normales, la revisión de la legalidad de la detención debe realizarse sin dilación, lo que generalmente significa tan pronto como sea factible⁵².

2.43 Por ello, el cumplimiento efectivo de tal garantía supone que, en el menor tiempo posible posterior a la detención, “el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente”⁵³. En este sentido, la Comisión ha sugerido que “no se considerará razonable una demora de más de dos o tres días en llevar al detenido ante una autoridad judicial”⁵⁴. Además, “en zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona”⁵⁵.

2.44 La Corte Interamericana ha podido especificar que “la autoridad que debe decidir la legalidad del ‘arresto o detención’ tiene que ser ‘un juez o tribunal’”. Con ello la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial⁵⁶.

2.45 Asimismo, la garantía de la presentación ante un juez u otro funcionario que tenga potestades jurisdiccionales con posterioridad al momento de la detención “no se satisface con informar al juez sobre la detención. La persona privada de la libertad debe comparecer personalmente ante la autoridad judicial ante la cual debe rendir su declaración”⁵⁷. En el mismo sentido, la Corte ha señalado que:

[...] no acepta el argumento estatal referente a que se cumplió con el artículo 7.5 puesto que la Jueza de la causa estuvo presente al momento de las detenciones y ejerció un control judicial directo, dando a entender que no había necesidad de llevar a las víctimas nuevamente ante ella. Aun cuando la presencia de la Jueza podría calificarse como una garantía adicional, no es suficiente por sí misma para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” ante un juez. La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad⁵⁸.

2.46 Vinculado a lo anterior, la autoridad que resuelve sobre la legalidad o no de la detención y si ésta se prorroga debe motivar adecuadamente su decisión. En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario se-

51 Ibíd, párr. 129

52 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, Op. Cit., párr. 147.

53 Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá, Op. Cit., párr. 109.

54 CIDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev.1 corr, 22 octubre 2002, párr. 122.

55 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Op. Cit., párr. 102.

56 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Op. Cit., párr. 128.

57 Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 78.

58 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Op. Cit., párr. 85.

rían decisiones arbitrarias⁵⁹. De allí se desprende el deber de hacer un análisis de cada caso particular y verificar, de manera motivada, que la medida de detención tenga una finalidad legítima, es idónea, necesaria y proporcional, inclusive frente a la posibilidad de establecer otras medidas que no involucren detención. La Corte ha señalado que:

El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁶⁰.

2.47 Para el caso de detenciones migratorias, el Alto Tribunal Interamericano ha indicado que, en virtud del principio *pro persona*, la garantía de ser llevado sin demora ante la presencia de un/a funcionario/a que pueda ejercer funciones judiciales también debe ser satisfecha, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal⁶¹, para la revisión correspondiente del caso.

2.48 En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado:

[...] para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos ad-

ministrativos [...]. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias [...], es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria⁶². (Énfasis fuera del original).

2.49 De la misma manera, se viola el artículo 7.5 de la Convención Americana cuando una persona migrante no es puesta en libertad y se ha aplicado la sanción de expulsión sin que la persona haya sido puesta aún ante la autoridad competente que pueda determinar su libertad⁶³.

iii. Acceso a defensa legal

2.50 Cuando se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, el Estado receptor debe tomar en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios⁶⁴.

2.51 Así las cosas, la Corte ha considerado que, “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de personas extranjeras es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”⁶⁵.

2.52 La asistencia legal debe respetar los siguientes criterios: (a) ser ejercida por un profesional del Derecho que satisfaga los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona, por ejemplo, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos⁶⁶, (b) el derecho

59 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 78.

60 *Ibíd*, párr. 77.

61 Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá, Op. Cit., párr. 107.

62 *Ibíd*, párr. 108.

63 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Op. Cit., párr. 139.

65 *Ibíd*, párr. 146.

66 *Ibíd*, párr. 132.

surge desde las primeras etapas del procedimiento, por ejemplo desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos⁶⁷.

2.53 La Corte resalta que la asistencia letrada suministrada por el Estado no puede ser confundida ni sustituida con la actividad que en el marco de sus funciones realizan las Defensorías del Pueblo u Ombudsman en cada país⁶⁸, ni tampoco con la asistencia que puedan prestar las organizaciones no gubernamentales⁶⁹.

2.54 Asegurar el derecho a la defensa legal por parte de los Estados a favor de las personas migrantes se encuentra enmarcado dentro el artículo 7.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Esta obligación se vincula con el deber de garantizar el ejercicio de los recursos disponibles para cuestionar la legalidad de una detención⁷⁰.

iv. El derecho a recurrir judicialmente la privación de libertad

2.55 Aparte del control judicial inmediato que debe garantizarse frente a cualquier detención, el artículo 7.6 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona de poder acceder a un recurso donde pueda impugnar la ilegalidad de su detención ante una autoridad judicial, a fin de que ésta decida lo propio sin demora, y en su caso, decrete su libertad⁷¹.

2.56 La jurisprudencia de la Corte ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención⁷².

2.57 El *habeas corpus* ha sido definido como el recurso idóneo para la protección de la libertad y seguridad personales en la vía judicial. Como lo ha señalado la Corte “[e]l *habeas corpus* en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad”⁷³.

2.58 En algunas legislaciones el *hábeas corpus* “se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad”, pero en otras “el *habeas corpus* es denominado “amparo de la libertad” o forma parte integrante del amparo”⁷⁴.

2.59 La Corte ha sido enfática en que:

El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁷⁵.

67 Ibíd, párrs. 132 y 133.

68 Ibíd.

69 Ibíd, párr. 137.

70 Ibíd, párr. 139.

71 Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 33.

72 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op. Cit, párr. 129.

73 Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Op. Cit., párr. 33.

74 Ibíd, párr. 34.

75 Ibíd, párr. 35.

3 El derecho a la libertad y seguridad personales de las personas del interés del ACNUR

a. Refugiados y solicitantes de la condición de refugiado

3.1 Los derechos a la libertad y la seguridad de la persona, y a la libertad de circulación se aplican a todos los seres humanos, independientemente de su estatuto o condición migratoria⁷⁶.

3.2 Lo anterior se encuentra ligado al hecho de que la detención de una persona nunca puede ser discriminatoria debido a su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, condición de propiedad, nacimiento u otra. Así por ejemplo, los Estados pueden ser responsables de cargos de discriminación racial cuando impongan la detención de personas de “determinada nacionalidad”⁷⁷.

3.3 Así, debe plantearse, como tesis de inicio, que los estándares interamericanos reseñados en las secciones previas deben respetarse también a favor de las personas refugiadas, solicitantes de la condición de refugiadas, apátridas y solicitantes de la condición de apatridia en el contexto de su entrada y permanencia en los países de tránsito y destino. Sin embargo, por su condición específica, junto a los estándares generales, existen estándares particulares a tomar en consideración al momento de analizar la legalidad de la detención migratoria de las personas que ingresan al territorio y solicitan protección internacional (lo que se extiende a la protección de las personas apátridas también).

3.4 En el caso particular de las personas refugiadas o solicitantes de la condición de refugiado se debe tomar en consideración una máxima de carácter

fundamental: en caso de persecución, graves violaciones de derechos humanos y otros daños graves, toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en cualquier país y ser protegido por el Estado de acogida. Por lo tanto, buscar y recibir asilo no constituye un acto ilegal, sino más bien derecho subjetivo⁷⁸.

3.5 Dado que la condición de refugiado de una persona es un estatuto que asegura una protección internacional a cargo del Estado de asilo, el artículo 26 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece, como pilar básico de esta protección, el derecho a la libertad de circulación de estas personas e indica que “[t]odo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general”.

3.6 De lo anterior se concluye la siguiente premisa básica: ninguna persona puede ser sometida a detención o cualquier otra restricción a la libertad relacionada con fines migratorios si han sido reconocida su condición de refugiada o apátrida en el país⁷⁹.

3.7 Asimismo, el artículo 31.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece, como principio básico, la prohibición de sancionar penalmente a una persona refugiada aunque hubiesen entrado o hayan permane-

76 Comité de Derechos Humanos de la ONU (HRC), Observación General No. 18: No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párrafo 1 y Observación General No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párrafo 5.

77 ACNUR, Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, 26 February 1999, Directriz 5. La detención no debe ser discriminatoria. Pág. 25. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>

78 Ibíd, Directriz 1. El derecho a buscar asilo se debe respetar, pág. 12.

79 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Art. 31.

cido de manera ilegal en el territorio del país de asilo, a condición de que se hayan presentado sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

3.8 Ahora bien, a nivel interamericano, a la luz de la prohibición de detener y procesar con fines punitivos, en ningún caso, a personas por el mero incumplimiento de las leyes migratorias, se concluye que no es necesario que la persona se presente “sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales” para evitar cualquier tipo de sanción de orden penal ante la entrada o presencia ilegal en el territorio. Las Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de las personas solicitantes de la condición de refugiado siguen esta postura⁸⁰, lo que también debe aplicar para el caso de las personas solicitantes de la condición de apatridia.

3.9 De los trabajos preparatorios de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados se desprende que la prohibición de sancionar penalmente a las personas refugiadas por entrada o presencia ilegales cubre inclusive el llegar o lograr entrar, en su búsqueda de protección, mediante el uso de documentos falsos o falsificados, el uso de otro engaño, entrada clandestina por ejemplo, y entrada en el territorio estatal con asistencia de traficantes o tratantes⁸¹. Hay personas refugiadas con temor fundado de persecución que para lograr salir de su país y entrar a un Estado en que esperan encontrar protección se procuran documentación irregular. Están cubiertos en principio por la no penalización por entrada o presencia ilegales incluso si brevemente transitan por otro Estado.

3.10 En el momento en que la persona se encuentra solicitando la condición de refugiado y ésta aún no le ha sido reconocida, la detención debe ser una medida de último recurso siendo la libertad la situación predeterminada⁸². El mismo estándar debe aplicar también a las personas que solicitan la condición de apatridia. En este caso debe contemplarse que la apatridia, por su naturaleza, restringe severamente el acceso a documentos de identidad y de viaje. Por ende, carecer de documentos o de los permisos migratorios necesarios no puede ser utilizado como justificación para la detención de estas personas⁸³.

3.11 En la Opinión consultiva *OC-21/14 Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional* (en adelante *OC-21/14*), citando al ACNUR, la Corte Interamericana explica que, en el ámbito de las personas en búsqueda de protección internacional, la detención equivale a “la privación de la libertad o al confinamiento dentro de un lugar cerrado donde al solicitante de asilo no se le permite salir a su voluntad, incluso, aunque sin limitarse, prisiones o instalaciones de detención, centros de recepción cerrados, instalaciones o centros de retención”⁸⁴. La Corte señala que cuando se restringe la libertad ambulatoria y se genera una afectación de tal envergadura a los derechos de la persona como puede ser el derecho a solicitar y recibir asilo, dicha restricción resulta asimilable a una medida privativa de libertad por el tipo, duración, efectos y forma de implementación⁸⁵.

3.12 De manera similar a lo desarrollado por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, el ACNUR ha planteado dos supuestos básicos que deben existir

80 ACNUR. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, Directriz 8. Las condiciones de detención deben ser humanas y dignas, Op.cit, pág. 29.

81 Ver en este sentido Goodwin-Gill, Guy S. (Un documento preparado a solicitud del Departamento de Protección Internacional para las Consultas Globales del ACNUR), “Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Nonpenalization, Detention and Protection”, (2001), p. 196. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/470a33b10.pdf>

82 ACNUR. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, Directriz 2. Los derechos a la libertad y la seguridad de la persona y a la libertad de circulación se aplican a los solicitantes de asilo, Op.cit, pág. 13.

83 ACNUR. Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida, HCR/GS/12/02, párr. 59. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/5087a8f62.html>.

84 Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención, publicadas en 2012, introducción, párr. 5 en Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit., párr. 146.

85 Ibíd.

tir para legitimar una detención de una persona que se encuentra solicitando la condición de refugiada (asimismo aplicable a las personas que solicitan la condición de apatridia):

1. la detención debe estar acorde con la ley y autorizada por ella⁸⁶, y
2. la detención no debe ser arbitraria⁸⁷ y toda decisión de detener debe estar basada en una evaluación de las circunstancias particulares de la persona.⁸⁸

3.13 Respecto al primer requisito, “se requiere, entre otras cosas, que la ley y sus consecuencias jurídicas sean previsibles y predecibles. La ley que permita la detención no debe, por ejemplo, tener efecto retroactivo. Identificar explícitamente en la legislación nacional los motivos de la detención cumpliría con el requisito de seguridad jurídica. Toda privación de la libertad que no esté de conformidad con la legislación nacional será contraria tanto en el derecho interno como en el derecho internacional”⁸⁹.

3.14 De la misma manera que ha sido entendido por los estándares interamericanos desde una perspectiva general, para el caso concreto las personas solicitantes de la condición de refugiadas o apátridas, “aunque la legislación nacional es la consideración principal para determinar la legalidad de la detención, “no es siempre el elemento decisivo en la evaluación de la justificación de la privación de la libertad”⁹⁰. También se debe evitar la “arbitrariedad”, en sentido amplio, de cualquier detención para incluir no sólo la ilegalidad sino también elementos de improcedencia, injusticia e imprevisibilidad. Así, para evitar que una detención migratoria de una persona solicitante de la con-

dición de refugiada, solicitante de la condición de refugiado o apátrida sea arbitraria, ésta debe ser necesaria en el caso concreto, razonable en todas las circunstancias y proporcional a la finalidad legítima⁹¹.

3.15 Si para el caso de cualquier persona migrante en condición irregular, según lo planteado por la Corte Interamericana, la detención solamente puede realizarse con el fin de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio, para el caso de personas solicitantes de la condición de refugiada o apátrida los motivos que podrían justificar una detención son estrictos y excepcionales. Estos propósitos se limitan a tres: **el orden público, la salud pública o la seguridad nacional**⁹².

3.16 Cualquiera de estas razones debe estar prevista de previo en la ley formal, y el ente que decide la detención tenga la competencia y autorización legal para ello. En línea con lo establecido por los órganos del sistema interamericano, la detención por los tres motivos excepcionales señalados en el párrafo anterior no solo debe estar prevista en la ley sino que debe existir suficiente precisión en la misma sobre los supuestos que la pueden producir.

3.17 Respecto al propósito de orden público, el ACNUR ha señalado que cuando existan *fuertes motivos* para creer que es probable que la persona huya o se niegue a cooperar con las autoridades en un caso específico afectando el orden público, la detención puede ser necesaria, sin que pueda ser prolongada de manera irrazonable y desproporcionada⁹³. Un elemento que debe considerarse en este sentido es, por ejemplo, si la solicitud se considera

86 ACNUR. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo. Directriz 3. La detención debe ser acorde con la ley y autorizada por ella, Op.cit, pág.14; ACNUR. Directrices sobre la apatridia NO. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida, Op.cit., párr. 59.

87 ACNUR. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo. Directriz 4. La detención no debe ser arbitraria y toda decisión de detener debe estar basada en una evaluación de las circunstancias particulares de la persona, Op.cit, pág 15; ACNUR. Directrices sobre la apatridia NO. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida, Op.cit., párr 59.

88 ACNUR. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo. Directriz 4. La detención no debe ser arbitraria y toda decisión de detener debe estar basada en una evaluación de las circunstancias particulares de la persona, Op.cit, pág.15.

89 *Ibíd.* Directriz 3. La detención debe ser acorde con la ley y autorizada por ella, pág.14.

90 *Ibíd.*

91 Ver ACNUR. Directrices sobre la apatridia NO. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida, Op.cit, párr.

92 ACNUR. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo. Directriz 4.1 La detención es una medida excepcional y únicamente la puede justificar un fin legítimo. Op.cit., pág.16.

93 *Ibíd.*

manifiestamente infundada o abusiva luego de la entrevista formal realizada por las autoridades competentes de determinar la condición de refugiado y garantizando siempre el derecho a la revisión de la decisión⁹⁴.

3.18 En este sentido, deben establecerse métodos apropiados de selección y evaluación con el fin de garantizar que las personas que son solicitantes de buena fe no sean detenidos de manera equivocada⁹⁵. Otros factores por sopesar en una evaluación general de la necesidad de la detención podrían incluir, por ejemplo, un historial de cooperación o de falta de cooperación, de cumplimiento o de incumplimiento con las condiciones de libertad o de la fianza⁹⁶.

3.19 Asimismo, como regla general, mientras esté en marcha el proceso de determinación de la condición de refugiado, no se debe detener a las personas solicitantes con fines de expulsión mientras no se tome una decisión final sobre el procedimiento⁹⁷. Sin embargo, “[c]uando haya razones para creer que el solicitante de asilo ha presentado un recurso o presentado una solicitud de asilo con la única intención de retrasar o frustrar una expulsión o una decisión de deportación que daría lugar a su expulsión, las autoridades podrán considerar la detención cuando se determina que es necesaria y proporcionada en el caso individual con el fin de impedir su fuga, mientras que se evalúa la solicitud”⁹⁸. En estos casos, deben operar los estándares mínimos de las solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas respecto al derecho a la entrevista por medio de la autoridad que determina la condición de refugiado y el derecho a la revisión de la decisión, lo que puede realizarse mediante un procedimiento acelerado regulado por ley⁹⁹.

3.20 Se podría detener asimismo a una persona solicitante de la condición de refugiado, o bien de apátrida, por un periodo inicial breve a fin de registrar, en el contexto de una entrevista preliminar, los elementos de su solicitud¹⁰⁰. Sin embargo, dicha detención únicamente puede estar justificada si esa información no se pudo obtener sin recurrir a la detención.

3.21 También “[s]e pueden permitir períodos mínimos de detención para establecer la identificación inicial y los controles de seguridad en los casos donde la identidad es indeterminada o se encuentra en disputa, o que haya indicios de riesgos de seguridad” y únicamente “mientras se están haciendo los esfuerzos razonables para establecer la identidad o para llevar a cabo los controles de seguridad, y dentro de los límites estrictos de tiempo establecidos en la ley”¹⁰¹.

3.22 También, por razones de **salud pública**, el llevar a cabo el control sanitario a la entrada al país o tan pronto como sea posible puede ser una base legítima para un período de confinamiento de personas, con tal de que el caso individual lo justifique o como una medida preventiva en caso de determinadas enfermedades contagiosas o epidemias. Las ampliaciones del confinamiento o restricción a la circulación, más allá de un examen médico inicial, deben justificarse a efectos del tratamiento y por motivos de salud, con autorización del personal médico cualificado, y sujeto a la supervisión judicial. Tal circunstancia no debe extenderse después de que el tratamiento haya terminado¹⁰².

94 *Ibíd.*, pág. 17.

95 *Ibíd.*

96 *Ibíd.*

97 *Ibíd.*, pág. 20.

98 *Ibíd.* Directriz 4.2. Únicamente se puede recurrir a la detención cuando se determina que es necesaria, razonable en todas las circunstancias y proporcionada para un fin legítimo, pág. 21.

99 *Ibíd.*, pág. 17.

100 *Ibíd.*, pág. 18.

101 *Ibíd.*, pág. 17.

102 *Ibíd.*, pág. 18.

3.23 Respecto a la **seguridad nacional** como motivo, cualquier detención por esta causa debe cumplir con los requisitos señalados para cualquier otro tipo de detención, es decir, que sea necesaria, proporcionada a la amenaza, no discriminatoria y esté sujeta a supervisión judicial¹⁰³.

3.24 Además de analizar la aplicación de alguno de los tres motivos anteriores para la detención, en línea con los estándares interamericanos sobre la detención como medida de último recurso, los requisitos de necesidad y proporcionalidad exigen además evaluar si, a la luz del caso particular existen medidas menos invasivas o coercitivas (es decir, alternativas a la detención), que podrían haberse aplicado a la persona en cuestión y ser efectivas en la situación específica¹⁰⁴.

3.25 Las alternativas no deben verse como alternativas a la liberación, es decir, como sustitutos de los habituales mecanismos abiertos de recepción que no implican restricciones a la libertad de circulación de los solicitantes de la condición de refugiado¹⁰⁵. Debe recordarse que la libertad debe ser siempre la regla y no una alternativa más y cualquier medida que la restrinja, aunque no conlleve detención, debe ser la excepción.

3.26 Por lo tanto, al igual que en el caso de la detención, la aplicación de cualquier medida alternativa debe resolverse luego del correspondiente análisis de estricta necesidad en el caso concreto, de si es razonable en las circunstancias particulares y proporcional a la finalidad legítima.

3.27 A continuación se señalan una variedad de alternativas a la detención (no exhaustivas), las cuales se pueden utilizar en combinación, y algunas imponen mayores restricciones que otras a la libertad o a la libertad de circulación¹⁰⁶:

- i. Depósito o entrega de documentación.
- ii. Presentarse periódicamente ante las autoridades migratorias u otras (por ejemplo, la policía).
- iii. Residencia dirigida.
- iv. Residencia en centros abiertos o semiabiertos de recepción o de asilo.
- v. Presentación de un garante o fiador.
- vi. Libertad bajo fianza.
- vii. Convenios de supervisión de la comunidad.

3.28 Por otra parte, como también se destaca en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la detención indefinida por motivos migratorios es arbitraria¹⁰⁷. Para proteger a la persona contra la arbitrariedad, los períodos máximos de detención deben quedar establecidos expresamente en la legislación nacional, pues sin ellos, la detención puede ser prolongada, y en algunos casos hasta indefinida, sobre todo para los solicitantes de la condición de refugiado que a la vez sean apátridas¹⁰⁸.

3.29 Asimismo, deben respetarse los períodos máximos de detención evitando toda práctica que pretenda pedir la liberación de la persona sólo para volver a detenerle poco después por los mismos motivos¹⁰⁹. En suma, y solamente cuando proceda, las personas solicitantes de la condición de refugiadas o apátridas no deben permanecer en ningún caso detenidas por más tiempo de lo necesario, y cuando la justificación no es válida, deben ser puestas en libertad de inmediato¹¹⁰.

3.30 De manera similar y complementaria a lo establecido por el art. 7 de la Convención Americana, las decisiones de detener o de prolongar la deten-

103 *Ibíd.*, pág. 19.

104 *Ibíd.* Directriz 4.3. Se deben considerar alternativas a la detención, pág. 22.

105 *Ibíd.* pág. 23.

106 *Ibíd.*, Anexo A. Alternativas a la detención, *Op.cit.*, págs. 41-44.

