



1775 K Street, NW
Suite 300
Washington, DC 20006

Tel.: 2022965191
Fax: 2022965660
Email: usawa@unhcr.org

12 septiembre de 2005

Vía FAX (212-715-8000) & Correo nocturno

J. Wells Dixon, Esq.
Kramer, Levin, Naftalis & Frankel
1177 Avenue of the Americas
New York, NY 10036

Re: Solicitud de Opinión Consultiva

Estimado Sr. Dixon,

Le escribo en respuesta a su solicitud de una opinión consultiva por parte de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) relativa a la aplicación de los estándares internacionales sobre exclusión de la condición de refugiado a los niños y niñas soldados. Por favor tome nota que esta opinión no se refiere a los hechos particulares del caso de su cliente, sino que busca señalar el análisis de exclusión que se aplicaría a los casos de niños y niñas soldados en general.

Todo análisis de exclusión relacionado con actos realizados por niños y niñas soldados debe llevarse a cabo con gran cuidado. La utilización de niños y niñas soldados en los conflictos armados es una práctica que genera una creciente preocupación internacional, y ha sido condenada por la comunidad internacional por motivos legales, morales y éticos. Los menores de edad son con frecuencia blanco de reclutamiento forzoso en los servicios militares, a causa de su corta edad y vulnerabilidad. Muchos son forzados a cometer crímenes, además de presenciar los crímenes que otros cometen, y como resultado, quedan psicológica y emocionalmente heridos por años. Una vez que el conflicto acaba, con frecuencia el acceso a la rehabilitación y a los servicios sociales es limitado o inexistente.

En general, la negativa a conceder protección como refugiada a una persona, debería basarse en un examen individualizado que permita establecer si la persona interesada ha incurrido en responsabilidad por actos que puedan dar lugar a una exclusión. Al realizar esta evaluación, es necesario tomar en consideración las circunstancias individuales de la persona. En el caso de los niños y niñas soldados, temas como la edad, la madurez mental y emocional, la voluntariedad del servicio y el trato recibido por parte de otro personal militar, tienen gran relevancia al determinar si es

apropiado excluir a una persona de la protección como refugiado. Dadas las posibles consecuencias de la exclusión, por ejemplo, devolución a la persecución, resulta importante realizar un examen integral de todos los factores relevantes.

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados

La Asamblea General de Naciones Unidas ha encomendado al ACNUR la responsabilidad de proporcionar protección internacional a las personas refugiadas y a otras personas que quedan comprendidas dentro de su mandato y, además, ayudar a los gobiernos y otras organizaciones privadas en la búsqueda de soluciones duraderas al problema de los refugiados¹. Como se establece en su Estatuto, el ACNUR cumple con su mandato de proporcionar protección internacional *inter alia*, “[p]romoviendo la conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados, vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a los mismos”². La responsabilidad de supervisión del ACNUR se encuentra señalada además en el artículo II del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967³, al que Estados Unidos de América accedió en 1968. El Protocolo incorpora las disposiciones sustantivas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁴.

Las opiniones del ACNUR incorporan los más de 50 años de experiencia de la institución, supervisando los instrumentos internacionales sobre refugiados. El ACNUR tiene representación en 116 países. El ACNUR brinda asesoría en la adopción e implementación de procedimientos nacionales para la determinación de la condición de refugiado y además, realiza estas determinaciones bajo su mandato. La interpretación que el ACNUR realiza de las disposiciones contenidas en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 se considera una opinión experta, que debe ser tomada en consideración al decidir temas de derecho de refugiados.

Antecedentes sobre los niños y niñas soldados

Se calcula que cerca de 300.000 niños y niñas soldados son utilizados activamente en conflicto directo, en más de treinta países en el mundo⁵. Si bien son utilizados con más frecuencia por los grupos rebeldes, también se ha informado del uso de menores de edad en varias fuerzas armadas gubernamentales. Además de actuar como combatientes directos, las Naciones Unidas estima que más de cincuenta Estados han reclutado a otros

¹ Ver *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, G.A. Res. 428(V), Anexo, U.N. Doc. A/1775, párrafos 1, 6 (1950).

² *Id.*, párrafo 8(a).

³ El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, 606 U.N.T.S. 267, *entró en vigor el 4 octubre de 1967* [en adelante “el Protocolo de 1967”].

⁴ La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, 189 U.N.T.S. 137, *entró en vigor el 22 abril de 1954* [en adelante “la Convención de 1951”].

⁵ Human Rights Watch, “*Facts About Child Soldiers*,” disponible en inglés <http://www.hrw.org/campaigns/crp/facts.htm> {visitado por última vez el 12 de septiembre, 2005; Ver también Human Rights Watch, “*Where Child Soldiers are Being Used*”, disponible en inglés <http://www.hrw.org/campaigns/crp/where.htm> (visitado por última vez el 12 de septiembre, 2005).

500.000 niños y niñas en sus fuerzas militares o paramilitares, violando así el derecho internacional y, con frecuencia, las propias leyes nacionales⁶.

Existen múltiples razones por las que las fuerzas armadas pueden decidir reclutar menores de edad. Muchas veces, cuando un conflicto es prolongado y ha disminuido la población de hombres adultos, las fuerzas armadas y los grupos rebeldes deciden recurrir a los niños y niñas para reponer su fuerza de combate⁷. Además de servir como combatientes activos, los niños y niñas son utilizados como espías, mensajeros, porteros, sirvientes, esclavos sexuales, o para poner y retirar minas antipersonales. A causa de la vulnerabilidad e inmadurez propia de los niños y las niñas, ellos son especialmente susceptibles de ser reclutados por la fuerza o mediante manipulación. En la mayoría de los conflictos, los estudios de caso indican que el secuestro es el principal método para el reclutamiento de menores de edad⁸. Muchos niños y niñas soldados son llevados a la fuerza desde la escuela, sus casas, la calle o los mercados⁹.

