



Ministerio Público de la Defensa
Defensora General de la Nación

SE PRESENTA COMO AMICUS CURIAE.

Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos:

STELLA MARIS MARTÍNEZ, Defensora General de la Nación de la República Argentina, en el caso “*Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*” ante esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “el Tribunal” o “la Corte”) respetuosamente me presento y digo:

I- Objeto

Que vengo por el presente, en legal tiempo y forma, a presentarme como *amicus curiae* en el caso de referencia, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 44, inciso 3° del Reglamento del Tribunal.

El caso “*Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*” presenta una oportunidad histórica para que esta Corte se pronuncie por primera vez, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, sobre los alcances del derecho a buscar y recibir asilo y del principio de no devolución (artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante “la Convención”, “la Convención Americana”) y sobre las garantías del debido proceso y de protección judicial de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado (artículos 8 y 25 de la Convención Americana).

En el año 2007 dispuse la creación, en el ámbito de este Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina, de la *Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y solicitante de asilo* con el objeto de garantizar el acceso a la

justicia y la defensa de los derechos humanos de las personas refugiadas y solicitantes de asilo en la República Argentina.

Desde entonces, la Comisión ha venido abogando para que en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado en la República Argentina y en los demás estados americanos se respeten todas y cada una de las garantías del debido proceso y de la protección judicial consagradas en los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El pronunciamiento de este Tribunal, intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contribuirá sin lugar a dudas a esclarecer las obligaciones de los Estados Partes en la materia.

En el presente escrito no habré de referirme a todas las cuestiones planteadas en el caso ni a la presunta responsabilidad que le es atribuida en el mismo al Ilustre Estado Plurinacional de Bolivia, sino que me limitaré a arrimar algunos elementos de análisis sobre cuestiones que, hasta el presente, no han sido abordadas en la jurisprudencia del Tribunal.

II- El derecho de “buscar y recibir” asilo como derecho humano autónomo en la Convención Americana de Derechos Humanos

El derecho a solicitar asilo y a disfrutar de él formó parte del elenco de derechos básicos protegidos y consagrados desde la génesis misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos teniendo su lugar en la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹

¹ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Artículo 14.1. “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Sin embargo, existen posturas doctrinarias que advierten que, en lo que a asilo se refiere, su alcurnia de “derecho humano” está limitada a su aspecto de “búsqueda”², lo cual estaría corroborado por el hecho de que al discutirse la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, los Estados procuraron no consagrar “el derecho al refugio”³. Según esta doctrina, no existiría obligación de reconocer como refugiado a quien lo solicite⁴, sino que la exigencia que se le impone al Estado radicaría únicamente en oír la solicitud, reservándose la potestad discrecional de reconocer la condición de refugiado y otorgarle a la persona el permiso de permanecer en su territorio. En una línea similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteró que “el derecho al refugio” no es un derecho como tal consagrado en el Convenio Europeo ni en sus Protocolos⁵.

Sin embargo, el artículo 22.7 de la Convención Americana dispone que “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 internacionales”.

Toda vez que la Convención Americana reconoce el derecho de “buscar y recibir asilo” (el resaltado me pertenece), considero que todo Estado Parte de dicho instrumento está obligado a oír toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado que se formule ante sus autoridades, en observancia de las normas del debido proceso, y que, corroborados efectivamente los elementos de la definición de refugiado contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en el Protocolo de Nueva York

² En este sentido, ver *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 14; *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, artículo XVII; Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración sobre el Asilo Territorial*, Res. 2312(XXII).

³ Cf. Garretón, R., “Principio de no devolución. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención”, *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional*, San José, ACNUR/IIDH, 1995, pág. 218.

⁴ O’Nions, Helen, “The Erosion of the Right to Seek Asylum” en *Web Journal of Current Legal Issues*, Año 2006, Núm. 2 (disponible en línea en <http://webjcli.ncl.ac.uk/2006/issue2/onions2.htmlK>).

⁵ TEDH, *Sufi y Elmi vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de junio de 2011, párr. 212; *Iskandarov vs. Russia*, Sentencia del 23 de septiembre de 2010, párr. 124; *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, Sentencia del 30 de octubre de 1991, párr. 102.

de 1967 o en aquella/s que el ordenamiento jurídico de ese país establezca, el mismo *deberá* reconocer a la persona como tal y permitirle la estancia en su territorio, sin que exista un elemento discrecional.

III- Reconocimiento de la existencia de un *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de las personas refugiadas y solicitantes de asilo

La jurisprudencia del Tribunal ha reconocido la existencia de *corpus iuris* de protección internacional de los derechos humanos de personas en situación de especial vulnerabilidad, como los niños⁶.

Con relación a las personas refugiadas y solicitantes de asilo, el ex magistrado Antonio Cançado Trindade sostuvo que “existe una convergencia y complementariedad entre el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados pues el objeto de estas tres ramas del derecho internacional público es la protección del individuo en todo contexto o circunstancia”⁷. Ello por cuanto “los distintos mecanismos de protección se inspiran en principios comunes que los vinculan e interrelacionan, en consideraciones básicas de humanidad, formando un sistema internacional general, con sectores específicos de protección de la persona humana”⁸.

El artículo 22.7 de la Convención Americana refiere que el derecho de buscar y recibir asilo se ejercerá de acuerdo con la legislación del estado parte **y los convenios internacionales** (el resaltado me pertenece).

⁶ Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166 y *Caso de la Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 185.

⁷ Cf. Cançado Trindade, A. A., “*Aproximaciones y convergencias revisitadas: Diez años de interacción entre el DIDH, el DIR y el DIH*”, en Memoria del Vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004), ACNUR, San José, 2004, pág. 140.

⁸ Cançado Trindade, A. A., “Desarrollo de las relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión”, en Revista IIDH, Volumen 16, San José, 1992, p. 44.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

La Corte ha enfatizado que a tenor del artículo 29 de la Convención, se prohíbe realizar una interpretación restrictiva del régimen de protección de los derechos humanos⁹ que conlleve a suprimir o limitar los derechos y libertades de las personas¹⁰.

En el mismo orden de ideas, el Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹¹, para así cumplir con las cambiantes necesidades del ser humano¹² y para responder a las necesidades de protección de grupos en situación de vulnerabilidad.¹³

Siendo ello así, y en concordancia con lo expuesto por el perito Juan Carlos Murillo en su excelente peritaje ante esta Corte en el presente caso, entiendo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York de 1967, los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977 constituyen hoy un muy comprensivo “corpus iuris” de protección de los derechos humanos de las personas refugiadas y solicitantes de asilo.

De ello se deriva, en primer término, que en la interacción de dichos instrumentos deberán interpretarse extensivamente las normas que consagran o amplían derechos humanos y de manera restrictiva las normas que limitan estos derechos y que deberá

USO OFICIAL

⁹ Cf. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148 y “*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.

¹⁰ Cf. Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, párr. 20.

¹¹ Cf. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr.161; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 114; *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, párr. 193 y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124 y 125 y TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, Sentencia del 25 de abril de 1978, Serie A No. A26, párr. 31.

¹² Cf. Corte IDH, *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr.10.

¹³ Cf. Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, cit. párr.85; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 90 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, párr. 250.

propiciarse la interpretación más favorable a la persona humana, a la luz del principio *pro homine*¹⁴.

En segundo lugar, la interpretación de los alcances del derecho “de buscar y recibir asilo” consagrado en el artículo 22.7 de la Convención Americana y de las obligaciones de los Estados Partes ha de nutrirse y ampliarse a la luz de los demás instrumentos específicos del derecho internacional de los refugiados y del derecho internacional humanitario.

IV- La obligación de los Estados de brindar un recurso eficaz

En virtud del principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados internacionales, puede afirmarse que al derecho a buscar y recibir asilo debe corresponderle, como contenido intrínseco del mismo, la necesidad de establecer procedimientos que permitan la determinación de la condición de refugiado, a fin de reconocer a las personas que necesitan protección internacional¹⁵.

Solo de esta manera los Estados podrán determinar la validez de las solicitudes, es decir, si existe necesidad de protección o una fundada razón para denegar la petición¹⁶.

En consecuencia, para que el derecho a buscar y recibir asilo pueda ser ejercido de manera efectiva es necesario que los Estados pongan a disposición de toda persona un

¹⁴ Cf. 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, Opinión separada del Juez Rodolfo Piza Escalante, párr.36.

¹⁵ Cf. Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 93 sobre la recepción de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo*, aprobada en el 53° período de sesiones, 2002, a); WKälin, *Towards a Concept of Temporary Protection*, estudio inédito encargado por el ACNUR, 1996, pág 36 y Hathaway, James C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pág. 181.

¹⁶ Cf. Van Selm, Joanne, *Global Consultations on International Protection/Third Track: Access to Procedures - 'Safe Third Countries', 'Safe Countries of Origin' and 'Time Limits'*, ACNUR, 1° de junio de 2001, párr. 3. Disponible en línea en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b39a152d.html> [último acceso: 16 de agosto de 2011].



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

recurso accesible y eficaz que le permita poder obtener el reconocimiento de su condición de refugiado.¹⁷

En ese proceso, debe demostrarse que la persona que solicita ser reconocida como refugiada se encuentra incluida en la definición de persona refugiada contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en el Protocolo de Nueva York de 1967 o en aquella/s que el ordenamiento jurídico de ese país establezca.

Además, dicho procedimiento deberá hacerse de acuerdo con las reglas procesales pertinentes de dicho país, de manera escrita y/u oral, en el idioma oficial y valiéndose de los medios al alcance de la persona solicitante.

V- La trascendencia de la decisión estatal, la especificidad y complejidad de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y la situación de especial vulnerabilidad de los refugiados y solicitantes de asilo

Previo a analizar qué garantías deben regir en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, estimo necesario poner de resalto tres aspectos importantes en dichos procedimientos, a saber:

V.1. La trascendencia de la decisión estatal

La decisión de rechazo del reconocimiento de la condición de refugiado puede traer aparejada consecuencias drásticas para la persona solicitante de asilo. Si un Estado no le reconoce el estatuto del refugiado a una persona necesitada de protección internacional, esa persona corre el riesgo de ser devuelta a un lugar donde su propia vida, integridad o

¹⁷ CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 63; *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*, 28 de febrero de 2000, párr. 104; Cf. MONGE, Federico, “El asilo como fundamento de la protección de los refugiados” en Lettieri, Martín (Ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, UNLa, 2012, pág. 31.

libertad estarán en riesgo. No es difícil concluir que para las personas y familias que buscan protección internacional, el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado puede representar el proceso más importante de sus vidas. En efecto, para aquellos que huyen de la persecución, significará la diferencia entre encontrar la seguridad en un nuevo país o ser devuelto a su país de origen.¹⁸ Es decir, el resultado de este proceso puede llegar a implicar nada más y nada menos que la diferencia entre la vida y la muerte.

Dadas las consecuencias potencialmente irreversibles de una decisión errónea, es altamente necesario contar con garantías que aseguren que aquellos que requieran protección internacional sean reconocidos como refugiados.¹⁹

V.2. La especificidad y complejidad de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado

El acceso al reconocimiento de la condición de refugiado requiere que el solicitante logre convencer a la autoridad competente del país de asilo que se encuentra necesitado de protección internacional, es decir, que su experiencia personal encuadra en las definiciones jurídicas de refugiado que el ordenamiento de ese país reconozca.

Al respecto, la Comisión Interamericana destacó que “la labor de comprobar los hechos específicos de las circunstancias de un individuo en el marco de la situación de un país, que bien podría ser complicada, oscura e inestable, plantea particulares desafíos que implican determinaciones cruciales basadas en los contenidos, relativas a la credibilidad, confiabilidad y pertinencia de las pruebas documentales y testimoniales presentadas”.²⁰

Esto pone de relevancia una cuestión peculiar de este tipo de procedimientos y las cuestiones probatorias que deben tener lugar en el mismo. En este sentido, la

¹⁸ Cf. European Council on Refugees and Exiles, *Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*, octubre de 2010, pág. 6.

¹⁹ Cf. European Council on Refugees and Exiles, *Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*, octubre de 2010, pág. 6.

²⁰ 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 104



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

determinación de la condición de refugiado no busca identificar a los refugiados “con certeza absoluta”, sino establecer la probabilidad de que lo sean. No obstante, no todos los niveles de probabilidad de ser perseguido son suficientes para dar lugar a la condición de refugiado.²¹ Un elemento esencial a tener en cuenta es si el solicitante ha sido capaz de demostrar la existencia de este temor fundado con el grado de probabilidad que debe existir para tener derecho al reconocimiento de la condición de refugiado.²² Asimismo, se ha puesto de manifiesto que suele existir confusión respecto de cuáles son los hechos que deben probarse en el marco de una solicitud de asilo, por cuanto lo determinante es “probar” cuán probable es el hecho de que la persona, de ser devuelta, sea víctima de persecución.²³

El Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados ha destacado la creciente complejidad que han ido adquiriendo los procesos de reconocimiento de la condición de refugiado.²⁴

En el ámbito americano, a idéntica conclusión arribó la Comisión Interamericana al afirmar que “los procedimientos aplicables pueden ser bastante complejos, particularmente para la vasta mayoría de peticionarios no versados en la ley aplicable.”²⁵

La complejidad que se visibiliza en el proceso de determinación de la condición de refugiado también está dada al tiempo de analizar la situación objetiva del país de origen del cual procede el solicitante de asilo. En efecto, teniendo en cuenta que el término “temor fundado” que recoge la definición de refugiado de la Convención de 1951 refiere a un elemento subjetivo y a un elemento objetivo²⁶, el análisis de la información sobre el

²¹ Cf. ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, 16 de diciembre de 1998, párr. 2.

²² Cf. ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, 16 de diciembre de 1998, párr. 2.

²³ Cf. LETTIERI, Martín, “Procedimiento de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba” en LETTIERI, Martín (Ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Ed. UNLa, Buenos Aires, 2012, págs. 117 y 118.

²⁴ Cf. European Council on Refugees and Exiles, *ECRE Comments on the European Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive*, 28 de mayo de 2010, pág. 26

²⁵ 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 125

²⁶ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, 1979, reed. 1992, párr 38.

país de origen resulta de la misma definición convencional y tiene por finalidad demostrar que el temor subjetivo de persecución alegado por el peticionante es fundado, esto es, que se encuentra avalado tanto por la situación de su país de origen como por su historia personal. Sin embargo, la investigación sobre la información del país de origen es una tarea para nada sencilla, pues es un campo que debe nutrirse de conocimientos provenientes de diferentes disciplinas y diferentes fuentes, muchas de las cuales incluso no se encuentran accesibles al público. El análisis de la información objetiva sobre el país de origen exige la utilización de informes sobre derechos humanos – gubernamentales y no gubernamentales–, valoraciones de la seguridad, trabajos antropológicos o sociológicos, análisis políticos, reportajes de prensa y testimonios de expertos, todo ello tendiente a demostrar que la situación de persecución expresada por el solicitante se encuentra avalada por la situación objetiva que impera en su país de origen.

