



Declaración del ACNUR sobre el artículo 1F de la Convención de 1951

Publicada en el marco de las cuestiones prejudiciales presentadas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la Corte Federal Administrativa de Alemania con respecto a la interpretación de los artículos 12 (2) (b) y (c) de la Directiva de Reconocimiento

Introducción

El 10 de febrero de 2009 y el 13 de marzo de 2009, la Corte Federal Administrativa alemana¹ presentó dos peticiones al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas² para una cuestión prejudicial referente a la interpretación de los artículos 12 (2) (b) y (c) de la Directiva del Consejo 2004/83/EC del 29 de abril de 2004, por la que se establecen las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.³ Estas disposiciones excluyen a una persona de ser un refugiado cuando hay razones serias para considerar que él o ella ha cometido ciertos actos atroces. Los artículos 12 (2) (b) y (c) de la Directiva de reconocimiento se basan en los artículos 1F (b) y (c) de la Convención de 1951 referentes al estatuto de refugiado.⁴

Las cuestiones planteadas por la Corte en mención⁵ se refieren a las condiciones según las cuales la exclusión del estatuto de refugiado bajo el artículo 12 (2) (b) y (c) de la Directiva de Reconocimiento se debe aplicar a las personas que son miembros de una organización terrorista o que apoyan la lucha armada de tal organización.

¹ De aquí en adelante “Corte en mención”.

² La Corte en mención planteó dos peticiones para decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante “TJCE”) en el caso C-57/09 *Bundesrepublik Deutschland vs. B* [DO C 129/3, 06.06.2009] en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:129:0003:0003:ES:PDF> y el caso C-101/09 *Bundesrepublik Deutschland vs. B* [DO C 129/7, 06.06.2009] en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:129:0007:0007:Es:PDF>.

³ Consejo de la Unión Europea, *Directiva del Consejo 2004/83/EC del 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida* [DO L 304/12, 30.09.2004], en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0083:ES:HTML> (en adelante: “Directiva de Reconocimiento” o “DR”).

⁴ Asamblea General de la ONU, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, 28 de julio de 1951, serie de tratados de Naciones Unidas No. 2545, vol. 189, p. 137, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0005.pdf> (en adelante: “Convención de 1951”).

⁵ La traducción al español de las cuestiones se reproduce en la parte 4 de este documento.

Ésta es la cuarta cuestión prejudicial relacionada con la interpretación de la Directiva de Reconocimiento⁶ y el tercer caso en el cual se le solicita al TJCE aclarar la aplicación de una disposición específica de la Convención de 1951 en el marco del acervo legislativo sobre asilo de la UE. El ACNUR tiene un interés directo en esta materia como agencia a la cual la Asamblea General de Naciones Unidas ha confiado la responsabilidad de proporcionar protección internacional a los refugiados y de buscar soluciones permanentes para el problema de los refugiados.⁷ Según su estatuto el ACNUR cumple su mandato entre otras cosas “[p]romoviendo la conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados, vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a los mismos”.⁸ Esta responsabilidad de supervisión es confirmada por el artículo 35 de la Convención de 1951⁹ y el artículo II del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967¹⁰ y se extiende a todos los Estados miembros de la UE, pues son todos ellos Estados Partes de ambos instrumentos.

La responsabilidad de supervisión del ACNUR se ha reflejado en la normatividad de la Comunidad Europea, incluso por medio de una referencia general a la Convención de 1951 en el artículo 63 (1) del Tratado de Ámsterdam establecido por la Comunidad Europea,¹¹ así como en la Declaración 17 del Tratado de Ámsterdam, la cual prevé que “se entablarán consultas sobre cuestiones relativas a la política de asilo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (...)”.¹² La legislación secundaria de la CE también enfatiza el papel del ACNUR. Por ejemplo, el numeral 15 del preámbulo de la Directiva de Reconocimiento establece que las consultas con el ACNUR “pueden proporcionar a los Estados miembros una valiosa orientación para determinar el estatuto de refugiado con arreglo al artículo 1 de la Convención de Ginebra”. La responsabilidad de supervisión del ACNUR también se contempla específicamente en el artículo 21 de la Directiva del Consejo 2005/85/EC sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados

⁶ Caso C-465/07 Elgafaji, Sentencia del 17 de febrero de 2009, Diario Oficial de la Unión Europea [DO C 90/3, 18.04.2009], en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:090:0004:0004:ES:PDF>; asuntos acumulados: *Caso C-179/08 Dier Jamal*; *Caso C-178/08 Ahmed Adem y Hamrin Mosa Rashi*; *Caso C-177/08 Khoshnaw Abdullah*; *Caso C-176/08 Kamil Hasan*; *Caso C-175/08 Aydin Salahadin Abdulla*, [DO C 197/3, 02.08.2008], en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:197:0002:0003:ES:PDF>; C-31/09 Bolbol Nawras vs. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, [DO C 82/15, 04.04.2009], en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:082:0015:0015:es:pdf>.

⁷ Asamblea General de la ONU, ACNUR, Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, A/RES/428 (V), anexo, ONU Doc. A/1775, párrafo 1 (14 de diciembre de 1950), en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0004.pdf>.

⁸ *Ibid.*, párrafo 8(a).

⁹ Ver nota al pie de página 4. Según el artículo 35 (1) de la Convención de 1951 el ACNUR tiene la “tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención”.

¹⁰ Asamblea General de la ONU, Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, 30 de enero de 1967, serie de tratados de Naciones Unidas No. 8791, vol. 606, p. 267, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0003.pdf>.

¹¹ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [DO C 321 E/65, 29.12.2006], en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:es:pdf>

¹² Tratado de Ámsterdam por el cual se modifican el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, del 2 de septiembre de 1997, *Declaración sobre el artículo 73K del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. [DO C 340, 10.11.1997], en: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>.

miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado.¹³ Esto también se refleja en la reciente propuesta de la Comisión Europea para reglamentar el establecimiento de una Oficina Europea de Apoyo al Asilo,¹⁴ en la cual se reconoce la pericia del ACNUR en el campo del asilo¹⁵ y prevé que el ACNUR será un miembro sin derecho a voto en el Consejo de administración de la EASO¹⁶.

En este contexto, el ACNUR expresa en esta Declaración su opinión sobre los temas que se presentan en las cuestiones prejudiciales del 10 de febrero y 13 de marzo de 2009. La parte 1 de esta Declaración trata la necesidad de interpretar la Directiva de Reconocimiento de acuerdo con la Convención de 1951 y bajo la confiable orientación del ACNUR. La parte 2 proporciona la interpretación del ACNUR del artículo 1F (b) y (c) de la Convención de 1951. La parte 3 proporciona una breve descripción de la praxis alemana con respecto a la exclusión, que constituye el argumento central de la petición. Esto puede facilitar la comprensión de la parte 4 donde se exponen las opiniones del ACNUR sobre las cuestiones específicas presentadas ante el TJCE.

1. La Directiva de Reconocimiento y la Convención de 1951

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea crea claramente la obligación para la legislación secundaria sobre asilo de la CE de ajustarse a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.¹⁷ La primacía de la Convención de 1951 está ampliamente reconocida en las Conclusiones del Consejo Europeo y los relativos documentos de políticas de la Comisión, que afirman que el Sistema Común de Asilo Europeo está basado en la “plena e inclusiva aplicación” de la Convención de 1951.¹⁸ Se

¹³ Consejo de la Unión Europea, Directiva del Consejo 2005/85/EC del 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado [DO L 326/13, 13.12.2005], en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:ES:PDF>. El artículo 21 (c) obliga particularmente a los Estados miembros a permitir que el ACNUR pueda “manifestar su opinión, en el ejercicio de sus responsabilidades de vigilancia de conformidad con el artículo 35 de la Convención de Ginebra, a toda autoridad competente sobre solicitudes individuales de asilo en cualquier fase del procedimiento.”

¹⁴ Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo*, COM (2009) 66 finales, 18.02.2009, en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0066:FIN:ES:PDF> (en adelante: “EASO”).

¹⁵ El numeral 9 de la propuesta de la EASO indica que “[p]ara poder beneficiarse de la competencia y apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Oficina deberá actuar en estrecha cooperación con éste.”

¹⁶ El numeral 14 de la propuesta de la EASO subraya que “con el fin de asociar plenamente al ACNUR a los trabajos de la Oficina y habida cuenta de su competencia en materia de asilo, el ACNUR deberá ser miembro del Consejo de Administración sin derecho a voto”. La calidad del ACNUR como miembro en los Consejos de Administración de la EASO se rige por el artículo 23 (4).

¹⁷ Ver nota al pie de página 11. El artículo 63(1) señala que las medidas sobre el asilo estarán “de acuerdo con la Convención de Ginebra del 28 de julio de 1951 y del Protocolo del 31 de enero de 1967 referente al estatuto de refugiados, y otros tratados relevantes”. El Tratado de Lisboa que enmienda el Tratado en la Unión Europea y el Tratado que constituye la Comunidad Europea señala en su artículo 63 que la política común sobre asilo, la protección subsidiaria y la protección temporal deben estar “de acuerdo con la Convención de Ginebra del 28 de julio de 1951 y del Protocolo del 31 de enero de 1967 referente al estatuto de refugiado, y otros tratados relevantes”.

¹⁸ Ver párr. 13 de las *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere* de 15-16.10.1999, en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm; párr. 6 del *Programa de La Haya: Consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea* 13.12.2004, en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?>

deduce que la transposición de la Directiva de Reconocimiento en la legislación nacional de los Estados miembros de la UE, todos los cuales son Estados Partes de la Convención de 1951 y por lo tanto vinculados por sus obligaciones, debe también estar en línea con la Convención de 1951.¹⁹

La Directiva de Reconocimiento reconoce que la Convención de 1951 es “la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de refugiados,”²⁰ y estipula que los estándares mínimos de la Directiva están dirigidos a garantizar el “pleno respeto por [...] el derecho al asilo”²¹ así como guiar a los Estados miembros en la aplicación de la Convención de 1951.²² Algunas disposiciones de la Directiva replican casi al tenor de la letra la Convención de 1951.²³ Uno de los propósitos de la Directiva es de no sólo garantizar el cumplimiento de la Convención de 1951, sino de contribuir a su plena implementación.

Generalmente las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR,²⁴ así como el Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado²⁵ y las subsecuentes

[uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:ES:PDF](#); párr. 1 del *Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo* COM(2007) 301 final, 06.06.2007, en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0301:FIN:ES:HTML>; parte 1.1 del *Plan de política de asilo: un planteamiento integrado de la protección en toda la UE* de la Comisión Europea, COM(2008) 360, 17.06. 2008, en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0360:FIN:ES:HTML>. El Plan de política reconoce el papel fundamental desempeñado por la Convención de 1951 en las existentes disposiciones de los tratados y aquellas resultantes del Tratado de Lisboa. Ver también p. 11 del Pacto europeo sobre inmigración y asilo adoptado el 16 de octubre de 2008, en el cual el Consejo Europeo reitera que “todo extranjero perseguido tiene derecho a obtener ayuda y protección en el territorio de la Unión Europea, en aplicación de la Convención de Ginebra [...]”, *Pacto europeo sobre inmigración y asilo*, 13440/08, 16.10.2008, p. 11, en: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st13/st13440.es08.pdf>.