Rara vez se da a los menores de edad que sirven como soldados la posibilidad de elegir. De hecho, para la mayoría, su única opción es matar o morir. Los niños y niñas soldados son inmaduros, físicamente vulnerables, se intimidan con facilidad y generalmente se convierten en soldados muy obedientes¹⁰. Así como muchas veces son reclutados mediante la manipulación o la fuerza, es frecuente que sean coaccionados a permanecer en el grupo y a obedecer órdenes. Es común que se drogue a los menores de edad, para que se sobrepongan a sus temores o a la reticencia a luchar¹¹. Adicionalmente, pueden verse amenazados con la muerte, torturas, o la muerte de sus seres queridos, para garantizar que cumplirán las exigencias de sus superiores. No es infrecuente que un niño o niña soldado sea obligado a presenciar la ejecución de otro menor de edad, que ha desobedecido¹². Algunos, son obligados a cometer atrocidades horribles, tales como matar a sus vecinos o a miembros de sus familias, con la idea de que tales actos quiebren su espíritu, los conviertan en soldados inmisericordes, los aíslen de sus comunidades y les impidan regresar alguna vez a sus hogares¹³.

Para los menores de edad, ser obligados a luchar en combates activos, además de presenciar y participar ellos mismos en la comisión de los crímenes, puede tener efectos psicológicos devastadores. Incluso luego de finalizado el conflicto, los antiguos niños y

⁶ Global International Networks in Education, “*Selected Countries Using Child and Young Adult Soldiers*”, disponible en inglés <http://www.ginie.org/ginie-crisis-links/childsoldiers/countries.html> (visitado por última vez el 12 de septiembre, 2005).

⁷ P.W. Singer, *Children at War*, página 30 (Pantheon Books 2005).

⁸ *Id.*, página 58.

⁹ UNICEF, “Guía del Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, página 3, diciembre de 2003, disponible en inglés en http://www.unicef.org/publications/option_protocol_conflict.pdf (visitado por última vez el 12 de septiembre, 2005).

¹⁰ Human Rights Watch, “*Stop the Use of Child Soldiers*”, disponible en inglés en <http://www.hrw.org/campaigns/crp/index.htm> (visitado por última vez el 12 de septiembre, 2005).

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ Singer, *supra* nota 7, páginas 70-71 (que explican que el uso de drogas, amenazas y tatuajes son parte de un complejo proceso de manipulación para adoctrinar a un menor de edad y convertirlo en soldado).

niñas soldados pueden quedar con tal grado de discapacidades físicas y de traumas mentales, que sean incapaces de reinserirse exitosamente en la sociedad civil. Muchos, jamás han recibido ningún tipo de escolaridad formal o de capacitación vocacional, y pocos tienen acceso a ese tipo de programas luego del conflicto. Adicionalmente, es frecuente que otros programas post-conflicto dirigidos a la reunificación familiar, o a la entrega de alimentos o albergue no estén a su disposición¹⁴.

La utilización de niñas y niños soldados ha sido condenada por la comunidad internacional como un tipo de persecución ilegal e inmoral de los menores de edad. En consecuencia, existen una serie de instrumentos de derechos humanos ampliamente adoptados, que prohíben explícitamente el uso de menores de edad en combates directos y/o criminalizan el reclutamiento forzoso de los niños y niñas soldados. Estos incluyen los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, de 1977¹⁵; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁶, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁷, el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona¹⁸, el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil¹⁹, y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados²⁰.

Análisis de Exclusión

Algunos menores de edad que son reclutados a la fuerza por las fuerzas armadas nacionales, o las fuerzas rebeldes, son a veces capaces de escapar y de huir de su país de origen en búsqueda de seguridad contra los maltratos o persecución continua. Con frecuencia, solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado en el país de acogida. Si bien las cláusulas de exclusión contenidas en la Convención de 1951, descritas con mayor detalle más adelante, no distinguen entre adultos o menores de edad, toda determinación del estatuto de refugiado que se lleve a cabo respecto de un niño o niña soldado, debe tomar en consideración, no sólo los principios generales para la exclusión,

¹⁴ Human Rights Watch, “*Stop the Use of Child Soldiers*”, disponible en inglés en <http://www.hrw.org/campaigns/crp/index.htm> (visitado por última vez el 12 de septiembre, 2005).

¹⁵ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 de junio, 1977, artículo 77(2), 1125 U.N.T.S. 3, 39, *entró en vigor el 7 de diciembre, 1978* [en adelante “Protocolo I”]; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter internacional, 8 de junio, 1977, artículo 4(3)(c), 1125 U.N.T.S. 609, *entró en vigor el 7 de diciembre, 1978* [en adelante “Protocolo II”].

¹⁶ Convención sobre los derechos del Niño, artículo 38, U.N. Doc. 1/44/49 (1989), *entró en vigor el 20 de septiembre, 1990*.

¹⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8(2)(b)(xxvi), U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998)[en adelante “Estatuto de Roma”].

¹⁸ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, artículo 7, U.N. Doc. S/2000/915 (2002).

¹⁹ Convenio No. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 17 de junio, 1999, artículo 3(a), *entró en vigor el 19 de noviembre, 2000*, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convsd.pl?C182> (visitado por última vez el 11 de septiembre de 2005).