Asimismo, durante el procedimiento de determinación de la condición de refugiado es posible identificar casos que requieren llevar a cabo una labor interpretativa de por sí compleja. Así, pueden presentarse supuestos en los cuales la persona reúna todas las características y elementos para ser reconocida como refugiada pero, no obstante ello, entren a jugar en su perjuicio las cláusulas de exclusión recogidas en la sección f) del artículo 1 Convención de 1951²⁷ y se concluya que aquella no es merecedora de protección internacional. La determinación de la aplicación de tales cláusulas plantea serios interrogantes de tipo interpretativo, como ser, qué debe entenderse por “fundados temores” y “grave delito común” cometido por la persona fuera del país de asilo como fundamento para excluirlo de la protección internacional requerida. Precisamente por las

²⁷ La sección F del artículo 1 de la Convención de 191 establece que no serán aplicables las disposiciones de esta Convención a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: “a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado; c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

graves consecuencias que la aplicación de las cláusulas de exclusión posee para el solicitante de asilo, es que el ACNUR ha enfatizado que la interpretación de las mismas ha de ser restrictiva²⁸.

En estas situaciones, el solicitante se encontrará normalmente en una situación de indefensión que no hará sino obstaculizar y dificultar que su solicitud de asilo sea exitosa.

V.3. La situación de especial vulnerabilidad de las personas refugiadas y solicitantes de asilo

Se entiende que una persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad cuando, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, “encuentra especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.²⁹ En esta misma línea, las *100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad* (en adelante, “*Reglas de Brasilia*”) reconocen específicamente a los beneficiarios del estatuto de refugiado y a los solicitantes de asilo como destinatarios de las mismas.³⁰

Congruentemente, el *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado del ACNUR* advierte sobre el hecho de que al momento de solicitar asilo, la persona “se encuentra en un medio extraño y puede tropezar con graves dificultades de orden técnico y psicológico para exponer su caso a las autoridades de un

²⁸ ACNUR, “*Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*”, párr. 149.

²⁹ Cf. *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, Brasil, 2008, regla 3.

³⁰ Cf. *Ídem anterior*, regla 13.

país extranjero, muchas veces en un idioma que no es el suyo”.³¹ Esto se ve agravado por el hecho de que no suelen estar familiarizados con los procedimientos vigentes en el Estado de asilo y, en algunos casos, debido a los eventos por los que atravesaron en sus países de origen, desconfían de las personas que ocupan posiciones de autoridad.³² Todos estos elementos, sumados a los posibles traumas que los solicitantes puedan acarrear consigo son barreras que, sin un apoyo adecuado, pueden dificultar grandemente el acceso a la justicia y a los procesos en condiciones de igualdad.³³

VI- Las garantías del debido proceso y de la protección judicial en los procesos de determinación de la condición de refugiado (artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención)³⁴

El Tribunal ha destacado en su jurisprudencia constante que el derecho al debido proceso legal —entendido éste como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos”³⁵— debe respetarse en todos los procedimientos cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”³⁶.

³¹ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, párr. 190.

³² Cf. European Council on Refugees and Exiles, *ECRE Comments on the European Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive*, 28 de mayo de 2010, pág. 26

³³ Cf. European Council on Refugees and Exiles, *Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*, octubre de 2010, pág. 6.

³⁴ Para esta sección del *amicus curiae*, me he nutrido del trabajo de los integrantes de la *Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Solicitante de Asilo del Ministerio Público de la Defensa*: Dubinsky, Karina - Filardi, Marcos y Mendos, Lucas, *"El Debido Proceso en el Reconocimiento de la condición de refugiado de niños no acompañados"*, en Lettieri, Martín (editor), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Ediciones de la UNLA, Lanús, 2012, pp. 227-254.

³⁵ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, párrs. 108 y 116; *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.

³⁶ 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. 125.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

De allí que las garantías del debido proceso legal se aplican en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, lo cual revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal³⁷.

En lo que concierne a los procedimientos administrativos, la Corte Interamericana ha enfatizado que la discrecionalidad de la administración posee límites infranqueables, siendo uno de ello el respeto de los derechos humanos y, en particular, el derecho de obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas³⁸.

En esta misma línea argumentativa se ha expedido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en numerosas oportunidades³⁹.

A la luz de los precedentes citados, el proceso de determinación de la condición de refugiado de una persona es, sin dudas, una instancia en la que se está “adoptando una decisión sobre la determinación de los derechos de una persona”, por cuanto ese proceso será el que le permitirá a la persona eventualmente gozar del derecho a recibir y disfrutar del asilo, con todo lo que ello trae aparejado.

Por ello, el procedimiento de determinación de la condición de refugiado debería ser una instancia alcanzada por los estándares en materia de debido proceso legal.

Por otra parte, cabe destacar que la mera consagración formal del debido proceso legal no implica que éste se encuentre satisfecho. En efecto, la Corte ha señalado que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus

³⁷ Cf. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 103; *Caso del Tribunal Constitucional vs Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 71, párr. 70.

³⁸ Cf. Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 126 y 127.

³⁹ CIDH, *Informe No. 121/10*, Caso 12.431, Fondo, *Carlos Alberto Mojoli Vargas vs. Paraguay*, 23 de Octubre de 2010, Párr. 84; CIDH, *Informe No. 20/99*, Caso 11.317, *Rodolfo Robles Espinoza vs. Perú*, párr. 119; *Informe No. 49/99*, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star y otros vs. México*, párr. 65; *Informe N° 69/99*, Caso 11.707, *Norma Dominga Carpi viuda de Szukalo vs. Argentina*, párr. 45; CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, 7 de septiembre de 2007, párrs. 95 a 97.

derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”⁴⁰.

En este sentido, el Tribunal afirmó que “[p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁴¹.

La existencia de estas “desigualdades reales” a las que se refiere la Corte es más susceptible de ponerse en evidencia en procedimientos en los que están involucrados refugiados y solicitantes de asilo, debido a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

Si bien no pueden caber dudas acerca de la plena aplicabilidad de las garantías consagradas en los incisos del artículo 8(2) de la Convención Americana en procesos administrativos⁴², es cierto que todavía no existe un pronunciamiento por parte de esta

⁴⁰ 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, párr. 117.

⁴¹ Ídem, párr. 119.

⁴² A modo ejemplificativo, ver Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, cit, párr. 103 y *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas, cit, párr. 125.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Corte sobre el contenido específico y lo esencial de su observancia en procesos de determinación de la condición de refugiado.

La Comisión Interamericana, por el contrario, sí ha tenido la oportunidad de destacar que el debido proceso legal debe ser observado al momento de determinar las necesidades de protección internacional de una persona a los efectos de reconocerla como refugiada.⁴³

Asimismo, ha dicho que “el proceso para determinar quién es o quién no es un refugiado implica hacer determinaciones caso por caso que puedan influir en la libertad, la integridad personal e inclusive la vida de la persona de que se trate”⁴⁴. Por ende, los principios básicos de igual protección y debido proceso consagrados en la Convención Americana hacen necesarios procedimientos previsibles y coherencia en la toma de decisiones en cada etapa del proceso de reconocimiento de la condición de refugiado⁴⁵.

En el mismo orden de ideas, el ACNUR ha señalado que “aunque los procedimientos para examinar las solicitudes de asilo difieren entre sí, dependiendo de las tradiciones administrativas y/o los sistemas legales que se apliquen en cada caso, se deben contemplar siempre ciertos elementos comunes que son necesarios para que la toma de decisiones se haga conforme a las normas internacionales de protección”⁴⁶.

Asimismo, “en opinión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en tanto el derecho de solicitar y recibir asilo está reconocido plenamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.7) estas garantías judiciales [las de los artículos 8 y 25 de la Convención] son igualmente aplicables a los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado en las Américas. Por

⁴³ CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 63; 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 104; Cf. MONGE, Federico, “El asilo como fundamento de la protección de los refugiados” en LETTIERI, Martín (Ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, UNLa, 2012, pág. 31.

⁴⁴ 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 52

⁴⁵ Cf. Ídem anterior, párr. 52.

⁴⁶ ACNUR, *Procesos de Asilo*, EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001, párr. 50.

ende, la obligación de los estados de adoptar mecanismos legislativos o de otra naturaleza para la determinación de la condición de refugiado emana del artículo 22.7 en relación con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ha de inspirarse en las garantías judiciales establecidas en los artículos 8 y 25 de la misma Convención Americana”⁴⁷.

En el mismo sentido se pronunció el autor citado precedentemente al rendir su peritaje en la audiencia pública convocada por el Tribunal en el presente caso.

En la misma inteligencia, doctrina calificada ha indicado que “la manera en que un estado determina si una persona es refugiada no debe diferir de la forma en la que se determinan hechos en un procedimiento penal, es decir, a través de procedimientos que garanticen que las decisiones se basen en un alto nivel de certeza legal⁴⁸, lo que obviamente requiere un análisis exhaustivo del caso. Los procedimientos de determinación de la condición de refugiados requieren que las autoridades deliberen activamente y que justifiquen la decisión de denegar protección internacional al solicitante⁴⁹.

En síntesis, dada la trascendencia de la decisión estatal en la vida, libertad e integridad de la persona, la especificidad y complejidad del derecho internacional de los refugiados y la situación de especial vulnerabilidad de las personas refugiadas y solicitantes de asilo, no cabe sino concluir que en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado deben respetarse todas y cada una de las garantías consagradas en los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención Americana.

A continuación, me referiré con mayor profundidad a cada una de las garantías en juego en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado.

⁴⁷ Murillo González, Juan Carlos, *Justicia y Seguridad: su relevancia para la protección internacional de los refugiados*, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número 38, Julio-Diciembre 2003, San José, 2003, p. 452.

⁴⁸ Cf. Popovic, Aleksandra, “Evidentiary assessment and non-refoulement: insights from criminal procedure”, en Noll, Gregor (ed.), *Proof, evidentiary assessment and credibility in asylum procedures*, MartinusNijhoff Publishers, Leiden, 2005, p. 31.

⁴⁹ Ídem, p. 29.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

VI.1. Obligación de dar inicio al procedimiento de determinación de la

condición de refugiado ante la manifestación de voluntad de la persona

Si una persona manifiesta ante cualquier agente estatal en cualquier lugar sujeto a la jurisdicción del estado su voluntad de ser reconocida como refugiada (incluso de manera verbal) el Estado es responsable de dar inicio de inmediato al procedimiento de determinación de la condición de refugiado conforme a la legislación vigente y de garantizar que la persona no sea devuelta, expulsada, rechazada en frontera ni extraditada hasta tanto no haya una decisión definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada, sobre su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

En este sentido, la supuesta falta de información en una solicitud no puede ser un impedimento para que el Estado le otorgue el tratamiento debido, sino que en todo caso dicha circunstancia obliga a las autoridades estatales a indicar a la persona la necesidad de subsanar o completar la información requerida para poder desarrollar a cabalidad el procedimiento.

VI.2. Individualidad de procesos

Si bien la multiplicidad de personas involucradas en un proceso unificado no es algo jurídicamente anómalo —v.g. acumulación por conexidad subjetiva u objetiva, en el ámbito penal, la *litis-consorcio*, en el ámbito civil—, lo cierto es que, en los procesos de reconocimiento de la condición de refugiado, la garantía de la individualidad de procesos busca asegurar que el caso particular de cada solicitante sea analizado de manera separada, con las circunstancias y antecedentes propios y personales y no en forma conjunta con otros solicitantes.

VI.3. Derecho a la información sobre la naturaleza y características del procedimiento y sobre los derechos y obligaciones del refugiado y solicitante de asilo

El acceso a la información, entendido éste como derecho humano protegido por la libertad de expresión, resulta crucial en estos casos.

Así, la Corte ha resaltado en su jurisprudencia que la libertad de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de toda persona de manifestar su propio pensamiento y difundir informaciones e ideas de toda índole, sino también el derecho y la libertad de buscar y recibir tales informaciones⁵⁰.

En este sentido, resulta vital que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen de manera diligente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de este derecho fundamental⁵¹.

De este modo, y para asegurar un efectivo ejercicio del derecho a la información por parte de los solicitantes de asilo, deviene esencial que en la primera oportunidad los solicitantes de asilo sean informados en un idioma que fehacientemente puedan comprender sobre la naturaleza y las características del procedimiento de determinación de la condición de refugiado y sobre sus derechos y obligaciones.

Al respecto, el ACNUR ha señalado que resulta fundamental que los Estados ofrezcan orientación sobre las distintas etapas del procedimiento⁵², de modo tal que el peticionante tenga la oportunidad y el tiempo razonable para cuestionar cualquier falta

⁵⁰ Cf. Corte IDH., *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 77; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 108; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 76;

⁵¹ Cf. 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. 211.

⁵² Cf. Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 8 sobre determinación de la condición de refugiado*, párr. ii.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

de cumplimiento de las normas que rigen el proceso⁵³, aportar prueba documental y preparar adecuadamente la entrevista personal de elegibilidad⁵⁴.

VI.4. Derecho a ser oído mediante una entrevista de elegibilidad

Entre las garantías reconocidas por el artículo 8.1 de la Convención que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos también se encuentra el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial que adopte sus decisiones mediante resolución fundada a fin de evitar la arbitrariedad⁵⁵.

Este derecho adquiere una gran relevancia si se entiende, como lo ha sostenido la Corte en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores”, que “el derecho a la defensa obliga al estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”⁵⁶.

Por otra parte, como señalara la Comisión Interamericana, “si bien el derecho de asilo consagrado en el artículo XXVII no implica garantía alguna de que éste será otorgado, necesariamente exige que el peticionario sea oído al presentar la solicitud. El derecho a ser oído está vinculado al principio del respeto al debido proceso que subyace a varias disposiciones de la Declaración Americana, más pertinentemente los artículos II (igual protección), XVII (reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles), XVIII (derecho de justicia) y XXVI (derecho a proceso regular) (...) se requiere que la

⁵³ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, pág. 195.

⁵⁴ Cf. Ídem anterior, pág. 224.

⁵⁵ Cf. Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152; *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 63 y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107.

⁵⁶ 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. 154.

persona en cuestión reciba las garantías mínimas necesarias para presentar eficazmente su reclamo”⁵⁷.

VI. 5. Derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa (artículo 8 2 c de la Convención)

La garantía consagrada en el art. 8.2.c de la Convención ha sido calificada por la Corte como fundamental, ya que “obliga al Estado a permitir el acceso del inculcado al conocimiento del expediente llevado en su contra”⁵⁸.

Esta garantía implica asimismo “respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de[l] [inculcado] en el análisis de la prueba”⁵⁹.

En el caso “Barreto Leiva”, la Corte expresó que si el Estado pretende limitar el derecho bajo análisis, “debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención”⁶⁰.

En el mismo sentido, si bien el ACNUR ha reconocido la posibilidad de utilizar procedimientos acelerados en caso de solicitudes “manifiestamente infundadas”, ha hecho especial hincapié en que en dichos procedimientos “se debe asegurar la existencia de las debidas garantías procedimentales. Además de los requisitos básicos aplicables a todos los tipos de solicitudes de asilo, se han identificado tres salvaguardas que resultan específicamente aplicables en los procedimientos acelerados. En primer lugar, se debe realizar una entrevista personal completa del solicitante por parte de un oficial plenamente capacitado o, cuando resulte posible, por un funcionario de la autoridad

⁵⁷ 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, cit., párr. 60.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 54.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, cit., párr. 55.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

competente para realizar la determinación de la condición de refugiado. En segundo lugar, la autoridad normalmente competente para determinar la condición de refugiado debe establecer el carácter manifiestamente infundado o abusivo de la solicitud. En tercer lugar, un solicitante rechazado debe contar con la posibilidad de que se revise la decisión denegatoria antes de que se le rechace en frontera o se le expulse del territorio. Esta posibilidad de revisión puede ser más simplificada que aquella disponible para casos rechazados que no son manifiestamente infundados o abusivos”⁶¹.