¹⁹ Para las observaciones del ACNUR sobre la Directiva de Reconocimiento ver: ACNUR, *Comentarios anotados sobre la Directiva del Consejo CE 2004/83/EC de 29.04.2004, sobre las normas mínimas para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida* (DO L 304/12 de 30.9.2004), 28 de enero de 2005, en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4200d8354.html>. Vea también: Maria-Teresa Gil-Bazo, “*Refugee Status and Subsidiary Protection under EC Law. The EC Qualification Directive and the Right to be Granted Asylum*”, en: A. Baldaccini, E. Guild y H. Toner (eds), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Hart (2007), pp. 229-264

²⁰ Numeral 3 de la Directiva de Reconocimiento.

²¹ Numeral 10 de la Directiva de Reconocimiento.

²² Numeral 16 de la Directiva de Reconocimiento.

²³ Por ejemplo, el artículo 2 (c) de la Directiva de Reconocimiento replica casi exactamente el artículo 1A de la Convención de 1951.

²⁴ El Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado (“ExCom”) fue creado en 1958 y funciona como órgano subsidiario de la Asamblea General de Naciones Unidas. Tiene tanto funciones ejecutivas como consultivas. Su mandato se encuentra en la Resolución 1166(XII) de la Asamblea General de Naciones Unidas que indica entre otras cosas que debe “asesorar al Alto Comisionado, cuando él lo requiera, en el ejercicio de sus funciones en virtud del Estatuto de su oficina”. Esto incluye la publicación de conclusiones sobre protección internacional (designadas a menudo como “Conclusiones del ExCom”) que abordan temas relativos a la protección de refugiados y sirven como “directrices internacionales que deberán establecer los Estados, la OACNUR y otros órganos al desarrollar u orientar sus políticas sobre cuestiones de refugiados”, ver: ACNUR, *Conclusiones generales sobre protección internacional*, Conclusión del ExCom No. 55 (XL) (1989), 13 de octubre de 1989, párrafo (p), en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0566.pdf>. Las Conclusiones de ExCom son adoptadas por consenso por los Estados que son miembros del Comité Ejecutivo y se pueden considerar por lo tanto como reflejo de su interpretación de las normas jurídicas relativas a la protección de refugiados; ver: G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *Derecho internacional de los refugiados*, editorial de la Universidad de Oxford, 2da edición, 2007, p. 128. Actualmente 78 Estados son miembros del Comité Ejecutivo del ACNUR.

Directrices sobre la protección internacional,²⁶ publicadas por el ACNUR, deben también ser considerados en la interpretación de las disposiciones sobre asilo del acervo legislativo de la UE. Éstas proporcionan orientación para la interpretación y la aplicación de la Convención de 1951 e influenciaron significativamente la redacción de la Directiva de Reconocimiento. El Memorando explicativo de la propuesta de Directiva de la Comisión²⁷ cita el Manual del ACNUR y las Conclusiones del Comité Ejecutivo como fuentes, junto con la Convención de 1951.²⁸

2. Interpretación del ACNUR del artículo 1F

2.1. Consideraciones generales

La interpretación del ACNUR del artículo 1F de la Convención de 1951 se precisa en el Manual del ACNUR,²⁹ las Directrices sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión³⁰ y el Documento sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión,³¹ el último de los cuales forma parte integrante de las Directrices del ACNUR sobre el artículo 1F. La presente Declaración aclara y complementa estas posiciones previas consignadas por el ACNUR.

En lo referente al artículo 1F de la Convención de 1951, el ACNUR se ha guiado por posteriores desarrollos jurídicos en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional

²⁵ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de refugiados*, 1 de enero de 1992, en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=4359 (en adelante: "Manual del ACNUR").

²⁶ El ACNUR publica las "Directrices sobre la protección internacional" conforme a su mandato, según lo contenido en el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, conjuntamente con el artículo 35 de la Convención de 1951. Las Directrices complementan el Manual del ACNUR (ver nota al pie de página 24) y pretenden proporcionar orientación a los gobiernos, abogados, funcionarios responsables de la toma de decisiones y de la judicatura, así como al personal del ACNUR.

²⁷ Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, COM(2001) 510 final, 12.09.2001, en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0510:FIN:ES:PDF>.

²⁸ *Ibíd.*, parte 3, p. 5. La posición común del Consejo de 1996 respecto a la aplicación armonizada de la definición del término "refugiado", que constituyó el "punto de partida" de la Directiva de Reconocimiento, reconoció que el Manual constituye "para los Estados miembros un instrumento útil para determinar la condición de refugiado"; ver *Posición común, del 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término "refugiado" conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados* [DO L 63/2, 13.3.1996], en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0196:ES:HTML>.

²⁹ Ver *Manual del ACNUR*, nota al pie de página 25, párrafos 147-163.

³⁰ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No. 5: Aplicación de las cláusulas de exclusión: Artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 4 de septiembre de 2003, HCR/GIP/03/05, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2554.pdf> (en adelante: "Directrices del ACNUR sobre el artículo 1F").

³¹ ACNUR, *Documento del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: Artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 4 de septiembre de 2003, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2552.pdf> (en adelante: "Documento sobre exclusión").

humanitario³², el derecho penal internacional, el derecho internacional que se refiere a la extradición y por la práctica de los Estados.

El artículo 1F se lee como sigue:

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

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;*
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;*
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.*³³

El propósito del artículo 1F fue reconocido por los trabajos preparatorios en dos sentidos: en primer lugar, negar los beneficios del estatuto de refugiado a ciertas personas que calificarían como refugiados pero que no son merecedores de tales beneficios porque existen “motivos fundados para considerar” que han cometido actos atroces o graves delitos comunes; y en segundo lugar, garantizar que tales personas no abusen de la institución del asilo con el fin de evadir la responsabilidad legal de sus actos.³⁴ Esta disposición, por lo tanto, pretende proteger la integridad de la institución del asilo y debe ser aplicada “escrupulosamente”, como ha sido reiterado por el Comité Ejecutivo.³⁵

Así mismo, los motivos para la exclusión se enumeran exhaustivamente en la Convención de 1951. Si bien estos motivos están abiertos a la interpretación, no pueden complementarse con criterios adicionales si se carece de un acuerdo entre las Partes contratantes.³⁶ Como con cualquier excepción

³² Para una breve descripción de estos procesos ver Geoff Gilbert, “Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión”, en E. Feller, V. Turk y F. Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge (2003), págs. 429-432, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/470a33bc0.html>

³³ Vea nota al pie de página 4.

³⁴ Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas, acta resumida de la 24ta reunión, ONU doc. A/CONF.2/SR.24, 27 de noviembre de 1951, declaraciones de Herment (Bélgica) y Hoare (Reino Unido); Gilbert, nota al pie de página 32, págs. 427-428.

³⁵ ACNUR, Conclusión No. 82 (XLVIII) sobre la salvaguarda de la institución del asilo, 17 de octubre de 1997, párrafo (v), en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0593.pdf>; Conclusión general N° 102 (LVI) sobre la protección internacional, 7 de octubre de 2005, párrafo (i), en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3861.pdf>; Conclusión N° 103 (LVI) sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección, 7 de octubre de 2005, párrafo (d), en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3862.pdf>

³⁶ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafo 7. Como principio general del Derecho internacional, un tratado sólo puede ser modificado o revisado por el acuerdo entre las Partes contratantes. Este principio se expone en el artículo 39 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados, y estipula que: “[...] un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes”. Igualmente, no se permite ninguna reserva al artículo 1 de la Convención de 1951 en virtud del artículo 42 de la misma Convención. Para orientación adicional sobre el Derecho de los

a las garantías de los derechos humanos, y debido a las posibles graves consecuencias para el individuo, las cláusulas de exclusión enumeradas en el artículo 1F deben ser interpretadas siempre de manera restrictiva, aplicadas con extrema precaución³⁷ y a la luz del carácter primordialmente humanitario de la Convención de 1951.³⁸

Al considerar la exclusión de la protección internacional a los refugiados en lo referente a los actos terroristas,³⁹ se debe observar que la aplicación del artículo 1F requiere primero que los actos en cuestión se encuentren entre los motivos de exclusión, teniendo en cuenta la naturaleza de estos actos, así como el contexto y todas las circunstancias individuales en las cuales ocurrieron. Tal acto no conducirá a la exclusión por su mera calificación de “terrorista”, sino solamente si tal acto cae dentro del alcance del artículo 1F. En segundo lugar, debe ser establecido, en cada caso, que el individuo en cuestión cometió un delito contemplado en una de las sub-cláusulas del artículo 1F, o participó en la comisión de tal delito de modo que diera lugar a responsabilidad penal de acuerdo con los principios internacionalmente aplicables.

Aunque los actos considerados comúnmente de naturaleza terrorista podrían caer dentro de las cláusulas de exclusión, el artículo 1F no debe ser equiparado a una simple disposición sobre anti-terrorismo. El hecho que un individuo esté en una lista de sospechosos de terrorismo o sea miembro de una organización señalada como terrorista no debe sugerir la aplicación automática de las

tratados, ver Ian Brownlie, “Principios de derecho internacional”, sexta edición, Editorial de la Universidad de Oxford, 2003, páginas 581-584.

³⁷ Ver Manual del ACNUR, nota al pie de página 25, párrafo 149.

³⁸ Ver nota al pie de página 4. Ver artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que están generalmente aceptados como declaraciones de derecho internacional. Particularmente, según el artículo 31, los tratados deberán ser interpretados “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos [...] en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El objeto de la Convención de 1951, según lo indicado en su preámbulo, es esforzarse por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales.

³⁹ La comunidad internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, ha desarrollado 16 instrumentos jurídicos internacionales universales referentes al terrorismo (13 instrumentos y 3 recientes enmiendas). Además, existen 14 instrumentos jurídicos regionales que atañen al tema del terrorismo internacional. Las Convenciones universales precisaron las obligaciones de los Estados en lo referente al terrorismo, indicando ciertos actos específicos que son considerados delitos a nivel internacional, y cubren una amplia gama de actos comúnmente considerados de “naturaleza terrorista”. Sin embargo, no proporcionan una definición exhaustiva del término. En cambio, estos 16 instrumentos jurídicos son de naturaleza “sectorial” y abordan temas específicos, tales como seguridad aérea, navegación y las plataformas marítimas, protección de personas, apoderamiento ilícito de aeronaves y toma de rehenes, o la supresión de los medios por los cuales los actos terroristas pueden ser perpetrados o apoyados. Estos instrumentos solicitan a los Estados tomar medidas específicas para prevenir la comisión de actos terroristas y prohibir los delitos relacionados con el terrorismo, incluso obligando a los Estados Partes a criminalizar conductas o delitos específicos, establecer ciertos criterios jurisdiccionales, y proporcionar una base legal para la cooperación sobre extradición y asistencia legal. Ver *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, A/HRC/8/13, 2 de junio de 2008, párrafos 18-24, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/TMP/736917.9.html> (“Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos 8/13 (2008)”). Para el estado actual de los Instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la prevención y la supresión del terrorismo internacional, ver *Informe del Secretario General, Medidas para eliminar el terrorismo internacional*, A/63/173, 25 de julio de 2008, páginas 18-27, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/TMP/5899709.html>.

cláusulas de exclusión. Esto puede, sin embargo, inducir a la consideración de la aplicabilidad de las cláusulas de exclusión, y a veces, dependiendo de la organización y de las circunstancias, puede surgir una presunción rebatible de responsabilidad individual ligada a actos excluibles.⁴⁰ Sin embargo, esto en sí mismo no constituirá prueba suficiente para justificar la exclusión.