²⁰ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, artículo 2, U.N. Doc. No. A/RES/54/263 (2001), *entró en vigor el 12 de febrero de 2002* [en adelante “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño”]. Con la excepción del Estatuto de Roma y el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, Estados Unidos de Norteamérica ha firmado o ratificado todos estos acuerdos internacionales

sino también las reglas y principios que se refieren al estatuto especial de los menores de edad bajo el derecho nacional e internacional. Estos incluyen, primordialmente, los principios relacionados con la capacidad mental del menor de edad y su capacidad para comprender y consentir en los actos que se les solicita u ordena realizar. Para aquellos que aún son niños o niñas al momento de decidir sobre su estatuto de refugiado, el interés superior del niño o la niña es de vital importancia.

Al analizar las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, esta Oficina basa su actuar en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. El ACNUR ha emitido varios documentos que brindan una guía a los Estados para interpretar la Convención de 1951, incluyendo el *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* (“Manual del ACNUR”)²¹, las Directrices sobre protección internacional²², y otros documentos relacionados. De particular relevancia para el tema que estamos analizando son las *Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*²³ y la nota que lo acompaña *Documento del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, que forman parte integral de las Directrices²⁴. El Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado también ha emitido importantes guías bajo la forma de Conclusiones²⁵.

²¹ ACNUR, *Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* (1979, reeditado, Ginebra, enero de 1992) (en adelante “Manual del ACNUR”). El ACNUR publicó su *Manual* en 1979 a solicitud de su Comité Ejecutivo, para proporcionar a los Estados una guía para la aplicación e interpretación de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. La Corte Suprema de E.E.U.U ha encontrado que si bien, no es legalmente obligatorio para los funcionarios de E.E.UU, el *Manual* del ACNUR constituye una “guía significativa” para interpretar el Protocolo de 1967 y dar contenido a las obligaciones ahí establecidas. Ver, e.g., *I.N.S. v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 439 n.22 (1987).

²² El ACNUR ha emitido estas Directrices de conformidad con su mandato, como se estipula en el *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, de 1950, en conjunto con el artículo 35 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo II de su Protocolo de 1967. Estas directrices complementan el *Manual* del ACNUR y buscan servir como una guía legal experta para los gobiernos, los abogados, los encargados de la toma de decisiones y la judicatura, además de los funcionarios del ACNUR a cargo de la determinación de la condición de refugiado en el terreno. Diversas Cortes Federales han citado las Directrices del ACNUR sobre la Protección Internacional, aprobándolas, Ver, e.g., *Zhang v. Ashcroft*, 388 F.3d 713, 720 (9th Cir. 2004) (que cita las *Directrices del ACNUR sobre protección internacional: solicitudes por motivos de género*); *Castellano-Chacon v. INS*, 341 F.3d 533, 547-48 (6th Cir. 2003) (que cita las *Directrices del ACNUR sobre Protección Internacional: pertenencia a un determinado grupo social*).

²³ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/GIP/03/05, 4 septiembre de 2003 (en adelante “Directrices del ACNUR sobre exclusión”), disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2554.pdf> (visitado por última vez el 11 de septiembre, 2005).

²⁴ Ver ACNUR, *Documento del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 4 de septiembre de 2003 (en adelante “Documento del ACNUR sobre exclusión”), disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2552.pdf> (visitado por última vez el 11 de septiembre, 2005).

²⁵ El Comité Ejecutivo del ACNUR es un grupo intergubernamental integrado actualmente por 68 Estados Miembros de las Naciones Unidas (incluyendo los E.E.U.U) y la Santa Sede, que asesoran al ACNUR en el ejercicio de su mandato de protección. Si bien sus conclusiones no son legalmente vinculantes, contienen elementos relevantes para la interpretación y aplicación del régimen de protección internacional de los refugiados. Las Conclusiones del Comité Ejecutivo constituyen la manifestación de una opinión que representa ampliamente la postura de la comunidad internacional. Los conocimientos especializados del Comité, y el hecho de que sus Conclusiones sean alcanzadas por consenso, le añaden un peso adicional. Las Conclusiones del Comité Ejecutivo están disponibles en <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=565> (visitado por última vez el 11 de septiembre de 2005).

Bajo la legislación de los Estados Unidos de América, las Cortes del país están obligadas a interpretar las normas de E.E.U.U de manera consistente con las obligaciones que emanan de los tratados de los que el país es parte, si ello es posible. En la decisión *Murray v. Schooner Charming Betsy*, la Corte Suprema de E.E.U.U señaló que “un acto del Congreso jamás debería interpretarse de manera que violara la ley de las naciones, si existiera otra interpretación posible”²⁶. Este principio ha sido reiterado en numerosas cortes federales²⁷.

A. Exclusión de la condición de refugiado

1. Resumen

Al brindar protección internacional a las personas refugiadas, el ACNUR y los gobiernos deben regirse por las disposiciones legales que restringen la protección de los refugiados en ciertas circunstancias. La Convención del 1951 obliga a los Estados a denegar la condición de refugiado a ciertas personas que, si no fuera así, cumplirían con los criterios contenidos en la definición de refugiado. Estas disposiciones son llamadas generalmente “cláusulas de exclusión”.

El artículo 1F de la Convención contiene aquellas cláusulas de exclusión que se refieren a los casos en que una persona ha cometido actos de tal gravedad, que lo hacen a él o a ella no merecedor de la protección internacional como refugiada²⁸. En consecuencia, el propósito primordial del artículo 1F es privar de la protección internacional a las personas que cometen actos abominables y delitos graves, y garantizar que estas personas no abusen de la institución del asilo para evitar responder legalmente por los actos que cometieron. Estos propósitos subyacentes, particularmente la determinación de una persona como no *merecedora* de protección, deben tenerse presentes al interpretar la aplicabilidad del artículo 1F.