El establecimiento de plazos demasiado breves resulta contrario a los fines propios que tiene toda entrevista con el solicitante de refugio, ya que aquella busca ser una instancia de conocimiento de las circunstancias particulares del caso a los fines de su posterior análisis. Según las metodologías y técnicas para entrevistar a solicitantes de asilo del ACNUR, todo entrevistador debe contar con el tiempo de preparación y de información adecuados para realizar el encuentro⁶².

En este sentido, las entrevistas deben ser tomadas siguiendo determinadas pautas de acción, entre ellas, la preparación de la entrevista que incluye un análisis de la normativa en materia de protección internacional de refugiados; también requiere la preparación de preguntas pertinentes a la información consignada por el solicitante, la preparación de la persona que se desempeñará como intérprete, la disposición del espacio físico donde se llevará a cabo la entrevista, la utilización de un lenguaje acorde con la realidad y particularidades del solicitante, la planificación del tiempo, el tener en consideración barreras de comunicación, entre otros.

Es por estos motivos que en su peritaje ante la Corte en el presente caso, el perito Juan Carlos Murillo señaló que “cuando hablamos de plazos mínimos no hablamos de una hora, ni un día ni un mes” y, en respuesta a una pregunta del Tribunal en la audiencia,

⁶¹ ACNUR, “Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes), Doc. N.U. EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001, párr. 32.

⁶² Cf. ACNUR, *Metodología y Técnicas para entrevistar a solicitantes de la Condición de Refugiado*, Módulo de Capacitación (1995) Cap. 1.

precisó que según el ACNUR el procedimiento nunca podría tener una duración inferior a los noventa días.

En sentido concordante, la Comisión Interamericana ha advertido que “la facultad de disponer distintos procedimientos para evaluar solicitudes que sean manifiestamente infundadas no puede vaciar de contenido las garantías mínimas del debido proceso”⁶³.

Ello por cuanto, según la Comisión, las garantías tendientes a que todas las personas “puedan preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes resultan imposibles de ejercer en aquellos casos en los que el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve.”⁶⁴

Por último, al establecer y aplicar procedimientos acelerados, los Estados deben recordar que es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial el ejercicio del llamado control de convencionalidad”⁶⁵, según el cual las autoridades deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.⁶⁶

VI.6. Derecho al plazo razonable de los procedimientos

La Corte Interamericana subrayó que, a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana, uno de los elementos del debido proceso es que aquellos procedimientos que se desarrollen para la determinación de los derechos de las personas en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter, se realicen dentro de un plazo razonable⁶⁷.

⁶³ CIDH, Informe No. 135/11, Caso 12.474, Fondo, Familia Pacheco Tineo, cit., párr. 160.

⁶⁴ CIDH, Informe 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star y otros v. México*, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 182 (1998), párr. 60.

⁶⁵ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C N° 221, párr. 239

⁶⁶ Cf. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

⁶⁷ Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena XákmokKásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 133; *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 133 y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 244.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Es así que, tanto la Corte como la Comisión, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, han establecido tres criterios fundamentales para poder determinar si el plazo que transcurrió a lo largo de un procedimiento judicial o administrativo ha sido razonable: (i) la complejidad del caso, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades estatales⁶⁸.

Con posterioridad, la Corte IDH ha agregado un cuarto requisito al precisar que “se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”⁶⁹.

En todo caso, corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso se prolongó durante un período determinado que exceda los límites del plazo razonable⁷⁰.

La Comisión Interamericana destacó que “dados sus efectos en la situación de las personas que se encuentran dentro del sistema, es fundamental el objetivo de garantizar que las determinaciones de la condición de refugiado se realicen en plazo, con todas las garantías necesarias”⁷¹. En igual guisa, el ACNUR ha remarcado la necesidad de que los procedimientos de asilo sean arbitrados de manera expedita, eficiente y justa, de conformidad con los estándares del derecho internacional de los refugiados⁷².

USO OFICIAL

⁶⁸ Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 72; CIDH, Informe No. 52/97, Caso 11.218, *Arges Sequeira Mangas (Nicaragua)*, Informe Anual de 1997, párr. 122; TEDH, *Caso Obermeier vs. Austria*, Sentencia del 28 de Junio de 1990, párr. 70-73.

⁶⁹ 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. 155.

⁷⁰ Cf. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, párr. 244.

⁷¹ 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. 176.

⁷² Cf. ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, párr. 49.

Como corolario de ello, la decisión final sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado debe ser notificada al peticionante de forma fehaciente y en un plazo razonable⁷³.

A los efectos de cuantificar la razonabilidad del plazo, el ACNUR recomendó a los Estados definir límites razonables de tiempo desde el momento en que decide la solicitud hasta que se notifica ésta al peticionante, los que sólo pueden ser extendidos bajo circunstancias excepcionales y justificadas⁷⁴ y, en caso que su solicitud sea rechazada, resulta indispensable proveer al peticionante el tiempo suficiente para preparar la apelación pertinente⁷⁵.

Merece resaltarse que si bien es necesario que el procedimiento sea rápido y eficiente, ello no releva a los Estados de respetar las garantías del debido proceso⁷⁶. En otras palabras, la celeridad en el proceso no puede lograrse a expensas de la flexibilización de las garantías procesales.

De allí que resulte esencial asegurar que en la primera instancia de decisión exista un examen completo del caso, de modo tal de reducir las probabilidades de una apelación con base en un examen deficiente⁷⁷.

VI.7. Derecho a la asistencia letrada efectiva⁷⁸

⁷³ Cf. Mondelli, Juan Ignacio, *Procedimientos de asilo justos y eficientes: estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de refugiados*, III Curso Regional sobre Derecho Internacional de Refugiados para América Latina, ACNUR, Buenos Aires, septiembre de 2005, pág. 26.

⁷⁴ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, cit, pág. 44.

⁷⁵ Cf. Ídem anterior.

⁷⁶ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, cit, pág. 224.

⁷⁷ Cf. Ídem anterior.

⁷⁸ Para esta sección del *amicus curiae*, me he nutrido del trabajo de los integrantes de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Solicitante de Asilo del Ministerio Público de la Defensa, Dubinsky, Karina - Filardi, Marcos y Mendos, Lucas, "El Derecho a la Asistencia letrada Efectiva en el Proceso de Determinación de la Condición de Refugiado", en Filardi, Marcos y Rey, Sebastián (coordinadores), *Derechos Humanos. Reflexiones desde el Sur*, Infojus, Buenos Aires, 2012, pp. 173-195.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

El derecho a la asistencia letrada es un derecho intrínsecamente derivado del derecho de defensa, aspecto inescindible del debido proceso legal. De hecho, en la Declaración Universal de Derechos Humanos no se encuentra consagrado explícitamente el derecho a la asistencia letrada como tal, sino que debe entenderse comprendido en la garantía de “acceder a la justicia en condiciones de plena igualdad”⁷⁹ y “el derecho de toda persona acusada de un delito a gozar de todas las garantías necesarias para la defensa”.⁸⁰ Por su parte, tanto el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,⁸¹ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸² y la Convención Americana⁸³ consagran este derecho de manera explícita.

Sin lugar a dudas, y tal como afirma María Fernanda López Puleio, en la esfera penal el desafío hoy en día no es tanto la estandarización normativa de este derecho sino la operativización de los postulados consagrados, la remoción de obstáculos que impiden o restringen el acceso a la justicia y satisfacer el derecho fundamental de la defensa de los derechos reconocidos.⁸⁴ Sin embargo, esto no es extrapolable al campo específico del Derecho Internacional de los Refugiados, en el que no existe un estándar claro y contundente en materia de obligatoriedad del deber de los Estados de asegurar el acceso a la asistencia de un abogado defensor.⁸⁵

En efecto, la Conclusión N° 8 (XXVIII) del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre la Determinación de la Condición de Refugiado de 1977 no incluye a este derecho como una garantía debida al solicitante. En ella se recomienda otorgar al solicitante “las

⁷⁹ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 10.

⁸⁰ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 11(1).

⁸¹ *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, artículo 6(3)(c).

⁸² *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 14(3)(d).

⁸³ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 8(2)(e).

⁸⁴ Cf. LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, *Asistencia legal y Defensa pública*, Documento de fundamentación, VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos, pág. 3.

⁸⁵ Cf. European Council on Refugees and Exiles, *Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*, octubre de 2010, pág. 12.

facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete idóneo”⁸⁶ y “permitírsele el contacto con un representante del ACNUR”.⁸⁷ Si bien estas recomendaciones contribuyen a asegurar que el resultado del proceso de determinación de la condición de refugiado esté basado en un análisis completo de los hechos del caso y del derecho internacional aplicable⁸⁸, entiendo que el acceso a un representante del ACNUR no puede ser sustituto de la provisión de asistencia legal independiente a los solicitantes. Sin embargo, con posterioridad a dicha Conclusión, el ACNUR destacó que en cualquier fase del procedimiento, incluso en la etapa de admisibilidad, los solicitantes de asilo deben estar asesorados sobre el proceso y, además, deben tener acceso a asistencia legal⁸⁹. En este sentido, además del acceso al ACNUR o a Organizaciones No Gubernamentales relevantes, contar con una asesoría legal cumple un rol significativo que procura brindar al solicitante de asilo mayor confianza y comprensión sobre el procedimiento, siendo que los mejores procedimientos son aquellos que contemplan todos estos factores⁹⁰.

Uno de los raros ejemplos de inclusión de este derecho de manera explícita es el artículo 15 de la *Directiva 2005/85/EC* del Consejo de la Unión Europea,⁹¹ el cual consagra un estándar bastante bajo de garantía de este derecho por parte de los Estados miembros,⁹² por cuanto lo limita a la etapa recursiva y permite que los Estados la restrinjan aún más bajo determinados criterios.

Jurisprudencialmente, no existen antecedentes del Tribunal Europeo ni de la Corte Interamericana que establezcan la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la

⁸⁶ Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión N° 8 (XXVIII) *sobre la Determinación de la Condición de Refugiado*, 12 de octubre 1977, párr. e (iv)

⁸⁷ *Ibidem anterior*.

⁸⁸ Cf. JONES, Martin, “Refugee Status Determination: three Challenges”, en *Forced Migration Review*, Vol. 32, abril de 2009, pág. 53.

⁸⁹ Cf. ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, Segunda Reunión. EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001, párr. 50(g)

⁹⁰ Cf. *Ibidem*, párr. 37

⁹¹ Cf. DIRECTIVA 2005/85/CE DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, 1º de diciembre de 2005, Diario Oficial n° L 326 de 13/12/2005, págs. 13 a 34.

⁹² Cf. European Council on Refugees and Exiles, *ECRE Comments on the European Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive*, 28 de mayo de 2010, pág. 25



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

asistencia letrada para casos de refugiados. Hasta la fecha tan sólo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de indicar la trascendencia de este derecho 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*, al destacar que “[c]onsiderando la naturaleza del proceso de determinación de la condición de refugiado y los intereses que están en juego para el peticionario, resulta obvio que es de su interés ser representado por un abogado competente”.⁹³

La asistencia de un abogado será crucial para reducir al máximo la posibilidad de denegaciones en casos donde la protección es requerida para salvaguardar la vida de una persona o una familia, evitando así la posibilidad de que dicha posibilidad ocurra por falencias meramente procesales, como puede ser el vencimiento de un plazo o el rechazo de una prueba ofrecida.

Teniendo en cuenta que estudios estadísticos han demostrado que los solicitantes que cuentan con representación legal presentan una tasa de reconocimiento superior de hasta el doble o el cuádruple de posibilidades respecto de quienes se auto representaban,⁹⁴ puede concluirse que la falta de asistencia letrada se traduce en un aumento significativo de las posibilidades de obtener una denegación de la solicitud.

En otras palabras, si se ofrece dicha asistencia, se reducirá cuantitativamente el número de solicitantes expuestos a ser devueltos erróneamente al lugar donde serán víctimas de persecución.

Por ello, contar con un abogado será la garantía que le permitirá al solicitante reducir las posibilidades de obtener una denegación por no haber comprendido las particularidades

⁹³ 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 125

⁹⁴ Cf. KAGAN, Michael, “Frontier Justice: Legal Aid and UNHCR Refugee Status Determination in Egypt” en *Journal of Refugee Studies*, Vol. 19, No. 1, Oxford Journals, págs. 51 y ss.

del proceso, la índole de la información requerida por la autoridad local, el tipo de análisis e investigación que debe efectuarse para encuadrar su caso en la definición de refugiado, etc.

La asistencia letrada se presenta así como la instancia facilitadora entre el peticionante y el aparato estatal que tiene a su cargo la decisión sobre el reconocimiento de la condición de refugiado. La figura del representante legal en este procedimiento resulta clave si consideramos que éste se encuentra regido por normas de rito que muchas veces resultan de tal complejidad que se transforman en inasequibles para las personas ajenas al campo del derecho. En otras palabras, es el abogado quien podrá velar por el respeto de todas y cada una de las garantías del debido proceso en favor del peticionante que, por excelencia, es desconocedor tanto del derecho local como de la jurisprudencia del órgano de aplicación, permitiendo así que la defensa esté encaminada a lograr el reconocimiento de su condición como refugiado.

Características que debe reunir la asistencia letrada para ser efectiva

Habiendo pues explicado las razones por las que todo solicitante de la condición de refugiado debe ser asistido por un abogado, a continuación detallaré cuáles son las características que debe reunir dicha asistencia letrada para que ésta sea una asistencia efectiva y de calidad.

Entre dichos caracteres destacaré (i) la *oportunidad*, (ii) la *gratuidad*, (iii) la *accesibilidad*, (iv) la *efectividad*, (v) la *especialización*, (vi) la *autonomía* y (vi) la *provisión desde el ámbito de la defensa pública*.

a. **Oportunidad:** En materia de asistencia letrada en procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado, la oportunidad marcará el momento a partir del cual el solicitante entrará en contacto con su abogado. Uno de los mayores



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

inconvenientes a nivel mundial en este tipo de procesos es que los Estados que ofrecen algún tipo de asistencia legal suelen hacerlo únicamente luego de que el solicitante haya recibido una decisión adversa de su petición inicial.

Sin embargo, uno de los elementos indispensables en casos de peticionantes de asilo, por su condición de vulnerabilidad señalada anteriormente, es que la asistencia letrada sea garantizada desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario carecerá de idoneidad por su falta de oportunidad⁹⁵. Así lo ha señalado la Corte Interamericana, al destacar que “si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento”⁹⁶. A nivel universal, el Comité de Derechos Humanos adscribe al mismo estándar de oportunidad⁹⁷.