107 *Ibíd.* Directriz 6. La detención indefinida es arbitraria y la ley debe establecer límites máximos al periodo de detención. *Op.cit.* pág. 26.

108 *Ibíd.*

109 *Ibíd.*

110 *Ibíd.*

ción de personas solicitantes de la condición de refugiadas (lo que puede entenderse a las personas apátridas también) deben estar sujetas a las siguientes salvaguardas procesales mínimas a favor de las personas detenidas¹¹¹:

- i. A ser informados al momento del arresto o la detención de las razones de ésta y de sus derechos con relación a la orden, incluso las revisiones procesales, en un idioma y en términos que entiendan.
- ii. A ser informados de su derecho a recibir asesoría legal. Se debe brindar asistencia legal gratuita donde estuviere también disponible para los nacionales en una situación similar, y debe estar disponible tan pronto como sea posible después del arresto o detención para ayudar a que el detenido entienda sus derechos. La comunicación entre la persona y su consejero legal debe estar sujeta a los principios de confidencialidad entre cliente y abogado. Este debe tener acceso a su cliente y a los registros que haya sobre él y poder reunirse con él en un lugar seguro y privado.
- iii. A ser llevado sin demora ante una autoridad judicial independiente o de otro tipo para que se revise la decisión de detención y esté facultado para ordenar la liberación o variar las condiciones de liberación.
- iv. Después de la evaluación inicial de la detención, debe haber revisiones periódicas ante un tribunal u órgano independiente sobre la necesidad de continuar con la detención, a las que la persona y su representante tendrán el derecho de asistir.
- v. Independientemente de las revisiones dispuestas en (iii) y (iv), se tiene que respetar el derecho a impugnar en cualquier momento la legalidad de la detención ante un tribunal de justicia, ya sea personalmente o a través de un representante. La carga de la prueba para establecer la legalidad de la detención recae en las autoridades en cuestión.
- vi. Las personas detenidas deben tener acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado (o bien de determinación de la condición de apatridia) y la detención no debe constituir un obstáculo a las posibilidades de proseguir con el trámite de la solicitud. También es

importante que se les proporcione a las personas detenidas información legal precisa sobre el proceso de determinación de la condición de refugiado y sus derechos.

- vii. Contactar y ser contactado por el ACNUR.
- viii. Se deberá respetar la protección de los datos generales y los principios de confidencialidad en relación con la información sobre el solicitante de la condición de refugiado, incluidos los asuntos de salud.
- ix. Las personas analfabetas deben ser identificadas lo más pronto posible y debe haber un mecanismo que les permita presentar “demandas”, como la solicitud de reunirse con un abogado, un médico, un visitante o presentar quejas.

3.31 Por último, tanto para determinar la necesidad y proporcionalidad de la detención como medida de último recurso o cualquier medida alternativa a la detención, así como para la aplicación de cualquier salvaguarda procesal, se deben tomar especiales consideraciones de protección frente a aquellas personas que puedan presentar alguna condición de riesgo (ver para una referencia más detallada la Directriz 9 de las Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de la condición de refugiado¹¹²), como lo son:

- i. Las víctimas de trauma o tortura,
- ii. Los niños, niñas y adolescentes,
- iii. Las mujeres (particularmente las embarazadas y las madres lactantes),
- iv. Las víctimas o posibles víctimas de trata de personas,
- v. Las personas con discapacidad (particularmente con discapacidad crónica física, mental, intelectual y/o sensorial),
- vi. Los adultos mayores, o
- vii. Las personas lesbianas, gays, bisexuales travestis, transexuales o intersexuales, éstos últimos con el riesgo de sufrir discriminación o maltrato por su orientación sexual y/o identidad/expresión de género.

111 *Ibíd.* Directriz 7. Las decisiones de detener o de prolongar la detención deben estar sujetas a salvaguardas procesales mínimas, págs. 27- 28.

112 *Ibíd.* Directriz 9. Las circunstancias especiales y las necesidades de determinados solicitantes de asilo se deben tomar en cuenta, págs. 33- 40.

3.32 Ahora bien, como se mencionó *supra*, cabe recordar que, según lo señalado por la Corte en la OC-21/14, la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, lo que debe aplicar asimismo a favor de niños, niñas y adolescentes en potencial necesidad de protección internacional y que hayan ingresado al territorio de manera irregular¹¹³.

b. Apátridas

3.33 De manera idéntica a su disposición homóloga de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el artículo 26 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954¹¹⁴ señala que “[t]odo Estado Contratante concederá a los apátridas que se encuentren legalmente en su territorio, el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general”.

3.34 Según se planteó en las secciones anteriores, una cantidad importante de estándares sobre detención de refugiados y solicitantes de la condición de refugiados pueden ser igualmente aplicables al caso de las personas apátridas o solicitantes de la condición de apatridia. Entre ellos se encuentran la necesidad de que la detención sea regulada por ley, de que se establezcan plazos máximos de detención sujetos a revisión periódica y judicial de la misma, que el examen sobre su procedencia se realice para cada caso concreto, que sea razonable, proporcionada y no discriminatoria, o que se considere como medida de último recurso solo justificable cuando no existan medidas menos invasivas o coercitivas que sean suficientes para conseguir los fines de la detención (que no pueden fines de índole punitivo criminal)¹¹⁵.

3.35 Debe recordarse que una persona apátrida es aquella que no es considerada “como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”¹¹⁶. En efecto, muchos millones de personas en el mundo están atrapadas en este limbo legal, disfrutando solamente de un acceso mínimo a la protección legal o internacional o a derechos básicos.

3.36 El *Manual sobre Protección de Personas Apátridas* del ACNUR señala que el respeto irrestricto a los derechos humanos de cualquier personas también debe reflejarse en las personas con el estatuto de apátridas, o bien en aquellas que se encuentran solicitando dicha condición¹¹⁷. Con base en el principio de igualdad y no discriminación, la garantía en el cumplimiento de los estándares descritos vinculados a la libertad y seguridad personales prohíbe cualquier distinción de trato como resultado de la falta de nacionalidad de la persona¹¹⁸.

3.37 El ACNUR, tanto en el *Manual sobre Protección de Personas Apátridas* como por medio de la Directriz sobre la Apatridia No.2 ha sostenido en ese sentido que:

*La detención rutinaria de las personas que buscan la protección por motivos de la apatridia es arbitraria. La apatridia por su propia naturaleza, restringe severamente el acceso a la identidad básica y a los documentos de viaje que los nacionales normalmente poseen. Además, las personas apátridas a menudo no tienen residencia legal en ningún país. Por lo tanto, ser indocumentado o carecer de los permisos migratorios necesarios, no puede ser usado como justificación general para la detención de esas personas*¹¹⁹.

3.38 En relación con la detención de niños, niñas o adolescentes solicitantes de la condición de apatridia o apátridas, la regla de *no detención en circunstancia alguna* y la determinación de otras medidas de protección dis-

113 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Op.cit., párr.154.

114 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954.

115 ACNUR. *Manual sobre Protección de Personas Apátridas bajo la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*. Ginebra, 2014, párrs.112 y 113.

116 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954, art.1.1.

117 ACNUR. *Manual sobre Protección de Personas Apátridas bajo la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, Op.cit., párr.140.

118 *Ibíd.*

119 *Ibíd.*, párr.112 y ACNUR, *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*. Op.cit., párr. 59

tintas a la detención, como se analizó en secciones anteriores, es la regla aplicable¹²⁰.

3.39 En el caso de las personas solicitantes de la condición de apatridia la ausencia de procedimientos efectivos para la determinación de su estatus con el fin de verificar su identidad o su nacionalidad corren el riesgo de llevar a una detención prolongada o indefinida. Es por esto que los procedimientos eficientes para la determinación de la condición de apatridia son un mecanismo importante para reducir el riesgo de detenciones prolongadas y/o arbitrarias¹²¹ Los Estados deben por ello tener particular cuidado para evitar detenciones arbitrarias de solicitantes de la condición de apatridia y conside-

c. Personas desplazadas internamente de manera forzada

3.41 A diferencia de las personas refugiadas, las personas desplazadas internamente de manera forzada no cruzan fronteras internacionales en busca de seguridad y protección, sino que permanecen dentro de su propio país. En determinadas circunstancias, pueden ser obligados a huir por las mismas razones de los refugiados (conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos), con la diferencia que las personas desplazadas internamente de manera forzada permanecen bajo la protección de su gobierno, aun en los casos en que el mismo gobierno se convierte en una de las causas de su huida.

3.42 Estas personas conservan todos los derechos que les corresponden como ciudadanos, además de la protección derivada del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

3.43 El documento Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas¹²⁴ es el principal instrumento universal de referencia que identifica los derechos y garantías relacionados con la protección de los desplazados internos en todas las fases del desplazamiento.

rar alternativas a la detención mientras se encuentre pendiente la determinación de la condición.

3.40 El ACNUR también ha insistido en que “[c]uando las personas que están en espera de una determinación de apatridia son detenidos, no deben ser retenidos con delincuentes declarados culpables o con personas en espera de un juicio”¹²². Igualmente, “la supervisión judicial de la detención es siempre necesaria y los individuos detenidos deben tener acceso a representación legal, incluyendo el asesoramiento gratuito para quienes carecen de medios”¹²³.

3.44 El Principio 12 establece de manera particular que:

1. Todo ser humano tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
2. Para dar efecto a este derecho, los desplazados internos no podrán ser recluidos o confinados en campamentos. Si en circunstancias excepcionales la reclusión o el confinamiento resultan absolutamente necesarios, su duración no será superior a la impuesta por las circunstancias.
3. Los desplazados internos disfrutarán de protección contra la detención o encarcelamiento arbitrarios como resultado de su desplazamiento.
4. Los desplazados internos no podrán ser tomados como rehenes en ningún caso.

3.45 Igualmente, el Principio 14 indica que toda persona desplazada interna tiene derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger su residencia, así como a circular libremente dentro y fuera de los campamentos u otros asentamientos, en caso de que esa sea la circunstancia en la cual habitan.

120 ACNUR. Manual sobre Protección de Personas Apátridas bajo la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, Op.cit., párr.113.

121 Ibid., párr.115 y ACNUR, Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida, párr.62.

122 Ibid., ACNUR. Manual sobre Protección de Personas Apátridas bajo la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, párr.114 y ACNUR, Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida, párr.61.

123 Ibid., ACNUR. Manual sobre Protección de Personas Apátridas bajo la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, párr.114 y ACNUR, Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida, párr.61.

124 ONU, Comisión de Derechos Humanos, Principios rectores de los desplazamientos internos, Doc. E/CN.4/1998/53/Add. 2, 11 de febrero de 1998.

4 Integridad personal y condiciones mínimas de detención

a. Las condiciones mínimas de detención de cualquier persona privada de libertad, incluidas aquellas en detención migratoria (arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana)

4.1 La Corte Interamericana ha señalado que, “de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención [Americana], toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal”¹²⁵. En este sentido ha especificado los deberes que toda autoridad estatal tiene frente a las personas detenidas:

*Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia*¹²⁶. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención¹²⁷. Su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹²⁸. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano¹²⁹.

4.2 La Corte ha enfatizado la importancia de contar con registros de detención adecuados, que permitan controlar la legalidad de las detenciones¹³⁰.

124 ONU, Comisión de Derechos Humanos, Principios rectores de los desplazamientos internos, Doc. E/CN.4/1998/53/Add. 2, 11 de febrero de 1998.

4.3 Como lo ha señalado la Comisión Interamericana, estas pautas constituyen obligaciones de los Estados en el ámbito de cualquier tipo de detención y que el “ejercicio de la posición de garante del Estado se mantiene en situaciones tales como el internamiento en centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, apátridas e indocumentados”¹³¹.

4.4 En el caso Vélez Loor, la Corte se refirió a la separación de las personas detenidas bajo las obligaciones establecidas por el artículo 7 de la Convención Americana. El Tribunal determinó que:

[...] de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. Este principio de separación atiende, ciertamente, a las diferentes finalidades de la privación de libertad. En efecto, cuando se trata de personas que sufren condena, las condiciones de privación de

125 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op. Cit., párr. 198.

126 Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 85 y 87.

127 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 159.

128 Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párrs. 75 y 76.

129 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Op. Cit., párr. 198.

130 Ver Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Op.cit., párr. 132; Caso Juan Humberto Sánchez, Op. Cit., párr. 189 y declarativo 12; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Op.cit, párr. 243 y declarativo 16; y Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrs. 77 y 91.

131 CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, Op.cit, párr. 54.

libertad deben propender a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad que es “la reforma y la readaptación social de los condenados” [...]”¹³².

4.5 En el mismo sentido, la Comisión Interamericana ha defendido que:

Dada su condición, estas personas [inmigrantes indocumentados] deben ser retenidas en recintos de detención y no en prisiones comunes. En este sentido, trabajadores migratorios deben permanecer junto a sus familiares en espacios relativamente abiertos y no ser colocados en celdas. De igual modo, tendrían que tener acceso a bibliotecas, recreación, atención médica y de-

*recho a salir un espacio al aire libre al menos por una hora cada día. Los recintos de detención también deberían contar con manuales con información en varios idiomas acerca de la condición legal de los detenidos, fichas con nombres y teléfonos de asesores legales y organizaciones a los que estas personas pudiesen recurrir para pedir apoyo si así lo estiman pertinente*¹³³.

4.6 De tal manera, la obligación de cuidado de los Estados en relación con personas migrantes no sólo tiene que ver con privarles excepcionalmente de su libertad, sino de garantizar condiciones de detención adecuadas y de separarles de la población carcelaria general.

b. Condiciones mínimas de detención en casos de refugiados y solicitantes de esa condición

4.7 Al igual que lo ha determinado la Corte Interamericana respecto a personas migrantes indocumentadas en términos generales, el ACNUR es enfático en la obligación que tienen los Estados de garantizar una serie de condiciones mínimas de detención a las personas solicitantes de la condición de refugiado y las personas refugiadas mientras se encuentren detenidas (aplicando las reglas correspondientes sobre absoluta excepcionalidad descritas anteriormente, y tomando en cuenta la prohibición absoluta de detenciones en el caso de la niñez), parámetros que pueden también deben respetarse en el caso de las personas apátridas. Algunas de estas condiciones básicas son¹³⁴:

- i. La detención sólo se puede dar legalmente en lugares reconocidos de manera oficial como lugares de detención. La detención en celdas de la policía no es apropiada.
- ii. La detención de las personas solicitantes de la condición de refugiado o de la condición de apatridia por razones relacionadas con la migración no debe tener carácter punitivo. Se debe evitar el uso de prisiones, cárceles o instalaciones destinadas o utilizadas como prisiones o cárceles.

Si las personas detenidas son retenidos en estas instalaciones, deben ser separados de la población general de la prisión.

- iii. Tampoco son adecuadas las normas penales, como el uso de uniformes de prisioneros o grilletes.
- iv. En registros que estén a disposición de las personas interesadas, incluidos los parientes y abogados, deben asegurar los nombres de los detenidos y el lugar de su detención, así como los nombres de las personas responsables de su detención. Sin embargo, se debe equilibrar el acceso a esta información, con los temas de la confidencialidad.
- v. Los hombres y las mujeres deben estar separados en las instalaciones mixtas, a menos de que sean familia. Los niños también deben ser separados de los adultos, a menos de que sean sus parientes.
- vi. Siempre que sea posible, se debe brindar alojamiento a las familias. El alojamiento familiar también puede evitar que algunas familias sean puestas en régimen de aislamiento en la ausencia de alternativas.
- vii. Cuando sea necesario, debe ofrecerse tratamiento médico adecuado,

¹³² Corte IDH. Vélez Loor, Op. Cit., párr. 208.

¹³³ CIDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. OEA/Ser./L/V/II.111. Doc. 20, Rev., del 16 de abril de 2001, párr. 110.

¹³⁴ ACNUR. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo. Directriz 8. Las condiciones de detención deben ser humanas y dignas, párr.48.

- incluyendo consejería psicológica. Debe darse la oportunidad de realizar algún tipo de ejercicio físico en actividades recreativas diarias en el interior y al aire libre, así como acceso adecuado al espacio exterior, incluyendo aire fresco y luz natural. También son necesarias actividades adaptadas a las mujeres y los niños, y que tengan en cuenta los factores culturales.
- viii. Las personas detenidas deben poder establecer contactos periódicos (incluso vía telefónica o por Internet, siempre que sea posible) y recibir visitas de familiares, amigos, así como organizaciones religiosas, organizaciones internacionales y no gubernamentales, si así lo desean. El acceso del ACNUR debe estar asegurado.
- ix. Es necesario observar el derecho a practicar la religión de cada persona.
- x. Se deben satisfacer las necesidades básicas tales como cama, ropa de cama apropiada al clima, ducha, artículos de tocador básicos y ropa limpia. Ellos deben tener el derecho de usar su propia ropa, y disfrutar de la intimidad en las duchas y baños, en consonancia con la gestión segura de las instalaciones.
- xi. Se debe brindar comida de valor nutricional adecuado a la edad, la salud y los antecedentes culturales o religiosos. Deben estar disponibles dietas especiales para las mujeres embarazadas o lactantes. Las instalaciones donde se preparan y se consumen los alimentos deben respetar las normas básicas de higiene y limpieza.
- xii. Deben tener acceso a materiales de lectura y a información oportuna cuando sea posible (por ejemplo mediante periódicos, internet y televisión).
- xiii. Deben tener acceso a la educación o la capacitación vocacional, según corresponda a la duración de su estancia.
- xiv. Se debe evitar el traslado frecuente de una instalación de detención a otra, sobre todo porque puede dificultar el acceso y contacto con los representantes legales.
- xv. Deben existir un mecanismo o procedimiento no discriminatorio de presentación de quejas, mediante el cual se pueden presentar quejas directamente o de forma confidencial a la autoridad de detención, así como a una autoridad independiente o supervisión. Los procedimientos para presentar quejas, incluyendo los plazos y procedimientos de apelación, deben exhibirse públicamente y estar a disposición de las personas detenidas en diferentes idiomas.
- xvi. Todo el personal que trabaja con las personas detenidas debe recibir una formación adecuada, en particular con relación a la condición de refugiado, y/o la apatridia si es del caso, la violencia sexual y de género, la identificación de los síntomas de trauma y el estrés y las normas de derechos humanos y de las personas refugiadas y apátridas relativas a la detención.
- xvii. En lo que respecta a los contratistas privados, se ha identificado como buena práctica someterles a la obligación legal de tener en cuenta el bienestar de los detenidos. Los Estados deben garantizar que pueden supervisar las actividades de los contratistas privados, incluso mediante adecuados mecanismos independientes de monitoreo y rendición de cuentas, y dar por terminados los contratos u otros acuerdos de trabajo cuando no se cumpla con el deber.



5. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA Y LA PROHIBICIÓN DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO

Convención Americana sobre Derechos Humanos Arts. 22.1 y 22.5

1. INTRODUCCIÓN	108
2. OBLIGACIONES ESTATALES FRENTE AL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	109
a. La libertad de circulación y residencia y la prohibición del desplazamiento forzado	109
i) <i>Los deberes del Estado en la prevención del desplazamiento forzado</i>	110
ii) <i>Las obligaciones de protección de los Estados a favor de las víctimas de desplazamiento forzado</i>	111
ii.a Protección a víctimas de desplazamiento forzado interno	111
ii.b Protección a víctimas de desplazamiento forzado que han huido del país	112
ii.c Relación entre la protección de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno, las personas refugiadas, y aquellas a las que se confiera una protección complementaria	113
iii) <i>Circunstancias excepcionales que justifican un desplazamiento de carácter forzado</i>	115
b. La violación de otros derechos humanos a raíz del desplazamiento forzado	117
c. Víctimas de desplazamiento forzado en especial situación de vulnerabilidad	118
i) <i>La protección de la niñez y la unidad familiar</i>	118
ii) <i>La protección de las mujeres</i>	119
iii) <i>La protección de los pueblos indígenas y tribales</i>	120
iv) <i>El desplazamiento forzado en contextos de conflicto armado interno</i>	122
f. Las reparaciones a las víctimas de desplazamiento forzado	123
3. EL ACNUR Y LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO.....	125
a. El mandato del ACNUR en la protección de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno	125
b. El enfoque de grupo sectorial y el rol del ACNUR en situaciones de desplazamiento forzado interno	127

1 Introducción

1.1 Esta ficha técnica es la quinta de una serie que forman parte de las “Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR”. Estas fichas técnicas examinan aquellos derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”) o “Pacto de San José”, adoptado en 1969, y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“Declaración Americana”) de particular relevancia al mandato de protección de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Las fichas no pretenden presentar un análisis exhaustivo de los artículos de la Convención Americana y la Declaración Americana o sustituir los comentarios especializados sobre los mismos. Sin embargo, si describen y analizan, con algún nivel de detalle, la jurisprudencia y estándares generales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Hu-

manos (la Corte Interamericana) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana) sobre los derechos en cuestión.

1.2 Esta ficha técnica lleva a cabo primero una reseña de las obligaciones estatales frente al desplazamiento forzado en el Sistema Interamericano (arts. 22.1 y 22.5), para luego analizar el papel del ACNUR en la protección de las personas víctimas del desplazamiento forzado interno. En esta ficha, no obstante se encuentran también bajo el marco general de protección del derecho a la libre circulación y residencia contemplado en la Convención Americana, no se analizan las obligaciones de los Estados a la luz de los artículos 22.7 (derecho a buscar y recibir asilo) y 22.8 (derecho a la no devolución), los cuales son estudiados en otras fichas técnicas de este Manual.

1 La Declaración Americana ha sido aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en peticiones presentadas contra Estados que aún no ratifican la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de igual manera, la CIDH ha aplicado la Declaración en casos donde carece de competencia material para aplicar las disposiciones de la Convención Americana. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido, en su jurisdicción consultiva, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales. Ver, particularmente, Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 45 in fine y 46.

2 Obligaciones estatales frente al desplazamiento forzado en el Sistema Interamericano

a. La libertad de circulación y residencia y la prohibición del desplazamiento forzado

2.1 El artículo 22.1 de la Convención Americana señala lo siguiente:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2.2 La Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que la libertad de circulación y residencia es una condición indispensable para el desarrollo de la persona². El Tribunal ha planteado que este derecho incluye³:

a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia; y

b) el derecho de una persona a ingresar a su país y permanecer en él.