Como sucede con cualquier excepción a las disposiciones de derechos humanos, las cláusulas de exclusión deben ser interpretadas de manera restrictiva. Como enfatiza el *Manual* del ACNUR, es necesario realizar una interpretación y aplicación restrictiva, ante la gravedad de las posibles consecuencias que podría ocasionar la exclusión de la persona solicitante²⁹. Las cláusulas de exclusión deberían ser usadas con el mayor cuidado, en la medida que son la sanción más extrema establecida en los instrumentos internacionales sobre refugiados aplicables.

²⁶ 6 US (2 Cranch) 64, 118 (1804). Ver también *Weinberger v. Rossi*, 456 US 25, 32 (1982); Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States § 114 (“Where fairly possible, a United States statute is to be construed so as not to conflict with international law or with an international agreement of the United States.”). [Traducción libre: “Siempre que sea posible, una norma de E.E.U.U debe ser interpretado de manera que no entre en conflicto con el derecho internacional o con un acuerdo internacional de E.E.U.U”]

²⁷ Ver *Spector v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 356 F.3d 641, 646-47 (5th Cir. 2004) (revisión de otros motivos en *Spector v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 125 S.Ct. 2169 (2005)); *United States v. Suerte*, 291 F.3d 366, 373-74 (5th Cir. 2002); *Mississippi Poultry Ass'n, Inc. v. Madigan*, 992 F.2d 1359, 1365 (5th Cir. 1993).

²⁸ ACNUR *Manual*, nota *supra* 21, párrafo 140.

²⁹ *Id.*, párrafo 149.

El artículo 1F establece que las disposiciones de la Convención “no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar” que:

- a) ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas³⁰.

Los motivos para excluir a una persona de la condición de refugiado bajo la Convención de 1951 son enumerados de manera taxativa en el artículo 1F. En los casos en que las disposiciones normativas de E.E.U.U difieran de aquellos motivos señalados en el artículo 1F, su alcance debe ser interpretado de manera consistente con el artículo 1F.

B. Aplicación de las cláusulas de exclusión

La aplicación de las cláusulas de exclusión bajo la Convención de 1951 es esencialmente un proceso de tres pasos, que se realiza luego de determinar que una persona satisface los requisitos de la definición de refugiada (por ejemplo, tiene un temor fundado de persecución a causa de alguno de los cinco motivos), cuando existen indicios de que él o ella ha estado involucrada en alguna de las conductas que dan lugar a la exclusión. Bajo un análisis de exclusión, es necesario determinar primero si la conducta bajo análisis constituye un acto excluible. Si este fuera el caso, es necesario establecer la responsabilidad individual de la persona en la comisión del acto. Finalmente, si se establece que existió responsabilidad individual, es necesario determinar si las consecuencias de la exclusión de la condición de refugiado son proporcionales a la gravedad del acto cometido. En el contexto de los niños soldados, es necesario considerar en todas las etapas del análisis, las circunstancias particulares y la vulnerabilidad de los niños y las niñas.

El mérito probatorio requerido bajo el artículo 1F de la Convención de 1951 para la determinación de los hechos relevantes es el de “motivos fundados para considerar”. En opinión del ACNUR, este es un parámetro menor que el requerido para los procedimientos penales (“más allá de toda duda razonable”) pero más que las meras sospechas. Es necesario contar con evidencias claras y creíbles para que se considere satisfecho el umbral de los “motivos fundados para considerar”³¹.

³⁰ Convención de 1951, nota *supra* 4, artículo 1F.

³¹ Ver ACNUR, *Documento del ACNUR sobre exclusión*, nota *supra* 24, párrafos 107–111.

1. Comisión de un acto excludible

Al determinar la exclusión, siempre es necesario establecer en primer lugar, si la conducta analizada pone a la persona dentro del ámbito de aplicación de alguna de las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951. En el caso de los actos cometidos por soldados durante los conflictos armados, el artículo 1F(a) es considerada la cláusula de exclusión más relevante, especialmente las sub-cláusulas relacionadas con los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad. En el caso de los delitos contra la paz, incluidos también en el artículo 1F(a), y los actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, incluidos en el artículo 1F(c), generalmente se ha interpretado que es necesario que los actos hayan sido cometidos por una persona que ocupara un puesto de autoridad en un Estado Miembro o en una entidad semejante a un Estado³². Por lo general, tampoco sería aplicable, bajo el Artículo 1F(b), en el caso de los graves delitos comunes, salvo que se determinara que el delito carecía de relación con el conflicto armado³³.

El derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, establecen los criterios relevantes para determinar si un determinado hecho constituye o no un “delito de guerra” o un “delito contra la humanidad”. Los “delitos de guerra” constituyen graves violaciones al derecho y las costumbres de la guerra, que dan origen a responsabilidad criminal directamente bajo el derecho internacional, ya sea porque así se establece explícitamente en los instrumentos internacionales relevantes³⁴ o con base en el derecho internacional consuetudinario³⁵. Esto se refleja tanto en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex- Yugoslavia (“TPIY”), como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (“CPI”), que constituyen la codificación más reciente de los estándares internacionales a este respecto³⁶. Los “delitos contra la

³² Ver ACNUR Manual, nota *supra* 21, párrafo 163; ACNUR Guías sobre exclusión, nota *supra* 23, párrafos 11 y 17; ACNUR Documento del ACNUR sobre exclusión, nota *supra* 24, párrafo 50.