Proveer asistencia al solicitante desde el inicio del procedimiento contribuye al mejor abordaje del caso, puesto que le permite al representante legal asegurar una mayor cooperación de las autoridades de aplicación, destacar los elementos de importancia del caso de su representado desde un primer momento (que, de otro modo, serían analizados después de una decisión adversa) y aclarar determinadas declaraciones del solicitante que pudieran potencialmente crear confusión.⁹⁸

b. **Accesibilidad:** la accesibilidad del derecho dependerá, en gran medida, de la información que se le provea a los solicitantes, de manera oportuna. Teniendo en cuenta que la presencia de un asistente legal conlleva determinadas formalidades y

⁹⁵ 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. 133.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 132

⁹⁷ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Pagdayawon Rolando vs. Filipinas*, Comunicación No. 1110/2002, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/1110/2002 (2004), párr. 5(6); *Abduali Ismatovich Kurbanov vs. Tayikistán*, Comunicación No. 1096/2002, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1096/2002 (2003), párr. 7(3) y *Robinson La Vende vs. Trinidad y Tobago*, Comunicación No. 554/1993, U.N. Doc. CCPR/C/61/D/554/1993 (1997), párr 5(8).

⁹⁸ Cf. European Council on Refugees and Exiles, *ECRE Comments on the European Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive*, 28 de mayo de 2010, pág. 26

somete a los agentes de la autoridad de aplicación a un contralor más estricto que si el proceso se llevara a cabo con prescindencia de él, no es infrecuente que exista cierta reticencia a informar adecuadamente sobre el derecho a contar con asistencia letrada en todas las etapas del proceso. En muchos casos se suele subestimar la importancia de la asistencia y se le recomienda al solicitante iniciar el proceso sin designar abogado defensor y que, eventualmente, podrá hacerlo en la etapa recursiva, si ello fuera procedente.

En este sentido, el derecho a la representación legal se hace efectivo cuando existen medio encaminados para obtener dicha asistencia legal⁹⁹, pues de lo contrario se estará ante una consagración teórica de un derecho que, en la práctica, no puede ser ejercido. De este modo, y para asegurar un efectivo ejercicio del derecho a la información por parte de los solicitantes de asilo, deviene esencial que la información sobre el derecho que les asiste de contar con un abogado durante el procedimiento de asilo sea provista por la autoridad correspondiente en el inicio mismo del procedimiento y en un idioma que puedan fehacientemente comprender.

c. **Efectividad.** Sobre esta característica —que podría ser conceptualizada como la garantía de que el desempeño del abogado estará encaminado a batallar por los derechos del asistido y que dicha tarea será asumida de manera competente y diligente— existen numerosos pronunciamientos de distintos tribunales internacionales que establecieron que el deber de proveer la asistencia no queda limitado solamente al nombramiento del abogado defensor, sino que la garantía de efectividad de esa defensa queda siempre en cabeza del Estado.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) especificó que un Estado no puede ser reputado responsable por cualquier falencia de la

⁹⁹ Cf. CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.118, 29 diciembre 2003, párr. 303.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

defensa provista por su abogado. Ello así debido a que, en principio, y en virtud del principio de independencia del ejercicio de la abogacía, la conducción de la defensa es esencialmente una cuestión entre la persona y su abogado, sea que haya sido provisto de alguna manera por el estado o se trate de un abogado particular.¹⁰⁰ Sin embargo, el Tribunal dejó en claro que el deber de garantizar la efectividad de la defensa requiere que las autoridades competentes deban intervenir en el caso concreto si acaso la imposibilidad de brindar una defensa efectiva es manifiesta o traída a su atención de alguna manera.¹⁰¹ Ante una situación como esa, se deberá sustituir al abogado defensor o conminarlo a que cumpla adecuadamente con su deber.¹⁰²

La Corte Interamericana por su parte también ha enfatizado la trascendencia de esta característica destacando que “la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas”.¹⁰³ Asimismo, la misma Corte ha sido categórica al afirmar que “la asistencia que puedan prestar las organizaciones no gubernamentales no sustituye la obligación del Estado de brindar asistencia legal gratuita”¹⁰⁴. En este sentido, la obligación de garantizar la efectividad de la defensa quedará siempre en cabeza del Estado por virtud del artículo 8(2)(e) de la Convención Americana, y será pues el Estado el que deberá velar por que la asistencia que provean las organizaciones o los organismos públicos, según sea el caso, sea competente y eficaz.

¹⁰⁰ Cf. TEDH, *Iglin vs. Ucrania*, Sentencia del 12 de enero de 2012, párr. 67; *Jelcovas vs. Lithuania*, Sentencia del 19 de julio de 2011, párr. 120; *Guvec vs. Turquía*, Sentencia del 20 de enero de 2009, párr. 130; *Sannino vs. Italia*, Sentencia del 13 de septiembre de 2006, párr. 49; *Kamasinski vs. Austria*, Sentencia del 8 de mayo de 1985, párr. 154.

¹⁰¹ Cf. TEDH, *Huseyn y otros vs. Azerbaijan*, Sentencia del 26 de julio de 2011, párr. 180; *Hermi vs. Italia*, Sentencia del 18 de octubre de 2006, párr. 96; *Sannino vs. Italia*, Sentencia del 13 de septiembre de 2006, párr. 49; *Sejdovic vs. Italia*, Sentencia del 1º de marzo de 2006, párr. 95; *Daud vs. Portugal*, Sentencia del 21 de abril de 1998, párr. 38.

¹⁰² Cf. TEDH, *Gabrielyan vs. Armenia*, Sentencia del 10 de abril de 2012, párr. 65; *Iglin vs. Ucrania*, Sentencia del 12 de enero de 2012, párr. 67; *Kamasinski vs. Austria*, Sentencia del 8 de mayo de 1985, párr. 156; *Artico vs. Italia*, Sentencia del 13 de mayo de 1980, párr. 33 y 36.

¹⁰³ 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

¹⁰⁴ 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. 137.

d. **Especialización.** En procesos de determinación de la condición de refugiado, es menester garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. Tal como fuera mencionado anteriormente, la especificidad del campo del derecho que opera en la protección internacional de personas requiere capacitación específica en la materia para poder ofrecer una asistencia efectiva. En la misma línea, las *Reglas de Brasilia* se hacen eco de este requisito, destacando la necesidad de crear instrumentos destinados al control de calidad de la asistencia.¹⁰⁵ El ACNUR ha observado con preocupación, en un estudio de campo llevado a cabo en países europeos, que existe una escasez de abogados especializados y competentes en derecho internacional de los refugiados.¹⁰⁶

e. **Pública.** Si bien los Estados tienen a su disposición diferentes mecanismos para asegurar la provisión de asistencia letrada, progresivamente va surgiendo, al menos entre los Estados del hemisferio americano, la conciencia sobre la necesidad de contar con instituciones de defensa pública.

En este sentido, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos viene destacando, en votaciones unánimes, la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita prestada por los Defensores Públicos Oficiales para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.¹⁰⁷

Ya en la Opinión Consultiva 18/03 este Tribunal indicó que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial “por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los

¹⁰⁵ Cf. *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, Brasil, 2008, regla 30.

¹⁰⁶ Cf. ACNUR, *Improving asylum procedures. Comparative analysis and recommendations for law and practice*, marzo de 2010, pág. 87.

¹⁰⁷ Cf. OEA, Asamblea General, *Resolución No. 2656 (XLI-O/11), Garantías para el Acceso a la Justicia. El Rol de los Defensores Públicos Oficiales*, 7 de junio de 2011, AG/doc.5329/12, párr. 3; *Resolución No. 2714 (XLII-O/12), Defensa Pública Oficial como Garantía de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, 4 de junio de 2012, AG/doc.5329/12, párr. 3.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

derechos en juicio”.¹⁰⁸ Asimismo, en el caso en el caso *Vélez Loor*, la Corte fue categórica al indicar que es necesaria “la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal” a favor de personas sujetas a procesos en los que se las pueda deportar o expulsar para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”.¹⁰⁹

Como corolario, las *Reglas de Brasilia* establecen la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad.¹¹⁰ Asimismo, destacan la conveniencia de promover la política pública a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales.¹¹¹

f. **Autonomía.** Esta característica requiere que la institución a la cual pertenezcan los abogados que presten el servicio de asistencia legal tenga autonomía funcional y financiera respecto de los demás poderes del Estado y de cualquier otro agente privado. Esto puede lograrse solamente a través de una institución pública de defensa, que pueda asegurar la estabilidad en el cargo de sus funcionarios letrados.

A fin de poder garantizar la provisión de asistencia técnica y representación de alta calidad, es necesario que los Estados aseguren la capacitación y formación constante del cuerpo de Abogados Públicos Oficiales y que los programas de asistencia legal reciban el financiamiento necesario de acuerdo a la cantidad de trabajo requerido.¹¹²

g. **Gratuidad.** Tal como lo ha puesto de resalto la Comisión, la mayoría de los peticionarios suelen carecer de recursos financieros para contratar a un abogado

¹⁰⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126.

¹⁰⁹ 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. 146. Ver además: SURIENSKY, Romina, “Limitaciones al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios: comentario al caso Vélez Loor vs. Panamá de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Opus Magna, Constitucional Guatemalteco*, 2011, Tomo IV, pág. 88.

¹¹⁰ Cf. *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, Brasil, 2008, regla 28.

¹¹¹ Cf. *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, Brasil, 2008, regla 29.

¹¹² Cf. ACNUR, *Improving asylum procedures: Comparative analysis and recommendations for law and practice*, marzo de 2010, pág. 87.

privado.¹¹³ La cuestión de la gratuidad de la defensa ha sido abordada en una Opinión Consultiva de la Corte en relación al agotamiento de los recursos internos por parte de personas indigentes.¹¹⁴ Asimismo, las *Reglas de Brasilia* establecen que deberán promoverse las acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.¹¹⁵

VI.8. Derecho de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete

Como regla general del proceso, el solicitante debe recibir —y poder ofrecer— toda la información necesaria en un idioma que pueda *fehacientemente* comprender¹¹⁶. Esto ha sido puesto de relevancia por el ACNUR en atención a que en muchos Estados el estándar se encuentra fijado en términos menos rigurosos, satisfaciéndose la obligación del Estado si se informa al solicitante en un idioma que *presumiblemente pueda comprender*¹¹⁷.

Debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones la comprensión de la lengua es ligeramente constatada por los agentes estatales al percibir que una persona puede establecer una conversación en el idioma oficial. Sin embargo, no es menos cierto que tales rudimentos son generalmente adquiridos de manera informal y autodidacta a lo largo de su cotidiana interacción con el resto de las personas y, por ende, sólo suelen habilitarles a un intercambio coloquial básico. En función de ello, puede aseverarse que la habilidad para establecer una comunicación en situaciones cotidianas dista mucho de

¹¹³ Cf. 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 125.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Cf. *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, Brasil, 2008, regla 31.

¹¹⁶ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, pág. 51.

¹¹⁷ Tal es el caso, particularmente en Europa, de Bulgaria, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Eslovenia y el Reino Unido.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

convertirse en un dominio pleno del idioma que permita a la persona expresarse con la precisión y exactitud que requiere una defensa adecuada.

Así, ante la duda, debe proporcionarse al solicitante los servicios de un intérprete calificado para presentar su caso ante las autoridades competentes¹¹⁸. Ello, por cuanto no dominar el idioma en que se lleva a cabo el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado es un elemento que agrava de manera determinante la vulnerabilidad del solicitante. En otras palabras, cuando éstos no puedan comprender el idioma oficial, será imperativo que se les provea un intérprete que les permita comprender sus derechos y obligaciones, la estructura del proceso y las consecuencias de sus actos procesales. Todo ello, a los efectos de que el proceso reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de quienes intervienen en un proceso y no conocen el idioma del tribunal¹¹⁹. Sólo de esa manera el Estado asegurará el pleno acceso y capacidad de actuar de la persona en todas las etapas del proceso, al tiempo que hará efectivo el derecho de solicitar asilo¹²⁰.

La autoridad correspondiente debe procurar que exista intervención de un intérprete calificado, imparcial y capacitado¹²¹ en cada uno de los actos y comunicaciones que se establezcan con el solicitante y asegurar su presencia, sin excepción, en la notificación de derechos y obligaciones, en todas y cada una de las entrevistas o declaraciones que se celebren en el marco del proceso, en la notificación de un eventual rechazo y en la comunicación de la posibilidad de apelar, por mencionar algunos de los actos¹²².

VI.9. Derecho a una decisión fundada

¹¹⁸ Cf. Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión N° 8 sobre determinación de la condición de refugiado*, aprobada en el 28° período de sesiones, 1977, párr. iv.

¹¹⁹ Cf. Corte IDH. *Caso Tiu Tojín*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 100; *Caso Fernández Ortega y otros*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 230.

¹²⁰ ACNUR, *Nota sobre Protección Internacional*, A/AC.96/1008, 4 de julio de 2005, párr. 18.

¹²¹ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, pág. 122; *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, párr. 50.g.

¹²² Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, pág. 47.

Si bien el artículo 8.1 no establece expresamente que el fallo o sentencia que decida un caso sea razonado, es evidente que el resto de las garantías del debido proceso podrían verse anuladas si no se exigiera a los tribunales nacionales que fundaran sus decisiones tanto en los hechos probados como en el derecho e hicieran explícitos sus argumentos¹²³.

Esto ha motivado que la Corte en el “Caso Yatama” manifestara que “[l]as decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos (...) deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”¹²⁴.

En similar sentido afirmó que el deber de motivar las resoluciones es una de las garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso¹²⁵.

Una decisión que no se encontrare debidamente fundamentada no se ajusta a los parámetros consagrados en el artículo 8.1 de la Convención, por lo que el Estado en estos casos viola el derecho a las garantías judiciales consagrado en dicho artículo, en relación con el artículo 1.1 del mencionado tratado¹²⁶.

A mayor abundamiento, ha dicho la Corte que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”¹²⁷ sin la cual las decisiones serían arbitrarias¹²⁸. De este modo, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente considerados los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado¹²⁹.

¹²³ Cf. Medina Quiroga, C., *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Centro de Derecho Humanos-Facultad de Derecho-Universidad de Chile, San José, 2003, p. 317. Como bien señala esta autora, la ausencia de razones en el fallo impediría el derecho de las partes a fundar sus recursos.

¹²⁴ Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, cit., párr. 152.

¹²⁵ Cf. 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.

¹²⁶ Idem, párr. 164.

¹²⁷ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 152. Ver también TEDH, *Hadjianstassiou v. Grecia*, Sentencia del 16 de diciembre de 1992, Serie A No. 252, párr. 23.

¹²⁸ Cf. Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, cit., párr. 153 y *Caso Chapárro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, cit., párr. 107.

¹²⁹ Cf. TEDH, *Suominen vs. Finlandia*, Sentencia del 1 de julio de 2003, párr. 37.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

En síntesis, para la Corte las resoluciones que, de alguna u otra forma privan de derechos a las personas, deben ser derivación razonada tanto de los hechos como del derecho en que se apoya la decisión¹³⁰.

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 superiores¹³¹.