2.3 El disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar⁴.

2.4 En el marco del derecho a la libertad de circulación y residencia y de acuerdo a una interpretación evolutiva del mismo, la Corte ha indicado que el artículo 22.1 de la Convención conlleva la protección del derecho a no ser desplazado forzosamente en los Estados Parte de la misma⁵.

2.5 Así las cosas, este derecho abarca tanto a aquellos desplazamientos for-

zados a lo interno del territorio del país donde la persona resida de manera legal, así como a aquellos en donde la persona se ha visto obligada a no permanecer en su país cruzando una frontera internacional, y/o no pueda ingresar en él de manera libre. Así, la obligación de garantizar y respetar que las personas no sean víctimas de desplazamiento forzado persiste para el Estado de origen independientemente del estatuto jurídico o migratorio que la persona pueda adquirir en un país distinto al suyo al momento de huir o buscar protección si han cruzado la frontera.

2.6 En este contexto, la Corte Interamericana ha establecido que el desplazamiento forzado tiene un carácter continuo mientras no cese la realidad de desplazamiento contra las víctimas. Así, en el *Caso de la Comunidad Moiwana*, el Tribunal señaló que a la fecha de la Sentencia los miembros de la comunidad que fueron afectados por el desplazamiento continuaban sin poder regresar, por lo que debía de considerarse que la violación persistía y se mantenía hasta el presente⁶. Idéntico criterio sostuvo la Corte en el *Caso de las Masacres de Río Negro*⁷.

2.7 Tomando en consideración el derecho humano de toda persona a no ser desplazada forzosamente, el Sistema Interamericano ha desarrollado una serie de obligaciones de los Estados relacionadas a la prevención del desplazamiento forzado y la protección de las personas víctimas de este tipo de

2 Ver Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana, Sentencia de 15 de julio de 2005. Serie C No. 124, párr. 110; Corte IDH. Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115; Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr.168; Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr.255.

3 *Ibíd.* Ver también: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.385.

4 Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr.186.

5 Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Op.cit, párr.188; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 207.

6 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Op.cit, párr.108.

7 Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr.178.

desplazamiento, así como algunas circunstancias excepcionales que pueden justificar un desplazamiento de carácter forzado. A continuación se analizan estos aspectos.

i. Los deberes del Estado en la prevención del desplazamiento forzado

2.8 Debe recordarse que la responsabilidad internacional de un Estado se puede comprometer tanto por actos como por omisiones de cualquier poder u órgano estatal, independientemente de su jerarquía, cuando su conducta sea violatoria de los derechos y obligaciones contenidas en la Convención Americana⁸. Así, un Estado puede ser sufrir una condena “por actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares cuando aquél incumple, por acción u omisión de sus agentes que se encuentren en posición de garantes, sus obligaciones de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter- individuales, contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”⁹.

2.9 En este sentido, en la sentencia del *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)*, la Corte enfatizó que, en el caso del desplazamiento forzado, el análisis debe abarcar tanto la responsabilidad del Estado en el desplazamiento mismo de los pobladores de alguna zona del país, como las acciones u omisiones del Estado una vez que las poblaciones ya se encontraban en esa condición y para efectos de su retorno¹⁰.

2.10 Asimismo, debe analizarse de qué forma el Estado se ha hecho cargo de garantizar o no los derechos a la integridad física, a la dignidad, a la protección de la familia, a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto del desplazamiento, y en general a proteger los derechos de los afectados sin discriminación¹¹.

2.11 Como bien indica el Tribunal, “[l]o anterior implica valorar si el Estado ha adoptado las medidas necesarias y efectivas de prevención y protección ante el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”¹².

2.12 Así por ejemplo, en *Chitay Nech*, la Corte señaló que:

[...] el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo¹³, por ejemplo cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales¹⁴.

2.13 Por tanto, el Estado debe proporcionar medidas de protección adecuadas para garantizar que las personas no se vean obligadas a desplazarse¹⁵. Entre ellas por ejemplo, las autoridades no solamente deben evitar involucrarse en acciones que conlleven al desplazamiento forzado de personas por

8 Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Op.cit, párr.188.

9 Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Op.cit, párr.113.

10 Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 283.

11 *Ibíd.*

12 *Ibíd.*, párr.224.

13 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr.385; Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 220; Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Op.cit, párrs. 119 y 120; Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Op.cit, párr. 170, y Corte IDH. Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 139.

14 Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 142.

15 Corte IDH. Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr.172.

medio de medidas directas llevadas a cabo por sus oficiales, sino también por medio de aquiescencia o tolerancia con grupos de particulares que lo ocasionen¹⁶.

ii. Las obligaciones de protección de los Estados a favor de las víctimas de desplazamiento forzado

ii.a Protección a víctimas de desplazamiento forzado interno

2.14 En su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de referirse a situaciones de desplazamiento forzado de carácter interno y desarrollar las obligaciones de los Estados frente a las víctimas en este tipo de contexto.

2.15 Así, al dar el alcance al artículo 22.1 de la Convención Americana, ha considerado como particularmente relevantes los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas*¹⁷. En ellos se define quienes son personas desplazadas internamente, de la siguiente manera:

*[...] se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida*¹⁸.

2.16 El Tribunal Interamericano ha coincidido con la Corte Constitucional colombiana, en el sentido de que “no es el registro formal ante los entes gubernamentales lo que le da el carácter de desplazado a un individuo, sino el mero hecho de haberse visto compelido a abandonar el lugar de residencia habitual”¹⁹. Es decir, así como lo es para el caso de las personas refugiadas también, la condición de una persona como víctima de desplazamiento forzado interno no se constituye con el reconocimiento oficial de las autoridades sino que éstas lo que hacen es declararla a efectos de garantizar la protección debida²⁰.

2.17 El Tribunal ha afirmado que “la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición de facto de desprotección”²¹. Esto obliga a los Estados a “otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-vis actuaciones y prácticas de terceros particulares”²².

2.18 En el caso *Moiwana*, la Corte enfatizó los siguientes *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas* que le establecen una serie de obligaciones de carácter mínimo a los Estados frente a las personas víctimas del desplazamiento forzado interno²³:

1.1. Los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el

16 Ver en detalle: Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, Op.cit., párrs.254, 277, 278,279.

17 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Op.cit, párr. 111.

18 Comisión de Derechos Humanos, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998, párr.2.

19 Sentencia To25 de 22 de enero de 2004, emitida por la sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, Tomo III, Anexo 30, ff. 4363 a 4747hh) citada en Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Op.cit, párr.214.

20 La Corte ha reconocido la alta complejidad que tiene en muchos casos identificar e individualizar a las víctimas de desplazamiento, más aún cuando se trata de poblaciones difícilmente localizables. Ver Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, Op.cit., párr.42.

21 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Op.cit, párr.210.

22 *Ibíd.*

23 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Op.cit, párr.111.

derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.

5. Todas las autoridades y órganos internacionales respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluidos los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas.

8. El desplazamiento no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados.

9. Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma.

14.1. Todo desplazado interno tiene derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger su residencia.

28.1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno, de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte.

2.19 Ahora bien, la obligación de proteger a las personas víctimas de desplazamiento forzado conlleva “no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también realizar una investigación

efectiva de la supuesta violación de estos derechos y proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración”²⁴.

2.20 En ese orden de cosas, en el *Caso Masacre del Mozote y lugares aledaños*, el Tribunal Interamericano indicó que la falta de una investigación adecuada impedía que los sobrevivientes regresaran de forma digna y segura a la comunidad, lo que a la vez propiciaba y perpetuaba el desplazamiento de la población víctima, y se constituía en una grave restricción de facto a la libre circulación y residencia²⁵.

ii.b Protección a víctimas de desplazamiento forzado que han huido del país

2.21 Además de incluirse en el artículo 22.1 de la Convención Americana el derecho de toda persona que resida legalmente en un Estado a circular por el mismo y, a residir en él, en el inciso 5 de ese mismo artículo se plantea que:

Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo (artículo 22, inciso 5 de la Convención Americana).

2.22 En este sentido, en sus pronunciamientos, la Corte ha declarado no solamente la responsabilidad internacional de un Estado por el desplazamiento forzado interno de personas, sino también cuando, por sus conductas de acción u omisión, una persona ha debido salir de su propio país de manera forzada y/o ha tenido impedimentos para regresar de manera libre.

2.23 En el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, el Tribunal estableció la responsabilidad internacional del Estado debido a que algunas de las víctimas tuvieron que salir del país forzosamente y no habían podido regresar, circular y residir libremente en su país a partir de conductas atribuidas al Estado. Para la Corte, esta situación atentó contra el derecho de ingresar al país del cual son nacionales (art. 22.5 de la Convención Americana), y también a circular y residir en el mismo (art. 22.1 de la Convención Americana). Ambas obligaciones relacionadas con el deber de respetar y garantizar los derechos establecidos en el artículo 1.1 de la Convención²⁶.

24 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, Op.cit, párr.149.

25 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, Op.cit., párr.193.

26 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Op.cit., párr.389.

2.24 Respecto a las personas refugiadas concretamente, en el *Caso de la Comunidad Moiwana*, para la fecha de la Sentencia de la Corte, varios de los miembros de la comunidad continuaban viviendo en el extranjero con ese estatuto²⁷. A pesar de que en 1991 las víctimas habían expuesto las garantías requeridas para ser repatriadas (como por ejemplo la investigación y juzgamiento de los autores de los crímenes que originaron el desplazamiento) éstas nunca fueron cumplidas²⁸. Ello ocasionó que no pudieran regresar debido al temor que sentían por su seguridad y a que el Estado no había efectuado una investigación penal²⁹.

2.25 En ese mismo caso, la Corte hace referencia a un pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [el Pacto], relativo al caso de una persona obligada a exiliarse en el extranjero después de haber recibido numerosas amenazas de muerte y de haber sufrido un atentado contra su vida, y en el cual el Comité concluyó:

*[...] a la luz de la determinación del Comité de que hubo violación del derecho a la seguridad personal (artículo 9, párrafo 1) y a su estimación [de] que no había recursos efectivos en la jurisdicción interna para permitir al autor regresar en seguridad de su exilio involuntario, el Comité concluye que el Estado Parte no ha garantizado el derecho del autor de permanecer en, regresar a, y residir en su propio país. Por consiguiente, se violaron los párrafos 1 y 4 del artículo 12 del Pacto*³⁰.

2.26 Finalmente, en el caso, al no establecer el Estado las condiciones ni previsto los medios que permitieran a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad a su comunidad (respetándose sus derechos a la vida e integridad personal) se declaró la violación del artículo 22 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado³¹.

ii.c Relación entre la protección de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno, las personas refugiadas, y aquellas a las que se confiera una protección complementaria

3.1 En este punto, vale la pena hacer algunas acotaciones sobre la relación entre la protección de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno, las personas refugiadas y aquellas personas a las que, aun sin ser refugiadas, se les confiera una protección complementaria por haber huido a un país distinto al suyo, lo que también se ha considerado un tipo de protección internacional³².

3.2 Un primer elemento a considerar en el análisis son las causales que originan el desplazamiento forzado. En el caso de las personas refugiadas, estas están vinculadas a los motivos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951³³ o bien a los señalados por la legislación nacional³⁴. En el caso de aquellas personas que son beneficiadas por un esquema de protección complementaria, aun sin cumplir con los elementos de la definición de refugiado, han huido de su país de origen por estar en una

27 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, Op.cit, párrs.102 y 108.

28 *Ibíd.*, párr. 86.22.

29 *Ibíd.*, párr.117.

30 O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 859/1999: Colombia. 15 de abril de 2002, párr. 7.4. En: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, Op.cit, párr.116. El artículo 12 párrafo 1 del Pacto establece que “[t]oda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”. Por su parte, el párrafo 4 de ese mismo artículo indica que “[n]adie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

31 *Ibíd.*, párrs. 120 y 121.

32 Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr.37.

33 Debe recordarse que es refugiada según esta Convención (art.1.A) la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección del país de nacionalidad.

34 Algunas legislaciones latinoamericanas extienden la definición de refugiado a las personas que han huido por razones de género o por su sexo. Además, algunos países extienden la definición de refugiado- a partir de la recomendación realizada en la Declaración de Cartagena de 1984- a las personas que huyen 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. Ver en este sentido: ACNUR. *Protección de Refugiados en América Latina: Buenas prácticas legislativas*. En <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/proteccion-de-refugiados-en-america-latina-buenas-practicas-legislativas/>.

situación en la cual su vida, libertad, seguridad integridad peligran en caso de ser devueltas a su país³⁵. En el caso de las personas víctimas de desplazamiento interno, las causas son aquellas definidas por los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas³⁶, como instrumento de referencia general.

3.3 Respecto a la naturaleza de la situación, si bien el término "refugiado" denota un estatuto jurídico internacionalmente creado por medio de un tratado internacional y las definiciones de víctima de desplazamiento forzado interno o de persona beneficiaria de protección complementaria no han sido desarrolladas por un instrumento convencional, lo que sí comparten es el carácter forzado de su huida y la necesidad de ser protegidas.

3.4 Así las cosas, la Corte ha observado que la protección a los refugiados y a las personas beneficiarias de otras formas de protección complementaria debe ser similar, considerando que "los privilegios y derechos derivados de la protección internacional se deberían basar en las necesidades de la persona solicitante y no en la clase de protección internacional otorgada"³⁷.

3.5 Por otra parte, el Comité Ejecutivo del ACNUR [el Comité Ejecutivo] ha señalado que en el caso de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno:

[s]e han desplazado por las mismas razones que llevaron a otros a cruzar una frontera internacional y que han sufrido experiencias similares. Sus necesidades serán, en su carácter más esencial,

con frecuencia las mismas: la supervivencia básica, la seguridad física, la prevención y respuesta de la violencia sexual y basada en género, y los problemas derivados de particulares vulnerabilidades. Cuando se brinda protección a nivel comunitario, las normas de los derechos humanos en relación con categorías específicas de personas, como las mujeres y los niños, son aplicables de igual manera en ambos contextos³⁸.

3.6 Por ello, el trabajo de protección de las personas refugiadas, o bien de las beneficiadas con esquemas de protección complementaria o de personas víctimas de desplazamiento forzado interno no debe verse como contradictorio, debiendo más bien establecer una sinergia entre los distintos conjuntos de responsabilidades³⁹. Como lo ha destacado el Comité Ejecutivo "las actividades en favor de las personas internamente desplazadas no deben socavar la institución del asilo, incluido el derecho a solicitar y obtener asilo en otros países en caso de persecución"⁴⁰. Esto se puede ampliar también a la protección complementaria.

3.7 Así por ejemplo, los países de asilo o que están en la obligación de garantizar una protección complementaria no deben argumentar que la respuesta de protección de las Naciones Unidas en el país de origen a favor de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno ofrece una "alternativa de huida interna". Las operaciones de las Naciones Unidas a favor de personas víctimas de desplazamiento forzado interno no equivalen a una alternativa a solicitar asilo o protección⁴¹.

35 Como fue recogido en la cuarta ficha técnica de este Manual sobre el derecho a la no expulsión y a la no devolución, la Corte Interamericana ha constatado la existencia de marcos de protección complementaria en algunos países de la región contemplando un tipo de protección similar a la otorgada a solicitantes de asilo y refugiados, que impediría colocar a una persona en una situación en la cual su vida, libertad, seguridad integridad peligran. La Corte define la figura de la siguiente manera: "se podría definir como la protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas". La Corte establece que la protección complementaria configura un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución contenido en el artículo 22.8 de la Convención Americana. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op.cit., párrs. 217 y 238.

36 La definición incluye algunos elementos similares relacionadas a las circunstancias incluidas en la definición recomendada por la Declaración de Cartagena para los Refugiados, como lo es el escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos, pero también la extiende a catástrofes naturales o provocadas por el ser humano.

37 *Ibíd.*, párr.239.

38 ACNUR. La protección de los desplazados internos y el papel del ACNUR. Reunión consultiva oficiosa. 27 de febrero de 2007, párr. 36.

39 *Ibíd.*, párr.43

40 Ver Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre personas internamente desplazadas. 1994. (45° período de sesiones del Comité Ejecutivo) No. 75 (XLV).

41 ACNUR. La protección de los desplazados internos y el papel del ACNUR. Reunión consultiva oficiosa. 27 de febrero de 2007, Op.cit, párr.46.

3.8 Por otra parte, “muchas de las complejidades de la reintegración en la comunidad son similares en el caso de los refugiados repatriados y de las personas desplazadas internas que retornan”⁴², por lo que deben reconocerse y explorarse las sinergias entre la protección de unos y de otros. Así también debe aplicarse para aquellas personas beneficiadas por esquemas de protección complementaria que se encuentran en un proceso de retorno voluntario y reintegración en su país de origen.

3.9 Claro está, la repatriación voluntaria en el caso de las personas refugiadas o de aquellas beneficiadas por esquemas de protección complementaria se basan en su derecho a regresar a su propio país y en la correspondiente responsabilidad de su Estado de no impedir su ingreso bajo condiciones de dignidad y seguridad, mientras que las personas víctimas de desplazamiento forzado interno están en su propio país y la base jurídica de las soluciones se fundamenta en su derecho a la libertad de circulación y de residencia⁴³.

iii. Circunstancias excepcionales que justifican un desplazamiento de carácter forzado

3.10 El *Manual para la Protección de los Desplazados Internos* [el *Manual*] elaborado por el Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección liderado por el ACNUR⁴⁴ señala que el desplazamiento se puede permitir solo de manera excepcional y por causas limitadas en virtud del derecho de los derechos humanos y bajo condiciones estrictas⁴⁵.

3.11 Como primer requisito esencial, la posibilidad del desplazamiento “debe estar previsto por la ley y ser necesario y proporcionado en relación a la consecución de un objetivo legítimo como puede ser la protección de la seguridad nacional o el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de terceros”⁴⁶.

3.12 Además, no debe ser discriminatorio y debe ajustarse al resto de los derechos humanos y obligaciones jurídicas internacionales del Estado, entre ellas, cumplir con determinadas garantías sustantivas y procesales y realizarse en condiciones de seguridad y dignidad, a saber⁴⁷:

- Toda decisión de desplazar a personas o comunidades ha de ser tomada por las autoridades competentes.
- Antes de iniciar el traslado, las autoridades deben garantizar condiciones básicas de seguridad y bienestar en el lugar de destino (incluso en caso de retorno).
- Las personas afectadas deben ser previamente informadas de las razones y los procedimientos del desplazamiento y se les debe brindar la oportunidad de impugnar la decisión, incluso a través de un proceso judicial independiente.
- En la medida de lo posible, se debe obtener su consentimiento informado, garantizar su participación en la planificación e implementación de la decisión y otorgarles medidas adecuadas de reparación⁴⁸. El desplaza-

42 Ibid., párr.36.

43 Ibid., párr. 40.

44 Como se verá más adelante, en septiembre del 2005, el Comité Permanente Inter-Agencial (IASC, por sus siglas en inglés) acordó designar líderes de grupos sectoriales a nivel mundial (“global cluster leads”), específicamente para las emergencias humanitarias, en nueve sectores o áreas de actividad, una de ellas “protección”. ACNUR es el líder del grupo sectorial de protección a nivel mundial. El *Manual* es el resultado del esfuerzo conjunto del personal de más de 30 organizaciones internacionales, en su mayoría miembros del Grupo Sectorial Global de Protección, que ya en 2007 contribuyeron a su edición provisional. Ello incluye agencias de Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales, así como agencias y organismos gubernamentales y no gubernamentales.

45 Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, *Manual para la Protección de los Desplazados Internos*. Junio 2010, pág. 146. En: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=515419462>.

46 Ibid., pág.147.

47 Ibid.

48 En relación a la cuestión de la justa reparación, ver los *Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo*, disponible en http://www2.ohchr.org/english/issues/housing/docs/guidelines_sp.pdf. Debe proporcionarse indemnización por cualquier daño económicamente evaluable, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso. Véanse también los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, disponibles en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>.

miento nunca se debe llevar a cabo de un modo en que viole los derechos a la vida, la libertad o la seguridad de las personas afectadas.

- Se debe prestar especial atención a la protección frente al desplazamiento de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastoralistas y otros grupos con una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma.
- En casos de emergencia pública las autoridades nacionales pueden suspender temporalmente ciertos derechos humanos, como el de libre circulación, si existe causa que lo justifique plenamente⁴⁹.

3.13 Ahora bien, el desplazamiento forzado siempre será ilícito⁵⁰:

- Si se basa en políticas de segregación racial, limpieza étnica o prácticas similares dirigidas a alterar la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada a consecuencia de ello.
- En situaciones de conflicto armado, salvo que así lo requiera la seguridad de la población civil.
- En caso de proyectos de desarrollo a gran escala que no estén justificados por razones verdaderamente imperiosas de interés público, en donde siempre debe tomarse especial consideración de los derechos humanos de las personas afectadas.
- En caso de desastres, salvo en aquellos casos en los que la seguridad y la salud de las personas afectadas requiera su evacuación.
- Si se utiliza como castigo colectivo.
- Si no se respetan las garantías procesales mínimas.
- Si el modo en que se lleva a cabo viola otros derechos u obligaciones concernientes al Estado o a las partes en el conflicto, como los derechos

a la libertad y a la seguridad, y la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes.

- Si afecta negativamente el disfrute a largo plazo de los derechos humanos.

3.14 Claro está, “cuando se debate la legalidad del desplazamiento, lo que se cuestiona, en todo caso, es la legalidad del acto de ordenar o provocar el desplazamiento (normalmente por parte de una autoridad o grupo armado), pero no la huida, en sí, por parte de los desplazados, acto que jamás podría ser ilícito”⁵¹.

3.15 Así como la jurisprudencia interamericana, cuando se está frente a un desplazamiento forzado de carácter ilícito, el *Manual* reconoce también que el derecho a tener protección frente al desplazamiento forzado “es un derecho inherente a varios derechos humanos, incluido el derecho a la libre circulación y a escoger el lugar de residencia, el derecho a la protección frente a toda injerencia en el domicilio y la vida privada, el derecho a un nivel adecuado de vida, incluida la alimentación y la vivienda, y el derecho al respeto de la familia”⁵². Los Estados están obligados a adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad” de los derechos mencionados⁵³.

3.16 En todo caso, se debe como mínimo garantizar el acceso a aquellos derechos que son esenciales para sobrevivir como el acceso a los alimentos y al agua, a un alojamiento básico y a servicios médicos y sanitarios y solicitar asistencia internacional en caso de que los recursos de que disponga el Estado resulten insuficientes⁵⁴.