³³ El artículo 1F(b) sería de mayor relevancia en el caso de actos cometidos en conflictos armados no internacionales, anteriores a la mitad de la década de los noventa. Antes de esa época, la idea de los “delitos de guerra” (esto es, graves violaciones del derecho internacional humanitario que generan responsabilidad penal directamente bajo el derecho internacional) se aplicaba sólo en casos de conflictos armados internacionales. Para efectos de la exclusión, si se establece que los actos en cuestión fueron cometidos antes de mediados de la década de los noventa en el contexto de un conflicto armado no internacional, y que tales actos se encontraban en violación del derecho internacional humanitario, deberían ser evaluados bajo el criterio del artículo 1F(b) o, el artículo 1F(a) – delitos contra la humanidad. Para mayor guía sobre los requisitos a satisfacer en las categorías del artículo 1F, para que sean aplicables, ver *Documento del ACNUR sobre exclusión*, nota *supra*, 24, párrafos 33–45.

³⁴ Esto resulta aplicable, en particular, a actos cometidos en conflictos armados internacionales que constituyen “graves violaciones” a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, nota *supra* 15, artículo 85. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), artículo 50, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31, *entró en vigor* en octubre 21, 1950; Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), artículo 51, 75 U.N.T.S. 85, *entró en vigor* en octubre 21, 1950; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), artículo 130, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 238, *entró en vigor* en octubre 21, 1950; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), artículo 147, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 287, *entró en vigor* en octubre 21, 1950.

³⁵ Este es el caso de actos cometidos en un conflicto armado no internacional, a partir de mediados de la década de los noventa en adelante, que se encuentran prohibidos bajo el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, nota *supra* 34 y el Protocolo Adicional I de 1977, nota *supra* 15.

³⁶ Ver Estatuto de Roma, nota *supra* 17, artículo 8. Ver también, *e.g.*, Carta del Tribunal Militar Internacional, 8 de agosto de 1945, artículo 6(b), 566 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279 (en adelante “Carta de Londres”). Los “delitos de

humanidad” se definen como actos inhumanos cometidos en el contexto de ataques generalizados o sistemáticos contra las personas civiles³⁷. Determinar si se ha cometido un “delito de guerra” o un “delito contra la humanidad”, depende de los hechos específicos del caso. Sin embargo, como regla general, es necesario determinar todos los elementos materiales del delito por medio de evidencias claras y creíbles, para que la conducta quede comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 1F.

2. Determinación de la responsabilidad individual

Si se establece que la conducta bajo análisis queda comprendida bajo una de las cláusulas de exclusión, entonces es necesario determinar si existió responsabilidad. Una persona no puede ser excluida de la condición de refugiado sin establecer previamente la responsabilidad individual. Es necesario analizar tres temas: (1) la participación de la persona solicitante en los actos que ameritan la exclusión; (2) si la persona solicitante tenía el estado mental requerido (*mens rea*); y (3) existencia de posibles motivos para rechazar la responsabilidad individual.

Participación personal en los actos fundamentales

El tema de la participación personal requiere revisar la relación entre la persona y los actos fundamentales. Los factores a considerar incluyen determinar si la persona cometió el acto ella misma, indujo a otros a realizarlo, contribuyó sustancialmente a su comisión, o incurrió en responsabilidad como oficial superior, por delitos cometidos por personas bajo su mando y control efectivo. La determinación de si la conducta de una persona puede o no dar lugar a la responsabilidad individual, debe realizarse mediante un análisis individualizado a la luz del contexto y las circunstancias del caso bajo estudio.

Estado mental requerido (Mens Rea)

Es esencial establecer el estado mental, o *mens rea*, de la persona solicitante al momento en que se cometió el acto excluible, para poder asignar la responsabilidad individual que corresponda con el propósito de establecer la exclusión de la condición de refugiado. En general, para satisfacer el requisito de *mens rea*, la persona debe haber actuado con “intención” y “conocimiento”. “Intención” ha sido definida como la exigencia de que la persona quisiera participar en la conducta bajo análisis o que deseara producir una consecuencia específica, o que fuera consciente de las consecuencias que podrían suceder en el curso ordinario de los hechos³⁸. El “conocimiento” ha sido

guerra”, de acuerdo con la definición de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II, de 1977, y de otros instrumentos, incluyen actos tales como matar intencionalmente y torturar o dar otro trato inhumano a personas protegidas en el contexto de los Convenios de Ginebra; causar intencionalmente gran sufrimiento o heridas graves al cuerpo o salud; la toma de rehenes, la destrucción generalizada de los asentamientos civiles; lanzamiento de ataques indiscriminados sobre los civiles; traslado forzoso de poblaciones; o la violación. *Ver* notas *supra* 34 & 15.

³⁷ *Ver, e.g.*, Carta de Londres, nota *supra* 36, artículo 6(c); *ver también* Estatuto de Roma, nota *supra* 17, artículo 7(1). Los delitos fundamentales pueden incluir actos tales como homicidio, exterminación, esclavitud, deportación o transferencia forzada, reclusión u otra forma grave de privación de la libertad física en violación con las reglas fundamentales del derecho internacional, la tortura, la violación y otras formas graves de violencia sexual, la persecución, la desaparición forzada o el apartheid.