Adicionalmente, también el ACNUR se ha pronunciado sobre esta garantía fundamental del deber de motivación de la decisión sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. En efecto, sostuvo que “todos los solicitantes de asilo deben recibir, de manera automática, una decisión escrita, ya sea que se trate de la admisibilidad o sobre el fondo de la solicitud. En caso de que se rechace la solicitud, la decisión debe ser fundamentada”¹³². Por ello, el ACNUR identificó como buena práctica la necesidad que los Estados brinden de manera escrita las razones de hecho y de derecho de la decisión, sea ésta relativa a la condición de refugiado o bien a otra protección estatal subsidiaria y la pongan a disposición del solicitante al momento de adoptar aquélla¹³³.

En caso que la decisión sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado sea negativa, resulta menester que la misma no se limite a expresar simplemente que la petición fue rechazada. De manera contraria a ello, la decisión debe contener: una correcta identificación y adecuado análisis de los hechos que motivaron la solicitud; un pronunciamiento sobre las pruebas ofrecidas y evaluadas; una correcta aplicación de la carga de la prueba; un pronunciamiento sobre el grado de credibilidad de los hechos relatados por el solicitante; un idóneo y expreso análisis de la situación

¹³⁰ Cf. Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, cit., párr. 153 y *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, cit., párr. 177.

¹³¹ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros*, párr. 78; *Caso Tristán Donoso*, párr. 153.

¹³² ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, párr. 50.o.

¹³³ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, pág. 36.

objetiva de su país de origen; una adecuada aplicación del marco jurídico para encuadrar la condición de refugiado; y, fundamentalmente, las razones específicas por las que su petición de protección internacional fue rechazada¹³⁴.

Una decisión que contempla los requisitos mencionados permitirá al solicitante tomar una decisión informada sobre si ejercer o no el derecho de apelación y, asimismo, proveerá la base para elaborar la eventual apelación¹³⁵.

Las resoluciones fundadas –sean éstas positivas o negativas–, contribuyen a la transparencia de la toma de decisiones y colaboran en la construcción de un sistema coherente en esta materia.

VI.10- Derecho de recurrir la decisión denegatoria ante un juez o tribunal superior

El artículo 8.2.h de la Convención reconoce el derecho a recurrir los fallos ante un tribunal superior¹³⁶, es decir, a que un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica examine o reexamine la legalidad de toda sentencia. Este derecho implica que el tribunal superior debe poder controlar la corrección del fallo tanto material como formalmente¹³⁷, pudiendo así el inculpado impugnar la sentencia y lograr un nuevo

¹³⁴ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, págs. 17 y 25.

¹³⁵ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, pág. 18.

¹³⁶ Cf. Corte IDH, *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12.

¹³⁷ Cf. CIDH, Informe No. 59/07, Caso 12.293, *Carlos Roberto Moreira vs. Brasil*, 25 de julio de 2007, párr. 53; Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No. 1007/2001: España. 7/08/03, Dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, CCPR/C/78/D/1007/2001, párrs. 7 y 8 y *Comunicación No. 701/1996: España. 11/08/2000, Dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, CCPR/C/69/D/701/1996, párr. 11.1.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

examen integral de la cuestión, la totalidad de los hechos y el acervo probatorio¹³⁸, más allá de la denominación que se le dé al recurso¹³⁹.

La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática al señalar que el 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 justiciable¹⁴⁰.

En el caso “Vélez Loor”, la Corte manifestó que “la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio o sancionatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado (...) La posibilidad de ‘recurrir del fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”¹⁴¹.

En lo que hace específicamente a las decisiones administrativas de determinación de la condición de refugiado, el ACNUR señaló que las normas del debido proceso exigen, como mínimo, un mecanismo de apelación o revisión ante una autoridad diferente e independiente de aquella que adoptó la decisión—sea ésta administrativa o judicial— que garantice un funcionamiento justo y eficiente del procedimiento de asilo, revisando tanto elementos de hechos como de derecho¹⁴². A este fin, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que sean efectivos¹⁴³ y se garantice su

¹³⁸ Cf. Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, voto concurrente juez V. Roux Rengifo, párr. 11.

¹³⁹ Cf. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 165 y 167 y CIDH, Informe No. 55/97, Caso 11.137, *Juan Carlos Abella vs. Argentina*, 18 de noviembre de 1997, párr. 259.

¹⁴⁰ Cf. Corte IDH, *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, cit., párr 88 y *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, cit., párr. 158.

¹⁴¹ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, cit., párr. 179.

¹⁴² Cf. ACNUR. *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, párr. 43.

¹⁴³ Cf. Corte IDH, *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N° 129, párr. 93; *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párr. 131 y *Caso Maritza*

aplicación por la autoridad competente¹⁴⁴, lo que constituye un pilar básico de todo Estado de derecho en una sociedad democrática¹⁴⁵.

Asimismo, el ACNUR identificó ciertos obstáculos existentes en los Estados para que los peticionantes puedan ejercer en la práctica y de manera efectiva su derecho a recurrir una decisión denegatoria del estatuto de refugiado. Tales son, a título de ejemplo, la información inadecuada que se les provee sobre cómo apelar y ante qué órgano hacerlo, un plazo extremadamente breve para apelar la decisión, la falta de comunicación del derecho a apelar y de cómo ejercerlo en un idioma que el solicitante comprenda, la carencia de abogados competentes e instruidos en la temática y la falta de comunicación detallada sobre cómo acceder a un servicio gratuito de asistencia letrada¹⁴⁶. Todas estas consideraciones llevaron al ACNUR a recomendar a los Estados que eliminen tales obstáculos y, al mismo tiempo, a instarlos a que permitan que los peticionantes puedan introducir en la instancia de apelación nuevos hechos y pruebas a ser considerados por el órgano de apelación al tiempo de tomar una decisión sobre el fondo del asunto¹⁴⁷.

Finalmente, la efectividad del recurso de apelación en caso de una decisión negativa sobre el reconocimiento de la condición de refugiado, requiere un examen riguroso e independiente del caso por un juez competente, independiente e imparcial debido a la naturaleza irreversible de los daños que puedan producirse¹⁴⁸. Debe, pues, configurarse como una garantía y no como una mera declaración de intenciones y debe tener efecto

Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C N° 103, párr. 117.

¹⁴⁴ Cf. Corte IDH, *Caso Escher y otros.*, párr. 196 y *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 129.

¹⁴⁵ Cf. Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 59; *Caso Usón Ramírez*, párr. 128; *Caso Tibi*, párr. 131 y *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C N° 34, párr. 82.

¹⁴⁶ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, pág 436/437.

¹⁴⁷ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, pág 467.

¹⁴⁸ Cf. TEDH, *Jabari vs. Turquía*, Sentencia del 11 de julio de 2000, párr. 50.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

suspensivo automático”¹⁴⁹, de modo tal que se evite cualquier tipo de expulsión o deportación en virtud de una decisión que no se encuentra firme¹⁵⁰.

VII- Las garantías de debido proceso y de protección judicial en los procedimientos de cesación, revocación y de cancelación del estatuto de refugiado.

Toda vez que en la audiencia celebrada en el presente caso el Ilustre Estado Plurinacional de Bolivia ha planteado la posible existencia de una causal de cesación de la condición de refugiado, es importante destacar que el ACNUR tiene dicho que “bajo los estándares y principios legales aplicables, una persona que ha sido reconocida como refugiada por un Estado, de conformidad con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, y/o que el ACNUR ha reconocido como una persona “refugiada bajo mandato”, puede perder su estatuto de refugiada sólo si se satisfacen ciertas condiciones. Es necesario distinguir las siguientes categorías:

(i) Cancelación: la decisión de invalidar el reconocimiento de un estatuto de refugiado que no debería haberse otorgado jamás. La cancelación afecta a determinaciones firmes, esto es, contra las cuales no proceden apelaciones o revisiones de ninguna clase. Tiene el efecto de cancelar el estatuto de refugiado y declararlo inválido desde la fecha de la determinación inicial (ab initio o ex tunc – desde el inicio o desde ese momento);

(ii) Revocación: retiro del estatuto de refugiados en situaciones en las que una persona incurre en una conducta comprendida dentro del ámbito del Artículo 1F(a) o 1F(c) de la

¹⁴⁹ Cf. ACNUR, *Improving Asylum Procedures*, pág. 89; ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes, Consultas Globales sobre Protección Internacional*, párr. 43; TEDH, *Čonka vs. Bélgica*, Sentencia del 5 de febrero del 2002, párr. 83; *M.S.S. vs Bélgica y Grecia*, Sentencia del 21 de enero de 2011, párr. 387

¹⁵⁰ Cf. TEDH, *Gebremedhin vs. Francia*, Sentencia del 26 de abril de 2007, párr. 58; *Čonka vs. Bélgica*, párr. 79.

Convención de 1951, luego de haber sido reconocida como refugiada. Este acto tiene efectos a futuro (ex nunc – a partir de este momento);

(iii) Cesación: el fin de la condición de refugiado de conformidad con lo establecido en el Artículo 1C de la Convención de 1951 en consideración a que ya no es necesario contar con la protección internacional o, que ésta ya no se justifica, a causa de ciertos actos voluntarios realizados por la persona afectada o un cambio fundamental en la situación existente en su país de origen. La cesación tiene efectos a futuro (ex nunc).¹⁵¹

Según el ACNUR, “los procedimientos de cancelación deben respetar todas las salvaguardas y garantías del debido proceso. Los temas involucrados son especialmente serios, en la medida que estos procedimientos determinan la validez de la solicitud de una persona a verse protegida contra el refoulement de conformidad con la Convención de 1951, y cuestionan el estatuto legal que ya le ha sido concedido a esa persona”.¹⁵²

Del mismo modo, ha sostenido que “La cesación del estatuto de refugiado termina los derechos derivados de ese estatuto. Puede dar lugar al retorno de una persona a su país de origen y puede romper los vínculos familiares, redes sociales y el empleo en una comunidad en la cual el refugiado se ha establecido. Como resultado, una aplicación prematura o por motivos insuficientes de las cláusulas de cambio de circunstancias pueden tener graves consecuencias. Por lo tanto es apropiado interpretar las cláusulas restrictivamente y garantizar que los procedimientos para la determinar una cesación general son justos, claros y transparentes”.¹⁵³

En virtud de lo expuesto, en los procedimientos de cancelación, revocación o cesación del estatuto de refugiado deben igualmente respetarse todas y cada una de las garantías de debido proceso y de protección judicial consagradas en los artículos 8.1, 8.2 y 25 de

¹⁵¹ ACNUR, Nota sobre la Cancelación del Estatuto de Refugiado, 22 de noviembre de 2004, pár. 1.

¹⁵² Ibidem, pár. 42.

¹⁵³ ACNUR, Directrices sobre protección internacional: Cesación de la condición de refugiado bajo el artículo 1C (5) y (6) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Las cláusulas de “desaparición de las circunstancias”), 10 de febrero de 2003, HCR/GIP/03/03, pár. 7.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

la Convención Americana, las cuales fueron analizadas con profundidad en el apartado precedente.

VIII.- Derecho a las condiciones de vida digna de los refugiados y solicitantes de asilo y pleno goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad con los nacionales

Teniendo en cuenta que en la audiencia celebrada en el presente caso se ha dado la discusión sobre el carácter “forzado” o “inducido” de la repatriación voluntaria de una familia refugiada, resultaría importante que la Corte se pronuncie sobre las obligaciones de los Estados Partes de la Convención Americana de respetar y garantizar el desarrollo de condiciones de vida digna de las personas refugiadas y solicitantes de asilo y el pleno goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en condición de igualdad con los nacionales.

Dicha interpretación, a la luz de las pautas interpretativas que este Tribunal ha sentado y teniendo en cuenta el efecto útil de los tratados de derechos humanos, bien podría colegirse de una lectura evolutiva de la expresión “derecho a recibir asilo”, consagrada en el artículo 22.7 de la Convención.

En efecto, los Estados Partes de la Convención, en virtud del artículo 1.1 de dicho instrumento, asumen tres tipos de obligaciones de carácter general hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹⁵⁴ La primera consiste en respetar los derechos humanos, lo cual implica no violar los derechos y libertades consagrados¹⁵⁵. La segunda, garantizarlos, es decir, organizar todo el aparato gubernamental a fin de asegurar jurídicamente el libre y

¹⁵⁴ Cf. García Ramírez, Sergio, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” en Corte IDH, El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, tomo I, 2ª edición, San José, 2003, p. 153.

¹⁵⁵ Cf. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 169 y Caso Godínez Cruz. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 178.

pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁵⁶. Por último, los estados deben adoptar medidas en el ámbito interno para hacerlos efectivos, removiendo “cualquier obstáculo legislativo ‘o de otro carácter’ que impida que se respeten y hagan respetar todos los derechos consagrados”¹⁵⁷. A su vez, el incumplimiento de cualquiera de ellas está siempre relacionado con la violación de algún derecho específico¹⁵⁸, como se analizará a continuación.

Hace ya 40 años la Corte Internacional de Justicia en su célebre Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas para los estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, manifestó la existencia de un vínculo inescindible entre la no discriminación y la vigencia efectiva de los derechos humanos. Así, expresó que las distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones que sólo se fundan en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico constituyen una denegación de los derechos humanos y una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta de la ONU¹⁵⁹ e impiden “que una sociedad llegue a ser completamente democrática”¹⁶⁰.

Pese a que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación se encuentran consagrados en la gran mayoría de los tratados de derechos humanos, recién en los últimos años los órganos de aplicación de éstos han comenzado a relacionarlos. En este contexto, la Corte ha sido el tribunal internacional que ha ido más allá al afirmar en la Opinión Consultiva OC-18 que el mencionado principio “ha ingresado en el dominio del

¹⁵⁶ Cf. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, cit., párr. 166 y Saavedra Alessandri, Pablo, “La Respuesta de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a las Diversas Formas de Impunidad en casos Graves de Violaciones de Derechos Humanos”, en AA.VV., La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2005, p. 389.

¹⁵⁷ García Sayán, Diego, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en AA.VV., La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2005, p. 329.

¹⁵⁸ Cf. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. cit., párr. 162; Caso Neira Alegría y otros. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995 Serie C No 20, párr. 85 y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53.

¹⁵⁹ Cf. ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 1971.

¹⁶⁰ Medina Quiroga, Cecilia, “Género y acceso a la Justicia” en AA. VV., Defensa Pública: Garantía de acceso a la Justicia, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 239.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

ius cogens”¹⁶¹. Este criterio fue reiterado con posterioridad en el marco de la competencia contenciosa del tribunal en los casos Yatama¹⁶² y Servellón García¹⁶³.

La fuerza que esta expresión acarrea es indudable, dado que al ser considerado norma imperativa de derecho internacional, conforme lo establece el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. De este modo, este principio “no puede ser eludido en circunstancia alguna”¹⁶⁴.

En este sentido, el Tribunal interamericano ha establecido que “los estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.¹⁶⁵

En este orden de ideas, la Corte sostuvo que es necesario en ciertas situaciones establecer algunas diferencias de trato siempre que se trate de distinciones objetivas y razonables que se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y teniendo en cuenta el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana¹⁶⁶. Asimismo, manifestó que “no toda desigualdad o distinción es ilegítima ni, por ende, discriminatoria, para cuya determinación hay que acudir a criterios más o menos objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y justicia”¹⁶⁷

¹⁶¹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párr. 101.