49 Ver art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

50 Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, *Manual para la Protección de los Desplazados Internos*. Op.cit, pág. 146.

51 *Ibíd.*

52 *Ibíd.*

53 Ver PIDESC, Art. 2(1) y Observación General N° 12 (1999) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a una alimentación adecuada (E/C.12/1999/5) así como la N° 14(2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (E/C.12/2000/04).

54 Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, *Manual para la Protección de los Desplazados Internos*, Op.cit, pág. 26.

b. La violación de otros derechos humanos a raíz del desplazamiento forzado

3.17 Las víctimas de desplazamiento forzado se encuentran en una situación de vulnerabilidad particular. Generalmente, los desplazamientos vienen, o bien antecedidos, o bien seguidos de violaciones graves a los derechos humanos contra las personas que son desplazadas.

3.18 La Corte ha establecido que el desplazamiento forzado, además de violentar el derecho a la libre circulación y residencia del artículo 22 de la Convención Americana, no se puede desvincular de otras violaciones que afectan a las víctimas⁵⁵. Así, ha constatado que en algunos casos, el desplazamiento forzado ha sido antecedido por ejecuciones extrajudiciales, privaciones arbitrarias a la libertad, desapariciones forzadas, torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, hostigamientos, agresiones, falta de acceso a la justicia⁵⁶ o violaciones al derecho de los miembros de una comunidad al uso y goce comunal de su propiedad tradicional⁵⁷.

2.27 Aunado a ello, producto de los hechos de violencia que causan el desplazamiento forzado y del propio desplazamiento, las víctimas sufrieron síntomas crónicos de estrés posttraumático⁵⁸, así como graves condiciones de vida por problemas de hacinamiento, alimentación, el suministro y manejo del agua, así como la falta de adopción de medidas en materia de salud en los lugares a donde han huido⁵⁹. Además, sufrieron saqueos, daños y destrucciones a la propiedad colectiva de las comunidades y a los bienes muebles e inmuebles que fueron forzados a dejar en sus viviendas y comunidades⁶⁰.

2.28 En el Caso de la *Masacre de Mapiripán*, la Corte resumió las graves consecuencias del desplazamiento forzado sobre las personas:

dentro de los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno, además de graves repercusiones psicológicas en ellos, se han destacado (i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, (ii) la marginación, (iii) la pérdida del hogar, (iv) el desempleo, (v) el deterioro de las condiciones de vida, (vi) el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, (viii) la inseguridad alimentaria, y (ix) la desarticulación social, así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida⁶¹.

2.29 Asimismo, en el Caso de las *Masacres de Ituango*, la Corte llegó a la conclusión de que: En efecto, el desplazamiento tiene origen en la desprotección sufrida durante las masacres, no sólo a raíz de las violaciones al derecho a la vida (artículo 4 de la Convención) a la integridad personal (artículo 5 de la Convención) y a la libertad personal (artículo 7 de la Convención), sino también por la destrucción del ganado y las viviendas, en violación de los derechos a la propiedad privada (artículo 21 de la Convención) y respeto a la vida privada y al domicilio (artículo 11.2 de la Convención)⁶².

2.30 Debido a estas condiciones de vulnerabilidad, la Corte ha ordenado a los Estados llevar a cabo acciones urgentes (por medio de las denominadas

55 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Op.cit, párr. 234.

56 Ver en este sentido Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Op.cit, págs. 100-106 y Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) Vs. Colombia. Op.cit, párr.281.

57 Ver Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Op.cit, párr. 135.

58 Ver Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Op.cit, párr.243.

59 Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) Vs. Colombia. Op.cit, párr.323.

60 *Ibid*, págs.118-123. Ver también Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Op.cit, párr.274.

61 Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Op.cit, párr.175.

62 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Op.cit, párr.234.

“medidas provisionales”) para salvaguardar y evitar daños irreparables a los derechos afectados por los desplazamientos internos, como el derecho a la vida, la reunificación familiar, la investigación y la punición de los responsables, o la asistencia humanitaria en casos que lo ameriten, etc.)⁶³.

2.31 Por ejemplo, por medio de resoluciones de medidas provisionales, la Corte ha ordenado a las autoridades estatales asegurar que las personas bene-

ficiadas con las medidas pudieran “seguir viviendo en su residencia habitual y brinden las condiciones necesarias para que las personas desplazadas de dichas comunidades regresen a sus hogares”⁶⁴ y garantizar “las condiciones de seguridad necesarias para que se respete el derecho a la libre circulación de las personas”⁶⁵.

c. Víctimas de desplazamiento forzado en especial situación de vulnerabilidad

2.32 Tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han abordado en sus pronunciamientos la necesidad de asegurar una protección especial a la niñez, a la unidad familiar, a las mujeres y a los pueblos indígenas y tribales, dadas las situaciones de particular vulnerabilidad que pueden surgir en contextos de desplazamiento forzado. A continuación se analizan estos estándares.

i. La protección de la niñez y la unidad familiar

2.33 En el Caso de la *Masacre de Mapiripán*, la Corte estableció la responsabilidad estatal por no tomar las medidas necesarias para proteger a los niños y niñas en un contexto de conflicto y desplazamiento forzado en donde la violencia e inseguridad conllevó a condiciones como la separación de las familias, el abandono de las pertenencias y los hogares, el rechazo, el hambre y el frío, todo lo cual afectó el derecho a una vida digna de los niños y las niñas de la comunidad desplazada⁶⁶.

2.34 En el *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)*, el Tribunal determinó que resultó especialmente grave la falta de atención del Estado a favor de los niños y niñas afectados por el desplazamiento en términos de hacinamiento, condiciones de salubridad y alimentación adecuada, acceso a una atención en salud y a servicios básicos esenciales como educación⁶⁷. En ese caso, la Corte concluyó que el Estado era responsable por la violación al derecho a la integridad personal de los niños y niñas desplazados así como de aquellos que nacieron en situación de desplazamiento forzado⁶⁸.

2.35 Asimismo, la Corte ha señalado que debe garantizarse de manera especial la protección de la familia favoreciendo, de la manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar en el contexto de los desplazamientos, evitando la fragmentación o separación de sus miembros⁶⁹. En el caso *Chitay Nech* el Tribunal Interamericano estimó que existió una afectación directa a los miembros de una familia por las constantes amenazas y persecuciones

63 Ver Corte IDH, Asunto Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Resolución de medidas provisionales de 18 de agosto de 2002; Corte IDH, Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto Colombia. Resolución de medidas provisionales de 6 de marzo de 2003. Voto concurrente del Juez Cançado Trindade.

64 Corte IDH, Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto Colombia. Resolución de medidas provisionales de 6 de marzo de 2003; Corte IDH, Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto Colombia. Resolución de medidas provisionales de 18 de junio de 2002; Corte IDH, Corte IDH, Asunto Pueblo Indígena de Kankuamo respecto Colombia. Resolución de medidas provisionales de 5 de junio de 2004.

65 Corte IDH, Asunto Pueblo Indígena de Kankuamo respecto Colombia. Resolución de medidas provisionales de 5 de junio de 2004; Corte IDH, Asunto Pueblo Indígena de Sarayaku respecto Ecuador. Resolución de medidas provisionales de 6 de julio de 2004.

66 Corte IDH. Caso *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Op.cit, párrs. 147-163.

67 Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (*Operación Génesis*) Vs. Colombia. Op.cit, párrs.329 y 330.

68 *Ibíd.*, párr. 331.

69 *Ibíd.*, párr.325.

que sufrieron sus miembros, el desplazamiento de que fueron víctimas, el desarraigo de su comunidad, la fragmentación del núcleo familiar y la pérdida de la figura esencial del padre, a raíz de su desaparición⁷⁰. Para la Corte, esto constituyó un incumplimiento de la obligación de proteger a toda persona contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia (art.17 de la Convención Americana), además de no garantizar una protección adecuada a la niñez afectada por dicha situación⁷¹.

ii. La protección de las mujeres

2.36 Por otra parte, en muchos casos la vulnerabilidad de las personas desplazadas es reforzada por su proveniencia rural y, en general, afecta con especial fuerza a mujeres, quienes en diversas circunstancias son cabezas de hogar⁷².

2.37 La Comisión Interamericana se ha referido al tema de violencia de género en el contexto del desplazamiento interno, y las medidas a llevar a cabo para la protección de las víctimas.

2.38 En su Informe “*Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*”⁷³, la Comisión destacó que “[e]ntre las consecuencias más palpables para las mujeres víctimas de desplazamiento se encuentran el cambio en la dinámica de los roles familiares y conyugales y las responsabilidades debido a la muerte o pérdida del esposo o compañero, el trauma físico y psicológico producido por hechos de violencia y las amenazas padecidas, la necesidad de adaptarse social y económicamente a una

nueva comunidad y el posible rechazo de ésta”⁷⁴. Así también “[l]as jefas de hogar suelen enfrentar dificultades sociales y económicas en la comunidad receptora que les impiden restablecer sus vidas, tales como, por ejemplo, la falta de empleo, la discriminación por ser categorizadas como desplazadas y la necesidad de adaptarse a una nueva cultura regional”⁷⁵.

2.39 La Comisión cita los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos* en el sentido de que “[s]e prestará especial atención a las necesidades sanitarias de la mujer, incluso su acceso a los servicios de atención médica para la mujer, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole”⁷⁶. Asimismo, hace referencia a la Convención de Belém do Pará indicando que los Estados deben tomar especial cuenta de la situación de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir las mujeres en razón de su condición de desplazadas o por estar afectadas por situaciones de conflictos armados⁷⁷.

2.40 En otro pronunciamiento de la Comisión frente a una solicitud de medidas cautelares relativa a la situación de *Mujeres residentes en 22 Campos para personas desplazadas internas en Puerto Príncipe*⁷⁸, se alegaba un patrón de violencia sexual y una serie de actos de violencia en contra de las mujeres y niñas que residen en los mencionados campamentos. Producto de la solicitud, la Comisión exhortó al Estado a:

- Garantizar la disponibilidad de adecuados servicios médicos y psicológicos para las víctimas de violencia sexual en lugares que sean accesibles a las solicitantes;

70 Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Op.cit., párr.163.

71 Ibíd.

72 Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Op.cit, párr. 175.

73 CIDH. Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. 18 octubre 2006.

74 Ibíd., párr.76.

75 Ibíd., párr.80.

76 Comisión de Derechos Humanos, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, Op.cit., párr.19.2. En CIDH. Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia, Op.cit., párr.86.

77 Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará» (Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General), art.9. En CIDH. Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia, Op.cit., párr.86.

78 CIDH, Resolución de Medidas Cautelares, MC 340/10, Mujeres y Niñas Residentes en 22 campos para Desplazados Internos en Puerto Príncipe, Haití, 22 de diciembre de 2010. En: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/proteccion/cautelares.asp>.

- Proveer seguridad adecuada en los campamentos de desplazados internos, incluyendo iluminación pública, patrullaje adecuado en los alrededores e interior de los campamentos y aumento de mujeres policías en los patrullajes y en las estaciones de policía cercanas;
- Asegurar que los agentes públicos encargados de responder a incidentes de violencia sexual reciban una formación que les permitan dar respuestas adecuadas a las denuncias de delitos de violencia sexual así como proveer la seguridad necesaria en los campos;
- Promover la creación de unidades especiales en la policía judicial y en la fiscalía para la investigación de casos de violación y otras formas de violencia sexual;
- Proteger la participación y liderazgo de los grupos de base de mujeres en la planeación y ejecución de políticas y prácticas encaminadas a combatir y prevenir la violación y otras formas de violencia sexual en los campamentos.

iii. La protección de los pueblos indígenas y tribales

2.41 La Corte Interamericana se ha referido también a la especial afectación que sufren las personas y los pueblos indígenas y tribales cuando son obligados a dejar sus tierras de manera forzada, considerando los lazos únicos y duraderos que unen a estas comunidades con su territorio ancestral⁷⁹.

2.42 En el caso particular de los pueblos indígenas, en el Caso *Comunidad (Sumo) Awas Tingni* la Corte planteó:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus pro-

*pios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*⁸⁰.

2.43 En el caso *Chitay Nech*, y frente al desplazamiento forzado que sufrieron las víctimas, el Tribunal estimó que fueron afectadas de forma particularmente grave por su condición de indígenas mayas, señalando que “el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual”⁸¹.

2.44 La Corte concluyó en ese caso que “el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural, genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas, por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección⁸² considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación”⁸³.

2.45 En este orden, en su informe “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, la Comisión Interamericana reafirmó los estándares desarrollados por la Corte Interamericana y agregó que los Estados deben tomar “todas las medidas necesarias para permitir el retorno de los pueblos indígenas a sus territorios tradicionales en forma segura y con dignidad, lo cual, en el caso de los desplazamientos

79 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Op.cit, párr. 131.

80 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr.149.

81 Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Op.cit., párr.145.

82 Ver Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Op.cit, Principio 9.

83 Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Op.cit, párr.147.

forzosos provocados por contextos de violencia, incluye el deber del Estado de tomar medidas para combatir la impunidad de los actores responsables de dicha violencia”⁸⁴.

2.46 Vinculado a lo anterior, y haciendo referencia a la Observación General No. 11, el Comité de los Derechos del Niño, la Corte se refiere a la particular afectación del desplazamiento forzado en la niñez indígena, indicando que:

[e]l ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas a la cultura, a la religión y al idioma constituyen unos cimientos esenciales de un Estado culturalmente diverso⁸⁵, y que este derecho constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas⁸⁶. Asimismo, tomando en consideración la estrecha relación material y espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, este Tribunal estima que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural de los indígenas se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas⁸⁷.

2.47 En este sentido, el Tribunal señaló la importancia de evitar la pérdida cultural y espiritual que sufre la niñez indígena cuando es desplazada y la imposibilidad de recibir una educación oral. Asimismo, “[t]eniendo en cuenta que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”⁸⁸, la Corte estima que “para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indíge-

nas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”⁸⁹. Así, la privación de la vida cultural de la niñez indígena a partir del desplazamiento resulta contrario al artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, como parte del deber de protección especial a favor de la niñez⁹⁰.

2.48 Por su parte, en el caso de las comunidades tribales no indígenas, en el Caso *Moiwana*, la Corte Interamericana fue clara en el sentido de que los miembros del pueblo tribal afectado por el desplazamiento forzado habían demostrado poseer una “relación omnicompreensiva” con sus tierras tradicionales, y que su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centraba en el individuo, sino en la comunidad como un todo⁹¹.

2.49 A partir del desplazamiento forzado sufrido, se demostró que los miembros de la comunidad desplazada tenían la convicción de no poder regresar a su territorio ancestral mientras no obtuviesen justicia por los hechos, y que sólo podrían vivir en su aldea nuevamente si se purificaban primero sus tierras tradicionales por medio de los rituales mortuorios necesarios y la reconciliación con los espíritus de quienes fallecieron en el ataque que generó el desplazamiento⁹². Además, desde su huida de la aldea, muchos miembros de la comunidad, si no todos, sufrieron pobreza y privación por su incapacidad de desarrollar sus formas tradicionales de subsistencia y sustento⁹³. La Corte resolvió que el Estado debió haber establecido las condiciones y medios que permitieran a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, de

84 CIDH. Informe Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 diciembre 2009, párr. 152.

85 Ver ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11 (2009). Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 12 de febrero de 2009, párr. 82.

86 *Ibíd.*, párr. 16.

87 Corte IDH. Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *Op.cit.*, párr.168.

88 Ver ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 5 de 27 de noviembre de 2003, párr.12. Ver Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 161.

89 Corte IDH. Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *Op.cit.*, párr.169.

90 *Ibíd.*, párr.170.

91 Corte IDH. Caso de la Comunidad *Moiwana Vs. Surinam*, *Op.cit.*, párr. 133.

92 *Ibíd.*, párr.113.

93 *Ibíd.*, párr.102.

forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales, con respecto a las cuales tenían una dependencia y apego especiales⁹⁴.

2.50 Por otra parte, en el *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)*, el Tribunal analizó las implicaciones contra el derecho a la propiedad colectiva de las víctimas debido al desplazamiento forzado sufrido, las cuales iban más allá del mero detrimento patrimonial⁹⁵.

2.51 La Corte dio especial énfasis a la relación especial de las víctimas con los territorios que habitaban y la profunda afectación no solo al ser despojadas de los mismos, sino también al haberse permitido la realización de acciones de explotación ilegal de recursos naturales por parte de terceros⁹⁶. Como medida de reparación, en aras de evitar que estos hechos se repitieran, el Tribunal ordenó a las autoridades restituir el efectivo uso, goce y posesión de los territorios reconocidos en la normativa a las comunidades afrodescendientes afectadas⁹⁷.

iv. El desplazamiento forzado en contextos de conflicto armado interno

2.52 En el caso particular de las personas que han sido desplazadas por la violencia generada por un conflicto armado de carácter interno, éstas “quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades”⁹⁸.

2.53 Según la Corte, la crisis que provoca el desplazamiento forzado provoca a su vez una crisis de seguridad, dado que los grupos de personas desplazadas se convierten en un nuevo foco o recurso de reclutamiento para los propios grupos paramilitares, de narcotráfico y de la guerrilla⁹⁹.

2.54 Asimismo, el desplazamiento puede conducir al establecimiento de diferencias en el acceso de los desplazados a los recursos públicos administrados por el Estado debido a prejuicios culturales que dificultan su integración a la sociedad y pueden llevar a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra¹⁰⁰.

2.55 En este contexto, la Corte Interamericana ha señalado que resultan especialmente útiles para la aplicación de la Convención Americana las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949, particularmente en su artículo 17¹⁰¹. En él, se “prohíbe ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas y, en este último caso, se deberán tomar ‘todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación’”¹⁰².

2.56 Por su parte, la Comisión Interamericana ha publicado informes en donde especifica los estándares de protección en situaciones de conflicto armado de carácter interno¹⁰³. Con la crisis humanitaria centroamericana de las décadas de los 70’s y 80’s, la Comisión elaboró el primer informe detallado sobre desplazados internos en 1993 con respecto a la situación en Guatemala¹⁰⁴. En él, señaló la existencia de un millón de personas desplazadas y miles

94 *Ibíd.*, párr.120.

95 Ver análisis en: Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Op.cit, párr. 459.

96 *Ibíd.*

97 *Ibíd.*, párr.486.16.

98 Sentencia T025 de 22 de enero de 2004, emitida por la sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, Tomo III, Anexo 30, ff. 4363 a 4747hh) citada en Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia*, Op.cit, párr.211.

99 Corte IDH. *Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Op.cit, párr.175.

100 *Ibíd.*, párr.177.

101 *Ibíd.*, párr.172.

102 *Ibíd.*

103 El primero Informe en la materia fue el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Cuba , CIDH, OEA/Ser.L/V/II. 4, doc. 30, 1962. Texto disponible en www.cidh.oas.org/countryrep/Cuba62sp/indice.htm

de refugiados debido a la represión militar. El informe destacó las numerosas alegaciones, inclusive de funcionarios gubernamentales, respecto a las dificultades, vinculadas al desplazamiento, para que estas personas gozarán de numerosos derechos humanos como la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, circulación y residencia, propiedad, derechos políticos, de reunión y asociación¹⁰⁵.

2.57 De igual manera, en un informe del año 1999, la Comisión analizó la situación particular del desplazamiento interno en Colombia mediante un es-

tudio detallado, mencionando los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas* para declarar la Convención Americana como instrumento apto a la protección de las personas víctimas de desplazamiento interno en ese contexto¹⁰⁶. La Comisión ha dictado múltiples medidas cautelares para la protección de población indígena, afrodescendiente y campesina víctimas de o en riesgo de desplazamiento interno en el marco del conflicto armado en ese país¹⁰⁷.

f. Las reparaciones a las víctimas de desplazamiento forzado

2.58 La Corte Interamericana ha resuelto que, en circunstancias específicas, se puede presumir la existencia de daño material en contra de las víctimas de desplazamiento forzado¹⁰⁸. Por ello, ha determinado la obligación para los responsables de indemnizar a estas personas, aún y cuando no existan los comprobantes debidos para demostrar fehacientemente el daño¹⁰⁹. En esos casos, la Corte ha determinado el monto de la indemnización en equidad¹¹⁰.

2.59 Con base en la institución de la “equidad” la Corte también ha utilizado para determinar el monto de indemnizaciones a pagar a las víctimas en concepto de daño no material y no pecuniario por hechos como el despojo de tierras, la privación de determinadas actividades económicas y las altera-

ciones a las condiciones de existencia, vinculados con el sufrimiento causado por los mismos¹¹¹.

2.60 La obligación de garantizar de manera gratuita el tratamiento adecuado ante padecimientos psicosociales por el desplazamiento también ha sido establecido por el Tribunal Interamericano. Esto lo ha determinado en casos en donde las víctimas han sufrido daños como la pérdida de sus raíces y de los vínculos comunitarios u otras afectaciones a la identidad individual, lo que puede incluir la necesidad de proveer medicamentos¹¹².

2.61 En su jurisprudencia, la Corte reconoce que una medida de reparación idónea para casos de desplazamientos forzados es la garantía de contar con

104 CIDH, Cuarto informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.83, 1 de junio de 1993. Capítulo VII.

105 *Ibid.*

106 CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de Los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1 26 febrero 1999, n.34. Capítulo VI.

107 Ver por ejemplo CIDH, Informe Anual de 2002, Capítulo III: Medidas cautelares en favor de las comunidades afrocolombianas que habitan 49 caseríos ubicados en la cuenca del Río Naya, en Buenaventura (2 de enero de 2002) párr. 21 y medidas cautelares para proteger la vida y la integridad física de 515 familias afrodescendientes (2125 personas), miembros del Consejo Comunitario de la cuenca del Jiguamiandó (7 de noviembre de 2002) párr. 45.

108 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, *Op.cit.*, párr. 187.

109 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia, *Op.cit.*, párr. 375.

110 Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, *Op.cit.*, párr.266. En casos derivados de largos periodos de impunidad o contextos de graves violaciones a los derechos humanos, la Corte ha recurrido a la equidad como un criterio mayormente flexible para acreditar los gastos, mientras exista un vínculo entre el daño reclamado y la violación sufrida. Ver en este sentido: CALDERON GAMBOA, J.F “La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, págs. 167-168, 2013.

111 Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116n párrs. 81-83.

112 Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. *Op.cit.*, párr. 453.

condiciones adecuadas a fin de que las víctimas puedan retornar a sus comunidades de origen de manera permanente, si así lo desean¹¹³.