Se debe recordar que la solicitud de asilo de una persona que (o se presume que) ha hecho uso de la fuerza, o ha cometido actos de violencia de cualquier naturaleza y dentro de cualquier contexto, debe en el primer lugar - como cualquier otra solicitud - ser examinada desde la perspectiva de las cláusulas de inclusión de la Convención de 1951.⁴¹

El artículo 1F debe ser distinguido del artículo 33 (2) de la Convención de 1951, que proporciona las excepciones al principio de *non-refoulement*. Éstas son disposiciones distintas que responden a diversos propósitos. El artículo 1F forma parte de la definición de refugiado de la Convención de 1951, y enumera exhaustivamente los motivos de exclusión del estatuto de refugiado basados en los actos criminales cometidos por el solicitante. A diferencia del artículo 1F, el artículo 33(2) no forma parte de la definición de refugiado y no constituye un motivo para la exclusión de la protección a refugiados. Mientras que el artículo 1F está dirigido a preservar la integridad del régimen de protección al refugiado, el artículo 33 (2) se refiere a la protección de la seguridad nacional del país de acogida. La aplicación del artículo 33 (2) afecta el tratamiento proporcionado a los refugiados, más exactamente, su reconocimiento como refugiados en virtud de la Convención de 1951. Esto permite, bajo circunstancias excepcionales, el retiro de la protección contra el *refoulement* a aquellos reconocidos previamente como refugiados que representen un peligro para el país anfitrión.⁴² La decisión de excluir a un solicitante basada en evidencia de que él o ella constituye un riesgo para la seguridad del país de acogida sería contraria al objeto y al propósito del artículo 1F y del marco conceptual de la Convención de 1951.⁴³

⁴⁰ Ver más adelante, parte 4.1 de la Declaración.

⁴¹ Ver Manual del ACNUR, nota al pie de página 25, párrafo 176.

⁴² ACNUR, *Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, 10 de agosto de 2006, párrafos 11-12, en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/44dc81164.html>; Sobre la excepción al “peligro a la seguridad”, ver “*Factum of the Intervenor, ACNUR, Suresh vs Ministerio de Ciudadanía e Inmigración; Ministerio del Procurador General de Canadá, SCC No. 27790*”, en 14:1 *International Journal of Refugee Law* (2002), disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3e71bbe24.html> (en adelante: “ACNUR, Suresh Factum”). Un análisis detallado del alcance del principio de *non-refoulement* se puede encontrar en E. Lauterpacht y D. Bethlehem, “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, en Feller, V. Türk y F. Nicholson (eds.), nota al pie de página 32, (en adelante: “E. Lauterpacht y D. Bethlehem”). Ver también ACNUR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 de enero de 2007, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/45f17a1a4.html> (en adelante: “ACNUR, Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución”).

⁴³ Ver ACNUR, *Comentarios anotados sobre la Directiva del Consejo*, nota al pie de página 19. Comentario del ACNUR sobre el artículo 14 (4) - (6).

2.2 **Requisitos para la aplicación del artículo 1F de la Convención de 1951**

2.2.1 Gravedad de los actos cubiertos por el artículo 1F

Todos los tipos de delitos que conducen a la exclusión bajo el artículo 1F de la Convención de 1951 implican un alto nivel de gravedad. Esto es obvio con respecto al artículo 1F (a) y (c), que se refieren a actos de naturaleza más notoria tales como los “delitos de guerra” o “delitos contra la humanidad” o “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.⁴⁴ A la luz de su contexto y del objeto y propósito de los motivos de exclusión subrayados anteriormente, un “grave delito común,” cobijado por el artículo 1F (b) debe también implicar un alto umbral de gravedad.⁴⁵ Por lo tanto, la naturaleza de un alegado acto excluible, el contexto en el cual ocurrió y todas las circunstancias relevantes del caso deben ser consideradas para determinar si el acto es bastante grave como para autorizar la exclusión en el sentido del artículo 1F(b) y 1F (c).

2.2.2 Responsabilidad individual, debido proceso y mérito de la prueba

Para que la exclusión sea aplicada, se debe establecer la responsabilidad individual respecto a un acto contemplado por el artículo 1F. Generalmente la responsabilidad individual se presenta cuando el individuo ha cometido el acto en cuestión o ha hecho una contribución substancial, a sabiendas que su acto u omisión facilitaría la conducta criminal. Esto también se deriva de la redacción del artículo 1F que se refiere a una “persona (...) respecto de la cual existan motivos fundados para considerar” que ha cometido actos contemplados en el artículo 1F (a) y (b), o que “se ha hecho culpable” de actos contemplados en el artículo 1F (c). Por lo tanto, el grado de implicación personal, intención y conocimiento⁴⁶ del individuo en el delito debe ser cuidadosamente evaluado.

Este requisito para la responsabilidad individual es crítico en casos de alegada pertenencia a una organización comprometida en actos excluibles donde, entre otras cosas, el papel específico, la implicación personal y las contribuciones substanciales del individuo respecto a las actividades de la organización se deben examinar cuidadosamente para determinar su responsabilidad individual.⁴⁷

La Convención de 1951 establece un mérito de la prueba más elevado para determinar que un individuo ha cometido o ha participado en la comisión de actos contemplados por el artículo 1F,

⁴⁴ Por ejemplo, la lista no exhaustiva de actos considerados crímenes de guerra en el artículo 8 del Estatuto de la CPI demuestra claramente la excepcional gravedad de tales crímenes.

⁴⁵ Esto será demostrado con mayor profundidad más adelante en el párrafo 4.1.1.1.

⁴⁶ Como se refleja en el artículo 30 del Estatuto de la CPI, la responsabilidad criminal puede presentarse sólo cuando el individuo en cuestión actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Para una definición de los términos “intención” y “conocimiento” y un análisis detallado sobre responsabilidad individual y exclusión, ver las *Directrices del ACNUR* sobre el artículo 1F, nota al pie de página 30, párrafos 18-23, y el *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 50-75. Ver más adelante sección 1.1.1.3. de la Declaración, y artículos 25 y 28 del Estatuto de la CPI, los cuales proporcionan útil orientación en temas de responsabilidad individual y la responsabilidad de los jefes y otros superiores, respectivamente.

⁴⁷ Ver nota al pie de página 30, párrafo 59. Goodwin-Gill y Jane McAdam, nota al pie de página 24, p. 169. Ver más adelante respuesta del ACNUR a la Cuestión 1, parte 4.1 de la Declaración.

solicitando “motivos fundados para considerar” que el individuo ha cometido o ha participado en la comisión de tales actos. Aunque la aplicación de la cláusula de exclusión no requiera una “determinación de culpabilidad” en términos de justicia penal, y por consiguiente, el mérito de la prueba requerido sería inferior a la “prueba de culpabilidad más allá de la duda razonable”, este debe ser suficientemente elevado para garantizar que los refugiados no sean excluidos erróneamente. Las palabras “motivos fundados para considerar”⁴⁸ se deben interpretar en conformidad con su significado llano, y requieren un mérito de la prueba más elevado, a la luz de las graves consecuencias de la exclusión y de la necesidad de preservar y de adherirse al objeto y propósito de los artículos 1F de la Convención de 1951. Así, en la opinión del ACNUR, para demostrar que existen “motivos fundados para considerar” que existe responsabilidad individual se requiere de evidencia confiable, creíble y convincente, más allá de la mera sospecha o acusación.

Mientras el debido proceso y la imparcialidad procesal son esenciales en todos los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado, son particularmente importantes rigurosas salvaguardas procesales en los casos de exclusión, dada la naturaleza excepcional y las severas consecuencias de la exclusión, y el carácter primordialmente humanitario de la Convención de 1951.⁴⁹

Además, pueden existir motivos para encontrar que no se aplica la responsabilidad individual, por ejemplo la ausencia del elemento mental indispensable (conocimiento e intención) o la existencia de defensas válidas a la responsabilidad criminal. Cualquier otro factor de atenuación también deberá ser determinado. En caso de que la persona tenga una defensa válida, la exclusión no será aplicable.⁵⁰

2.2.3 Proporcionalidad

En opinión del ACNUR, la consideración de la proporcionalidad es una importante salvaguarda en la aplicación del artículo 1F, en vista de las graves consecuencias de la exclusión, la cual niega el beneficio del estatuto de refugiado a ciertas personas que de lo contrario calificarían como refugiados. Aunque este principio no se menciona expresamente en la Convención de 1951, se deriva de la naturaleza y el análisis razonado de las cláusulas de exclusión, y del objeto y propósito primordialmente humanitarios de la Convención de 1951.⁵¹

Como una excepción a las garantías de los derechos humanos, las cláusulas de la exclusión deben ser aplicadas de manera proporcional a su objetivo. Esto requiere una evaluación de la gravedad del delito en cuestión, que debe ser sopesado frente a las consecuencias de la exclusión.⁵² Este principio

⁴⁸ Ver también el artículo 61 (5) del Estatuto CPI.

⁴⁹ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 98-113. Ver también Goodwin-Gill y McAdam, nota al pie de página 24, p. 179

⁵⁰ Ver *Manual del ACNUR*, nota al pie de página 25, párrafos 21-23; *Estatuto de la CPI*, artículos 25-30, nota al pie de página 46.

⁵¹ Ver notas al pie de página 4 y 38.

⁵² Esto se sustenta igualmente por la historia de la redacción de la Convención de 1951, cuando en los trabajos preparatorios el presidente de la Conferencia subrayó que el país de asilo tendría que “lograr un equilibrio razonable entre

de proporcionalidad ha sido reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Más específicamente, una prueba de equilibrio fue mencionada en lo referente al artículo 1F (b) durante la negociación de la Convención de 1951⁵³ y se ha desarrollado posteriormente en la jurisprudencia y el análisis de expertos.⁵⁴

La consecuencia de la exclusión bajo el artículo 1F es la negación del sistema de derechos vinculados al estatuto de refugiado, incluyendo la protección contra la deportación a un país donde él o ella podría enfrentar persecución. La prueba de proporcionalidad debe, por lo tanto, involucrar la determinación del grado y probabilidad del temor de persecución, y sopesarlo frente a la gravedad de los actos cometidos. Si el solicitante pudiera enfrentar grave persecución, el delito en cuestión debe ser muy grave para excluir al solicitante. Éste sería el caso cuando el delito en cuestión constituye un crimen grave, satisfaciendo, por ejemplo, la definición de crímenes contra la humanidad.⁵⁵

Además, la prueba de proporcionalidad debe incluirse un examen de aplicabilidad de otras garantías en virtud de instrumentos de derechos humanos, especialmente el artículo 3 de la Convención contra la tortura de 1984, artículos 6 y 7 del PIDCP y el artículo 3 del CEPDH. Donde tales protecciones exijan la protección contra la devolución (refoulement) que resulte en la exposición de la persona en cuestión a violaciones de los derechos humanos como aquellos prohibidos por estos instrumentos, y esta fuera efectiva y accesible para la persona referida, la proporcionalidad estaría cumplida, pues la decisión de exclusión *per se* no conduciría a la devolución.