¹⁶² Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 184.

¹⁶³ Corte IDH, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 94.

¹⁶⁴ Corte IDH, Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 9.

¹⁶⁵ Corte IDH, Caso de la Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141.

¹⁶⁶ Cf. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados, cit., párr. 105.

¹⁶⁷ Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua, cit., párr. 185; 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 N° 4, voto del Juez Piza Escalante, párr. 8.

En el Caso del Pueblo Saramaka agregó que “es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida. La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria”¹⁶⁸.

Dentro del Sistema Interamericano, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. En virtud de dicha disposición, interpretada en conjunto con el artículo 2 del tratado y el principio de no discriminación, es deber de los estados adoptar medidas tendientes a la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías allí previstas y eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, absteniéndose de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley¹⁶⁹ o de realizar acciones que, de cualquier manera, vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto¹⁷⁰, combatiendo efectivamente las prácticas discriminatorias¹⁷¹. A su vez, los estados deben expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁷² y revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas¹⁷³.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que el artículo 23 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados consagra el principio de igualdad en materia de asistencia social en los siguientes términos: “los Estados Contratantes concederán a los refugiados

¹⁶⁸ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 103.

¹⁶⁹ Cf. Corte IDH, Caso Perozo y otros. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 379 y Caso Ríos y otros. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 348.

¹⁷⁰ Cf. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, cit., párr. 103.

¹⁷¹ Cf. Corte IDH, Caso López Álvarez, cit., párr.170; Caso de la Niñas Yean y Bosico. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141 y Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y control de políticas sociales” en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 239.

¹⁷² Cf. Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, cit., párr. 83 y Caso Gómez Palomino. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91.

¹⁷³ Cf. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, cit., párr. 104.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos”.

En otro orden de ideas, en la Observación General N° 6, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la vida de la siguiente manera: “el derecho a la vida ha sido usualmente interpretado de modo restrictivo. La expresión ‘el derecho a la vida’ inherente a la persona no puede ser entendida de una manera restrictiva, y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas”.

Este concepto amplio de vida digna, también ha sido receptado por la Corte al analizar el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso de los “Niños de la Calle” el Tribunal afirmó que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”¹⁷⁴.

En el 2005, en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa, la misma Corte reafirmó y desarrolló aún más el concepto de vida digna, manifestando que “el derecho a la vida se ha violado también, en perjuicio de la Comunidad y de sus miembros, por impedirles el pleno ejercicio del derecho de acceso a las condiciones que le permitirían a cada uno de ellos vivir una existencia digna. Las precarias condiciones materiales y de pobreza en las que hoy viven explicitan la afectación del disfrute pleno y efectivo de derechos tan fundamentales como el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho a la

¹⁷⁴ 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, párr. 144.

educación. Esta afectación impide a la Comunidad y a sus miembros acceder a condiciones de vida digna”¹⁷⁵.

En esta dirección, el Tribunal sostuvo que “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”¹⁷⁶.

En palabras del ex juez Cançado Trindade, “esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”¹⁷⁷.

Por lo tanto, el derecho a la vida digna incluye de manera implícita el derecho a que cada ser humano –incluido el refugiado y solicitante de asilo- pueda contar con los medios que le permitan su subsistencia.

En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido que los derechos reconocidos en el PIDESC “son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean”¹⁷⁸.

En materia de derecho a la seguridad social, por ejemplo, destacó que “los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente

¹⁷⁵ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 158.e.

¹⁷⁶ *Ibidem*, párr. 162

¹⁷⁷ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), cit., voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 4.

¹⁷⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 42° período de sesiones, Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009, párr. 30.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos”¹⁷⁹.

Finalmente, señaló que “los refugiados, apátridas, solicitantes de asilo y otras personas o grupos desfavorecidos y marginados deben disfrutar del mismo trato para el acceso a los planes de seguridad social no contributivos, incluido un acceso razonable a la atención de la salud y el apoyo a la familia, de conformidad con las normas internacionales”¹⁸⁰.

Al respecto, el ACNUR ha manifestado que cuando ocurre un déficit en la oportunidad que tienen los refugiados y solicitantes de asilo para disfrutar de los mismos derechos que los ciudadanos del estado de asilo, “los Estados deberán proporcionar los bienes y servicios necesarios hasta que los solicitantes de asilo y refugiados puedan satisfacer sus propias necesidades (...) [l]os solicitantes de asilo deben, por lo tanto, disfrutar de los mismos beneficios que reciben los nacionales que se encuentran en las mismas circunstancias (...) Cualquier distinción innecesaria o inexplicable entre nacionales y solicitantes de asilo constituiría discriminación”¹⁸¹.

IX- Derechos del niño (artículo 19 de la Convención)

Respecto de las especiales medidas de protección a las que tienen derecho los niños, niñas y adolescentes refugiados y solicitantes de asilo por su condición de tales, me

¹⁷⁹ Ibidem, pár. 31.

¹⁸⁰ Ibidem, pár. 38.

¹⁸¹ ACNUR, “Los derechos humanos y la protección de los refugiados”, Módulo auto formativo 5, Volumen II, 15 de diciembre de 2006, pp. 109 y 110.

remito, en honor a la brevedad, al *amicus curiae* presentado por este Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina en el marco de la Solicitud de Opinión Consultiva efectuada por los estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay sobre la niñez migrante (Opinión Consultiva 21).

X- El derecho humano a la no devolución en la Convención Americana
(artículo 22.8 de la Convención)¹⁸²

Una de las garantías fundamentales que debe regir todo el proceso de expulsión de un migrante es el respeto al principio de no devolución (también conocido en su denominación en idioma francés “*non-refoulement*”) — principio que ostenta el carácter de norma consuetudinaria internacional¹⁸³.

Si bien no existe una única definición aceptada, puede decirse que, en términos generales, este principio prohíbe la expulsión o devolución de:

(i) una persona para ponerla en las fronteras de 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, independientemente de que se les haya otorgado o no oficialmente la condición de refugiado, o

(ii) una persona respecto de la cual haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes si acaso fueran expulsadas o extraditadas¹⁸⁴.

¹⁸² Para esta sección del *amicus curiae*, me he nutrido del trabajo de los integrantes de la *Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Solicitante de Asilo del Ministerio Público de la Defensa: Mendos, Lucas y Muñoz, Rosario*, "Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes", en Rey Sebastián (editor), *Problemas Actuales de Derechos Humanos I*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, pp. 201-240.

¹⁸³ AA.VV., *El principio de no devolución: Resumen de las conclusiones de la Mesa redonda de expertos en Cambridge*, ACNUR, 2001. Disponible en línea en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01151.pdf> [último acceso: 28 de febrero de 2011]

¹⁸⁴ Cf. ACNUR, *Conclusión General sobre la Protección Internacional N° 81 (XLVIII)*, 1997 (48° período de sesiones del Comité Ejecutivo), párr. (i).



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Este principio ha sido caracterizado como perteneciente al dominio del *ius cogens*¹⁸⁵, lo cual refuerza aún más el deber de todo Estado de observarlo con especial diligencia. Sin embargo, tal como lo ponen de resalto otros autores¹⁸⁶, la existencia de excepciones a este principio, incluso *expresamente* contempladas en instrumentos internacionales¹⁸⁷, plantearía algunos reparos con esta caracterización. Esta contradicción llama a un nuevo análisis de dichas cláusulas, o bien, considerarlas como tácitamente derogadas. Asimismo, otro sector de la doctrina, ha puesto de resalto que en la práctica, incluso los llamados derechos *absolutos* e inderogables son sometidos a un severo escrutinio e interpretaciones restrictivas que pueden legitimar excepciones en la praxis cotidiana¹⁸⁸.

Para comprender cabalmente la operatividad de este principio y la necesidad de su plena aplicación a todo proceso de expulsión de migrantes es preciso comprender sus orígenes y su evolución en la jurisprudencia internacional.

La génesis de dicho principio puede encontrarse en la órbita del Derecho Internacional de los Refugiados, específicamente consagrado en el artículo 33 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado de 1951¹⁸⁹. Dicho artículo consagra la garantía en virtud de la cual los Estados se obligan a “no poner en modo alguno, ya sea por expulsión o devolución, a un refugiado en las fronteras de los territorios [de ahí el término *refouler*, en francés “*devolver*”, “*hacer recular*”] donde su vida o su libertad

¹⁸⁵ Cf. ACNUR, *Conclusión del Comité Ejecutivo Nro. 25*, 20 de octubre de 1982, párr. (b); Cançado Trindade, A. A., “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia jurídica Universal”, *supra* nota 9, pág. 29; Garretón, R., “Principio de no devolución. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención”, *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional*, San José, ACNUR/IIDH, 1995, pág. 229;

¹⁸⁶ Cf. Gortázar Rotaache, C., *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, 1997, pág. 362 y 363; Farmer, Alice, “Non-refoulement and Jus Cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection” en *Georgetown Immigration Law Journal*, Volumen 23, No. 1, pág. 2.

¹⁸⁷ Específicamente, en el artículo 33(2) de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado de 1951.

¹⁸⁸ Cf. Pirjola, J., “Shadows in Paradise – Exploring Non-Refoulement as an Open Concept” en *International Journal of Refugee Law* (2007) 19(4), págs. 643, 657 y 659.

¹⁸⁹ Lauterpacht, E., Bethlehem, D., “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, en Feller, E., Türk, V., Nicholson, F. (ed.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's global consultations on international protection*, Cambridge University Press, UNHCR, 2003, pág. 90. Disponible en línea en <http://www.unhcr.org/publ/41a1b51c6.html> [último acceso: 20 de febrero de 2011].

peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”¹⁹⁰.

El principio sería incorporado en diversos instrumentos internacionales en materia de protección de refugiados¹⁹¹, pero paulatinamente se iría reconociendo su trascendencia más allá del ámbito de los peticionantes del reconocimiento de la condición de refugiado o quienes hubieran sido reconocidos como tales, para transformarse en un principio consuetudinario aplicable en materia de derechos humanos a toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado que se pretenda expulsar o extraditar¹⁹². En este sentido, el juez Cançado Trindade ha analizado en profundidad la *convergencia* que ha existido entre el campo específico del Derecho Internacional de los Refugiados y el ámbito general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es así que el principio del *non-refoulement*, identificado en el marco del primero como la prohibición del rechazo en frontera, pasó también a asociarse, en el marco del segundo, con la prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, revistiendo una naturaleza de tipo preventiva¹⁹³.

Es así que el principio de no devolución, garantía neurálgica de la que goza todo refugiado reconocido como tal, se irgue como protección a toda persona, y en especial respecto de quienes se les ha denegado su condición de refugiado.

¹⁹⁰ *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, artículo 33.

¹⁹¹ Ver *inter alia*: Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración sobre el Asilo Territorial*, Res. 2312(XXII), Doc. A/6716 (1967), artículo 3; *Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África*, Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones, Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969, artículo 2(3); *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, conclusión 5ª y *The Addis Ababa Document on Refugees and Forced Population Displacements in Africa*, Adoptada por el Simposio de la OUA/ACNUR sobre Refugiados y Desplazados Internos en África, 8 de setiembre de 1994, Addis Ababa, Etiopía, Recomendación Nro. 5

¹⁹² Cf. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, *supra* nota 19, párrs. 124; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Discussion paper on expulsions of aliens in international human rights law*, Geneva, Setiembre de 2006, pág. 2.

¹⁹³ Cançado Trindade, A. A., "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia jurídica Universal", *supra* nota 9, pág. 59



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Vale aquí destacar que la operatividad de este principio no se circunscribe al ámbito territorial de un Estado¹⁹⁴. En otras palabras, se impone la obligación en cabeza de todo Estado sea que la persona que se pretende expulsar o devolver se encuentre dentro de su territorio o en sus fronteras, e incluso vincula a los agentes estatales aún cuando se hallen fuera del territorio del Estado¹⁹⁵. Este razonamiento no es más que la derivación lógica y necesaria del principio de la aplicación de las obligaciones estatales a las personas bajo su jurisdicción, como hemos mencionado anteriormente. Este punto reviste suma importancia por cuanto algunos Estados pretenden eludir esta obligación devolviendo personas mediante la interceptación en altamar o en casos de personas que no han sido admitidos en su territorio¹⁹⁶. Tristemente, esta práctica ha sido convalidada a nivel interno por los más altos tribunales de Australia¹⁹⁷ y EE.UU.¹⁹⁸. La Unión Europea, por su parte, ha reforzado aún más los controles fronterizos de interceptación FRONTEX/RABIT (*Rapid Border Intervention Teams*)¹⁹⁹, implementando un mecanismo que evita la confrontación explícita y directa con este principio procurando legitimar su accionar contra la inmigración ilegal, mayormente africana. En efecto, para dar mayores visos de legalidad a su accionar, se pretende desvirtuar el principio de la jurisdicción europea mediante la participación de oficiales de nacionalidad de países africanos en sus patrullas, por virtud de convenios celebrados con dichos Estados²⁰⁰.

USO OFICIAL

¹⁹⁴ Cf. 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, párrs. 24 y ss.; *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea* (Final version, including Annexes), 18 de marzo de 2002, párr. 18.

¹⁹⁵ Cf. Cases and Comment, “The Haitian Refoulement Case: A Comment” en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 6, No. 1, 1994, pág. 105; Lauterpacht, E., Bethlehem, D., “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, *supra* nota 77, pág. 160.

¹⁹⁶ CIDH, *Informe 51/96*, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, 13 de marzo de 1997, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), párrs. 71 y 182.

¹⁹⁷ High Court of Australia, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Haji Ibrahim*, Sentencia del 26 de octubre de 2000, párr. 136.

¹⁹⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, Sentencia del 21 de junio de 1993, apartado V (disponible en línea en: <http://laws.findlaw.com/us/509/155.html>)

¹⁹⁹ Fischer-Lescano, A.; Löhr, T.; Tohidipur, T., *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21(2), 2009, pág. 266.

²⁰⁰ Cf. Ceriani Cernadas, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *supra* nota 3, pág. 191.

En términos prácticos, para poder hacer operativa la garantía que ofrece el principio de no devolución, todo Estado debe ofrecer una oportunidad razonable a las personas para que demuestren su condición de refugiado o para formular una petición de asilo, y si tal condición les fuera denegada, permitir que la persona presente las razones por las cuales teme ser torturada o recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes de ser enviada a determinado país, incluyendo el de origen²⁰¹. Asimismo, debe tenerse presente que tanto la jurisprudencia europea como la interamericana han avanzado en la interpretación de lo que puede asimilarse a los tratos crueles de los que deberá protegerse al migrante a deportar, contemplando no sólo actos eventualmente atribuibles a agentes del Estado, terceros particulares y, más interesante aún, la deportación de una persona a un país donde no podrá proseguir con el tratamiento de una enfermedad grave²⁰².