2.62 Para ello, se torna fundamental la realización de una investigación y un proceso judicial efectivos con miras a esclarecer los hechos, sancionar a los responsables y garantizar la seguridad de las personas desplazadas¹¹⁴.

2.63 En caso de que no existieran las condiciones para ese retorno seguro, y como parte de una adecuada reparación por parte del Estado, se deben asegurar los recursos necesarios y suficientes para que las víctimas puedan reasentarse en otro lugar en condiciones similares a las que se encontraban antes de los hechos¹¹⁵. Ninguna de estas soluciones pueden representar un

gasto adicional para las personas desplazadas¹¹⁶, y, si las personas han regresado a su lugar de residencia, las autoridades se encuentran en la obligación de verificar la situación de orden público de las comunidades desplazadas con el fin de asegurar que no se repita la situación que generó el desplazamiento¹¹⁷.

2.64 La Corte en este sentido ha ordenado la restitución en el uso, goce y posesión efectiva de los territorios reconocidos de comunidades afrodescendientes desplazadas, tomando en consideración no solamente el detrimento patrimonial sino también la relación especial de estas comunidades con los territorios habitados¹¹⁸, lo que aplica también a los pueblos indígenas.

113 Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, Op.cit, párr. 345.

114 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Op.cit, párr. 404.

115 Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, Op.cit, párr. 345.

116 Corte IDH. Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala, Op.cit, párr. 256.

117 Ver por ejemplo: Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Op.cit, párr. 460.

3 El ACNUR y la protección de las víctimas del desplazamiento forzado interno

a. El mandato del ACNUR en la protección de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno

3.19 El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) se creó por medio de la Resolución 428 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1950. Se le confirió un Estatuto en el cual se le estableció el mandato de proporcionar protección internacional a los refugiados y de buscar soluciones permanentes a sus problemas. Posteriormente, con la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, los Estados Partes se comprometieron a cooperar con el ACNUR en el ejercicio de sus funciones y en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención¹¹⁹.

3.20 Ahora bien, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que creó al ACNUR no otorgó un mandato específico a la organización en relación a las personas víctimas de desplazamiento forzado interno¹²⁰. El artículo 9 del Estatuto de la organización, adjunto a la Resolución, reza:

El Alto Comisionado emprenderá cualquier otra actividad adicional que pueda prescribir la Asamblea General, en particular la de repatriación y reasentamiento de refugiados, dentro de los límites de los recursos puestos a su disposición¹²¹.

3.21 A partir de esta disposición, la Asamblea General ha ampliado a lo largo de los años la competencia del ACNUR para actuar no solamente en asuntos relativos a refugiados sino también de otras poblaciones de interés.

3.22 Así, a través de una serie de resoluciones, la Asamblea General de Naciones Unidas ha conferido al ACNUR el mandato de prevenir y reducir la apatridia a nivel universal, así como proteger los derechos de las personas apátridas¹²². Este mandato fue definido de manera más clara por medio de la Conclusión 106 del Comité Ejecutivo del ACNUR, en la cual reafirmó las responsabilidades asignadas a la oficina y la necesidad de que reforzará sus esfuerzos desarrollando actividades dirigidas a facilitar la individualización, prevención y reducción de los casos de apatridia y aumentar la protección de los apátridas¹²³.

3.23 El mandato de la oficina se extiende también a situaciones de desplazamiento forzado interno que lo han ameritado con el fin de dar una respuesta a crisis humanitarias¹²⁴. Al ser la protección de las personas víctimas de desplazamiento forzado responsabilidad primaria del Estado, la labor del ACNUR y de otras organizaciones internacionales en este contexto resulta

118 *Ibíd.*, párr.459.

119 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951, complementada posteriormente por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en New York el 31 de enero de 1967.

120 Resolución 428 (V) 14 de diciembre de 1950 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

121 Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados Adoptado por la Asamblea General en su resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950.

122 Ver <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=540d55cf4>

123 Ver Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Conclusión sobre Identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas. No. 106 (LVII) (2006).

124 Ver por ejemplo Consejo Económico y Social (ECOSOC), Resolución 1705 (LIII), 27 de julio de 1972 y Resolución 1655 (LII), 1 de junio de 1972 del Consejo Económico y Social; Resolución 2958 (XXVII) del 12 de diciembre de 1972 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Para mayor información ver análisis de intervenciones del ACNUR en situaciones de desplazamiento interno en: UNHCR's Operational Experience With Internally Displaced Persons. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees Division of International Protection, September 1994.

complementaria. Como lo indicó el Representante del Secretario General de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los desplazados internos, el propósito de la organización no es "sustituir, sino fortalecer los esfuerzos nacionales para proteger y asistir a los desplazados internos"¹²⁵.

3.24 En la práctica, la participación del ACNUR ha estado condicionada, en primer lugar, a que se haga a petición del Secretario General o de los principales órganos competentes de las Naciones Unidas, y, en segundo lugar, a que el Estado en cuestión dé su consentimiento. Estos criterios básicos se reiteran en una serie de Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹²⁶.

3.25 En la actualidad se considera que el fundamento para la labor del ACNUR con las personas víctimas de desplazamiento forzado interno viene dado por la Resolución 53/125 (1998) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la cual:

Toma nota de la importancia de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos y reafirma su apoyo a la función de la Oficina del Alto Comisionado de proporcionar asistencia humanitaria y protección a los desplazados internos, sobre la base de solicitudes concretas del Secretario General o de los órganos competentes de las Naciones Unidas y con el consentimiento del Estado interesado, teniendo en cuenta la complementación con los

mandatos y los conocimientos técnicos de otras organizaciones pertinentes, y subraya que las actividades que se realicen en favor de los desplazados internos no deben socavar la institución del asilo¹²⁷.

3.26 En este orden, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha reconocido el papel de la organización en situaciones de desplazamiento interno con el fin de proporcionar asistencia y protección humanitaria a las personas desplazadas dentro de sus países y para las que se requiere la experiencia particular de la organización, teniendo en cuenta la complementariedad de los mandatos y la especialización de otras organizaciones pertinentes¹²⁸.

3.27 Para el ACNUR, la protección de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno se debe considerar no sólo como un complemento a la protección de refugiados, sino como un imperativo por derecho propio¹²⁹.

3.28 La experiencia ha demostrado que la seguridad, la libertad, la dignidad y las necesidades humanitarias de las personas que son especialmente vulnerables debido a los desplazamientos internos deben ser abordadas en un marco de protección internacional de derechos humanos¹³⁰. De allí la importancia de apostar en el cumplimiento, por parte los Estados, de los estándares internacionales para la protección de las víctimas de desplazamiento forzado interno, y en la asistencia del ACNUR y otros organismos internacionales para lograr ese fin.

125 Ver el Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Sr. Walter Kälin, Marco de responsabilidad nacional, E/CN.4/2006/71/Add.1, (23 de diciembre de 2005), párrafo 49.

126 Ver en este sentido Resoluciones 47/105 del 16 de diciembre de 1992, 48/116 del 20 de diciembre de 1993 y 49/169 del 23 de diciembre de 1994 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

127 Resolución 53/125 de 9 de diciembre de 1998 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

128 Ver Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre personas internamente desplazadas. 1994. (45° período de sesiones del Comité Ejecutivo) No. 75 (XLV).

129 ACNUR. La protección de los desplazados internos y el papel del ACNUR. Reunión consultiva oficiosa. 27 de febrero de 2007, Op.cit, párr.34.

130 *Ibíd.*

b. El enfoque de grupo sectorial y el rol del ACNUR en situaciones de desplazamiento forzado interno

3.29 La práctica del Sistema de las Naciones Unidas ha llevado a comprender la importancia de la cooperación inter-agencial en el abordaje de situaciones de desplazamiento forzado con el fin de garantizar los derechos humanos de las personas afectadas.

3.30 En ese sentido, el Comité Permanente Inter-Agencial (IASC, por sus siglas en inglés) es un foro creado en junio de 1992 en respuesta a la Resolución 46/182 de la Asamblea General (rol reafirmado en Resolución 48/57) bajo el liderazgo de la Coordinadora del Socorro de Emergencia (“*Emergency Relief Coordinator*” en inglés)¹³¹. El IASC se constituyó para la coordinación, el desarrollo de políticas y la toma de decisiones que involucren a actores humanitarios clave. Está compuesto por representantes de organismos de asistencia humanitaria tanto pertenecientes a Organización de las Naciones Unidas como otras organizaciones humanitarias internacionales¹³².

3.31 En septiembre de 2005, y respondiendo a la solicitud de la Asamblea General de un sistema más previsible y eficaz de protección y asistencia humanitaria¹³³, el IASC acordó la designación de líderes de grupos sectoriales/temáticos, entre las organizaciones participantes, para las emergencias a nivel mundial (“*global cluster leads*”) dividiéndolos en nueve sectores de respuesta e implementado a nivel nacional con cierta flexibilidad¹³⁴.

3.32 A esto se le denominó el enfoque de grupo sectorial (“*cluster approach*” en inglés)¹³⁵ tanto para emergencias humanitarias relacionadas con conflictos como en situaciones de desastres naturales¹³⁶. Las organizaciones líderes de los grupos sectoriales a nivel mundial acordaron ser responsables ante la Coordinadora del Socorro de Emergencia¹³⁷.

3.33 A nivel nacional, los líderes de cada grupo sectorial son responsables ante un Coordinador Humanitario¹³⁸ (o el Coordinador Residente en países

131 Resolución A/RES/46/182, 14 de abril de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas. La Coordinadora del Socorro de Emergencia cuenta con el apoyo de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA), que forma parte de la Secretaría General de las Naciones Unidas. En la misma resolución se solicitó la creación de la Coordinadora del Socorro de Emergencia al nivel de Secretaría General Adjunta de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas. Ver <http://www.unocha.org/>

132 PNUD, UNICEF, ACNUR, PMA, FAO, OMS, UN-HABITAT, OCHA. Adicionalmente, se encuentran como invitados permanentes la OIM, el CICR, OACNUDH, UNFPA, la Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos y el Banco Mundial. Las ONG Consorcio Internacional de Agencias Voluntarias (ICVA), InterAction y Steering Committee for Humanitarian Response (SCHR) son también invitados una base permanente.

133 Ver Resolución 58/177 de 22 de diciembre de 2003 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

134 Los 9 sectores y su coordinador respectivo para los grupos mundiales son: Nutrición (UNICEF), Salud (OMS), Agua y saneamiento (UNICEF), Albergues de emergencia (ACNUR para las personas desplazadas internas dentro de un conflicto y la Federación Internacional de la Cruz Roja (coordinador) para situaciones de desastres), Coordinación y gestión de campamentos (ACNUR para las personas desplazadas internas dentro de un conflicto y OIM para situaciones de desastres), Protección (ACNUR para las personas desplazadas internas dentro de un conflicto y ACNUR, OACNUDH, UNICEF para consultas sobre desastres y civiles afectados por conflictos, distintos de los desplazados internos), Recuperación temprana (PNUD), Logística (PMA), Telecomunicaciones de Emergencia (OCHA, UNICEF, PMA). El enfoque sectorial fue acogido por los Directores del IASC en diciembre de 2005. Ver IASC, “Guía de orientación sobre el uso del enfoque de grupo sectorial (“*cluster approach*”) para fortalecer la respuesta humanitaria”, 24 de noviembre de 2006, pág. 1.

135 Como indica el IASC, “[e]ste enfoque forma parte de un proceso de reforma más amplio que busca mejorar la efectividad de la respuesta humanitaria asegurando mayor previsibilidad, mejor toma de responsabilidad y el fortalecimiento de las alianzas colaborativas entre las ONG, la Cruz Roja y el Movimiento de la Media Luna Roja, los organismos internacionales y las agencias de las Naciones Unidas (ONU)”.

136 *Ibíd.*, pág. 2.

137 *Ibíd.*, pág. 4.

138 *Ibíd.*, págs. 2 y 7. El Coordinador Humanitario a nivel nacional también cuenta con el apoyo de OCHA.

donde aún no se ha nombrado un Coordinador Humanitario al principio de la emergencia¹³⁹), quien a su vez reporta a la Coordinadora del Socorro de Emergencia¹⁴⁰.

3.34 Bajo el liderazgo general del Coordinador Humanitario/Coordinador Residente en el país, “el objetivo del enfoque de grupo sectorial es fortalecer la coordinación sectorial con el fin de mejorar la respuesta humanitaria en situaciones de emergencia”¹⁴¹.

3.35 El ACNUR asumió el papel principal en los grupos temáticos de protección, de albergues de emergencia y de coordinación de campamentos y gestión de desplazados internos a causa de conflictos, debiendo ejecutar esta tarea bajo una escrupulosa neutralidad e imparcialidad¹⁴². La labor del ACNUR incluye también a las personas o comunidades en “riesgo de desplazamiento”¹⁴³.

3.36 En el caso del grupo temático de protección, el ACNUR no solo es el coordinador general del grupo sectorial sino también es punto focal específico para tres áreas¹⁴⁴:

- La protección de las personas con necesidades específicas de protección;

- Prevención y respuesta a las amenazas a la seguridad física y otras violaciones de derechos humanos (con OACNUDH); y,
- El apoyo logístico y de gestión de la información.

3.37 Además de asegurar la participación coordinada y estratégica de los miembros del grupo temático de protección y de otros socios operativos que participen, la función del ACNUR en este grupo “implica también el apoyo y la colaboración con las autoridades nacionales y los organismos participantes para realizar evaluaciones de las necesidades, utilizando un enfoque participativo y comunitario que incorpore aspectos de edad, género y diversidad”¹⁴⁵.

3.38 El trabajo del ACNUR con personas víctimas de desplazamiento interno es principalmente con aquellas que han debido desplazarse a causa de conflictos armados¹⁴⁶, sin perjuicio de que pueda extenderse a otros contextos¹⁴⁷.

3.39 Algunos principios a los que el ACNUR se sujeta durante su involucramiento en situaciones de desplazamiento forzado interno son:

139 De manera general, la coordinación general de las actividades de las Naciones Unidas en la mayoría de los países en donde tiene presencia está en manos de un Coordinador Residente de las Naciones Unidas, quien consulta a su vez a las agencias pertinentes de las Naciones Unidas.

140 *Ibíd.*, pág. 10.

141 *Ibíd.*, pág.5.

142 ACNUR. La protección de los desplazados internos y el papel del ACNUR. Reunión consultiva oficiosa. 27 de febrero de 2007, *Op.cit.*, párrs.48 y 49.

143 *Ibíd.*, párr.23.

144 ACNUR. La protección de los desplazados internos y el papel del ACNUR, *Op.cit.*, párr.33.

145 *Ibíd.*, párr.33. Dentro de este grupo temático se han identificado las siguientes nueve áreas con necesidad de una respuesta específica, en donde la agencia ha designado un “punto focal” para trabajar en paralelo con la coordinación general del ACNUR: Estado de derecho y justicia (PNUD y OACNUDH), prevención y respuesta a la violencia sexual y de género (UNFPA y UNICEF); protección de la infancia (UNICEF), protección de otras personas con necesidades específicas (ACNUR), prevención y respuesta a las amenazas a la seguridad física y otras violaciones de los derechos humanos (ACNUDH y ACNUR), remoción de minas (UNMAS), tierra, vivienda y cuestiones de propiedad (ONU-HABITAT), promoción y facilitación de soluciones (PNUD) y apoyo en la logística y la gestión de información para el grupo temático (ACNUR).

146 En otros casos, por ejemplo “en situaciones donde el desplazamiento interno se debe exclusivamente a desastres naturales o causados por el hombre, los acuerdos del IASC prevén que se lleven a cabo consultas sobre el terreno entre el ACNUR, la UNICEF y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH) bajo la dirección general del Coordinador Residente o Humanitario para acordar cuál de las tres agencias puede asumir mejor el papel principal de protección”. *Ibíd.*, párr.21.

147 Valga anotar que “[e]n situaciones de desastre o en emergencias complejas sin desplazamiento significativo, las tres agencias principales con el mandato de protección (ACNUR, UNICEF y OHCHR) consultarán estrechamente y bajo el liderazgo total de Coordinador Humanitario/Coordinador Residente, para acordar cuál de las tres asumirá el rol de líder del grupo sectorial de protección”. IASC, “Guía de orientación sobre el uso del enfoque de grupo sectorial (“cluster approach”) para fortalecer la respuesta humanitaria”, *Op.cit.*, pág. 3.

*i. La promoción de la responsabilidad estatal*¹⁴⁸

3.40 Como también lo sostiene el estándar del Sistema Interamericano, la responsabilidad estatal de respetar y garantizar los derechos de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno es un componente inherente al involucramiento del ACNUR en este tipo de situaciones. La oficina busca ser un complemento a la acción estatal, no un sustituto. Esto se debe hacer a partir de los estándares analizados del Sistema Interamericano para la prevención del desplazamiento forzado y la protección de las víctimas de este tipo de desplazamiento.

*ii. La naturaleza del involucramiento*¹⁴⁹

3.41 El involucramiento del ACNUR en cualquier situación de desplazamiento forzado interno se lleva a cabo libre de cualquier interferencia política o militar, y en contextos en los cuales el ambiente de seguridad permita a su personal trabajar en el marco de niveles aceptables de riesgo.

*iii. La reafirmación y maximización de las sinergias entre protección de refugiados y el derecho al asilo*¹⁵⁰

3.42 El rol y el trabajo del ACNUR en situaciones de desplazamiento forzado interno no limita su mandato relativo a la protección de refugiados. Por el contrario, la oficina propugna por maximizar las sinergias entre ambos ámbitos de protección. La protección humanitaria en situaciones de desplazamiento forzado interno no puede excluir el derecho de toda persona a movilizarse de manera libre a lo interno de su país o bien cruzando una frontera para buscar asilo en un país distinto al suyo.

*iv. La protección de los derechos humanos*¹⁵¹

3.43 En situaciones que tenga como consecuencia el desplazamiento forzado interno de personas, el objetivo más importante de cualquier intervención del ACNUR es priorizar y atender las más graves violaciones a los derechos humanos, que incluyen los derechos a la vida y a la seguridad personal. La oficina tiene como guía básica el principio de “no hacer daño” (*do no harm* en inglés), según el cual cualquier acción o inacción no debe poner en riesgo la seguridad de las personas desplazadas o tener efectos negativos sobre las mismas. Los estándares generales emanados de los pronunciamientos de la Corte y la Comisión Interamericanas deben informar en todo momento el accionar de los distintos actores involucrados en la situación y en función del mandato correspondiente a cada uno.

*v. Aplicación de un enfoque comunitario que responda a criterios de edad, género y diversidad*¹⁵²

3.44 Las personas víctimas de desplazamiento forzado interno y sus comunidades deben estar en el centro de toda decisión que afecte sus vidas. El “enfoque comunitario” es básico para construir y reforzar mecanismos que permitan empoderar a las personas para que sus necesidades sean efectivamente atendidas y que ellas mismas sean parte de los procesos de decisión sobre las soluciones. Este enfoque debe responder a criterios de edad, género y diversidad con el objeto de que no se cause daño. No se puede exponer a las víctimas de desplazamiento forzado interno al abuso, a las falsas expectativas, al reforzamiento de divisiones en la comunidad, o a injustas estructuras de poder en la misma.

148 UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), UNHCR’s Role in Support of an Enhanced Humanitarian Response to Situations of Internal Displacement. Policy Framework and Implementation Strategy, 4 June 2007, EC/58/SC/CRP.18, p.4, en: <http://www.refworld.org/docid/4693775c2.html>, y UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement. Provisional Guidance, p.4 en <https://cms.emergency.unhcr.org/documents/11982/41779/UNHCR+Provisional+Guidance+on+Engagement+Displacement/e3879a40-cba3-4ec3-ba2e-40df1coedef1>.

149 *Ibid.*, UNHCR’s Role in Support of an Enhanced Humanitarian Response to Situations of Internal Displacement. Policy Framework and Implementation Strategy, p.3.

150 *Ibid.*, p.3 y UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement. Provisional Guidance, Op.cit., p.4.

151 *Ibid.*, UNHCR’s Role in Support of an Enhanced Humanitarian Response to Situations of Internal Displacement. Policy Framework and Implementation Strategy, p.4 y UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement. Provisional Guidance, p.4.

152 *Ibid.*, UNHCR, UNHCR’s Role in Support of an Enhanced Humanitarian Response to Situations of Internal Displacement. Policy Framework and Implementation Strategy, p.5 y UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement. Provisional Guidance, p.4.

*vi. La búsqueda de una respuesta junto con otros aliados*¹⁵³

3.45 La complejidad intrínseca de las situaciones de desplazamiento forzado interno demanda respuestas colaborativas y multisectoriales. Cuando se activa el enfoque sectorial, la colaboración cercana es esencial para la efectividad de los resultados de protección. En su labor de protección, el ACNUR trabaja con organizaciones no gubernamentales de carácter nacional e internacional, agencias de gobierno, sociedad civil local, organizaciones de base comunitaria y organizaciones de fe.

*vii. Inculcar los principios de “protección” en las respuestas inter-agenciales*¹⁵⁴

3.46 Como líder del grupo temático de protección en el marco del enfoque sectorial, el ACNUR tiene como imperativo la protección de las personas en su acción humanitaria. La responsabilidad de la oficina no solamente se limita a que su propio actuar se encuentre orientado bajo el principio de “no hacer daño”, sino que debe realizar los esfuerzos necesarios para inculcar los principios de protección a través de capacitación e intercambio de conocimiento con todos los actores.

*viii. La promoción de soluciones comprensivas*¹⁵⁵

3.47 A tono con lo desarrollado por la Corte y la Comisión Interamericanas respecto al derecho de las víctimas de desplazamiento forzado a que se garanticen sus derechos humanos, una solución duradera y comprensiva se logra cuando estas personas no necesitan más de asistencia u protección como víctimas, y se encuentran en la capacidad de ejercer sus derechos humanos sin discriminación debido al desplazamiento. El ACNUR debe contribuir a la recuperación y a la planificación del desarrollo, debe construir alianzas con las autoridades de gobierno, con sociedad civil y con los diversos actores que trabajen los temas de desarrollo.