2.3 Temas específicos con respecto a los artículos 1F (b) y 1F (c)

Debido a las cuestiones planteadas por la Corte en mención, se proporcionan a continuación otras observaciones sobre la aplicación e interpretación de los artículos 1F (b) y (c) de la Convención de 1951.

los delitos cometidos por esa persona y el grado de su fundado temor de persecución”. Takkenberg, Tabhaz, A/Conf.2/SR.29, p. 23.

⁵³ A/CONF.2/SR. 29, p. 23 y A/CONF.2/SR.24, 13. Con frecuencia la proporcionalidad será relevante en casos referentes a la aplicación del artículo 1F (b). Esto se debe a que la excepcional gravedad de los actos contemplados por los artículos 1F (a) y (c), a saber, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad y actos contrarios a los principios y propósitos de la ONU, son probablemente en muchos casos, de mayor envergadura que el temor de persecución. Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafo 78.

⁵⁴ Según el artículo 1F (b), los términos “grave” y “común” justifican una prueba de proporcionalidad para determinar si la gravedad y la naturaleza apolítica del crimen dan pie a la exclusión. Gilbert, nota al pie de página 31, p. 453; ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 76-78. La Corte Suprema de Canadá también adoptó este enfoque en el caso *Pushpanathan vs Canadá* [1998] 1 SCR 982, indicando en el párrafo 62, “el artículo 1F (b) contiene un mecanismo de equilibrio en la medida que los adjetivos específicos “grave” y “común” deben ser satisfechos [...]”. Este enfoque refleja la intención de los Estados signatarios de crear un equilibrio humanitario entre el temor individual de persecución y la legítima preocupación de los Estados de sancionar las actividades criminales...”, citado en Goodwin-Gill y McAdam, *Derecho internacional de refugiados*, nota al pie de página 24.

⁵⁵ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 76-78.

2.3.1 Artículo 1F (b): Grave delito común cometido fuera del país de asilo, antes de ser admitido/a en él como refugiado/a⁵⁶

Según se ha expresado anteriormente, los actos excluibles en virtud del artículo 1F (b) deben alcanzar cierto umbral de gravedad. La inserción del término “grave” para calificar la palabra “delito” durante los trabajos preparatorios,⁵⁷ y el significado usual dado a esta palabra, apoya claramente esta interpretación. Para determinar si un delito particular es suficientemente grave, los siguientes factores deben ser considerados: índole del acto, daño efectivo provocado, procedimiento empleado para procesar o enjuiciar el delito, naturaleza de la pena, y si la mayoría de las jurisdicciones lo considerarían un delito grave. Debido a la diversidad de la práctica de los Estados, la normatividad de los instrumentos internacionales así como las legislaciones o las prácticas nacionales o internas tienen mayor relevancia a este respecto.

En opinión del ACNUR, un delito grave debe ser considerado común cuando otros motivos (tales como razones personales o de lucro) son la característica predominante de tal delito. Cuando no existen vínculos claros entre el delito y su presunto objetivo político, o cuando el acto en cuestión es desproporcionado en relación con el presunto objetivo político, el delito debe ser considerado común.⁵⁸ La motivación, el contexto, los medios empleados y la proporcionalidad de un delito de acuerdo con sus objetivos son factores importantes en la evaluación de su naturaleza política. La gravedad del delito por lo tanto afectará la determinación de su índole política o apolítica. Por consiguiente, los actos atroces de violencia, como aquellos actos comúnmente considerados de naturaleza “terrorista”, en la mayoría de los casos serán juzgados como desproporcionados frente a cualquier objetivo político y por lo tanto serán considerados comunes.

En caso de que la persona sea acusada de pertenecer a un grupo involucrado en graves delitos comunes, se requiere una evaluación particular de la contribución significativa, la implicación personal, la posición y la responsabilidad de esa persona en la organización. Mientras que la pertenencia en sí misma a tales organizaciones no constituye un delito según el artículo 1F (b), el papel específico desempeñado por la persona en referencia dentro de la organización debe ser evaluado para determinar si él o ella tiene tal responsabilidad individual en un acto que alcance la gravedad requerida por el artículo 1F(b). Debe ser demostrado que se cumple el requisito de “motivos fundados para considerar” que el individuo está comprometido en la comisión de actos excluibles o contribuyó intencional y significativamente a ellos.

Para evaluar si un alegado “acto terrorista” puede caber en el alcance del artículo 1F (b) se debe establecer que el acto en cuestión cumple con los conceptos “grave y común” requeridos en virtud

⁵⁶ Para una discusión más detallada sobre los criterios relevantes, ver también ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 37-45, 81-82 y 85-86.

⁵⁷ A/CONF.2/SR.29, 17-24. Ver también la *Convention relating to the Status of Refugees Its History, Contents and Interpretation*, comentario de Nehemiah Robinson, Instituto de asuntos judíos, Congreso mundial judío, 1955, reimpresso por el ACNUR en 1997, p. 57, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/3d4ab67f4.html>.

⁵⁸ Ver Manual del ACNUR, nota al pie de página 25, párrafo 152.

de esta disposición. Los criterios geográficos y temporales requeridos por el artículo 1F (b) también deben ser cumplidos (cometido fuera del país de asilo, antes de ser admitido/a en él como refugiado/a). La historia de la redacción demuestra que sólo son considerados los delitos cometidos antes del ingreso.⁵⁹ Los individuos que cometieran graves delitos comunes dentro del país de asilo estarán sujetos a los procesos penales de este país y, en caso de delitos particularmente graves se aplicarán los artículos 32 y 33 (2) de la Convención de 1951.⁶⁰ Además, los responsables de resolver solicitudes deben examinar las particularidades del delito específico, del acto en cuestión y de todas las circunstancias adyacentes.

2.3.2 Artículo 1F (c): actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas

El artículo 1F (c) se refiere a “*actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas*”. Las finalidades y los principios de la ONU se expresan en el preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de la ONU.⁶¹ Sus amplios y generales términos dan poca orientación en cuanto a los tipos de actos que privarían a una persona de los beneficios de la condición de refugiado en virtud del artículo 1F (c) de la Convención de 1951. Los trabajos preparatorios de la Convención de 1951 proporcionan cierta clarificación en cuanto a la intención de los redactores, e indican que la intención de ésta disposición era incluir principalmente las violaciones de los derechos humanos que, aunque se consideraran crímenes contra la humanidad, eran, sin embargo, de una naturaleza excepcional. Los delegados observaron que el artículo 1F (c) no fue creado para ser aplicado al “hombre común y corriente”.⁶² Los trabajos preparatorios también demuestran que esta disposición pretendía ser aplicada sólo en las circunstancias excepcionales, sometiéndola a “una discusión académica, puesto que la disposición en cuestión sería aplicada en raras ocasiones”.⁶³

⁵⁹ A/CONF.2/SR.29, 11-12. Goodwin-Gill y McAdam, nota al pie de la página 24, P. 173.

⁶⁰ Ver *Directrices del ACNUR sobre el artículo 1F*, nota al pie de la página 30, párrafo 16.

⁶¹ Las finalidades de las Naciones Unidas son mantener la paz y la seguridad; fomentar entre las naciones relaciones de amistad; realizar la cooperación internacional en la solución de problemas socioeconómicos y culturales; y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones. Los principios de las Naciones Unidas son la soberanía, la igualdad, la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, la resolución pacífica de disputas, la abstención de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia de otro Estado, y la colaboración en el fomento de la labor de las Naciones Unidas.

⁶² Según lo expresado por el Delegado francés: “La disposición no fue dirigida al hombre común y corriente, sino a las personas que ocupan cargos en el gobierno, como jefes de Estado, ministros y altos funcionarios” (E/AC.7/SR.160, 18 de agosto de 1950, página 18 y E/AC.7/SR.166, 22 de agosto de 1950, página 6); Opiniones similares fueron expresadas por Canadá: “[...] su delegación objetó la disposición por la cual los beneficios de la Convención no se aplicarían a una persona que, según la opinión de los Estados contratantes, hubiera cometido cualquier acto contrario a las finalidades y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Ésa era una disposición extremadamente vaga y amplia que obviamente podría estar sujeta a muchos abusos” (E/AC.7/SR.165; 19 de agosto de 1950, página 23), *traducción no oficial*.

⁶³ ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafo 46. Ver, Atle Grahl-Madsen, “*The Status of Refugees in International Law*”, vol. I, 282-3 (1972). Observa que: “Parece por los registros que quienes presionaron porque se incluyera la cláusula solo contaban con ideas imprecisas sobre el significado de la frase ‘actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas’ [...] Es fácilmente comprensible que el Comité Social del Consejo Económico y Social haya expresado su grave preocupación, sintiendo que la disposición era tan vaga que podría prestarse para abuso. Parece que se logró un acuerdo solamente en el entendido de que la frase se interpretaría de manera muy restrictiva.” La Corte Suprema de Canadá desarrolló un análisis similar en el caso *Pushpanathan vs Canadá*, nota al pie de página 53.