Ahondando en el análisis que debe hacerse de la situación que eventualmente encontraría el migrante en caso de ser deportado, reviste cabal importancia enfatizar que la protección que concede el *non-refoulement* no se limita estrictamente a la situación que encontrará en el país al cual será deportado en primera instancia. Vale decir, los Estados deberán además analizar si acaso existe la posibilidad concreta y factible de que una vez puesto bajo la jurisdicción del Estado al cual se pretende devolver, la persona corra el riesgo de ser posteriormente devuelta o expulsada a otro Estado donde efectivamente será objeto de tortura o persecución (“*refoulement* indirecto”)²⁰³. En otras palabras, este principio protege integralmente a la persona “de las consecuencias de la expulsión”²⁰⁴.

²⁰¹ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, *supra* nota 54, párr. 278.

²⁰² Todos estos supuestos serán analizados *infra*, en los apartados correspondientes a cada órgano en particular.

²⁰³ Cf. TEDH, *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, Sentencia del 21 de enero de 2011, párr. 342; *K.R.S. vs. Reino Unido*, Decisión sobre la admisibilidad del 2 de diciembre de 2008, s/n; *T.I. vs. Reino Unido*, Decisión sobre la admisibilidad del 7 de marzo de 2000, s/n; Comité contra la Tortura, *Avedes Hamayak Korban vs. Suecia*, Comunicación No 88/1997, CAT/C/21/D/88/1997, párrs. 6.5 y 7.

²⁰⁴ Lauterpacht, E., Bethlehem, D., “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, *supra* nota 77, pág. 160



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos consagran de manera *explícita* el principio de *non-refoulement*, entre los que podemos mencionar los siguientes:

(a). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.*

En base al artículo 3(1) de este instrumento el Comité contra la Tortura resolvió, entre otros, los casos *Tahir Hussain Khan vs. Canada*²⁰⁵, *Balabou Mutombo vs. Suiza*²⁰⁶ y *A. vs. Países Bajos*²⁰⁷. En ellos desarrolló el *test* a tener en cuenta al momento de determinar la posible existencia a una violación del principio de *non-refoulement*, enfatizando el enfoque *subjetivo* que debe darse al análisis de las circunstancias imperantes en el Estado al cual se pretende deportar a una persona.

Así, el Comité verifica en cada caso:

(i) **la situación general de los derechos humanos en el país** (aunque, valga aclarar, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no es, de por sí, suficiente²⁰⁸);

(ii) **las circunstancias personales del autor** de la denuncia o comunicación, quien debe estar *personalmente* en peligro de ser sometido a tortura en el país al que fuera devuelto²⁰⁹ y

²⁰⁵ Comité contra la Tortura, *Tahir Hussain Khan vs. Canada*, Comunicación No. 15/1994, U.N. Doc. A/50/44 (1994).

²⁰⁶ Comité contra la Tortura, *Mutombo vs. Suiza*, Comunicación No. 13/1993, CAT/C/12/D/13/1993.

²⁰⁷ Comité contra la Tortura, *A. vs. Países Bajos*, Comunicación No. 91/1997, U.N. Doc. CAT/C/21/D/91/1997 (1998).

²⁰⁸ Ver, *inter alia*, Comité contra la Tortura, *A.A. y otros vs. Suiza*, Comunicación No. 285/2006, U.N. Doc. CAT/C/41/D/285/2006 (2008), párr. 7(2); *X. vs. Australia*, Comunicación No. 324/2007, U.N. Doc. CAT/C/42/D/324/2007 (2009), párr. 7(3); *N.P. vs. Australia*, Comunicación No. 106/1998, U.N. Doc. CAT/C/22/D/106/1998 (1999), párr. 6(4)

²⁰⁹ Así, por ejemplo, el Comité consideró que no había sustento suficiente para la aplicación del *non-refoulement* una petición en la que la persona alegaba que al ser deportado a EE.UU., donde sería encarcelado, estaría expuesto a las condiciones de violencia, mal trato a minorías raciales y la falta de implementación de medidas concretas contra la perpetración de abusos sexuales en los presidios estadounidenses. En esos términos, el Comité consideró que los elementos presentados describían una situación de natural *general* y no existía constancia alguna de que sería personalmente afectado por ese

(iii) **si acaso existe peligro de concreto tortura**, como consecuencia “previsible y necesaria” de la devolución²¹⁰.

Asimismo, en el caso *Gorki Ernesto Tapia Paez vs. Suecia*, el Comité dejó en claro que el principio del *non-refoulement* es absoluto y no admite excepciones²¹¹ (nótese la divergencia con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado que sí admite excepciones).

En lo que respecta al nivel de prueba que debe producir la persona que se pretende deportar, el Comité ha determinado a lo largo de su jurisprudencia que el riesgo de tortura debe presentarse más allá de la teoría o la mera sospecha²¹². Adicionalmente, se ha aclarado que no es necesario demostrar que el riesgo es *muy probable*²¹³.

(b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

La Convención Americana consagra explícitamente en su artículo 22(8) el derecho de todo migrante a no 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.

Si bien la Corte no ha desarrollado jurisprudencialmente el contenido específico de este inciso, la CIDH ha hecho referencia a este principio en muchos de sus informes anuales y temáticos y ha recibido peticiones —en muchos decretando medidas cautelares— en casos en los que estaba en juego el principio del *non-refoulement*, en ocasiones con base en disposiciones en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

estado de cosas. Ver: Comité contra la Tortura, *L.J.R. v. Australia*, Comunicación No. 316/2007, U.N. Doc. CAT/C/41/D/316/2007 (2008), párr. 7(5)

²¹⁰ Cf. Comité contra la Tortura, *S. P. A. vs. Canada*, Comunicación No. 282/2005, U.N. Doc. CAT/C/37/D/282/2005 (2006), párr. 7(7); *A. R. vs. Países Bajos*, Comunicación No. 203/2002, U.N. Doc. CAT/C/31/D/203/2002 (2003), párr. 7(6).

²¹¹ Cf. Comité contra la Tortura, *Gorki Ernesto Tapia Paez vs. Suecia*, Comunicación No. 39/1996, U.N. Doc. CAT/C/18/D/39/1996 (1997), párr. 14.5

²¹² Ver, *inter alia*, Comité contra la Tortura, *X. vs. Australia*, Comunicación No. 324/2007, *supra* nota 96, párr. 7(4)

²¹³ Cf. Comité contra la Tortura, *Observación general N° 1: Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención*, A/53/44, 16° período de sesiones (1996), párr. 6. Dicha observación contiene además un cuestionario modelo sugerido para determinar los elementos que deberían constar en el acervo probatorio (párr. 7).



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Entre ellos se pueden destacar los siguientes:

a) *Informe Anual 1984-1985*. En este informe la CIDH hizo un temprano llamamiento a fin de que los Estados reconocieran y respetaran el principio de no-devolución como principio de *ius cogens*, tal como fuera consagrado en la Declaración de Cartagena de 1984. La Comisión recomendó además extender el ámbito de protección de este principio para incluir “a personas que huyen de situaciones generalizadas de violencia”²¹⁴.

b) *Caso de la Interdicción de Haitianos* (1993/1996). En 1993 la CIDH decretó medidas cautelares y exhortó a EE.UU. a revisar, con carácter urgente, su práctica de detener en alta mar navíos en los que viajaban haitianos y hacerlos regresar a Haití. Asimismo, le instó a tomar medidas para que los haitianos que ya se encontraban en Estados Unidos no fueran devueltos a Haití sin que se establezca si tienen derecho a ser calificados como refugiados²¹⁵. Adicionalmente, en su informe sobre el fondo del asunto, la Comisión encontró que Estados Unidos actuó en contravención del principio del *non-refoulement* y lo declaró responsable por la violación del derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad de la persona, el derecho de igualdad de la persona, el derecho a recurrir a los tribunales y el derecho a buscar y recibir asilo. La Comisión recomendó al Estado proveer indemnización apropiada para las víctimas por las anteriores violaciones²¹⁶.

c) *Informe de la CIDH sobre la situación de Derechos humanos en Haití* (1993) En este informe la CIDH recoge, una vez más, las críticas al Gobierno de EE.UU. por la práctica de interceptación y retorno de los haitianos conocidos como los “*boat*

²¹⁴ CIDH, *Informe Anual 1984-1985*, Apartado IV - “Desplazamientos humanos en la región y protección de refugiados” [párrafos sin numeración],

²¹⁵ Cf. CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití*, 11 febrero 1994, párr. 304

²¹⁶ Cf. CIDH, *Informe 51/96*, *supra* nota 84.

people” y recuerda la obligación de los países de afrontar conjuntamente los problemas que resulten de las crisis de gran magnitud como la haitiana²¹⁷.

d) *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* (2000). En este informe la CIDH señaló que “la prohibición de la tortura como norma de derecho imperativo --codificada en la Declaración Americana de manera general y en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en el contexto de la expulsión-- se aplica más ampliamente que los términos de la Convención de 1951”. Asimismo, hizo una referencia tangencial al tema del terrorismo afirmando que “el hecho de que se sospeche o considere que una persona está relacionada con el terrorismo no modifica la obligación del Estado de abstenerse de devolverla en los casos en los cuales existen elementos substanciales que indiquen la existencia de un verdadero riesgo de trato inhumano”²¹⁸

e) *Caso de los 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Las Bahamas* (2002). La CIDH ordenó la suspensión de la deportación de 120 cubanos detenidos en Bahamas, quienes habían solicitado el status de refugiados e iban a ser devueltos a Cuba. El Estado desacató las medidas y desoyó las recomendaciones de la CIDH²¹⁹.

f) *Nacionales Colombianos en Panamá* (2003). En este caso la CIDH analizó la garantía del derecho de no devolución de los ciudadanos colombianos que se encontraban en la zona del Darién panameño que habrían sido objeto de operaciones de repatriación por parte del Gobierno panameño. La Comisión recibió una solicitud de medidas cautelares en relación con dichos ciudadanos colombianos y en particular, sobre seis personas que se encontraban en territorio panameño bajo el control de las

²¹⁷ Cf. CIDH, *Informe sobre la situación de Derechos humanos en Haití*, supra nota 103, Capítulo IV.

²¹⁸ 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 154

²¹⁹ Cf. CIDH, *Informe 6/02, Admisibilidad, Caso 12.071, 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Las Bahamas*, 3 de abril de 2002, párrs. 6 a 10.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

autoridades, entre quienes se encontraban 3 menores de edad (quienes habrían sido separados de sus padres cuando éstos fueron expulsados a Colombia). El 25 de abril de 2003 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de estas seis personas, y solicitó al Estado panameño establecer el paradero de Magdalena Medrano y Juan Berrio y adoptar medidas para salvaguardar su integridad, establecer el paradero de las tres niñas, proteger su seguridad y salud, y asegurar la reunificación con sus padres, y garantizar el derecho de no devolución del que gozan las personas de nacionalidad colombiana en las comunidades mencionadas²²⁰.

g) *Caso Operación Gatekeeper* (2005). La CIDH recibió una singular petición en la que se responsabilizaba a EE.UU. por las consecuencias de una política de control fronterizo, la “*Operación Gatekeeper*”. Dicha operación consistía, en gran parte, en aprovechar lo inhóspito de una gran extensión del límite con México como barrera natural para la disuasión de la migración irregular. Esto llevó a muchas personas a arriesgar su vida —y perderla— en el intento por entrar al territorio norteamericano. La petición fue rechazada por la falta de determinación de algunas de las presuntas víctimas y por la falta de agotamiento de los recursos internos en sede estadounidense. Sin embargo, el entonces presidente de la Comisión emitió una opinión concurrente en la que hizo referencia al principio del *non-refoulement*, entre otras garantías establecidas por la CIDH en casos de migrantes, dejando en claro que el caso bajo análisis no implicaba una situación que llamara a su aplicación²²¹.

h) *Caso de Andrea Mortlock* (2005). Este es uno de los casos más ricos en la jurisprudencia de la Comisión en relación con el principio del *non-refoulement*. El 19 de agosto de 2005, la Comisión dictó medidas cautelares a favor de Andrea Mortlock, una mujer jamaicana de 41 años detenida en la Cárcel de New Jersey, Estados Unidos.

²²⁰ Cf. CIDH, *Informe Anual 2003*, 29 diciembre 2003, Capítulo III, párr. 61.

²²¹ Cf. CIDH, *Informe 104/05*, Petición 65-99, Inadmisibilidad, *Víctor Nicolás Sánchez y Otros vs. Estados Unidos* (“*Operación Gatekeeper*”), 27 de Octubre de 2005, Opinión Concurrente del Presidente Clare K. Roberts, párr. 3.

Adicionalmente, en julio de 2008 emitió su informe sobre la admisibilidad y el fondo del asunto²²². La señora Mortlock había vivido en Estados Unidos desde 1970 y en 1989 fue diagnosticada con VIH/SIDA y sufre de varias enfermedades graves relacionadas, tales como neuropatía y agotamiento extremo. Mortlock afrontaba el riesgo inminente de ser deportada a Jamaica sumado al hecho de que su vida e integridad personal corrían peligro porque muchas de las drogas que estaba recibiendo no estaban disponibles en aquel país. Además, allí corría el riesgo de no recibir tratamiento médico alguno, ser discriminada por su enfermedad y que se le negara el acceso a transporte público y privado, e incluso de ser víctima de violencia física. Por todas esas razones, y siguiendo la línea de un peculiar fallo del Tribunal Europeo²²³, la CIDH entendió que deportarla conscientemente “sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”²²⁴.

Si bien una decisión como esta parecería erguirse a primera vista como un nuevo gran criterio de restricción a la discreción de los estados en materia de salud, debe tenerse en cuenta que el criterio utilizado por la CIDH es altamente excepcional. En efecto, el parámetro aplicado consistió en determinar si la deportación crearía “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”²²⁵.

Asimismo, existen otros instrumentos internacionales que, si bien no lo consagran de manera explícita, la labor hermenéutica llevada a cabo por sus órganos de aplicación ha

²²² CIDH, *Informe 63/08*, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, 25 de julio de 2008.

²²³ TEDH, *D. vs. Reino Unido*, Sentencia del 2 de mayo de 1997.

²²⁴ CIDH, *Informe 63/08*, *supra* nota 110, párr. 94

²²⁵ CIDH, *Informe 63/08*, *supra* nota 110, párr. 91



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

llevado a su incorporación por vía de interpretación dinámica²²⁶. Entre ellos se pueden destacar los siguientes:

(c) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Si bien el Pacto no contiene una cláusula expresa aplicable a casos de expulsión de migrantes, en 1986 el Comité de Derechos Humanos emitió una Observación General en la que, si bien cautamente, expresó que el pacto *podría* aplicarse a casos de circulación y residencia de migrantes cuando hubieran cuestiones de discriminación o vida familiar²²⁷. Algunos años más tarde, en su Observación General 20, el Comité entendió por primera vez que el artículo 7 (que consagra el derecho a no ser sometido a tortura) lleva implícita la prohibición de exponer a una persona a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en casos de extradición, deportación o devolución²²⁸.

En esta línea, el Comité estableció por primera vez, en el caso *Kindler vs. Canadá*, que si un Estado remueve a una persona de su jurisdicción para ponerla bajo la de otro Estado en el que corra riesgo real de que sus derechos consagrados en el Pacto fueran vulnerados, entonces ese Estado [expulsor] violaría el Pacto²²⁹. Esta interpretación fue confirmada en los casos *Judge v. Canada* (en relación a la extradición de una persona a un país donde le sería impuesta la pena de muerte)²³⁰ y *C. v. Australia* (en relación a la expulsión de una persona a Irán, donde su enfermedad no podría ser tratada)²³¹.