*ix. Desligarse de manera responsable*¹⁵⁶

3.48 Resulta difícil determinar cuando la situación de desplazamiento forzado de una persona cesa, y por ende también cuando la situación de desplazamiento forzado interno desde un punto de vista colectivo también ha cesado. El ACNUR debe asegurarse que el planeamiento de una recuperación temprana prevea estrategias de “salida progresiva” respecto a su intervención. Para ello se puede valorar la estabilidad que pueda lograr el país y la capacidad de las personas de disfrutar de sus derechos como ciudadanos. El ACNUR debe aspirar a desligarse de la situación cuando otros actores hayan tomado el control efectivo.

153 Ibid., UNHCR, *UNHCR’s Role in Support of an Enhanced Humanitarian Response to Situations of Internal Displacement. Policy Framework and Implementation Strategy*, p.4 y *UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement. Provisional Guidance*, p.5.

154 Ibid., *UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement. Provisional Guidance*, p.5.

155 Ibid., UNHCR, *UNHCR’s Role in Support of an Enhanced Humanitarian Response to Situations of Internal Displacement. Policy Framework and Implementation Strategy*, p.5 y *UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement. Provisional Guidance*, p.5.

156 Ibid., UNHCR, *UNHCR’s Role in Support of an Enhanced Humanitarian Response to Situations of Internal Displacement. Policy Framework and Implementation Strategy*, p.5 y *UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement. Provisional Guidance*, p.6.



6. FICHA TÉCNICA SOBRE EL DERECHO A LA NACIONALIDAD

Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 20
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre Art. XIX

1. INTRODUCCIÓN	132
2. EL DERECHO A LA NACIONALIDAD	134
a. El derecho a tener una nacionalidad como derecho humano	134
b. Las obligaciones estatales respecto a la apatridia y la protección del derecho a la nacionalidad	135
i) <i>El deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia</i>	136
i.a <i>El otorgamiento de la nacionalidad para evitar la apatridia</i>	136
i.b <i>La determinación individual de que una persona “de otro modo sería apátrida”</i> <i>si no se otorga la nacionalidad del Estado</i>	138
i.c <i>Carga y mérito de la prueba sobre la nacionalidad de un tercer país</i>	140
i.d <i>El deber de facilitar la adquisición de la nacionalidad en los procedimientos al efecto</i>	141
i.f <i>Registro y documentación</i>	142
i.g <i>Los niños y niñas expósitos</i>	143
ii) <i>Nacionalidad, protección igualitaria ante la ley y no discriminación</i>	143
iii) <i>Igualdad de género en el acceso a la nacionalidad</i>	145
c. Privación de la nacionalidad y afectación de otros derechos humanos	146
i) <i>Nacionalidad y derecho a la personalidad jurídica</i>	147
ii) <i>Nacionalidad y derecho al nombre</i>	147
iii) <i>Nacionalidad y derecho a la identidad</i>	147
iv) <i>Nacionalidad y e integridad personal</i>	148
v) <i>Nacionalidad y protección especial de la niñez</i>	149
vi) <i>Nacionalidad y derecho a la educación</i>	150
vii) <i>Nacionalidad y derecho de circulación y residencia</i>	151
d. Protección y soluciones para las personas apátridas	151
3. EL PLAN DE ACCION MUNDIAL PARA ACABAR CON LA APATRIDIA Y LA DECLARACION Y PLAN DE ACCION DE BRASIL	153

1 Introducción

1.1 Esta ficha técnica es la sexta de una serie que forman parte de las “Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR”. Estas fichas técnicas examinan aquellos derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”) o “Pacto de San José”, adoptado en 1969, y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1 (“Declaración Americana”) de particular relevancia al mandato de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). No pretenden presentar un análisis exhaustivo de los artículos de la Convención Americana y la Declaración Americana o sustituir los comentarios especializados sobre los mismos. Las fichas, sin embargo, sí describen y analizan, con algún nivel de detalle, la jurisprudencia y estándares generales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana) aplicables a favor de toda persona con relación al derecho en cuestión.

1.2 La presente ficha hará primeramente un repaso de los estándares desarrollados por los órganos del Sistema Interamericano en cuanto al derecho a la nacionalidad y las obligaciones de los Estados al respecto, junto con anotaciones específicas de los criterios y directrices por el ACNUR respecto a la prevención y erradicación de la apatridia. Posteriormente, se hará una breve

reseña del Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia y la Declaración y Plan de Acción de Brasil en su Capítulo sexto sobre Apatridia, documentos base del trabajo actual para el trabajo en la temática.

1.3 El artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

Artículo 20. Derecho a la nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

1.4 De igual manera, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre incluyó este derecho en su Artículo XIX:

Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.

1 La Declaración Americana ha sido interpretada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en peticiones presentadas contra Estados que no son Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido, en su jurisdicción consultiva, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales. Ver, particularmente, Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 45 y 46.

2 El derecho a la nacionalidad

a. El derecho a tener una nacionalidad como derecho humano

2.1 La nacionalidad es el el vínculo jurídico que existe entre un Estado, sus leyes y el individuo y abarca los derechos políticos, económicos, sociales y otros derechos, así como las responsabilidades, tanto del gobierno como de los ciudadanos². Valga la aclaración de que, a pesar de que algunos países utilizan la palabra “nacionalidad” mientras que otros usan la palabra “ciudadanía” para denotar ese vínculo jurídico, en el derecho internacional ambos términos se utilizan de manera indistinta³.

2.2 La Corte Interamericana ha sostenido que la nacionalidad es un derecho fundamental inderogable⁴ de la persona humana que está establecido tanto en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales⁵. En su jurisprudencia, la Corte ha establecido que el derecho a la nacionalidad abarca un doble aspecto:

[e]l derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de

aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo⁶.

2.1 Así, el Tribunal Interamericano ha considerado que:

[l]a nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana⁷.

2 ACNUR. Los apátridas del mundo: Preguntas y respuestas, pág.6. En http://www.acnur.es/PDF/apatridas_preg_resp_20111228104516.pdf

3 Ibid.

4 Ver en este sentido: Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 23.

5 Entre otros, Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XIX; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3 (derechos del niño); Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5 (d) (iii); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29; Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1; Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, artículo 4; Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, artículo 6. Ver Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 253.

6 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 87; Ver también Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No 221, párr.128; Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, párr. 100.

7 Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 32 y 33.

2.2 La Comisión Interamericana por su parte se ha referido a la nacionalidad como un vínculo jurídico que tiene como base “un hecho social de incorporación, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, unida a una reciprocidad de derechos y deberes”⁸.

2.3 Este órgano ha inclusive considerado que en el derecho a la nacionalidad radican “todas las prerrogativas, garantías y beneficios que el ser humano deriva de su calidad de miembro de una comunidad política y social, cuál es el Estado” y que “dadas estas características casi no existe legislación en el mundo que utilice o aplique la privación de la nacionalidad como una pena o sanción para ninguna clase de delitos y menos todavía por actividades de orden político”⁹.

b. Las obligaciones estatales respecto a la apatridia y la protección del derecho a la nacionalidad

2.5 Si bien es cierto la determinación de quienes son nacionales de un Estado es un asunto de competencia interna, la Corte Interamericana ha señalado que, en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos los Estados, al regular el otorgamiento de la nacionalidad, deben tener en cuenta: a) su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia¹² y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación” respecto al ejercicio de la nacionalidad¹³.

2.4 Ahora bien, la Corte Interamericana ha sido clara en que la determinación de quienes son nacionales de un Estado ha sido tradicionalmente competencia interna de los mismos¹⁰. La Comisión también se ha referido a esta competencia señalando que “no existe una regla uniforme en la práctica o en el derecho interno sobre la adquisición de la nacionalidad por nacimiento; no obstante, se aplican dos principios y se confiere la nacionalidad por nacimiento, por el hecho, ya sea de nacer dentro del territorio de un Estado – principio de *jus soli* – o de descender de uno de sus nacionales – principio de *jus sanguinis*”¹¹.

2.6 La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 (“Convención de 1954”) en su artículo

1.1 es el instrumento que define quien es una persona “apátrida”, indicando que es aquella que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación¹⁴.

2.7 La Comisión Interamericana ha subrayado la importancia de que, a diferencia de diversos instrumentos internacionales, la Convención Americana

8 CIDH. Caso 12.189, Dilcia Yean y Violeta Bosico, República Dominicana, 11 de julio de 2003.

9 CIDH. Informes de País. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. OEA/Ser.L/V/II.40, doc. 10, del 11 de febrero de 1977.

10 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr.256.

11 Ver CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana. OEA/Ser.L/V/II, (2015), párr. 211 y CIDH, Demanda del Caso 12.189 (República Dominicana), sobre las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. 11 de julio de 2003, párr.49.

12 Ver Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3.

13 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana (2015), Op.cit., párr.256 y Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 140.

14 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954, art.1. A diferencia del término “apátrida” que está definido en el artículo 1(1), el término apatridia de facto no está definido en ningún instrumento internacional y no hay ningún régimen de carácter específico para esta categoría de personas. Se debe tener cuidado que aquellos que califican como “apátridas” en virtud del artículo 1(1) de la Convención de 1954 sean reconocidos como tales y no erróneamente referidos como personas apátridas de facto, de lo contrario ellos podrían perder la protección garantizada en la Convención de 1954. Ver ACNUR. Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas, 30 de junio de 2014, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/53b676aa4.html>, pág.5.

no sólo consagra el derecho a adquirir la nacionalidad, sino que establece además expresamente una garantía contra su privación arbitraria¹⁵. Al respecto, la Comisión ha señalado que:

[e]n la actualidad, resulta completamente anacrónica y contraria al derecho internacional cualquier posición que sostenga que todo lo relativo al derecho a la nacionalidad es una cuestión en la que los Estados gozan de una discrecionalidad absoluta o de un margen de apreciación a partir del cual puedan desconocer las obligaciones que han contraído internacionalmente, en especial aquellas en materia de derechos humanos y de prevención de la apatridia¹⁶.

2.8 La Comisión constata asimismo que el otorgamiento de la nacionalidad en la mayoría de los Estados del continente americano a través del sistema mixto, mediante la aplicación combinada de los principios del *jus soli* para los niños nacidos en sus territorios y del *jus sanguinis* para los nacidos en otro país. Para este órgano, esta tradición de la mayoría de los Estados americanos ha sido un factor que ha contribuido de manera significativa para prevenir y reducir la apatridia en la región¹⁷.

2.9 De la misma manera, el Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión número 106 sobre la identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas, luego de recordar el derecho de toda persona a la nacionalidad y a no ser despojado de la misma arbitrariamente, expresó su preocupación por [l]as condiciones graves y precarias que enfrentan muchos apátridas, que pueden abarcar la carencia de identidad jurídica y la denega-

ción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de resultas de no tener acceso a la educación; libertad de circulación limitada; situaciones de detención prolongada; imposibilidad de buscar empleo; falta de acceso a la propiedad; falta de acceso a la atención médica básica¹⁸.

2.10 De esta manera, el Comité Ejecutivo reafirmó las responsabilidades asignadas al ACNUR por la Asamblea General de las Naciones Unidas de contribuir a la prevención y reducción de la apatridia y de aumentar la protección de las personas apátridas¹⁹.

2.11 Tomando en cuenta los parámetros anteriores, a continuación se analizan distintos pronunciamientos y posiciones de la Corte y la Comisión Interamericanas así como del ACNUR respecto a la protección del derecho a la nacionalidad como un derecho humano y la prevención y erradicación de la apatridia.

i. El deber de prevenir, evitar y erradicar la apatridia

i.a El otorgamiento de la nacionalidad para evitar la apatridia

2.12 Como ha sido destacado arriba, el artículo 20.2 de la Convención Americana señala que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra, a efectos de que ninguna persona quede apátrida. Según lo ha determinado la Corte Interamericana, la observancia de los deberes estatales respecto al derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia resulta exigible desde el momento del nacimiento de las personas²⁰.

15 CIDH. Caso 11.672, Ivcher Bronstein, Perú, 31 de marzo de 1999, página 19.

16 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (2015), Op.cit., párr.215. La Comisión ha indicado asimismo que el derecho a la nacionalidad contempla otras extensiones como lo son el derecho a cambiar la nacionalidad y el derecho a la doble nacionalidad cuando esté reconocido constitucional o legalmente. Ver Informe No. 84/09, Caso 12.525, Fondo, Nelson Iván Serrano Sáenz, Ecuador, 6 de agosto, 2009.

17 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, Op.cit., párr. 212.

18 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre Identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas. 106 (LVII) 2006, pág.1.

19 *Ibid.*, pág.1. Las responsabilidades del ACNUR fueron inicialmente limitadas a las personas apátridas quienes eran refugiados tal como se establece en el párrafo 6 (A) (II) del Estatuto del ACNUR y en el artículo 1 (A) (2) de la Convención de 1951. Para llevar a cabo las funciones previstas en los artículos 11 y 20 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (“Convención de 1961”), el mandato del ACNUR se amplió para abarcar a las personas comprendidas en los términos de dicha Convención según las Resoluciones de la Asamblea General 3274 (XXIX) de 1974 y 31/36 de 1976. Posteriormente, le fueron encomendadas responsabilidades en relación con las personas apátridas en general por la Asamblea General en su Resolución 50/152 de 1995, que respaldó la Conclusión 78 del Comité Ejecutivo del ACNUR y posteriormente, en la Resolución 61/137 de 2006, la Asamblea General respaldó la Conclusión del Comité Ejecutivo 106 que establece las cuatro grandes áreas de responsabilidades asignadas al ACNUR en cuanto a apatridia.

20 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr.258.

2.13 La Corte ha considerado que el artículo 20.2 de la Convención Americana debe interpretarse en el mismo sentido que lo establecido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹, el cual señala que:

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad [...]

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

2.14 El Tribunal Interamericano ha entendido, por ende, que los Estados, al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, o inclusive el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²², se obligan a garantizar, por sí o en cooperación con otros Estados, que las personas tengan una nacionalidad desde el momento de su nacimiento²³.

2.15 Posterior a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, la cual define quien es una persona apátrida y su marco de protección, se adoptó la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 (“Convención de 1961”)²⁴. Así, mientras que la primera garantiza que aquellos que se encuentran apátridas no tengan que ser relegados a una vida sin dignidad y seguridad, la segunda proporciona un conjunto integral de herramientas para reducir la apátrida²⁵.

2.16 En efecto, la Convención de 1961 establece normas sobre prevención de la apatridia en el contexto de la adquisición, renuncia, pérdida y privación de la nacionalidad²⁶. Así, en su artículo 1 indica que los Estados deben conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo sería apátrida.

2.17 La Corte Interamericana ha hecho referencia en su jurisprudencia a la importancia de la Convención de 1961 en relación al deber de prevenir la apatridia, y en particular a la disposición que plantea que la nacionalidad se concederá de pleno derecho en el momento del nacimiento, o bien posteriormente mediante solicitud presentada ante la autoridad competente en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate²⁷. La Comisión Interamericana ha insistido de la misma manera en qué, salvo limitadas excepciones, por lo general está prohibida la pérdida o la privación de la nacionalidad cuando el resultado sea convertir a una persona en apátrida²⁸.

2.18 En el caso *Yean y Bosico*, la Corte señaló con claridad que:

[!]os Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una

21 Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

22 El artículo 24 del Pacto establece: 1. 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. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

23 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., Cita de pie de página 296.

24 Convención para Reducir los Casos de Apatridia. Adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 30 de agosto de 1961, art.1.

25 ACNUR. Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas, Op.cit., pág. 1.

26 UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on Statelessness No. 4: Ensuring Every Child's Right to Acquire a Nationality through Articles 1-4 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, 21 December 2012, HCR/GS/12/04, disponible en <http://www.refworld.org/docid/50d460c72.htm>, p. 2.

27 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., Cita de pie de página 296.

28 Ver CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, Op.cit., párr. 233.

*persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad*²⁹.

2.19 Así las cosas, este Tribunal ha indicado que la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron³⁰. En este sentido, “el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació”³¹.

2.20 Para este efecto, el Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión No 106 alentó a los Estados a que consideren la posibilidad de examinar sus leyes sobre nacionalidad y demás legislación pertinente con miras a adoptar y aplicar salvaguardias coherentes con los principios fundamentales del derecho internacional y a prevenir los casos de apatridia resultantes de la denegación o la privación arbitraria de la nacionalidad³².

2.21 En su Conclusión No 78, El Comité Ejecutivo, inclusive exhortó a que los Estados prevengan la privación arbitraria de la nacionalidad eliminando las disposiciones que permiten renunciar a una nacionalidad sin poseer o adquirir previamente otra nacionalidad³³.

2.22 Así las cosas, las leyes que concedan la nacionalidad a todos los niños nacidos en el territorio, a través de un régimen no restringido de *jus soli*, no solamente se encuentran acorde con el artículo 1 de la Convención de 1961³⁴ sino que también están a tono con las obligaciones internacionales de los Estados en relación a la Convención Americana.

i.b La determinación individual de que una persona “de otro modo sería apátrida” si no se otorga la nacionalidad del Estado

2.23 El ACNUR ha sostenido que, como regla general, la posesión de una nacionalidad es preferible al reconocimiento y protección de una persona como apátrida³⁵. Por lo tanto, en la búsqueda de garantizar que todas aquellas personas que están contempladas en la definición de apatridia de la Convención de 1954 alcancen la protección de ese tratado, es importante velar que las personas con una nacionalidad sean reconocidas como tales y no identificadas erróneamente como apátridas³⁶.

2.24 Precisamente, la Comisión Interamericana ha planteado en este sentido la necesidad de que en todos los casos se lleve a cabo un análisis individualizado a efectos de determinar si la negación de la nacionalidad llevaría a la persona a ser apátrida³⁷.

2.25 Dentro de este marco de deberes, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha llamado a que los Estados pongan en marcha o renueven actividades enca-

29 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párr. 142.

30 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit. párr. 156. El Tribunal indica que “[e]n relación con el momento en que resulta exigible la observancia de los deberes estatales respecto al derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia, en el marco del derecho internacional pertinente, ello es al momento del nacimiento de las personas. Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr. 258.

31 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr. 259.

32 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas. 106 (LVII) 2006, pág.3.

33 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre la prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas. (46° período de sesiones del Comité Ejecutivo). N° 78 (XLVI), 1995.

34 Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niños a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Op.cit. p.7.

35 ACNUR. Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas, Op.cit., pág. 10.

36 Ibíd.

37 Ver CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, Op.cit., párr. 275.

minadas a individualizar a las poblaciones apátridas y a las poblaciones de nacionalidad indeterminada que residen en su territorio, en cooperación con otros organismos de las Naciones Unidas, dentro del marco de programas nacionales que, si procede, podrán incluir procesos relacionados con la inscripción de los nacimientos y la actualización de los datos de población³⁸.

2.26 Ahora bien, para identificar si una persona sería apátrida si no le confiere la nacionalidad de un país, el ACNUR, por medio de su Directriz No.4 sobre la Apatridia, ha señalado:

El concepto que “de otro modo sería apátrida”, significa que el niño sería apátrida al menos que un Estado contratante con el que él o ella tiene un vínculo por medio del nacimiento en el territorio o del nacimiento de un nacional de dicho Estado otorgue a ese niño su nacionalidad. Para determinar si un niño resultara de otro modo apátrida se requiere determinar si el niño ha adquirido la nacionalidad de otro Estado, ya sea de sus padres (principio jus sanguinis) o del Estado en cuyo territorio haya nacido (principio jus soli)³⁹.

2.27 Así por ejemplo, el ACNUR plantea que los niños son siempre apátridas cuando sus padres son apátridas y si han nacido en un país que no concede la nacionalidad por razón de nacimiento en el territorio⁴⁰. Sin embargo, los niños también pueden ser apátridas si nacen en un Estado en el que no es aplicable el principio de *ius soli* y si uno o ambos padres poseen una nacionalidad pero ninguno de los dos la puede conferir a sus hijos⁴¹.

2.28 Valga anotar que no se puede negar la nacionalidad sobre la base de una interpretación propia de las leyes de nacionalidad de otro Estado si esto entra en conflicto con la interpretación aplicada por ese otro Estado en cuestión⁴². Así por ejemplo, tanto el ACNUR⁴³ como la Comisión Interamericana⁴⁴ han indicado que un Estado deberá aceptar que una persona *no es nacional de otro Estado* si las autoridades de ese otro Estado se niegan a reconocer a esa persona como nacional suyo. Esta negación puede llevarse a cabo ya sea señalando explícitamente que la persona no es un nacional o bien negándose a responder a preguntas para confirmar si la persona es nacional⁴⁵.

2.29 A manera de ejemplo, el hecho de que las autoridades del Estado del padre o madre reconozcan la situación de personas nacidas en territorio de otro Estado como personas en situación de apatridia, es una forma de reconocimiento de que no son consideradas como nacionales suyos⁴⁶.

2.30 Si no se tiene certeza, y con el fin de evitar una situación de apatridia, el Estado donde nació el niño o niña conserva la obligación de concederle la nacionalidad de manera automática⁴⁷. La obligación de reconocimiento automático aplica también cuando existan obstáculos *de facto* que hicieren imposible registrar a la persona en el Estado de su nacionalidad⁴⁸. Como lo ha expresado la Comisión, la adquisición de la nacionalidad del Estado de origen del padre o madre puede ser especialmente difícil en las situaciones en que estos carezcan de documentos de identidad o ya no estén vivos, o si las personas no puedan obtener una prueba de nacionalidad⁴⁹.

38 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas. 106 (LVII) 2006, pág.4.

39 Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niños a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Op.cit., p.5.

40 *Ibíd.*

41 *Ibíd.*

42 *Ibíd.* Ver además CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, cita de pie de página 286.

43 *Ibíd.*

44 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, Op.cit., párr. 275.

45 Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niños a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Op.cit., p.5.

46 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, Op.cit., párr. 291 y 293.

47 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit. párr. 261.

48 *Ibíd.*

49 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, Op.cit., párr. 289.

2.31 Algunos Estados utilizan el concepto de "*nacionalidad indeterminada*" como una expresión general para la clasificación de la condición de la nacionalidad de algún país como "desconocida" o aún "bajo investigación"⁵⁰. Cuando esto ocurre, debería determinarse si la persona de otro modo sería apátrida tan pronto como sea posible a fin de no prolongar este estado de nacionalidad indeterminada y prevenir la apatridia⁵¹. En este caso, las personas de nacionalidad indeterminada deben ser tratadas como poseedores de la nacionalidad del Estado de nacimiento a menos y hasta que la posesión de otra nacionalidad sea demostrada⁵².