Dada la imprecisión de sus términos, la ausencia de una práctica coherente por parte de los Estados y el peligro de que se abuse de ella, es particularmente importante que el artículo 1F (c) se interprete de manera restrictiva, limitada y con precaución, y a la luz de los propósitos y el objeto de la Convención. Durante los trabajos preparatorios algunos de los delegados expresaron sus preocupaciones por los riesgos de abusos a los cuales estaba expuesta esta disposición, así como la necesidad de preservar la protección proporcionada por la Convención de 1951.⁶⁴ Según lo observado por uno de los delegados, “[...] por lo tanto él sintió que era su deber advertir al Consejo sobre una cláusula como la que actualmente está en discusión, cuyas disposiciones podrían negar la condición de refugiado a una persona que no ha sido condenada, o ni siquiera enjuiciada, por un tribunal nacional o internacional, simplemente sobre la presunción de que ha hecho algo tan vago como un acto contrario a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.⁶⁵

Debido a que las finalidades y los principios de las Naciones Unidas consagrados en los artículos 1 y 2 de la Carta de la ONU precisan los principios fundamentales que los Estados deben mantener en sus relaciones mutuas, los actos excluibles que violan tales principios deben por lo tanto tener una dimensión internacional. La exclusión de la protección para refugiados basada en los criterios del artículo 1F (c) debe ser reservada para situaciones donde el acto y las consecuencias alcancen un umbral muy elevado. Este umbral se debe definir en términos de gravedad del acto en cuestión, la manera en la cual se organiza, su impacto internacional y los objetivos a largo plazo, y las implicaciones para la paz y seguridad internacionales.⁶⁶ Así, en opinión del ACNUR, los delitos capaces de afectar la paz y la seguridad internacionales, y las relaciones pacíficas entre los Estados caerían dentro de esta cláusula, así como las graves y continuas violaciones de derechos humanos.⁶⁷ Este análisis se aplica también cuando la exclusión es considerada con respecto a los actos de naturaleza terrorista.⁶⁸

Sin embargo, los más recientes desarrollos en derecho internacional y en la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,⁶⁹ incluyendo las resoluciones que han designado los actos terroristas como violatorios de las finalidades y de los principios de la ONU, sugieren que los actos

⁶⁴ Ver Actas resumidas, A/CONF.2/SR.24, página 5; “[...] fue difícil definir qué actos eran contrarios a las finalidades y los principios de las Naciones Unidas, aunque se presumió que se entendían como tales los crímenes de guerra, el genocidio y la subversión o el derrocamiento del régimen democrático” (Reino Unido). Igualmente, el delegado de Paquistán, coincidiendo con el representante de Canadá, dijo que “las palabras, ‘o cualquier otro acto contrario a las finalidades y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas’ eran tan vagas que estaban expuestas a abusos por parte de gobiernos que desearan excluir a refugiados [...] y que puede ser peligroso conferir a los Estados contratantes la decisión de que tales actos deban excluir de los beneficios de la Convención a aquellos que los han perpetrado” (E/AC.7/SR/160, página 16). Asimismo, el delegado de México indicó que: “[...] había existido casos en los cuales los tiranos han encarcelado a sus enemigos políticos con el pretexto de que eran enemigos de la democracia y de las Naciones Unidas, [...] el Comité debe evitar el lenguaje restrictivo, que estaría abierto a abusos.” (E/AC.7/SR.160; 18 de agosto de 1950, página 19). Ver también Guy S. Goodwin-Gill y Jane McAdam, nota al pie de página 24, páginas 184-185, donde señala que el artículo 1F (c) no está dirigido a “un individuo ordinario”, y páginas 191-197.

⁶⁵ Delegado de Chile, E/AC.7/SR.165, 19 de agosto de 1950, página 24.

⁶⁶ ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafo 47.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 47. Ver Guy S. Goodwin-Gill y Jane McAdam, nota al pie de página 24, páginas 188-189.

⁶⁸ ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafo 49.

⁶⁹ De aquí en adelante “CS de la ONU”

contrarios a las finalidades y a los principios de la ONU podrían ser cometidos también por un individuo que pertenece a una organización identificada como “terrorista”, independientemente de su posición en la organización, que puede por lo tanto conducir a su exclusión en virtud del artículo 1F (c) sin limitaciones en cuanto a la naturaleza y la gravedad del acto. Sin embargo, las referencias a la Asamblea General de Naciones Unidas⁷⁰ y las resoluciones del CS de la ONU referentes a las medidas de lucha contra el terrorismo que declaran que los actos terroristas son contrarios a las finalidades y a los principios de la ONU no deben sugerir la aplicación automática del artículo 1F (c).⁷¹ Para la aplicación del artículo 1F (c), se debe realizar una evaluación individual en cada caso para determinar si los actos en cuestión cumplen con el umbral requerido, en términos de su gravedad, impacto internacional, y las implicaciones para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

En opinión del ACNUR, la mera pertenencia a una organización “terrorista” no será suficiente. La exclusión se puede aplicar en tales casos solamente donde se establece la responsabilidad individual de la persona, basándose en su posición en la organización, su implicación, y/o conocimiento de los actos.⁷² Según lo indicado previamente, la aplicación del artículo 1F (c) requiere un examen y una determinación individuales, con base en evidencia confiable y creíble de que “existan motivos fundados para considerar” que el individuo en cuestión ha incurrido en responsabilidad individual (es decir, “se ha hecho culpable de”) los actos terroristas que son contrarios a las finalidades y a los principios de la ONU, en plena observancia de las salvaguardas del debido proceso.⁷³

3. Comentarios sobre la interpretación y la aplicación del artículo 1 F de la Convención de 1951 según la praxis en Alemania

Alemania introdujo disposiciones sobre exclusión de la condición de refugiado en virtud de la Ley sobre la lucha contra el terrorismo de 2002.⁷⁴ Desde entonces, estas disposiciones se han aplicado en la práctica no sólo en procedimientos de determinación de la condición de refugiado, sino también como razón para la revocación de las decisiones que reconocían la condición de refugiado. Las disposiciones relevantes fueron enmendadas recientemente por la Ley de transposición de 2007,⁷⁵ que adaptó en la legislación alemana sobre extranjeros la legislación secundaria de la UE sobre migración y asilo.

Tres aspectos en particular deben ser explicados para entender la praxis alemana sobre la exclusión y la línea de razonamiento aplicada por autoridades y tribunales. Uno de ellos se refiere a combinación de los motivos para la exclusión de la protección al refugiado con excepciones al

⁷⁰ En adelante “AG de la ONU”

⁷¹ Ver secciones 2.1 y 4.1.2 y 4.1.3. Ver también ACNUR, Documento sobre exclusión, nota al pie de página 31, párrafos 79-84.

⁷² Ver sección 2.2.2.

⁷³ Ver ACNUR, Documento sobre exclusión, la nota al pie de página 31, párrafos 98-100. Ver Guy S. Goodwin-Gill y Jane McAdam, nota al pie de página 24, páginas 191-197.

⁷⁴ BGBl. 2002 I (Nr.3), p. 361.

⁷⁵ BGBl. 2007 I (Nr.1), p. 2.

principio de *non-refoulement*. El segundo aspecto se refiere a la práctica, en algunos casos, de excluir a extranjeros de la condición de refugiado por motivo de delitos menores, si son cometidos por miembros de organizaciones terroristas. Finalmente, hay opiniones divergentes sobre si un continuado peligro emanado por el solicitante es una condición para la exclusión; la respuesta positiva de la mayoría de los tribunales, entre otras instituciones, se basa en la ecuación de la exclusión con las excepciones al principio del *non-refoulement* en el derecho alemán.

3.1 Combinación de la exclusión y las excepciones al principio del *non-refoulement*

La legislación alemana estipula que la condición de refugiado es reconocida si se satisfacen los criterios de inclusión, a menos que los criterios de exclusión apliquen⁷⁶ o que la persona referida represente un grave peligro para el Estado o la sociedad alemana.⁷⁷ Esto no corresponde con la diferenciación entre la exclusión de la condición de refugiado en virtud del artículo 1F por una parte, y las excepciones al *non-refoulement* contempladas en el artículo 33 (2) de la Convención de 1951, por otra. Los dos conceptos, sus criterios relevantes y sus consecuencias legales difieren.⁷⁸ Los motivos de exclusión son exhaustivos y no permiten la adición de otras situaciones, incluyendo estas contempladas por el artículo 33 (2) de la Convención de 1951. Por otra parte, las diferentes consecuencias legales de estas disposiciones deben ser tenidas en cuenta con el fin de revisar adecuadamente la proporcionalidad.

3.2 Exclusión del apoyo de bajo nivel a organizaciones terroristas

La legislación alemana permite la aplicación de la disposición de transposición del artículo 33(2) de la Convención de 1951 solamente si la persona referida ha recibido una sentencia final de por lo menos tres años de prisión. Las autoridades administrativas alemanas sin embargo han aplicado esta disposición en algunos casos de donde la implicación con organizaciones terroristas es relativamente baja. En tales casos, el nivel de implicación es perceptiblemente más bajo que el que conllevaría a una condena de tres años de prisión.⁷⁹ Esto sugiere que según la opinión de las autoridades administrativas, el equivalente alemán de las cláusulas de exclusión del artículo 12 (2) (c) del DR y del artículo 1 F (c) de la Convención de 1951 puede ser accionado por cualquier forma de pertenencia o apoyo a una organización terrorista. En tales casos, parecería que la gravedad del acto alegado, así como el grado de responsabilidad individual, no han sido considerados por las

⁷⁶ BGBl. 1993 I, Sección 3, párrafo 2 Procedimientos de asilo, Ley p. 1361. Según la disposición citada, la persona en cuestión no es un refugiado.

⁷⁷ BGBl. 2004 I (No.41), Sección 3 párrafo 4 Ley de Procedimiento de Asilo, en conexión con la Sección 60 párrafo 8 Ley de residencia, p 1950. Según la disposición citada, la persona en cuestión es un refugiado pero no se le ha reconocido el estatuto de refugiado.

⁷⁸ El ACNUR ha criticado tal combinación de motivos de exclusión y de excepciones al principio de *non-refoulement* también con respecto a los artículos 14 (4) y (5) del DR. Ver ACNUR, *Comentarios anotados sobre la Directiva de reconocimiento*, nota al pie de página 19; y ver también sección 2.1.

⁷⁹ Ver ejemplos en ACNUR, *El asilo en la Unión Europea. Estudio sobre la implementación de la Directiva de Reconocimiento*, (2007), 94, 102, 103. Los casos en este estudio generalmente no fueron subsumidos bajo el artículo 1 F (b) de la Convención de 1951 y se refieren a las actividades de la persona en cuestión después de ser admitida en Alemania.

autoridades administrativas al nivel que el ACNUR considera que es necesario aplicar el artículo 1 F (c).

En la práctica de los tribunales administrativos, los criterios no se interpretan uniformemente. Numerosos tribunales administrativos requieren un nivel específico de apoyo a una organización terrorista, relacionado en particular con la colaboración en actos violentos específicos⁸⁰ o con el ejercicio de funciones de mando en una organización considerada “terrorista”.⁸¹ Sin embargo, otros tribunales han señalado que sería suficiente cualquier tipo de pertenencia o implicación en las estructuras de una organización “terrorista”.⁸² Otros tribunales plantean que la exclusión en virtud del artículo 1 F (c) de la Convención de 1951 se aplica solamente a las personas que ocupan una posición gubernamental de alto rango en un Estado, puesto que las finalidades y los propósitos de los Naciones Unidas pueden ser violados solamente por los Estados.⁸³

3.3 *Práctica divergente sobre el requisito de amenaza continua*

Considerando que las autoridades administrativas no estudian la cuestión de si una persona que puede ser excluida continúa representando un peligro para la sociedad alemana, la mayoría de éstas actúan en consecuencia.⁸⁴ Estos tribunales basan sus argumentos en el contenido de la disposición relevante en la legislación alemana que utiliza el término (“lo mismo aplica”)⁸⁵ que equipara las cláusulas de la exclusión con las excepciones al principio de *non-refoulement*. Este último, por

⁸⁰ Ver, por ejemplo, Tribunal Administrativo de Fráncfort, sentencia del 18 de julio de 2008, 7 K 325/08.F.A (V) (partidario del PMOI que había permanecido por varios años - la mayor parte del tiempo contra su voluntad - en el campamento de Ashraf en Iraq sin haber sido involucrado en ningún acto armado; exclusión rechazada); Tribunal Administrativo de Bayreuth, sentencia del 25 de febrero de 2003, B 6 K 03.30079 (el solicitante había tolerado el ocultamiento de armas en su casa por militantes de la organización; exclusión confirmada).