USO OFICIAL

²²⁶ Llama la atención que la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* se encuentre entre este segundo grupo de instrumentos y no entre los primeros.

²²⁷ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15*, *supra* nota 13, párr. 5

²²⁸ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 3 de abril de 1992, párr. 9.

²²⁹ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Kindler vs Canadá*, CCPR/C/48/D/470/1991, 5 de noviembre de 1993, párr.13(2).

²³⁰ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Judge v. Canada*, CCPR/C/78/D/1086/2002, 4 de agosto de 2003, párr. 10(9).

²³¹ Cf. Comité de Derechos Humanos, *C. v. Australia*, CCPR/C/76/D/990/1999, 28 de octubre de 2002, párr. 8(5). Nótese que esta decisión lleva una fuerte opinión disidente de los miembros Ando, Klein y Yalden respecto de las consideraciones sobre qué debe entenderse como *base suficiente* para considerar procedente la aplicación del *non-refoulement*.

(d) *Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial*

Esta convención tampoco consagra expresamente el principio del *non-refoulement*, pero el Comité contra la Discriminación Racial ha emitido una Recomendación General en la que se refirió a los aspectos propios de su competencia en relación a expulsión de migrantes. En este sentido, puso de manifiesto que los regímenes migratorios no deben establecer diferencias con base en la etnia de los migrantes y llamó a la estricta observancia del principio de no devolución²³².

Asimismo, en dicha Recomendación General hizo referencia a la garantía contra las expulsiones colectivas, al derecho de recurrir las órdenes de expulsión y a las posibles interferencias con la vida familiar de los migrantes asentados en un Estado por un prolongado período de tiempo, cuestiones que analizaremos más adelante en detalle.

(e) *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*

El Tribunal Europeo ha desarrollado una vasta jurisprudencia en torno al principio de no devolución a partir del caso *Soering*²³³. En este caso el Tribunal siguió la posición previamente adoptada por la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos²³⁴ en relación a que la extradición de una persona puede comprometer la responsabilidad del Estado cuando existen serias razones para creer que la persona será sometida, en el país al cual se lo envía, a tratos contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo²³⁵ (que consagra la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes).

Asimismo, el Tribunal consideró que entraría en colisión con el artículo 6 del Convenio (que consagra las garantías del debido proceso) el hecho de que se extradite a una persona a un Estado en el que haya sufrido o corra el riesgo de sufrir una

²³² Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 30: La Discriminación contra los no ciudadanos*, 1º de Octubre de 2004, párr.27.

²³³ Cf. TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, Sentencia del 7 de julio de 1989.

²³⁴ Cf. Comisión Europea de Derechos Humanos, *Altun vs. República Federal Alemana*, Aplicación 10308/83, Decisión del 3 de mayo de 1983, págs. 219 y 232; *M. vs Francia*, Aplicación 10078/82, Decisión del 13 de diciembre de 1984, pág. 111 y 120; *Kirkwood v. Reino Unido*, Aplicación 10479/83, Decisión del 12 de marzo de 1984, págs. 173 y 205

²³⁵ Cf. TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, *supra* nota 121, párr. 91



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

denegación flagrante de las garantías mínimas del debido proceso²³⁶, estándar que fue retomado en numerosos casos subsiguientes²³⁷.

Si bien este primer caso giraba en torno a un proceso de extradición, el Tribunal tuvo la oportunidad de dejar en claro que el estándar era de aplicabilidad en casos de deportación, tanto en lo que se refiere a una eventual violación del artículo 3²³⁸, como del artículo 6 del Convenio²³⁹.

En el caso *Chahal vs. Reino Unido*, el Tribunal abordó la cuestión del *non-refoulement* como derecho absoluto, reconociendo expresamente que el artículo 3 del Convenio Europeo reconoce una protección más amplia que el artículo 33 de la Convención de 1951, por cuanto no admite excepciones. En este sentido, rechazó la postura británica sobre la existencia de excepciones implícitas basadas en razones de seguridad nacional²⁴⁰ y afirmó que las actividades en las que haya participado la persona a la que se pretende expulsar, por más indeseables o peligrosas que sean, no pueden ser tenidas en cuenta como elemento para flexibilizar la protección absoluta contra la tortura y los tratos inhumanos y degradantes²⁴¹. De esta manera, constatada fehacientemente la existencia del riesgo, no hay cabida para sopesar si cuestiones de seguridad nacional justificarían aún así la expulsión²⁴².

Adicionalmente, en *H.R.L. vs. Francia* el Tribunal tuvo la oportunidad de ampliar el ámbito de protección de esta garantía al considerar que el riesgo de sufrir tortura o trato inhumano puede provenir de terceros particulares. En tales casos, además de probar la

²³⁶ Cf. *Ídem anterior*, párr. 113

²³⁷ Cf. TEDH, *Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía*, Sentencia del 6 de febrero de 2003, párr. 85; *Bader y Kanbor vs. Suecia*, Sentencia del 8 de noviembre de 2005, párr. 42; *Ismoilov y otros vs. Rusia*, Sentencia del 24 de abril de 2008, párr. 100; *Baysakov y otros vs. Turquía*, Sentencia del 18 de febrero de 2010, párr. 61.

²³⁸ Cf. TEDH, *Cruz Varas y otros vs. Suecia*, Sentencia del 20 de marzo de 1991, párr. 70; *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, Sentencia del 30 de octubre de 1991; *Chahal vs. Reino Unido*, Sentencia del 15 de noviembre de 1996, párr. 74;

²³⁹ Cf. TEDH, *Muminov vs Rusia*, Sentencia del 11 de diciembre de 2008, párr. 130.

²⁴⁰ Cf. TEDH, *Chahal vs. Reino Unido*, *supra* nota 126, párrs. 75 y 76.

²⁴¹ Cf. *Ídem anterior*, párr. 80.

²⁴² Cf. *Ídem anterior*, párr. 81

existencia de tal riesgo, se debe demostrar la imposibilidad del Estado de poder garantizar la seguridad de la persona en cuestión²⁴³.

En lo que hace a los requisitos establecidos por el Tribunal Europeo para la evaluación y constatación del riesgo que correrá la persona en el país de destino, podemos identificar los siguientes aspectos más salientes en la jurisprudencia del tribunal:

(a). El análisis del riesgo debe hacerse a la luz de todo lo establecido por el tribunal en materia de tortura y tratos inhumanos y degradantes²⁴⁴.

(b). El trato inhumano debe presentar cierto grado de severidad para caer dentro del espectro del artículo 3 y su análisis será relativo, teniendo en consideración las condiciones personales de la persona y del caso concreto²⁴⁵.

(c). La *mera posibilidad* de que la persona encuentre un riesgo eventual no satisface el estándar probatorio requerido²⁴⁶.

(d). Corresponde, en primer lugar, a la presunta víctima arrimar los elementos de convicción necesarios para probar que, de ser adoptada la medida de expulsión, será expuesta a un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 del Convenio²⁴⁷.

(e). Si la persona aporta elementos de prueba que hacen referencia a un cuadro general, debe poder probar que esa situación le afectará *personalmente* mediante otros medios de prueba²⁴⁸.

²⁴³ Cf. TEDH, *H.R.L. vs. Francia*, Sentencia del 29 de abril de 1997, párr. 40; *Ammari vs. Suecia*, Decisión sobre la admisibilidad del 22 de diciembre de 2002, s/n.

²⁴⁴ Cf. TEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, Sentencia del 4 de febrero de 2005, párr. 67; *Elmuratov vs. Rusia*, Sentencia del 3 de marzo de 2011, párr. 76.

²⁴⁵ Cf. TEDH, *Hilal vs. Reino Unido*, Sentencia del 6 de marzo de 2001, párr. 60.

²⁴⁶ Cf. TEDH, *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, Sentencia del 30 de octubre de 1991, párr. 111; *Saadi vs. Italia*, Sentencia del 28 de febrero de 2008, párr. 131; *N.M. y M.M. vs. Reino Unido*, Decisión sobre la admisibilidad del 25 de enero de 2011, párr. 66.

²⁴⁷ Cf. TEDH, *Saadi vs. Italia*, Sentencia del 28 de febrero de 2008, párr. 129.

²⁴⁸ Cf. TEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, Sentencia del 4 de febrero de 2005, párr. 73; *Saadi vs. Italia*, Sentencia del 28 de febrero de 2008, párr. 131.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

(f). En caso de duda, debe estarse por la credibilidad de la prueba y los testimonios ofrecidos por la persona en cuestión. Sin embargo, cuando la información presentada ofrezca razones considerables para poner en tela de juicio su credibilidad, la persona deberá poder explicar satisfactoriamente los diferendos y discrepancias que surjan en su caso²⁴⁹.

(g). En algunos casos, la coexistencia de inferencias concretas, claras y concordantes o de presunciones de hecho no controvertidas pueden ser prueba suficiente para acreditar el riesgo²⁵⁰.

(h). Aportada prueba suficiente, opera una inversión del *onus probandi*, quedando en cabeza del Estado que pretende deportar el desvirtuar la prueba arrojada²⁵¹.

(i). El análisis de la situación debe encontrar sustento en documentos del Estado en cuestión y documentos internacionales de fuentes confiables tales como las agencias de Naciones Unidas u organizaciones no gubernamentales de renombre²⁵².

(j). La fecha crítica a tomar en consideración para el análisis será el momento mismo en el que se sopesa la cuestión (examen *ex nunc*). Si bien las situaciones pasadas pueden arrojar cierta luz respecto de las perspectivas de cambio, o no, lo cierto es que no se puede determinar la existencia del riesgo en relación a situaciones que no se presentan en el presente²⁵³.

(k). La existencia de un cuadro generalizado de violencia en un Estado determinado puede ser prueba suficiente para la aplicación del principio si acaso la

²⁴⁹ Cf. TEDH, *F.H. vs. Suecia*, Sentencia del 5 de junio de 2009, párr. 95.

²⁵⁰ Cf. TEDH, *Shamayev y otros vs. Rusia y Georgia*, Sentencia del 12 de abril de 2005, párr. 338.

²⁵¹ Cf. TEDH, *NA. vs. Reino Unido*, Sentencia del 17 de julio de 2008, párr. 111 y *Garayev vs. Azerbaiyán*, Sentencia del 10 de junio de 2010, párr. 69.

²⁵² Cf. TEDH, *Garabayev vs. Rusia*, Sentencia del 7 de junio de 2007, párr. 74.

²⁵³ Cf. TEDH, *Salah Sheekh vs. Países Bajos*, Sentencia del 11 de enero de 2007, párr. 136.

persona puede demostrar que estará en riesgo con el solo hecho de ser expuesto a esa violencia²⁵⁴.

(l). El análisis debe hacerse en relación a todo el territorio del Estado sin circunscribirse a una zona conocida como conflictiva²⁵⁵.

De particular interés resulta el caso *D. vs. Reino Unido*²⁵⁶ —que fuera considerado con detenimiento por la CIDH en el caso *Andrea Mortlock*—, en relación al trato inhumano que significaría la deportación a San Cristobal y Nieves de un hombre que padecía VIH/SIDA.

Asimismo, es interesante destacar el caso *N. vs. Suecia*, en el se tuvo en cuenta el maltrato doméstico que recibiría una mujer afgana en caso de ser deportada, por cuanto, si bien no había prueba concreta del riesgo *personal y concreto* de la peticionante, se sopesó el patrón de sumisión de las mujeres fuertemente arraigado en la sociedad afgana y el hecho de que en aquel país la violencia contra las mujeres es considerada parte de la cultura y no es perseguida penalmente por el Estado²⁵⁷.

En relación al denominado “*refoulement indirecto*”, resulta de interés el reciente fallo del tribunal *M.S.S. vs. Bélgica y Francia*²⁵⁸. En esta decisión el Tribunal encuentra por primera vez una violación al principio de no devolución por el hecho de que un Estado (Bélgica) haya devuelto a una persona (un peticionante de refugio afgano cuya solicitud de refugio había sido rechazada) hacia otro Estado (Grecia) en el que sería subsiguientemente devuelto a Afganistán. Si bien el Tribunal había abordado esta cuestión en decisiones anteriores²⁵⁹, en todos ellos hubo de desechar la responsabilidad internacional del primer estado que devuelve, por cuanto —en ausencia de prueba en contrario—, en ninguno de esos casos podía presumirse sin más que el Estado al que

²⁵⁴ Cf. TEDH, *S.S. y otros vs. Dinamarca*, Sentencia del 20 de enero de 2011, párr. 86

²⁵⁵ Cf. TEDH, *Chahal vs. Reino Unido*, *supra* nota 126, párr. 98.

²⁵⁶ Cf. TEDH, *D. vs Reino Unido*, *supra* nota 111.

²⁵⁷ Cf. TEDH, *N. vs. Suecia*, Sentencia del 20 de julio de 2010.

²⁵⁸ Cf. TEDH, *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, *supra* nota 91.

²⁵⁹ Cf. TEDH, *K.R.S. vs. Reino Unido*, *supra* nota 91, s/n; *T.I. vs. Reino Unido*, *supra* nota 91, s/n.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

estaba siendo deportada la persona no daría fiel cumplimiento a sus obligaciones respecto de la tramitación de su petición de asilo o que violaría el principio de *non-refoulement*.

Sin embargo, en *M.S.S.*, el tribunal toma en consideración una extensa lista de informes nacionales e internacionales sobre la situación de los peticionantes de refugio en Grecia (entre ellos informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y del Consejo de Europa)²⁶⁰ que daban cuenta de violaciones sistemáticas a los estándares internacionales de cumplimiento en materia de refugiados en dicho Estado. Incluso, consideró que las comunicaciones diplomáticas entre la diplomacia griega y la belga sobre el asunto particular no podían ser tomadas como un compromiso para el caso de especie, por cuanto las calificó de “estereotipadas” y de ninguna manera demostrativas de garantías específicas para el caso concreto²⁶¹.

Así, el Tribunal concluyó que, al momento de expulsar a la persona de Bélgica, los agentes belgas sabían o deberían haber sabido que en Grecia no contaría con las garantías mínimas de que su petición de asilo fuera seriamente considerada por las autoridades griegas²⁶². Por último, resulta importante destacar que el Tribunal puso en cabeza del Estado el deber de constatar la situación en el país de destino, rechazando el argumento belga de que el peticionante no habría alegado tal situación en sede interna²⁶³.

(f) *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*

²⁶⁰ Cf. TEDH, *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, *supra* nota 91, párr. 160.

²⁶¹ Cf. *Ídem anterior*, párr. 354.

²⁶² Cf. *Ídem anterior*, párr. 359.

²⁶³ Cf. *Ídem anterior*.

De manera similar a la interpretación europea, la Comisión Africana ha entendido que el artículo 5 de la Convención que prohíbe la tortura, los tratos inhumanos y degradantes lleva implícita la garantía de la no devolución²⁶⁴.

Buenos Aires, República Argentina, 3 de abril de 2013.-

²⁶⁴ Comisión Africana de Derechos Humanos, *Modise v. Botswana*, Comunicación 97/93 (1997 y 2000), párr 91.