³⁸ Estatuto de Roma, nota *supra* 17, artículo 30(2).

definido como la conciencia de que existen ciertas circunstancias o que se producirá una consecuencia con el curso ordinario de los hechos³⁹

La definición de ciertos delitos incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 1F contiene requisitos adicionales con respecto al elemento del estado mental. Por ejemplo, la comisión de delitos de guerra, exige tener conciencia de la existencia de un conflicto armado, mientras que en el caso de personas que cometen delitos contra la humanidad, se exige no sólo que tuviera la intención y el conocimiento con respecto al delito fundamental (por ejemplo, homicidio o violación), sino también que actuara sabiendo que su delito forma parte de la práctica de ataques sistemáticos y generalizados contra las personas civiles. Otros delitos requieren una intención específica. Por ejemplo, el genocidio requiere "...la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso..."⁴⁰, por otra parte, la persecución como delito contra la humanidad requiere también de una intención discriminatoria específica (persecución "...por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género,..., o por otros motivos")⁴¹

En los casos en que la persona involucrada carecía, al cometer el delito, del elemento del estado mental (*mens rea*) requerido para una ofensa específica, falta una parte fundamental del delito penal y por lo tanto no existiría responsabilidad individual por el delito bajo análisis. Las causales para que estemos ante la ausencia de *mens rea* incluyen, por ejemplo, demencia, discapacidad mental, intoxicación involuntaria o inmadurez. Esta última resulta especialmente relevante, al examinar la aplicabilidad de una cláusula de exclusión a actos cometidos por menores de edad.

Motivos para rechazar la responsabilidad individual

Como parte del análisis anterior, y adicionalmente a él, es necesario analizar la existencia de motivos que puedan fundamentar el rechazo o la exclusión de la responsabilidad individual. Estos motivos pueden ser divididos en categorías como la de falta del elemento de estado mental (ver párrafos anteriores), de defensa (coacción/coerción, autodefensa) y de expiación (cumplimiento de la sentencia, concesión de una amnistía o perdón). Específicamente en el caso de los niños soldados, surgen con frecuencia los temas de inmadurez, intoxicación involuntaria, coacción y/o autodefensa. Esto se analiza más adelante.

Los principios generales de responsabilidad criminal son aplicables al evaluar si existe una defensa válida para haber cometido el delito en cuestión. La defensa de haber actuado bajo coacción, que surge con frecuencia en el contexto de los menores de edad reclutados a la fuerza, requiere de una mención especial. Bajo el Estatuto de Roma, la coacción es una defensa disponible para todos los delitos comprendidos dentro de la

³⁹ *Id.*, artículo 30(3).

⁴⁰ Ver Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo II, 78 U.N.T.S. 277, *entró en vigor en* enero 12, 1951; Ver también, Estatuto de Roma, *nota supra* 17, artículo 6.

⁴¹ Ver, *e.g.*, Estatuto de Roma, *nota supra* 17, artículo 7(1)(h). Esto sería además de los requisitos de *mens rea* para los delitos contra la humanidad en general.

jurisdicción de la Corte⁴². Se aplica – con la consecuencia de que la persona involucrada no podrá ser encontrada responsable desde el punto de vista penal- si él o ella actúa, necesaria y razonablemente, para evitar la amenaza de una muerte inminente, o la continuación o la amenaza inminente de que él o ella o una tercera persona, sufrirá serios daños corporales, siempre que la persona no pretenda causar un daño mayor que el que buscó evitar⁴³. Los casos de derecho internacional agregan un elemento adicional a considerar, esto es, que la situación que motiva la coerción no debe haber sido generada voluntariamente por la persona objeto de la coerción⁴⁴.

Uno de los elementos de la defensa de la coacción que ha sido descrito en el contexto de las personas en situaciones de conflictos armados, que actúan bajo las ordenes de otras, es el de la “opción moral”. Como se señaló en los Juicios de Nuremberg, una persona que es obligada contra su voluntad a cometer un acto que le resulta moralmente repulsivo, sobre la base de una amenaza “inminente, real e inevitable” a su vida, carece del requisito de *mens rea*, para cometer el delito⁴⁵. En el caso *Einsatzgruppen Case*, el Tribunal Militar de E.E.U.U en Nuremberg señaló “no existe una ley que exija que un hombre inocente deba renunciar a su vida o sufrir serios daños para evitar cometer un delito que él condena”⁴⁶. El Tribunal destacó que habría declarado inocentes a los acusados en el caso *Einsatzgruppen*, si ellos hubieran actuado bajo una amenaza que fuera “inminente, real e inevitable”.

El criterio señalado en el párrafo anterior, se aplicaría también en el contexto de establecer una exclusión de la protección internacional como refugiado bajo el artículo 1F de la Convención de 1951: Si se establece que la persona involucrada actuó bajo coacción, él o ella no debería ser considerado como no merecedor de la condición de refugiado⁴⁷. Será necesario tomar en consideración las circunstancias que reducen el nivel de responsabilidad individual por la comisión de un delito, pero que, sin embargo, no dan lugar a una defensa válida de coacción, como parte de la prueba de la proporcionalidad, que constituye la etapa final del análisis de exclusión.

⁴² *Id.*, artículo 31(1)(d).

⁴³ *Id.* Al considerar las exclusiones de la protección internacional de refugiados, la postura del ACNUR establece que la defensa de la coacción puede estar disponible en casos que involucren homicidio u homicidio culposo, pero sólo en casos excepcionales. Si bien el TIPY decidió que la coacción no constituía una defensa completa en casos de delitos de guerra o delitos contra la humanidad, que involucraran homicidio, en el caso *Erdemovic*, esta postura no fue adoptada en última instancia en el Estatuto de Roma, que es considerada la declaración más reciente y experta, hasta la fecha, de los principios de derecho penal internacional. *Prosecutor v. Erdemovic*, Opinión Separada Conjunta del Juez McDonald y del Juez Vohrah, párrafo 88, Case No. IT-96-22-A (I.C.T.Y., Cámara de apelaciones, 7 de octubre, 1997), disponible en

<http://www.un.org/icty/erdemovic/appeal/judgement/erd-asojmcd971007e.htm> (visitado por última vez en septiembre 11, 2005).