⁸¹ Ver, por ejemplo, Tribunal Administrativo de Düsseldorf, sentencia del 1 de diciembre de 2006, 9 K 2247/06.A; Tribunal Administrativo de Colonia, sentencia del 22 de septiembre de 2005, 16 K 5591/03.A (la persona referida había distribuido volantes y cintas de audios y de video; exclusión rechazada); Tribunal Administrativo Superior de Hesse, decisión del 25 de enero de 2005, 3 UZ 234/05.A (alta posición en una organización en el exilio sospechosa de proporcionar recursos financieros a una organización terrorista en el país de origen; exclusión confirmada).

⁸² Ver, por ejemplo, Tribunal Administrativo de Hannover, sentencia del 14 de marzo de 2006, 11 A 3466/03 (autoría en discursos políticos y distribución de folletos; exclusión rechazada).

⁸³ Ver, por ejemplo, Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia, sentencia del 27 de marzo de 2007, 8 A 4728/05.A (el solicitante había apoyado financiera y públicamente al ala armada del Partido Comunista; el solicitante tiene una severa discapacidad y no constituye un peligro; exclusión rechazada); Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen, sentencia del 4 de marzo de 2008, 14a K 3288/06.A (apoyo a largo plazo al PKK como miembro semi-profesional, el solicitante no constituye un peligro después de haberse distanciado voluntariamente de la organización; exclusión rechazada). En apoyo a este argumento, ACNUR, Directrices sobre protección internacional: Exclusión, se cita párrafo 17. Mientras que las Directrices contienen de hecho una declaración a tal efecto, la autoría en casos de terrorismo no es tan restrictiva. Es más, el énfasis se pone en el impacto de un acto terrorista a nivel internacional.

⁸⁴ Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia, sentencia del 27 de marzo de 2007, 8 A 4728/05.A; sentencia del 29 de julio de 2008, 15 A 620/07.A; Tribunal Administrativo Superior de Baja Sajonia, decisión del 2 de mayo de 2007, 11 LA 367/05; Tribunal Administrativo Superior de Renania-Palatinado, sentencia del 1 de diciembre de 2006, 10 A 10887/06. OVG.

⁸⁵ Sección 60 (8) Sentencia 2. Acto de la residencia

supuesto, incluye un requisito de peligro actual.⁸⁶ Los tribunales a favor del requisito de continuación del peligro también señalan la necesidad de una prueba de proporcionalidad. Con el fin de defender este enfoque, estos tribunales citan al ACNUR en el sentido de realizar una interpretación restrictiva de todas las cláusulas de exclusión.⁸⁷ El enfoque opuesto se vale principalmente del texto de las cláusulas de exclusión, que se refiere solamente a los actos cometidos en el pasado.⁸⁸ Por otra parte, se menciona el efecto positivo de la exclusión en limitados casos de pertenencia a organizaciones terroristas. Según este razonamiento, la exclusión de la condición de refugiado puede tener este efecto positivo si la persona en cuestión retira su participación subsecuentemente.⁸⁹

4. Respuestas del ACNUR a las cuestiones referidas al TJCE

4.1 Cuestión 1: La pertenencia y apoyo activo al combate armado de una organización terrorista que ha sido ubicada en la lista de la UE pueden accionar la aplicación de los artículos 12 (2) (b) y (c) de la Directiva de Reconocimiento.

1. *¿La pertenencia y apoyo activo al combate armado de una organización clasificada como organización terrorista en la lista de la UE (Anexo a la Posición Común de 2002) constituye un grave delito común en el sentido del artículo 12 (2) (b) de la DR o un acto contrario a las finalidades y los principios de la ONU en el sentido del artículo 12 (2) (c) DR?*

La pertenencia, combinada con el suministro de apoyo activo al combate armado de una organización terrorista, puede entrar en el ámbito de los artículos 12 (2) (b) y (c) de la DR. Sin embargo, como se declaró anteriormente, la pertenencia o la asociación, o el apoyo a una organización responsable de violencia ilegítima o de delitos, incluyendo los actos terroristas, no deben conducir a la aplicación automática de las cláusulas de exclusión. Para la aplicación del artículo 1F, debe ser determinado, en primer lugar, que el acto en cuestión se encuentra bajo el alcance de las cláusulas de exclusión; es decir, si los criterios de un “grave delito común” o de un “acto contrario a las finalidades y los principios de las Naciones Unidas” se cumplen y alcanzan la gravedad y el elevado umbral de gravedad requeridos en virtud de la parte relevante del artículo 1F.⁹⁰ En segundo lugar, se debe establecer que existen “motivos fundados para considerar” que la persona puede haber tenido responsabilidad individual en actos excluibles. La evaluación debe incluir una cuidadosa revisión de todas las circunstancias específicas del caso. Es decir, las actividades de un individuo en apoyo a una organización señalada como una organización terrorista no conducen a la exclusión simplemente debido a la etiqueta “terrorismo”, sino solamente si los

⁸⁶ Sección 60 (8) Sentencia 2, párrafo 8. Acto de la residencia.

⁸⁷ Ver por ejemplo, Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia, sentencia del 27 de marzo de 2007, 8 A 4728/05.A; sentencia del 29 de julio de 2008, 15 A 620/07.A.

⁸⁸ Tribunal Administrativo de Ansbach, sentencia del 8 de agosto de 2007, an1 K 06.30018.

⁸⁹ Tribunal Administrativo de Hamburgo, sentencia del 22 de enero de 2007, 15 A 1731/4.

⁹⁰ Ver sección 2.2.2

delitos particulares en cuestión constituyen actos excluibles en virtud del alcance de los artículos 12 (2) (b) o (c) de la DR, por los cuales la persona involucrada tendría una responsabilidad individual.

4.1.1 Grave delito político en el sentido del artículo 12 (2) (b) de la DR

La cuestión de la Corte Federal Administrativa alemana con respecto al artículo 12 (2) (b) de la DR se restringe a si la pertenencia a una organización terrorista y el apoyo activo en su combate armado califican como grave delito común. Otros criterios que pueden ser relevantes en la revisión del artículo 12 (2) (b) de la DR y de las relativas disposiciones nacionales no se discuten aquí.⁹¹ Por otro lado, puesto que no es exactamente claro a qué actividades se refiere el “apoyo activo al combate armado” o el significado de estos términos, el alcance de las actividades de relevancia para la exclusión bajo este título debe ser analizado detalladamente.

4.1.1.1 *Gravedad del delito*

Según lo subrayado anteriormente con respecto al artículo 1F (b),⁹² se aplica un elevado umbral con respecto a la gravedad del delito común en virtud del artículo 12 (2) (b) de la DR. Esto se toma del contexto de esta disposición así como del objeto y el propósito general de la disposición de exclusión, y es confirmado por la historia de la redacción de la Convención de 1951 y de la DR, la opinión autorizada y la orientación del ACNUR, y la doctrina.

En primer lugar, esto resulta de una comparación con otros motivos de exclusión contenidos en el artículo 12 (2) de la DR. Estas otras cláusulas, contenidas en los artículos 12 (2) (a) y (c) de la DR, contemplan actos de naturaleza atroz tales como los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad o los actos que violan los valores más fundamentales tales como las finalidades y los principios de las Naciones Unidas.⁹³

En segundo lugar, el objeto y el propósito de las disposiciones de exclusión también apoyan el requisito de un elevado umbral para la gravedad del delito, debido a las severas consecuencias de la exclusión. Las disposiciones sirven, particularmente, para excluir del alcance de la DR y de la Convención de 1951 a las personas que no merecen protección internacional como refugiados. La protección a los refugiados no debe impedir que los delitos graves sean juzgados, puesto que la exclusión tiene el propósito de garantizar que tales personas no hagan mal uso de la institución del asilo con el fin de evitar la responsabilidad legal por sus actos. Dado el objetivo general de la DR y de la Convención de 1951 de proporcionar protección internacional para refugiados a aquellos en necesidad, las cláusulas de exclusión pueden ser solamente de carácter excepcional y requieren una

⁹¹ En particular, la limitación geográfica (fuera del país del asilo) y la limitación temporal (“antes de su admisión como refugiado; o sea el momento de emisión del permiso de residencia basado en el reconocimiento de la condición de refugiado”); este último enfoque se critica en los *Comentarios anotados del ACNUR sobre la DR*, nota al pie de página 19, Comentario sobre el artículo 12 (2) (b).

⁹² Ver sección 2.2.2

⁹³ Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (1966), p.294.

aplicación e interpretación restrictivas, con extrema precaución⁹⁴ y a la luz del carácter primordialmente humanitario de la Convención de 1951.

El requisito de un elevado umbral para la gravedad del delito cometido se confirma igualmente en la historia de la redacción, como se evidencia en los trabajos preparatorios. Particularmente, el delegado francés esbozó un paralelo con el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el cual relacionó la exclusión con delitos graves.⁹⁵ Basado en este argumento, él propuso insertar el término “grave”.⁹⁶ Los delegados suizos⁹⁷ y belgas⁹⁸ enfatizaron también la naturaleza grave de los delitos cometidos.

Debido al requisito de interpretar una cláusula de exclusión restrictivamente, la calificación “grave” en el artículo 1F (b) indica que el delito tiene que ser por lo menos un “delito castigado con la pena de muerte o con penas muy graves”.⁹⁹ Las infracciones menores sancionadas con penas menos graves no son causa de exclusión con arreglo al artículo 1F (b), aunque técnicamente tengan la denominación de “delitos” en el derecho penal del país del que se trate. Por ejemplo, el asesinato, la violación, el incendio provocado y el robo a mano armada se consideran “delitos graves”. Otras infracciones pueden ser consideradas como “graves” si son acompañadas, por ejemplo, del uso de armas letales, o implican serias lesiones a las personas.¹⁰⁰

Muchos reconocidos comentaristas también han puesto un significativo énfasis en la gravedad del delito.¹⁰¹ Algunos se refieren a un delito castigado con la pena de muerte o un delito particularmente grave,¹⁰² mientras que otros se refieren a los delitos contra la integridad física, la vida y la

⁹⁴ En el contexto del contraterrorismo, la necesidad de una interpretación restrictiva de las cláusulas de exclusión ha sido reconocida por el *Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, en su informe del 15 de agosto de 2007, A/62/263 (“Informe del Relator Especial 2007”), párrafo 71, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5696.pdf>

⁹⁵ Takkenberg, Tabhaz, *The collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees*, Vol. III, A/Conf.2/SR.29, p.18.

⁹⁶ Takkenberg, Tabhaz, nota al pie de página 92, p. 20.