2.32 Otra situación que se debe considerar es aquella de los hijos e hijas de personas refugiadas. Algunas personas son hijos e hijas de personas refugiadas que son apátridas o no pueden adquirir la nacionalidad de sus padres debido a las restricciones a la transmisión de la nacionalidad a los niños y niñas nacidas en el extranjero⁵³. Como indica el ACNUR, si la nacionalidad del padre o madre puede ser adquirida a través de un registro u otro procedimiento, en muchos casos no será posible debido a la naturaleza misma de la condición de refugiado que impide que se pongan en contacto con sus autoridades consulares⁵⁴. En tales circunstancias, cuando el hijo o hija de una persona refugiada sería de otro modo apátrida, aplica la salvaguardia del artículo 1 de la Convención de 1961 respecto a que los Estados deben conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio y con base en las disposiciones allí contempladas⁵⁵.

2.33 Como lo ha explicado el ACNUR, la situación es diferente para los hijos e hijas de personas refugiadas que adquieren automáticamente la nacionali-

dad del padre y madre al nacer, los cuales a menudo han sido considerados como personas apátridas *de facto*⁵⁶. El Acta Final de la Convención de 1961 contiene una recomendación no vinculante de que, en la medida de lo posible, las personas apátridas *de facto* deben ser tratadas como personas apátridas, y por tanto se alienta a los Estados a ofrecer la posibilidad de adquirir la nacionalidad del Estado de nacimiento en la forma prevista en el artículo 1(1) de la Convención de 1961⁵⁷.

2.34 Ahora bien, cuando el hijo o hija de una personas refugiado haya adquirido la nacionalidad del Estado de origen de los padres al nacer, no es conveniente que los países de asilo concedan de manera automática la nacionalidad al nacer, sobre todo en los casos en que la doble nacionalidad no está permitida en uno o ambos Estados⁵⁸. Se aconseja que los niños o niñas refugiadas y sus padres y madres tengan la posibilidad de decidir, teniendo en cuenta los planes que puedan tener para futuras soluciones duraderas (por ejemplo, la repatriación voluntaria al Estado de origen)⁵⁹.

i.c Carga y mérito de la prueba sobre la nacionalidad de un tercer país

2.35 Según lo indicado por el ACNUR, para determinar si una persona ha adquirido una nacionalidad, la carga de la prueba debe ser compartida entre el solicitante de la condición de apatridia y las autoridades del Estado contratante para obtener pruebas y establecer los hechos en cuanto a si la persona de otro modo sería apátrida⁶⁰. En este sentido, la persona y/o sus padres/tutores "tienen la responsabilidad de cooperar y proporcionar toda la documentación e información razonablemente disponible para ellos, mientras

50 Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niños a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Op.cit., p. 6.

51 Ibid.

52 Ibid.

53 Ibid, p. 6.

54 Ibid.

55 Ibid.

56 Ibid., p. 7.

57 Ibid.

58 Ibid.

59 Ibid.

60 Ibid., p. 5.

que la autoridad competente está obligada a obtener y presentar todas las pruebas pertinentes razonablemente a su alcance”⁶¹.

2.36 Asimismo, se debe procurar adoptar un mérito de prueba que demuestre hasta un "grado razonable" que una persona sería apátrida a menos que adquiriera la nacionalidad del Estado en cuestión, evaluando toda la evidencia pertinente que incluya, por ejemplo⁶²:

- la declaración del/la solicitante y/o sus padres o tutores,
- la legislación del Estado(s) en cuestión (es decir, el Estado(s) de la nacionalidad del padre/madre),
- la información sobre la aplicación de la legislación sobre la nacionalidad en la práctica,
- el certificado de nacimiento del/la solicitante,
- los documentos de identidad del padre/madre,
- las respuestas de las misiones diplomáticas de otros Estados y
- testimonios orales, incluidas las declaraciones de los testigos y peritos terceros,
- la existencia de obstáculos de facto para registrar a la persona en el Estado de su nacionalidad⁶³.

2.37 La Corte entiende que la prueba de la condición de apátrida de una persona viene de considerar el relato de la persona combinado con información del país de origen, y se debe determinar en el marco de su deber de

identificar⁶⁴, prevenir y erradicar la apatridia, así como proteger a la persona apátrida⁶⁵.

i.d El deber de facilitar la adquisición de la nacionalidad en los procedimientos al efecto

2.38 Para determinar de manera individual si una persona “de otro modo sería apátrida” si no se otorga la nacionalidad del Estado, las autoridades debe buscar facilitar el acceso a los mismos.

2.39 A tono con este objetivo, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha alentado a los Estados a que difundan activamente información sobre el acceso a la nacionalidad, con inclusión de los procedimientos de naturalización, mediante la organización de campañas de información a la ciudadanía con el apoyo del ACNUR, cuando esto proceda⁶⁶.

2.40 Ahora bien, a efectos de facilitar la adquisición de la nacionalidad, las campañas de información general sobre cómo hacer las solicitudes no son suficientes⁶⁷. En el marco de los procedimientos correspondientes los Estados deben proporcionar información detallada al padre y madre de los niños y niñas que de otro modo serían apátridas sobre la posibilidad de la adquisición de la nacionalidad, la forma de solicitarla y las condiciones que deben de cumplirse⁶⁸. El ACNUR alienta a los Estados a aceptar tales solicitudes de forma gratuita, y a que los costos indirectos, como los de autenticación de documentos, no deben constituir un obstáculo para la presentación de la solicitud⁶⁹.

61 Ibid.

62 Ibid., p. 5-6.

63 Respecto a este punto ver en concreto: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr. 261.

64 La obligación de los Estados de identificar, dentro de sus jurisdicciones, a las niñas o niños apátridas para proporcionarles un tratamiento adecuado a su condición, requiere el establecimiento o fortalecimiento, según sea el caso, de procedimientos justos y eficientes para determinar si es una persona apátrida, que sean sensibles a las necesidades diferenciadas de las niñas y los niños, de acuerdo a su edad, género y diversidad. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, UN Doc. HCR/GS/12/02, publicadas el 5 de abril de 2012.

65 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, párr. 94.

66 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas. 106 (LVII) 2006, pág.4.

67 *Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niños a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961*, Op.cit, p.11.

68 Ibid.

69 Ibid., p.11-12.

2.41 Por último, a partir de la obligación de prevenir la apatridia, la Comisión Interamericana ha considerado que, inclusive en casos en los que la nacionalidad fue adquirida a partir de información fraudulenta o falsificada o por tergiversación de los hechos, se debe ponderar la naturaleza o la gravedad de dichas conductas habida cuenta de las consecuencias que tendría el retiro de la nacionalidad⁷⁰. En este contexto, deben tenerse presentes aspectos como la relación de la persona con el Estado, en particular el tiempo que haya transcurrido entre la adquisición de la nacionalidad y el momento en que se evidencia el fraude, así como los vínculos familiares y sociales que la persona ha desarrollado⁷¹.

i.f Registro y documentación

2.42 El deber de prevenir la apatridia según lo establecido tanto por la Convención Americana como por la Convención de 1961 operan independientemente de si el nacimiento de un niño es registrado. Sin embargo, el registro del nacimiento es una prueba de ascendencia y del lugar de nacimiento, por lo que sustenta la protección del derecho a la nacionalidad⁷². Así por ejemplo, el artículo 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño requiere específicamente el registro del nacimiento de todos los niños y niñas y se aplica independientemente de la nacionalidad, de la apatridia o de la condición de residencia de los padre⁷³.

2.43 El Comité Ejecutivo del ACNUR ha instado a los Estados a que faciliten la inscripción de los nacimientos y la emisión de certificados de nacimiento u otros documentos apropiados como medio de proporcionar una identidad a los niños y niñas⁷⁴.

2.44 En su Conclusión N° 111 sobre el registro civil, el Comité Ejecutivo observó que la falta de inscripción en el registro civil y de la documentación conexas expone a las personas a la apatridia y a los riesgos de protección derivados de ella, y que a menudo la inscripción de los nacimientos es esencial para

reducir y prevenir la apatridia⁷⁵. El Comité llamó a los Estados a que faciliten las inscripciones en el registro civil mediante⁷⁶:

i) *La adopción de procedimientos administrativos simplificados y, cuando corresponda, la integración del registro civil en otros servicios públicos, como los relacionados con el nacimiento, la atención materno infantil, la vacunación y la educación;*

ii) *La organización periódica de campañas de sensibilización y actividades de divulgación comunitarias;*

iii) *La aplicación de medidas apropiadas para garantizar que se llegue a los lugares rurales o remotos, por ejemplo mediante unidades de registro móviles;*

iv) *La consideración de la posibilidad de inscribir los nacimientos y las defunciones de manera gratuita de conformidad con las leyes y los reglamentos nacionales, en particular, la facilitación del registro tardío y la exención del pago de tasas y multas por el registro tardío;*

v) *El apoyo a que se inscriba en el registro la causa de la muerte certificada médicamente, cuando corresponda*

2.45 La verificación de la nacionalidad es igualmente relevante respecto a aquellas personas que hayan sido víctima de trata de personas u objeto del delito de tráfico ilícito de migrantes, cuando se requiere la expedición de documentación de identidad o viaje que permita el retorno voluntario al país de nacionalidad. Al respecto, el Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión¹⁰⁶:

Alienta a los Estados a que busquen soluciones apropiadas para las personas que no tengan documentos auténticos de viaje u otro tipo de documento de identidad, incluidos los migrantes y los que han sido objeto de tráfico o trata de personas, y que cuando sea necesario y

70 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, Op.cit., párr.243.

71 *Ibíd.*

72 *Ibíd.*, p.12.

74 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre Identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas, Op.cit., *Prevención de la apatridia*, párr.h.

75 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre el registro civil Conclusión sobre identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas. 111. (61 periodo de sesiones) 2013.

76 *Ibíd.*

apropiado, los Estados pertinentes cooperen entre sí para verificar la situación de nacionalidad de esas personas (...).

Insta a los Estados partes en 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 complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a que respeten su obligación de contribuir a la verificación de la nacionalidad de las personas que se les envíen y que hayan sido objeto de tráfico o trata ilícitos con miras a expedir documentos de viaje y de identidad y facilitar el regreso de esas personas, y alienta a los demás Estados a proporcionar asistencia análoga⁷⁷.

i.g Los niños y niñas expósitos

2.46 La Convención de 1961 se refiere en su artículo 2 a la obligación que tienen los Estados de otorgar la nacionalidad a los expósitos/as, en referencia a las niñas o niños de padres desconocidos que fueran encontradas abandonadas en el territorio del Estado⁷⁸. Esta salvaguarda debería aplicar, como mínimo, a todos los niños y niñas que aún no puedan comunicar con precisión información referente a la identidad del padre o madre o de su lugar de nacimiento⁷⁹. La nacionalidad adquirida por expósitos de conformidad con el artículo 2 de la Convención de 1961 sólo podrá perderse si se comprueba que el niño en cuestión posee la nacionalidad de otro Estado⁸⁰.

ii. Privación arbitraria de la nacionalidad, protección igualitaria ante la ley y no discriminación

2.47 Tanto la Corte como la Comisión Interamericana se han referido a la relación entre el derecho a la nacionalidad y los derechos a la protección igualitaria ante la ley y a la no discriminación. En términos generales, la Corte ha insistido en su jurisprudencia constante que “el artículo 1.1 de la Convención Americana, que establece la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado”⁸¹.

2.48 Asimismo, el Tribunal reafirma que el artículo 24 de la Convención Americana consagra el derecho de igual protección de la ley, y es aplicable en el caso de que la discriminación se refiera a una protección desigual de la ley interna o su aplicación⁸².

2.49 La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido⁸³.

2.50 De manera específica respecto al derecho a la nacionalidad, la Corte considera que:

[...] el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados,

77 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas. 106 (LVII) 2006, pág.3.

78 Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, art.2.

79 Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niños a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Op.cit., parr.59.

80 *Ibid.*, párr. 61.

81 Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984, Op.cit., párr. 332, y Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 332.

82 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 214.

83 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr.200.

al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁸⁴.

[...]

La Corte también ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad⁸⁵.

2.51 Como lo ha señalado la Comisión Interamericana, la privación de la nacionalidad de una persona no puede ser arbitraria y debe responder a un fin legítimo del Estado, proporcional al fin a alcanzar y no motivado en razones discriminatorias⁸⁶. En este sentido, los Estados deben evitar que la legislación interna sobre inscripción y otorgamiento de nacionalidad de personas tengan un impacto discriminatorio de manera directa o indirecta basado en características como lo pueden ser el origen racial o nacional, o por sexo, idioma, religión, opinión política, posición económica, o cualquier otra condición⁸⁷.

2.52 En este sentido, tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han establecido algunas situaciones que resultan arbitrarias, contrarias a una igual protección ante la ley o discriminatorias en el reconocimiento de la nacionalidad de una persona:

- Es irrazonable que se transmita el estatus migratorio irregular del padre o madre a una persona a efectos de privarle de la nacionalidad del país donde nació⁸⁸. Así, la diferencia hecha entre las personas nacidas en el territorio de un Estado con base en la diferente situación de sus padres en cuanto a la regularidad o irregularidad migratoria no resulta una explicación válida para una diferencia de trato⁸⁹, y es violatoria del derecho de igualdad ante la ley del artículo 24 de la Convención Americana⁹⁰.
- Los Estados no pueden privar de nacionalidad a una persona nacida en su territorio porque su padre o madre se consideren persona transeúnte o en tránsito en el país, sin por lo menos respetar un límite temporal razonable para ello y sin tomar en cuenta que una persona extranjera que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito⁹¹.
- Es arbitraria la aplicación retroactiva de una disposición que priva de la nacionalidad de un Estado a personas que habían sido reconocidas como nacionales antes de la vigencia de dicha disposición⁹². Para la Corte, una situación como tal implica la afectación a la seguridad jurídica en el goce del derecho a la nacionalidad de las personas⁹³.
- Cuando las restricciones al derecho a la nacionalidad no existían en la legislación positiva del Estado al momento en que la persona la adquirió, lo cual la hace arbitraria⁹⁴.
- La Corte ha planteado que los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio de una persona, inclusive cuando se trate de registros tardíos, deben ser razonables y objetivos, no pudiendo represen-

84 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr.264.

85 Ibid.

86 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (2015), Op.cit., párr.232.

87 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (2015), Op.cit., párr.231. Ver también: CIDH. Benito Tito Méndez y Otros, Op.cit, párr.232.

88 Ibid., párr.317.

89 Ibid.

90 Ibid., párr.318. Ver también: Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 134.

91 Ibid., párr.294. Ver también: Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párr. 157.

92 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (2015), Op.cit., párr.240.

93 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr.298.

94 Ibid., párr.240.

tar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad, y debiendo implementarse en condiciones de igualdad y no discriminación⁹⁵.

- Cuando la medida mediante la cual se priva de la nacionalidad a una determinada persona no se adopta de manera individual y sin que se respeten garantías de debido proceso, tal como sería negarle la posibilidad a la persona afectada de oponerse a dicha medida, o si la acción es bastante ilógica dadas las circunstancias⁹⁶. Esto hace a la medida arbitraria.
- Para evitar privaciones arbitrarias a la nacionalidad, los Estados deben adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra naturaleza que sean necesarias “[...] para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad [...]. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas”⁹⁷.
- La Comisión ha señalado que la privación de la nacionalidad para algunas personas en un determinado país por medio de leyes y prácticas se puede enmarcar en un contexto de discriminación estructural principalmente basada en criterios raciales y étnicos, afectando desproporcionadamente al grupo en específico⁹⁸.
- Se debe tener en consideración que en algunos casos la denegación de la nacionalidad a residentes permanentes o de largo plazo puede resultar en la creación de una desventaja para ellos en el acceso al trabajo y a los beneficios sociales, en violación de los principios de no discriminación⁹⁹.

2.53 La Corte también tuvo la oportunidad de referirse en un caso específico a las consecuencias del traslado ilícito de una madre en estado de embarazo

a otro país frustrando el nacimiento de su hija en el país de origen de su familia biológica – donde normalmente hubiese nacido – e impidiéndole adquirir, de manera arbitraria la nacionalidad de su familia, contrario al derecho a la nacionalidad del artículo 20.3 de la Convención Americana¹⁰⁰.

2.54 Por otra parte, la Corte se ha visto en la necesidad de referirse al impacto discriminatorio de la aplicación de un plan de regularización migratoria de un Estado a personas que debían tener asegurada la nacionalidad de pleno derecho, aun y cuando este plan pudiera eventualmente conllevar a su naturalización.

2.55 La Corte ha indicado al respecto:

Si bien lo anterior aparentemente podría tener por resultado que las personas en cuestión “adquieran” la nacionalidad[...], ello, precisamente, resulta de darles un trato de extranjeros que no se condice con la plena observancia de su derecho a la nacionalidad al que debieron acceder desde su nacimiento. Por tanto, someter a las personas referidas a una posibilidad, sólo por un limitado tiempo, de acceder a un proceso que eventualmente puede derivar en la “adquisición” de una nacionalidad que en realidad ya deberían detentar, implica someterlas a un obstáculo en el goce de su derecho a la nacionalidad”¹⁰¹.

iii. Igualdad de género en el acceso a la nacionalidad

2.56 Las leyes sobre nacionalidad que discriminan en la concesión de la nacionalidad en razón del género son una de las causas de la apatridia y es tema de interés del ACNUR por su mandato de prevenir y reducir la apatridia¹⁰².

95 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párrs.166 y171.

96 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (2015), Op.cit., párr.232 y 275.

97 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párr. 239.

98 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (2015), Op.cit., párr.248.

99 CIDH. Benito Tito Méndez y Otros, Op.cit., párr.232.

100 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Op.cit, párr. 128.

101 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr.324.

2.57 El ACNUR ha insistido en que el principio de la igualdad de género recogido en el derecho internacional debe sostener la interpretación de la Convención de 1961¹⁰³. En particular, el artículo 9 (2) de la CEDAW establece que las mujeres gozarán de los mismos derechos que los hombres con respecto a la concesión de la nacionalidad a sus hijos¹⁰⁴.

2.58 En efecto, cuando se adoptó la Convención de 1961, y aún en la actualidad, muchas de las legislaciones en materia de nacionalidad han discriminado por razones de género¹⁰⁵. Dentro de este contexto, “la Convención de 1961 reconoce que la apatridia puede surgir de conflictos de leyes en los casos de niños nacidos de padres de distintas nacionalidades, ya sea dentro o fuera del matrimonio, por razón de lo dispuesto en las leyes de nacionalidad que limitan el derecho de la mujer de transmitir su nacionalidad”¹⁰⁶.

c. Privación de la nacionalidad y afectación de otros derechos humanos

2.61 La Corte Interamericana ha indicado que la nacionalidad, “como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias

de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos”¹⁰⁹. A continuación se analiza la interrelación entre nacionalidad y algunos de estos derechos:

2.59 Por ello, el Artículo 1(3) de la Convención de 1961 establece la salvaguardia de que todo hijo o hija nacido/a dentro del matrimonio en el territorio de un Estado contratante cuya madre sea nacional de ese Estado, adquirirá en el momento del nacimiento la nacionalidad de dicho Estado si de otro modo sería apátrida¹⁰⁷.

2.60 Para el ACNUR, [s]i bien el artículo 1(3) de la Convención de 1961 sólo se refiere a la atribución de la nacionalidad de las madres, a la luz del principio de igualdad, los niños y niñas nacidos/as en el territorio de un Estado cuyo padre sean nacionales de ese Estado, también deben adquirir la nacionalidad de ese Estado de pleno derecho, si de otro modo serían apátridas¹⁰⁸.

de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos”¹⁰⁹. A continuación se analiza la interrelación entre nacionalidad y algunos de estos derechos:

102 Nota conceptual sobre igualdad de género, leyes sobre nacionalidad y apatridia, 2014, pág.1. en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/DocumentosBDL/2014/9838>. Ver también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Acabar con la apatridia en 10 años: Acción 3: Eliminar la discriminación de género en las leyes de nacionalidad, 6 Marzo 2015, disponible en esta dirección: <http://www.refworld.org/es/docid/56b8471c4.html>

103 Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niños a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Op.cit., p.4.

104 AGNU. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), 18 de diciembre de 1979, art.9 (2).

105 Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niños a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Op.cit., p.4.

106 *Ibíd.* p.4.

107 Convención para Reducir los Casos de Apatridia, Op.cit., art. 1(3).

108 Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niños a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Op.cit., p.4. Esto es importante para los Estados que no permiten a los hombres la concesión de su nacionalidad a sus hijos cuando nacen fuera del matrimonio. Véase también la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2011 en el caso de *Genovese contra Malta*, solicitud N° 53124/09.

109 Corte IDH. Caso de las Niñas *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Op.cit, párr. 137.

i. Nacionalidad y derecho a la personalidad jurídica

2.62 La situación de extrema vulnerabilidad en que se puede llegar a encontrar una persona por la apatridia tiene consecuencias relacionadas con derechos como el reconocimiento de la personalidad jurídica¹¹⁰.

2.63 La Corte ha señalado que la apatridia puede afectar este derecho de la persona, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado¹¹¹, negándose en muchos casos su condición de sujeto de derecho y por ende haciendo al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares¹¹².

2.64 De la misma manera, la Comisión Interamericana ha indicado que el reconocimiento de la personalidad jurídica se resguarda con la protección del derecho a la nacionalidad concretado, por ejemplo, al contar con un documento de identidad y de viaje o pasaporte¹¹³.

2.65 Este órgano ha recomendado por ejemplo hacer esfuerzos por proteger este derecho en el caso de las personas migrantes indocumentadas, sobre todo de aquellas que van a ser deportados o expulsados, quienes en muchos casos pueden permanecer privadas de la libertad durante periodos largos de tiempo en Estados de tránsito o destino, en espera de que el Estado del cual son nacionales les reconozca su nacionalidad y les expida documentos de viaje¹¹⁴.

ii. Nacionalidad y derecho al nombre

2.66 El derecho al nombre ha sido reconocido de manera autónoma en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹⁵. La Corte ha insistido en que el nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado, es decir, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona¹¹⁶. Por ello, los Estados tienen la obligación de proteger el derecho al nombre y brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento¹¹⁷.