⁴⁴ Ver *Prosecutor v. Erdemovic*, Opinión Separada Disidente del Juez Cassese, párrafos 16-17, Caso No. IT-96-22-A (I.C.T.Y., Cámara de apelaciones, 7 de octubre, 1997), disponible en <http://www.un.org/icty/erdemovic/appeal/judgement/erd-adojcas971007e.htm> (visitado por última vez en septiembre 11, 2005).

⁴⁵ *El Einsatzgruppen Case*, 4 Juicios de Criminales de Guerra 480 (1951), citado en *The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement*, 17 Am. J. Crim. Law 55, 70 (1989).

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Ver ACNUR, *Directrices sobre exclusión*, nota *supra* 23, párrafo 22; ACNUR, Documento del ACNUR sobre exclusión, nota *supra* 24, párrafos 69–70.

Proporcionalidad

Si se determina que se ha cometido un acto excluible y, que la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiada es individualmente responsable de su comisión, es entonces necesario establecer si las consecuencias de la exclusión de la condición de refugiada son proporcionales a la gravedad del acto cometido. Los temas a considerar incluirán todos los factores agravantes o atenuantes del caso, además de sopesar la gravedad de la ofensa contra el grado de persecución temido, si la persona retorna⁴⁸. En el caso de los niños y niñas soldados, pueden ser posibles factores atenuantes la edad, el trato recibido por el menor de edad por parte del personal militar o las circunstancias del servicio. Con respecto a sopesar la gravedad de los delitos, contra la posibilidad de sufrir daños al retornar, es necesario señalar que los delitos contra la paz, los delitos contra la humanidad, los actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, serán por lo general lo suficientemente graves como para contrarrestar el grado de persecución temido. Sin embargo, los delitos de guerra y los graves delitos comunes, abarcan un amplio rango de comportamientos, que permitirían considerar que la exclusión podría ser desproporcionada en comparación con el delito fundamental⁴⁹.

C. Aplicación de las cláusulas de exclusión a los menores de edad

Las cláusulas de exclusión contenidas en la Convención de 1951 no distinguen entre adultos y menores de edad. Sin embargo, como se señaló anteriormente, cuando se está analizando la aplicación de una cláusula de exclusión por causa de actos cometidos cuando la persona interesada era menor de 18 años de edad, se debe prestar atención, no sólo a los principios generales de exclusión, sino también a las reglas y principios que regulan la condición especial que tienen los menores de edad bajo el derecho internacional y nacional.

La distinción que realiza el derecho internacional entre adultos y menores de edad, ha sido articulada, por ejemplo, por las cortes penales internacionales. El artículo 7 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, establece que la Corte no puede ejercer jurisdicción sobre ninguna persona que haya sido menor de 15 años al momento de que se cometió el presunto delito, y establece que la Corte deberá tratar a toda persona que tenga entre 15 y 18 años de edad que se presente ante ella, con “dignidad y sentido de valía, tomando en consideración su corta edad y lo deseable que es promover su rehabilitación, reintegración en la sociedad, para que pueda asumir un papel constructivo en la sociedad, y con respeto de los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente los derechos del menor de edad”⁵⁰. La CPI carece también de jurisdicción

⁴⁸ ACNUR *Directrices sobre exclusión*, nota *supra* 23, párrafo 24 (“La incorporación del concepto de proporcionalidad, al valorar la exclusión y sus consecuencias, constituye una herramienta analítica útil para asegurar que las cláusulas de exclusión se apliquen conforme a los fines sobre todo humanitarios de la Convención de 1951”).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, nota *supra* 18, artículo 7. No obstante tener la autoridad legal para acusar a menores de edad entre los 15 y los 18 años, el Fiscal del Tribunal Especial ha elegido no ejercer esta limitada autoridad, considerando que muchos de los niños soldados fueron a su vez víctimas de delitos internacionales. *Ver*

sobre las personas menores de 18 años, dando pie, como ha señalado un comentarista, “a la idea de que estos menores de edad son esencialmente víctimas y, por lo tanto deben ser tratados como tales por el sistema internacional de justicia penal”⁵¹.

En los casos de análisis de exclusión, relacionados con actos cometidos por un menor de edad, serían aplicables consideraciones similares. Las cláusulas de exclusión se pueden aplicar a menores de edad, sólo si él o ella, al momento de la comisión del acto excluible, había alcanzado la edad mínima para ser considerado responsable penalmente. Bajo el artículo 40 de la Convención sobre los derechos del Niño de 1989, los Estados deberán buscar establecer una edad mínima para la responsabilidad penal. En los casos en que el Estado de acogida⁵² así lo ha establecido, un menor de edad que se encuentre por debajo de la edad mínima, no puede ser considerado por el Estado involucrado como autor de un delito excluible. Para aquellos que se encuentran por sobre el límite de edad (o donde no existen tales límites), se debería igualmente evaluar la madurez de ese niño o niña en particular, para determinar si él o ella tenía la capacidad mental para ser considerado responsable del delito en cuestión. Mientras más joven sea el menor de edad, mayor es la presunción de que no existía tal capacidad mental en el momento relevante.