⁹⁷ Takkenberg, Tabhaz, nota al pie de página 92, p. 17.

⁹⁸ Takkenberg, Tabhaz, nota al pie de página 92, p. 24.

⁹⁹ Ver *Manual del ACNUR*, nota al pie de página 25, párrafo 155.

¹⁰⁰ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafo 38-41. Éstos delitos también son mencionados en el contexto de la excepción al principio del *non-refoulement* en el artículo 33 (2) de la Convención de 1951, ver Lauterpacht, Bethlehem, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, en: Feller, Türk, Nicholson, nota al pie de página 32, págs. 87-177 (139).

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, Goodwin-Gill/McAdam, nota al pie de página 24, p. 175: “El énfasis primario está en la ‘gravedad’, que fue ilustrado, pero no limitado, con los delitos asociados a la extradición.” (*Traducción no oficial*)

¹⁰² Marx, Reinhard: “Unterstützung terroristischer Organisationen nach Art. 12 II Buchst. b) und c) QRL,” *Zeitschrift für Ausländerrecht (ZAR)*, 2008, 343-350.

libertad,¹⁰³ o los delitos que potencialmente serían castigados con largos periodos de privación de la libertad.¹⁰⁴

Este enfoque en la aplicación de un elevado umbral de gravedad es corroborado por la práctica y la jurisprudencia de los Estados. Los tribunales franceses han concedido un énfasis particular a la gravedad de un delito, calificando explícitamente como “graves delitos comunes” el asesinato premeditado (de civiles, miembros de las fuerzas armadas u opositores políticos); la participación directa en la preparación de actos terroristas; la supervisión de una célula terrorista; el hurto de armas para apoyar a un grupo armado de oposición; violación y narcotráfico a gran escala.¹⁰⁵ En España, Francia, Eslovaquia y Hungría, se consideran “delitos graves” aquellos que la legislación interna castiga con una pena mínima de cinco años de prisión.¹⁰⁶ Debido a las variaciones en las sanciones penales nacionales para cada delito en particular, las penas en sí mismas no deben ser consideradas como decisivas de la “gravedad” de un delito para los propósitos del artículo 12 (2) (b). Más bien, los castigos penales se deben considerar como parte de una evaluación de todas las circunstancias del delito incluyendo cualquier elemento agravante, y cuya gravedad debe ser juzgada a la luz de la normatividad internacional por encima de las legislaciones internas.¹⁰⁷

La comisión de actos considerados comúnmente como actos terroristas, incluyendo aquellos que implican atrocidades tales como el homicidio, el secuestro o la tortura, constituirán generalmente un delito grave.¹⁰⁸ No es la etiqueta de “terrorista” vinculada a tales actos lo que provocaría la aplicación de las cláusulas de exclusión, sino la naturaleza y la gravedad de los delitos.

¹⁰³ Goodwin-Gill/McAdam, nota al pie de página 24, p 177.

¹⁰⁴ Gilbert, *Temas de actualidad en la aplicación de cláusulas de exclusión*, en: Feller, Türk, Nicholson, nota al pie de página 32, págs. 425-485 (449).

¹⁰⁵ CRR, 13 de noviembre de 1989, 75353, *Saglam* (homicidio premeditado); CRR, 3 de febrero de 1994, 254153, *Thurairasa* (participación directa en acto terrorista); CRR, 3 de noviembre de 1994, 265230, *Serrat* (hurto de armas).

¹⁰⁶ Investigación inédita del ACNUR.

¹⁰⁷ Ver por ejemplo, Goodwin-Gill y McAdam, nota al pie de página 24, págs. 239 y 240 en el contexto de las excepciones al principio de *non-refoulement*: “Un enfoque en términos únicamente de la pena podría llegar a ser arbitrario”; y “en el caso del artículo 1F (b), las determinaciones *a priori* de la gravedad mediante etiquetas legislativas u otras medidas que substituyan las determinaciones ejecutivas de las evaluaciones judiciales (o de criterio) son inconsistentes con la normatividad internacional aplicable y con el propósito humanitario de la Convención” (énfasis agregado).

¹⁰⁸ Según la Resolución 1373 del CS, 2.e), los actos terroristas quedan tipificados como “delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos, y por que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos”. Ver también la Resolución 1566 (2004) del CS de la ONU donde el CS de la ONU invitó a todos los Estados a cooperar plenamente en la lucha contra el terrorismo y, en este sentido, prevenir y castigar los delitos que tienen las tres características siguientes, independientemente de si son motivadas por consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de otra naturaleza similar: (a) Comisión, incluso contra civiles, con la intención de causar muerte o lesión corporal grave, o la toma de rehenes; y (b) Comisión con el propósito de causar un estado de terror en el público en general o en un grupo de personas o personas particulares, intimidando a una población u obligando a un gobierno o a una organización internacional a hacer o a abstenerse de hacer cualquier acto; y (c) Constituir delitos que estén bajo el alcance y según lo definido en convenciones y protocolos internacionales referentes al terrorismo. En opinión del ACNUR, estos actos alcanzarían normalmente la gravedad requerida para la aplicación del artículo 1F (b). Ver Resolución 1566 del CS de la ONU (2004 *Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo*, S/RES/1566 (2004) del 8 de octubre de 2004, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3745.pdf>. Ver también: *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades*

Las Resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de la ONU indican que el apoyo a una organización terrorista puede potencialmente constituir un grave delito, en el sentido del artículo 12 (2) (b) de la DR. Este concepto es reconocido más a fondo por la práctica de la UE y por el Derecho penal internacional. Las Resoluciones relevantes del Consejo de Seguridad de la ONU se refieren directamente a “actos terroristas” y a la planeación, la facilitación y la participación en tales actos,¹⁰⁹ así, “la financiación, la planificación y la preparación de actos de terrorismo internacional”,¹¹⁰ o la “financiación y planificación de actos terroristas, así como la incitación a su comisión”.¹¹¹ Aunque estas Resoluciones se relacionan con actos delictivos específicos, que se califican como “terroristas”, la Resolución 1377 fue redactada en modo bastante amplio al referirse a “todas las demás formas de apoyo”. Esto puede ser entendido también en cuanto al apoyo a la organización en general, sin que el apoyo sea relacionado con un ataque armado o un acto atroz específico.¹¹² Este enfoque se retoma igualmente en la Posición Común del Consejo de la UE del 27 de diciembre de 2001 respecto a la aplicación de medidas específicas para luchar contra el terrorismo, que designa también como “actos terroristas” la dirección de un grupo terrorista y la participación en un grupo terrorista.¹¹³ Por otra parte, este enfoque también se apoya en las normas aplicadas en derecho penal internacional.

Aunque la pertenencia y el apoyo a una organización terrorista pueden constituir un delito en muchas jurisdicciones nacionales y bajo el derecho internacional, está claro que no todas las formas de pertenencia o de apoyo alcanzarían el umbral de gravedad del artículo 12 (2) (b) de la DR. El hecho de que una persona pueda estar afiliada o asociada con un grupo o una organización responsable de violencia ilegítima o delitos, incluyendo actos terroristas, esto no conducirá a la aplicación automática de las cláusulas de exclusión¹¹⁴.

fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, a la Comisión de Derechos Humanos, sesión 62ª, E/CN.4/2006/98, 28 de diciembre de 2005, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4882.pdf> (“Informe del Relator Especial 2005”) párrafos 36, 38-42 y 50. Ver también la referencia a ciertos actos en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo al cual se refiere la Resolución del CS (para una referencia más específica).

¹⁰⁹ S/RES/1373 (2001), op 2 (d).

¹¹⁰ S/RES/1377 (2001), pp 5.

¹¹¹ S/RES/1624 (2005), pp 8.

¹¹² La literatura sobre esto revela puntos de vista divididos. Según Goodwin-Gill/McAdam, en la página 197, la exclusión puede aplicarse si el delito ha sido identificado específicamente por la comunidad internacional como uno de aquellos contra los cuales debe ser dirigida la lucha contra el terrorismo. *Marx*, nota al pie de página 102, página 348, piensa que la fundación y la pertenencia a organizaciones terroristas no fueron cubiertas por las resoluciones de Consejo de Seguridad mientras que *Zimmermann* ve tal apoyo cubierto bajo el término “facilitación de actos terroristas”. *Gilbert*, nota al pie de página 32, p. 444 y sig., esboza paralelos de la responsabilidad de mando y el artículo 28 del Estatuto de la CPI con el objeto de abordar la exclusión de miembros de organizaciones terroristas.

¹¹³ 2001/931/PESC, artículo 1(3) lit. j) y k)

¹¹⁴ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 59-61, 82 y 105-106. La práctica y la jurisprudencia de los Estados han reconocido que la pertenencia no es base suficiente para que las cláusulas de exclusión sean aplicadas. En el Reino Unido, en *T v. Secretary of State for the Home Department*, [1996] 2 All ER 865; [1996] 2 WRL 766, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b70f4.html>, la Cámara de los Lores resolvió que fue un error del Tribunal de Apelaciones de inmigración excluir a una persona con base en la mera conexión con una organización. Ver también, Nueva Zelanda, Comisión de apelaciones de la condición de refugiado, solicitud No. 74540 (1 de agosto de 2003, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd566d.html>). Las autoridades de

En este orden de ideas, la cuestión de si la persona interesada tenía un papel fundamental, tal como fundador o líder de una organización terrorista, o actuaba simplemente como distribuidor de folletos, marcará la diferencia con respecto a la gravedad del delito. Por otra parte, el periodo de tiempo durante el cual dicho apoyo fue proporcionado, así como las actividades de la organización en el momento relevante, son factores que se deben analizar rigurosamente.

El numeral 28 de la DR respalda la idea de que no todas las formas de pertenencia o de apoyo alcanzarán el umbral de gravedad requerido por el artículo 12 (2) (b) de la DR. Este numeral se refiere al concepto de “seguridad nacional y de orden público”, basándose en el cuál la DR permite a los Estados miembros reducir o limitar los derechos acordados para los refugiados o para los beneficiarios de protección subsidiaria. Sin embargo, las razones o las consideraciones de “seguridad nacional y de orden público” no son suficientes para constituir motivos para la exclusión bajo los criterios del artículo 12 (2) de la DR. El numeral 28 indica que el “concepto de seguridad nacional y de orden público incluye también los casos en que un nacional de un tercer país pertenece a una asociación que apoya el terrorismo internacional o la respalda”. Esto indica que tal pertenencia o apoyo puede ser tomada en cuenta al examinar la posibilidad de limitar los derechos de los refugiados y los beneficiarios de protección subsidiaria a documentos de viaje, permisos de residencia después de un período de tres años, y a los derechos adicionales para los miembros de la familia, según el capítulo VII de la Directiva de Reconocimiento- aunque esto no afecte su estatuto.¹¹⁵ Dado que tales consideraciones se mencionan como factores materiales para limitar el alcance de los derechos vinculados al reconocimiento de la protección, no pueden ser en sí mismos suficientes para justificar la exclusión de la condición de refugiado.