2.67 Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal ha señalado que la negación de una nacionalidad y con ello la falta de obtención de documentación de identificación personal, además de generar una vulneración al derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, puede conllevar una vulneración al derecho al nombre¹¹⁸.

iii. Nacionalidad y derecho a la identidad

2.68 La Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece de manera expresa el derecho a la identidad. Sin embargo, la Corte se ha referido al mismo a partir de un análisis sistémico del derecho internacional de los derechos humanos y de la protección de los derechos de la niñez, estable-

110 El artículo 3 de la Convención Americana consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, respecto del cual la Corte Interamericana ha afirmado que “toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”. Ver Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179.

111 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párr. 178. Ver también: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr.299.

112 *Ibíd.*, párr. 179.

113 CIDH. Informe Anual. Séptimo informe de progreso de la relatoría especial sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias correspondiente al período entre enero y diciembre del 2005. En Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 7, del 27 de febrero de 2006, párr.157.

114 *Ibíd.*

115 El artículo 18 de la Convención Americana señala que: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

116 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párr.183.

117 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párr.184.

118 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párrs.265 a 268.

ciendo la importancia de la nacionalidad para el ejercicio de la identidad. En el caso *Gelman*, el Tribunal estableció que:

*[...] si bien [el derecho a la identidad] no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona”*¹¹⁹.

2.69 La Corte ha citado lo indicado por la Asamblea General de la OEA en el mismo sentido respecto a que “el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”¹²⁰.

2.70 También se ha hecho referencia a lo expresado por el Comité Jurídico Interamericano en cuenta a que “el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto [,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”¹²¹.

2.71 Al igual que la Corte, la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias ha afirmado que la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales¹²². En efecto, este órgano interamericano ha recalcado que para aquellos nacionales que se encuentran fuera del territorio, el reconocimiento de la nacionalidad debe garantizarse precisamente mediante la expedición de documentos de identidad y de viaje como medio para acreditar dicha nacionalidad y los derechos que ello conlleva, lo que garantiza a su vez la nacionalidad a sus hijos y cónyuges cuando así lo establece el régimen constitucional y legal respectivo¹²³.

iv. Nacionalidad y e integridad personal

2.72 La Corte Interamericana ha resuelto que aquellas conductas que produzcan en las personas graves sufrimientos, o bien sentimientos de inseguridad, frustración o impotencia pueden conllevar a la vulneración del derecho a la integridad psíquica y moral, más aún cuando éstos puedan tener un impacto duradero¹²⁴.

2.73 En casos en donde la Corte Interamericana ha declarado la violación del derecho a la nacionalidad, también ha reconocido la situación de vulnerabilidad en que las personas pueden encontrarse debido a esa situación, y el daño a la integridad que pueden sufrir y que debe ser reparado, y ha tomado en consideración tanto el temor fundado de expulsión como una eventual separación familiar en un contexto de discriminación contra personas a las cuales se les privó de su derecho a la nacionalidad¹²⁵.

119 Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Op.cit., párr.122.

120 *Ibíd.*, párr.123. Ver: OEA, “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”, resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008 y, y resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), sobre seguimiento al programa, de 8 de junio de 2010.

121 *Ibíd.* Ver: Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, párr.12. resolución CJI/doc. 276/07 rev.1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010, párr.12.

122 CIDH. Informe Anual. Séptimo informe de progreso de la relatoría especial sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias correspondiente al período entre enero y diciembre del 2005, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 7, del 27 de febrero de 2006.

123 *Ibíd.*

124 Ver por ejemplo Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 242 y Corte IDH. Caso *Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr.100.

125 Corte IDH. Caso de las Niñas *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Op.cit, párrs.204 a 206.

2.74 La Corte ha dispuesto también que cuando una niña o niño carece de acta de nacimiento y esto le impide el acceso a los sistemas de educación formal de acuerdo a la edad, aptitudes y según los programas escolares y la exigencia adecuados, esto puede causar sentimientos de incertidumbre, sufrimiento e inseguridad¹²⁶.

2.75 Los familiares de las personas a las cuales se les ha privado de la nacionalidad y de actas de nacimiento también puede verse afectados en su integridad psíquica y moral, dada la incertidumbre e inseguridad a partir de la situación de vulnerabilidad de sus familiares y el temor fundado de que sean expulsados/as¹²⁷.

2.76 La Comisión Interamericana ha señalado que la falta de reconocimiento de una nacionalidad, y la incertidumbre y desprotección que eso genera, tiene un grave impacto emocional y psicológico en las personas que lo sufren y en sus familias¹²⁸. Ha reconocido la pérdida de la autoestima y los profundos traumas que a menudo experimentan las personas apátridas, y que cada uno de los episodios de discriminación, rechazo, negación, son parte de la memoria de ellos/as y les dificulta poder avanzar en cualquier área de sus vidas¹²⁹.

2.77 Como apunta este órgano interamericano, “[e]sto acarrea problemas de ánimo, cuestionamientos de identidad y problemas en las relaciones interpersonales que causan daños a todos los niveles”¹³⁰. La Comisión ha reconocido que el ambiente de discriminación y estigmatización en el que se dado el rechazo de la nacionalidad de las víctimas puede permear la estructura

psicológica de toda la comunidad de personas que también se ven afectadas por este ambiente¹³¹.

2.78 Este órgano ha indicado asimismo que el rompimiento del vínculo de nacionalidad por medio, por ejemplo, de la confiscación o destrucción intencionada de documentos de identificación dando paso a la errada convicción de que las personas se convertirían *de facto* en deportables, “genera inexorablemente sufrimientos mentales o psicológicos, los cuales dada la situación de las personas (...) son injustificables y, a su vez les humillan gravemente al desconocerles como sujetos de derechos”¹³².

v. Nacionalidad y protección especial de la niñez

2.79 En su jurisprudencia constante, la Corte Interamericana ha insistido en que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con el derecho a medidas especiales de protección según lo establecido en su artículo 19¹³³. Estas deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto¹³⁴. Este artículo debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan de estas medidas de protección especial¹³⁵.

2.80 Así, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño o niña y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia¹³⁶.

126 *Ibíd.*

127 *Ibíd.*

128 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (2015), *Op.cit.*, párr.316.

129 *Ibíd.*, párr.318.

130 *Ibíd.*

131 *Ibíd.*, párr.319.

132 CIDH. Benito Tito Méndez y Otros, *Op.cit.*, párr.207.

133 Este artículo indica: “Artículo 19. Derechos del Niño: 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”.

134 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 146 y 191, y Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, párr. 133.

135 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147; Caso Servellón García vs. Honduras. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 21 de septiembre de 2006. Serie C. No. 152, párr. 113.

136 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, *Op.cit.*, párr.269.

2.81 Respeto del interés superior del niño, la Corte ha reiterado que:

[...] este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña¹³⁷.

2.82 En esta línea, el Tribunal Interamericano ha observado que la violación del derecho a la nacionalidad de las niñas y los niños, la condición de apátridas en que pueden ser mantenidos y el no reconocimiento de su personalidad jurídica y su nombre, desnaturaliza y niega la proyección externa o social de su personalidad, lo que resulta contrario a la obligación sobre protección especial de la niñez del artículo 19 de la Convención Americana¹³⁸.

2.83 Por su parte, la Comisión Interamericana, haciendo eco del criterio del Comité de Derechos del Niño, ha señalado la necesidad de aplicar procedimientos sobre adquisición de la nacionalidad de niñas y niños de forma no discriminatoria y de velar por que ninguna niña o niño se convierta en apátrida¹³⁹.

2.84 La Comisión ha hecho particular énfasis en la afectación que puede sufrir la niñez a raíz de la privación de la nacionalidad del país de nacimiento, al ser víctimas de marginación, segregación, explotación y violaciones a sus

derechos humanos como el derecho a la salud, la libertad de circulación y residencia y el derecho a no ser expulsadas del territorio del que son nacionales ni ser privadas del derecho a ingresar al mismo, la prohibición de expulsiones colectivas, entre otros¹⁴⁰.

vi. Nacionalidad y derecho a la educación

2.85 En *Yean y Bosico*, la Corte se refirió a la vulnerabilidad a la que fue expuesta una niña dada la imposibilidad de estudiar durante un periodo escolar específico y como consecuencia de la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica. Aun siendo una persona menor de edad, se vio forzada a estudiar durante ese período en la escuela nocturna, para mayores de 18 años¹⁴¹.

2.86 Sobre esto, en relación también al deber de protección especial a favor de la niñez, la Corte señaló:

Este hecho a la vez agravó su situación de vulnerabilidad, ya que ella no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le sería adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas. Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual¹⁴².

2.87 En un sentido similar, en *Benito Tide Mendez y otros*, la Comisión advirtió que una secuencia de hechos que comience con la negativa de inscripción

137 Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr.126.

138 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párr.186.

139 Ver CIDH. Benito Tito Méndez y Otros, Op.cit, párr.312. ONU, 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, República Dominicana, 47º período de sesiones, CRC/C/DOM/CO/2, 11 de febrero de 2008, párr. 40.

140 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (2015), Op.cit., párr.11.

141 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párr.185.

142 *Ibíd.*

del nacimiento de las víctimas del caso y la consiguiente imposibilidad de obtener la nacionalidad y acceder a servicios básicos como salud y educación, sin tener en cuenta las necesidades particulares de niñas y niños, puede ocasionar una afectación al normal desenvolvimiento de su proyecto de vida personal y familiar¹⁴³. Para la Comisión, conductas como las descritas son contrarias a las obligaciones internacionales de los Estados al no tomar en cuenta el interés superior de la niñez¹⁴⁴.

vii. Nacionalidad y derecho de circulación y residencia

2.88 La privación de la nacionalidad puede tener también repercusiones en el efectivo ejercicio del derecho a la circulación y residencia, particularmente en la protección del artículo 22.5 de la Convención Americana que establece la prohibición de la expulsión de una persona del territorio del Estado del cual es nacional, así como la prohibición de la privación del derecho a ingresar al mismo¹⁴⁵.

2.89 Al analizar el contenido de este derecho, la Corte Interamericana ha considerado que también “se puede hablar de expulsión de nacionales cuando una persona es obligada a abandonar el territorio del cual es nacional, sin que luego tenga la posibilidad de retornar¹⁴⁶”.

2.90 En este sentido, el Tribunal ha establecido que en aquellos casos en donde se haya expulsado a nacionales por no portar documentación oficial pero sin una verificación adecuada de la nacionalidad o por la destrucción o no re-

conocimiento de los documentos de identidad por parte de las autoridades, y se les impida poder regresar al territorio de su país de forma legal, el Estado está violando el derecho a circular y residir libre y legalmente en él¹⁴⁷.

2.91 La Comisión Interamericana se ha referido también al vínculo entre el derecho a la nacionalidad y el derecho de residencia y tránsito contenido en el artículo VIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que establece que “[t]oda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”.

2.92 Dicho órgano interamericano ha enfatizado en la existencia de una relación tripartita entre residencia, tránsito y nacionalidad, y en que “la pérdida de la nacionalidad no podría ser esgrimida por ningún gobierno para impedir que una persona pudiese regresar, en cualquier calidad, a su país de origen”¹⁴⁸.

2.93 Por otra parte, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha mostrado preocupación porque la condición de apatridia, incluida la imposibilidad de establecer la propia nacionalidad, puede conducir al desplazamiento forzado por las condiciones de vulnerabilidad en las que viven las personas apátridas, y ha subrayado asimismo que la prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas son elementos importantes para prevenir posibles situaciones de refugiados¹⁴⁹.

d. Protección y soluciones para las personas apátridas

2.94 Como se ha destacado, las personas apátridas, al no ser reconocidas como nacionales por ningún Estado en particular, se encuentran en un estado de vulnerabilidad significativo con serias restricciones en el acceso a derechos básicos y un esquema de protección adecuado.

2.95 Dada esta condición, primeramente debe afirmarse que las personas apátridas, por tener ese estatuto, no dejan de ser sujetas a los derechos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables, como lo son por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos

143 Ver CIDH. Benito Tito Méndez y Otros, Op.cit, párr.320.

144 Ibíd.

145 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Op.cit., párr.386.

146 Ibíd.

147 Ibíd., párr.389.

148 CIDH. Informe de País. La Situación de los Derechos Humanos en Cuba, Séptimo Informe, OEA/Ser.L/V/II.61 Doc. 29 rev. 1, de 4 de octubre de 1983.

149 Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre la prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas. 1995. (46° período de sesiones del Comité Ejecutivo). N° 78 (XLVI).

y/o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros, en conjunto con aquellos derechos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954¹⁵⁰ y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961.

2.96 La Corte Interamericana ha desarrollado algunos estándares respecto a los deberes de los Estados frente a las personas apátridas, particularmente cuando son niños, niñas o adolescentes, y se encuentran en un contexto de migración.

2.97 En la OC-21/14 *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, aborda la temática y establece que las personas apátridas migrantes¹⁵¹ son merecedoras de protección internacional, según los instrumentos internacionales en la materia¹⁵². Por protección internacional debe entenderse aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva¹⁵³.

2.98 En todo caso, pero especialmente cuando se trata de niñas y niños, la protección internacional otorgada debe hacer prevalecer un enfoque encaminado a la protección y garantía de sus derechos en forma integral¹⁵⁴. Más allá de la circunstancia de que no sea su nacional o residente en su territorio

o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular, el respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar los derechos de estas personas y su desarrollo integral¹⁵⁵.

2.99 En este sentido, las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando sean apátridas migrantes, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños¹⁵⁶.

2.100 La Corte indica:

En el contexto migratorio, constituye una obligación del Estado receptor determinar si la niña o el niño es apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección¹⁵⁷.

2.101 La Corte es enfática en el hecho de que sólo será posible asegurar una protección internacional para las personas que la merezcan si se logra una solución duradera¹⁵⁸, y esto se relaciona con el acceso efectivo a derechos.

150 La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas regula derechos específicos relativos a no discriminación, religión, acceso a bienes muebles e inmuebles, propiedad intelectual e industrial, asociación, acceso a tribunales, empleo remunerado, trabajo por cuenta propia, ejercicio de profesiones liberales, asistencia pública, educación pública, vivienda, garantías laborales y seguridad social, ayuda administrativa, libertad de circulación, acceso a documento de identidad y a documento de viaje, no expulsión, trato en relación con gravámenes fiscales y transferencia de haberes y facilitación de la naturalización.

151 Las personas apátridas que están “en su propio país” o *in situ* se diferencian de aquellas personas apátridas migrantes que se encuentran en un contexto migratorio.

152 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Op.cit, párr.37.

153 *Ibíd.*

154 *Ibíd.*, párr.41.

155 *Ibíd.*, párr.62.

156 *Ibíd.*, párr.83.

157 *Ibíd.*, párr.96.

158 *Ibíd.*, párr.38.

3 El Plan de Acción Mundial para acabar con la Apatridia y la Declaración y Plan de Acción de Brasil

3.1 En noviembre 2014, el ACNUR lanzó el *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024*¹⁵⁹, que fue desarrollado en consulta con los Estados, la sociedad civil y organizaciones internacionales. Este Plan establece un marco orientador comprensivo de 10 acciones prioritarias que deben implementarse para poner fin a la apatridia antes del 2024. Incluye acciones para resolver situaciones existentes de apatridia, prevenir que surjan nuevos casos de apatridia, y mejorar la identificación y la protección de las personas apátridas.

3.2 La meta del Plan de Acción Mundial es que para el año 2024 ya sean 140 Estados parte de la Convención de 1954 y 130 Estados parte de la Convención de 1961. Al momento de realizarse el Plan solamente 83 Estados eran parte de la Convención de 1954 y 61 Estados eran parte de la Convención de 1961.

3.3 Las 10 acciones promovidas por el Plan son:

- Resolver las principales situaciones existentes de apatridia
- Asegurar que ningún niño o niña nazca apátrida
- Eliminar la discriminación de género en las leyes de nacionalidad
- Prevenir la denegación, pérdida o privación de la nacionalidad por motivos discriminatorios
- Prevenir la apatridia en los casos de sucesión de Estados
- Conceder el estatuto de protección a las personas migrantes apátridas y facilitar su naturalización
- Garantizar el registro de nacimientos para prevenir la apatridia

- Expedir documentación de nacionalidad a aquellos con derecho a ella
- Adherir a las Convenciones de las Naciones Unidas sobre la apatridia
- Mejorar la calidad y cantidad de los datos sobre las poblaciones apátridas

3.1 Debe reseñarse que, debido a las distintas causas, el perfil y la magnitud de la apatridia en los distintos contextos, no se requiere llevar a cabo todas las acciones en todos los países, y estas no están en orden de implementación, prioridad o importancia.

3.2 Por otra parte, a nivel regional, la Declaración y el Plan de Acción de Brasil “Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe”, establecen una serie de compromisos estatales adoptados por 28 países y tres territorios de América Latina y el Caribe para erradicar la apatridia en un periodo de diez años¹⁶⁰.

3.3 En la Declaración de Brasil, los Estados acordaron:

Reafirmar nuestro compromiso con la erradicación de la apatridia en los próximos diez años y apoyar la campaña y el Plan Global de Acción para Terminar con la Apatridia, impulsados por ACNUR en el marco del sexagésimo aniversario de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, mediante la resolución de las situaciones existentes, la prevención de nuevos casos de apatridia y la protección de las personas apátridas, a través de la revisión de las legislaciones nacionales, del fortalecimiento de los

159 ACNUR. Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia. 2014-2024. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10058.pdf?view=1>

160 El 2 y 3 de diciembre de 2014, los Gobiernos de América Latina y el Caribe se reunieron en Brasilia en ocasión del 30° aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. A la clausura de la Reunión Ministerial, organizada por el Gobierno de Brasil, 28 países y tres territorios de América Latina y el Caribe (Antigua y Barbuda, Argentina, las Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Islas Caimán, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Curazao, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, las Islas Turcas y Caicos, Uruguay y Venezuela) adoptaron por aclamación la Declaración y el Plan de Acción de Brasil. Ver <http://www.acnur.org/cartagena30/declaracion-y-plan-de-accion-de-brasil/>

*mecanismos nacionales para el registro universal de nacimientos y del establecimiento de procedimientos de determinación de la condición de apátrida*¹⁶¹.

3.4 Entre los compromisos asumidos en el marco del Plan de Acción de Brasil se encuentran¹⁶²:

- Acceder, a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 (“Convención de 1954”) y a la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 (“Convención de 1961”) aquellos Estados que no lo han hecho.
- Promover la armonización de la normativa y práctica interna sobre nacionalidad con los estándares internacionales.
- Facilitar la inscripción universal de nacimientos y el otorgamiento de documentación, implementando actividades como:
 - i) la adopción de procedimientos administrativos simplificados;
 - ii) la organización periódica de campañas de sensibilización y actividades de divulgación comunitarias;
 - iii) la aplicación de medidas apropiadas para garantizar que se llegue a zonas rurales o remotas, por ejemplo mediante unidades móviles de registro.
- Establecer procedimientos efectivos para determinar la condición de apátrida. Una recomendación propuesta es considerar incluir esta competencia dentro de las funciones de las CONAREs o instituciones equivalentes.
- Adoptar marcos normativos de protección que garanticen los derechos de las personas apátridas, lo cual permitiría regular los aspectos relativos a su condición migratoria, documentos de identidad y viaje y, en general, hacer plenamente operativos los derechos protegidos por la Convención de 1954 y otros tratados de derechos humanos.
- Otorgar facilidades para la naturalización de las personas apátridas, esforzándose especialmente por acelerar los trámites de naturalización y

por reducir en todo lo posible los derechos y gastos de los trámites.

- Confirmar la nacionalidad, por ejemplo a través de la facilitación del registro tardío de nacimiento, la exención del pago de tasas y multas, y la expedición de documentación pertinente a ese fin. Puede requerirse el fortalecimiento del diálogo y la cooperación bilateral o multilateral, según sea el caso, entre las autoridades encargadas del registro civil, así como proyectos binacionales de registro civil y documentación.
- Facilitar el restablecimiento o recuperación de la nacionalidad, mediante legislación o políticas inclusivas; en especial el restablecimiento automático de la nacionalidad como remedio para aquellos casos en los que la persona hubiera sido privada arbitrariamente de la nacionalidad.

3.5 A tono con estos planes, en la más reciente resolución de la Asamblea General de la OEA, los Estados miembros de esa organización consideraron el rol crucial de los Estados para prevenir y erradicar los casos de personas apátridas en la región y el mundo, y resolvieron lo siguiente¹⁶³:

- Reafirmar su compromiso con la erradicación de la apatridia en América e invitar a los Estados Miembros a que continúen avanzando en la implementación de las acciones propuestas en el Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia 2014-2024 del y el Plan de Acción de Brasil de 2014, y apoyando la campaña mundial #Ibelong para eliminar la apatridia en el 2024¹⁶⁴, liderada por ACNUR.
- Destacar la importancia de las Convenciones sobre apatridia e instar a los Estados Miembros que aún no lo hayan hecho, a que consideren ratificar o adherir a las mismas y, asimismo, instar a todos los Estados Miembros a que establezcan procedimientos justos y eficientes que estimen pertinentes para determinar la apatridia, y otorgar facilidades para la naturalización de las personas apátridas, según proceda, considerando asignar esta competencia a las Comisiones Nacionales para los Refugiados (CONAREs) u órganos técnicos equivalentes, de acuerdo con la legislación interna de cada país.

161 Declaración de Brasil, pág. 6.

162 Capítulo VI. Apatridia, pág.7.

163 Asamblea General de la OEA. Resolución sobre la Promoción y Protección de Derechos Humanos. OEA/Ser.P. AG/CG/doc.5/17 rev. 1 corr. 1. 21 junio 2017, pag.4.

164 Ver <http://www.unhcr.org/ibelong/es/>

- Exhortar a los Estados Miembros que no lo hubieran hecho aún, a eliminar la discriminación contra la mujer del régimen jurídico relativo a la nacionalidad, incluir salvaguardas apropiadas para prevenir los casos de apatridia, promover el registro civil y resolver debidamente los casos de apatridia existentes, en línea con sus obligaciones internacionales relacionadas con los derechos humanos y apatridia, tomando en cuenta las necesidades particulares de los grupos en situación de vulnerabilidad que son objeto de discriminación o que han sido históricamente discriminados.
- Recomendar a los Estados que consideren la posibilidad de incorporar en su legislación interna procedimientos justos y eficientes para la determinación de la condición de apátrida, conforme a los instrumentos internacionales sobre la materia, con miras a abordar dichos casos con una perspectiva de derecho humanos que permita el acceso de esas personas a una nacionalidad, de acuerdo con la legislación interna de cada Estado Miembro.