El tema de si un menor de edad tiene el estado mental necesario para ser considerado individualmente responsable de cometer un acto excluible, es de fundamental importancia. Primero es necesario determinar si el niño o la niña era lo suficientemente maduro para comprender la naturaleza de su conducta y las consecuencias de las acciones que se estaban realizando, y en consecuencia cometer, o participar en la comisión de elementos materiales del delito con la suficiente intención y conocimiento. Al realizar esta determinación, es necesario evaluar el desarrollo emocional, mental e intelectual del menor de edad.

En los casos en que se determina que existe capacidad mental, se debe prestar especial atención a la posible existencia de otros motivos para rechazar la responsabilidad individual. Como se señaló con anterioridad, muchos menores de edad soldados cometen delitos durante un conflicto armado, luego de ser drogados de manera involuntaria. Muchos fueron reclutados a la fuerza y forzados a actuar, bajo amenazas de muerte y/o tortura, ya fuera dirigida directamente en contra de ellos o en contra de un ser querido. Es necesario examinar si las circunstancias bajo las cuales el menor de edad cometió el delito, comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 1F, constituyen coacción. Los factores a considerar al realizar esta determinación incluyen, la edad a la que el menor de edad se involucró con el grupo u organización (armados); los motivos por los que él o ella se unieron (de manera voluntaria o forzada, o en defensa de sí

comunicado de prensa, Oficina de Asuntos Públicos, Tribunal Especial para Sierra Leona, “*Special Court Prosecutor Says He Will Not Prosecute Children*” [“Fiscal del Tribunal Especial señala que no acusará a menores de edad”, disponible en inglés] 2 de noviembre de 2002, disponible en www.sc-sl.org/Press/pressrelease-110202.pdf (visitado por última vez en septiembre 11, 2005).

⁵¹Max duPlessis, “*Children under International Criminal Law*,” African Security Review, Vol. 13, No. 2, 2004, disponible en <http://www.iss.co.za/pubs/ASR/13No2/EduPlessis.htm> (visitado por última vez en septiembre 11, 2005).

⁵² Si la edad para ser considerado responsable penalmente es más alta en el país de origen, esto debería tomarse en consideración (a favor del menor de edad).

mismos o de otros); las consecuencias de oponerse a ingresar; el tiempo que fueron miembros; la posibilidad de no participar en tales actos o de escapar; el uso forzado de drogas, alcohol o medicamentos (intoxicación involuntaria); la promoción al interior de los rangos del grupo a causa de las acciones realizadas; el nivel de educación y la comprensión de los eventos en cuestión; y el trauma, abuso o malos tratos sufridos por el menor de edad a causa de su participación.

Como se señaló con anterioridad, incluso si las circunstancias no dan lugar a una defensa, la vulnerabilidad del menor de edad, especialmente de aquellos sometidos a malos tratos, debe ser tomada en consideración al considerar la proporcionalidad de la exclusión.

En el caso de aquellos que aún son menores de edad al momento de realizar la determinación de la condición de refugiado, debemos considerar la obligación fundamental de actuar en el “interés superior” del menor de edad. Los casos en que se está considerando la aplicación de la exclusión con respecto a un solicitante menor de edad, deberían ser manejados por funcionarios especialmente capacitados. El principio del “interés superior” debería integrar cualquier acción de exclusión posterior. Son también relevantes los artículos 39 y 40 de la Convención sobre los derechos del Niño, en la medida que se refieren al deber de los Estados de asistir en la rehabilitación de las víctimas (lo que incluiría a los menores de edad soldados) y establecen estándares para el trato que se debe dar a los menores de edad que se cree han violado la ley penal.

Conclusión

Las cláusulas de exclusión buscan denegar la condición de refugiado a aquellas personas que se consideran no merecedoras de protección como refugiadas. Las consecuencias de la exclusión, por ejemplo, devolución a la persecución, son potencialmente severas. Por ello, es importante seguir los rigurosos estándares requeridos para realizar un análisis de exclusión. Debe llevarse a cabo un análisis detallado y personalizado, tomando en consideración la naturaleza de los actos supuestamente cometidos, la responsabilidad personal de la persona solicitante con respecto a tales actos, y la proporcionalidad del retorno, en contraposición con la gravedad del acto.

En el caso de los menores de edad soldados, se deben tener cuidados especiales, tanto a causa de su edad, como las circunstancias que rodearon su participación en el conflicto armado. Debe recordarse que el reclutamiento forzoso de niños y niñas menores de 18 años es una violación del derecho de los derechos humanos⁵³. El reclutamiento de menores de edad bajo los 15 años de edad, sea o no a la fuerza, y su utilización activa en las hostilidades es considerada un delito de guerra⁵⁴. Con frecuencia los menores de edad soldados, son tanto víctimas de la guerra y de abusos de derechos

⁵³ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, nota *supra* 20, artículo 2.

⁵⁴ Estatuto de Roma, nota *supra* 17, artículo 8(2)(b)(xxvi). Ver también, Resolución 1539 del Consejo de Seguridad de la ONU (2004), disponible en www.un.org/special-rep/children-armed-conflict/KeyDocuments/Resolution/S-RES-1539English.html (visitado por última vez en septiembre 11, 2005).

humanos, como potenciales autores de tales delitos. Un enfoque integral para determinar la condición de refugiado, que considere todos los factores relevantes del caso individual, es esencial para determinar quiénes deberían beneficiarse con la condición de refugiado y quiénes no.

Confiamos en que este análisis le sea de utilidad a usted y a las personas encargadas de analizar la solicitud de su cliente.

Sinceramente,

Eduardo Arboleda
Representante Regional Adjunto