4.1.1.2. Naturaleza del delito “común”

Cuando no existen vínculos claros entre el delito y su presunto objetivo político, o cuando el acto en cuestión es desproporcionado en relación con el presunto objetivo político, predominan los motivos comunes.¹¹⁶ Para aplicar la prueba de predominio se deben examinar, en cada caso individual si un objetivo político pudo haber motivado a la persona referida, los medios aplicados para cometer el delito en cuestión y los presuntos objetivos políticos perseguidos. Los actos atroces de violencia, como aquellos actos comúnmente considerados de índole “terrorista”, casi ciertamente fallarán la

apelaciones de la condición de refugiado concluyeron que en lo que respecta al FIS, “no se puede decir que la mera pertenencia a una organización, esencialmente dirigida a un propósito brutal y limitado, sea suficiente para que se apliquen al apelante las disposiciones de exclusión del artículo 1F”. (Traducción no oficial). En Francia la responsabilidad individual se ha resaltado más que la mera pertenencia; Ver CRR, SR, 20 de julio de 1993, 231.390 *Chahrour*, caso de un alto miembro del FIS en Argelia. De forma similar las cortes canadienses también han sostenido que la pertenencia a una organización no es generalmente base suficiente por la cual excluir, ver *Ramírez vs. Canadá [1992] 2 F.C. 306*. En el derecho penal alemán, se da un peso significativo según el papel/contribución del individuo en la organización: la fundación/liderazgo de una organización terrorista por regla serían considerados como delitos graves cometidos por los fundadores, los miembros y, particularmente, los líderes de tales organizaciones; el apoyo a tal organización sin calidad de miembro se penaliza con un periodo más corto de prisión; mientras que en el caso de contribuciones menos importantes, la sanción se puede reducir a la pena mínima.

¹¹⁵ Por ejemplo, *Directiva de Reconocimiento* artículos 23(4), 24(1), 25(2).

¹¹⁶ *Manual del ACNUR*, pie de página 25, párrafo 152; ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafo 41.

prueba de predominio ya que son enteramente desproporcionados con respecto a cualquier objetivo político. Así pues, pertenecer o proporcionar apoyo a una organización terrorista, si la organización está involucrada en la comisión de delitos violentos desproporcionados frente a cualquier objetivo político, calificaría como delito “común” en el sentido del artículo 12 (2) (b) de la DR y el artículo 1F (b) de la Convención de 1951. Como se señaló anteriormente, para aplicar el artículo 1F (b) debe ser aplicada la prueba de gravedad para los actos que se encuentren bajo el alcance del artículo 1F.

El artículo 12 (2) (b) de la DR va más allá del contenido del artículo 1F, disponiendo que los “actos especialmente crueles, incluso si su comisión persigue un supuesto objetivo político, podrán catalogarse como delitos comunes graves”. Sin embargo, los “actos especialmente crueles” siguen estando indefinidos en la Directiva de Reconocimiento, en otros instrumentos del acervo legislativo y en el derecho internacional.

Esta disposición sobre “actos especialmente crueles” no ha sido incluida en la legislación nacional en un significativo número de Estados miembros incluyendo, por ejemplo, Austria, Bélgica, República Checa, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Rumania, Eslovenia, Suecia y Reino Unido. Pocas legislaciones nacionales proporcionan una definición de “actos especialmente crueles”, notablemente la legislación búlgara y la eslovaca se han referido a actos de naturaleza excepcionalmente atroz que representan un nivel de peligro social extremadamente alto. La legislación eslovaca los define específicamente como “actos especialmente inhumanos” incluyendo delitos como “poner en peligro la paz, genocidio, terrorismo, tortura y otros tratos inhumanos y crueles...”¹¹⁷ La legislación alemana prevé que tales actos involucrarían en particular los “ataques contra la población civil”.¹¹⁸ La legislación estatal y la práctica reflejan así, un cauteloso enfoque del concepto “actos especialmente crueles”, omitiéndolo de los criterios legislativos para la exclusión, o confinando su alcance a delitos excepcional y particularmente atroces.

4.1.1.3 Responsabilidad individual y mérito de la prueba

La exclusión de la protección internacional como refugiados basada en los criterios del artículo 1F de la Convención de 1951 requiere la determinación de la responsabilidad individual, pues se debe establecer en cada caso que el individuo en cuestión cometió un delito previsto por el artículo 1F, o participó en la comisión de tal delito sabiendo que su acto u omisión facilitarían la conducta criminal, de forma que dé lugar a la responsabilidad penal de acuerdo con las normas internacionales aplicables. Así, la exclusión se justifica solamente si la persona en cuestión puede ser considerada individualmente responsable de un grave delito común previsto por el artículo 1F (b).

Como las cláusulas de exclusión, previstas en el artículo 1F de la Convención de 1951, se basan en la conducta criminal, el requisito según los principios fundamentales de derecho penal para que una

¹¹⁷ Traducción no oficial. Fuente para todas las referencias: Investigación inédita del ACNUR

¹¹⁸ Traducción no oficial. *Bundestag printed papers* (BT-Drs) 16/5065; p. 214

evaluación individualizada determine la responsabilidad de actos criminales se aplica también en el contexto de los procedimientos de exclusión.

A este respecto, las normas de derecho penal se aplican en cuanto a la participación. Esto se reconoce también en el artículo 12 (3) de la DR que se refiere a la exclusión de personas “que inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados en él, o bien participen en su comisión”. Por lo tanto, los criterios objetivos y subjetivos de la participación en la comisión del delito en mención deberán ser satisfechos. Mientras que la Comisión para recursos de asilo de Suiza señala que, “una aplicación del artículo 1 F de la Convención de 1951 se justifica si la persona referida ejerció una influencia decisiva en los actos criminales en cuestión y por lo tanto se puede considerar individualmente responsable, independientemente de si él mismo ha cometido los actos o solamente los ha apoyado o tolerado”.¹¹⁹ Igualmente, la responsabilidad individual de actos excluibles se presenta cuando el autor comete los delitos o incita a otros a la comisión de tales delitos (ordenar, proponer o inducir al delito), o hace una contribución sustancial (apoyando, incitando, o participando en las actividades de una organización criminal).¹²⁰ El Estatuto de la CPI proporciona orientación útil en cuanto a la aplicación de la responsabilidad individual de personas en posiciones superiores o de mando. En particular, el Estatuto amplía explícitamente la jurisdicción de la CPI a las contribuciones efectuadas “de algún modo” (apoyando, incitando o contribuyendo de algún modo a la comisión de un delito específico), a la comisión “del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común” si esto se hace con el “objetivo de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo”¹²¹

Mientras que la pertenencia a organizaciones o grupos “terroristas” no debe conducir automáticamente a las cláusulas de exclusión, podría sin embargo accionar la consideración de aplicar tales cláusulas. En algunos casos, dependiendo de la organización y las circunstancias, la responsabilidad individual de acciones excluibles puede surgir si la pertenencia es voluntaria y cuando se puede considerar creíble y razonablemente que los miembros de tales grupos pueden ser individualmente responsables de actos terroristas que se encuentran bajo el alcance del artículo 1F. En tales casos, como con cualquier análisis de exclusión, quien toma la decisión debe examinar cada caso por sus propios méritos y tomar en consideración todos los hechos relevantes. Se debe prestar particular atención y precaución a las actividades reales de la organización, su estructura (incluyendo su posible centralización o fragmentación); la posición y el papel de la organización en la sociedad en la cual opera, y sus propósitos y métodos. El papel y la implicación del individuo se deben examinar también, incluyendo su posición en ella; su implicación personal o contribución sustancial al delito sabiendo que su acto u omisión facilitarían la conducta criminal; su capacidad de

¹¹⁹ ARK 2005 No. 18, decisión del 16 de junio de 2005 (traducción no oficial).

¹²⁰ ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 51 – 56.

¹²¹ Artículo 25 (3) d (i) Estatuto de la CPI, ONU Doc. A/CONF.183/9, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0033.pdf>

influir perceptiblemente las actividades del grupo o de la organización; y su responsabilidad de mando y/o como superior.¹²²

En particular, al evaluar la responsabilidad individual de personas de las cuales se sospecha que proporcionan fondos o asistencia a los “grupos u organizaciones terroristas”, el grado de implicación de la persona referida se debe evaluar cuidadosamente para determinar si la persona cometió un delito o realizó una contribución sustancial al mismo. En tales casos, las características particulares del crimen específico y factores tales como la regularidad y la cantidad de contribuciones proporcionadas, deben ser determinados, así como la naturaleza común del delito. Por ejemplo, hay diferencias sustanciales entre una donación financiera aislada y pequeña y la ayuda financiera constante y a largo plazo.¹²³

Como parte del examen de responsabilidad individual en los casos que podrían accionar la aplicación de las cláusulas de exclusión, el solicitante debe tener la oportunidad de proponer cualquier defensa válida con respecto a la no participación o la disociación de cualquier acto excluible.¹²⁴ Si esto se proporciona, en ausencia de evidencia seria en contrario, el solicitante quedará fuera del alcance de las cláusulas de exclusión.

Como principio, los supuestos actos denominados “delitos de terrorismo” no deben ser un factor determinante, en particular en ausencia de una definición universal de “terrorismo”. Puede constituir un factor agravante o puede ser fundamental en el delito en cuestión (por ejemplo, la formación o la pertenencia a una organización terrorista), pero para que el artículo 1F se aplique, se deben establecer en las circunstancias individuales de cada caso el requisito de gravedad del delito y de la responsabilidad individual.

Un mayor mérito de la prueba se aplica para establecer la responsabilidad individual,¹²⁵ requiriendo “motivos fundados para considerar” que la persona referida “ha cometido” o “se ha hecho culpable” de relevantes actos excluibles en virtud del artículo 12 (2) de la DR. En algunos Estados miembros de la UE, incluyendo a Polonia, Países Bajos y Suecia, el mérito de la prueba requerido para la exclusión corresponde a aquellos establecidos para la interposición de una acción judicial en virtud de los instrumentos internacionales de derecho penal.¹²⁶ En la determinación de la responsabilidad individual basada en el debido proceso, quienes toman las decisiones deben también examinar

¹²² *Ibíd.*, párrafos 59-62, 80, 82, 106 y 109.

¹²³ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 80-82. Si los montos en cuestión son pequeños y dados esporádicamente, la infracción quizá no alcance el grado suficiente de gravedad. En cambio, quien contribuye regularmente con grandes sumas a una organización terrorista bien puede ser culpable de un grave delito común; por ejemplo, cuando una persona ha proporcionado consistentemente grandes sumas a un grupo, con plena conciencia de sus fines violentos, puede considerarse a esa persona responsable de los actos violentos llevados a cabo por el grupo, ya que su asistencia monetaria ha contribuido sustancialmente a tales actividades.

¹²⁴ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 62, 80, 106, 109 y 110

¹²⁵ Ver sección 2.2.2.

¹²⁶ ACNUR, *Investigación inédita*.

cualquier defensa válida (por ejemplo, que él o ella haya sido forzado/a a participar en la comisión de un delito bajo coacción o en defensa propia).¹²⁷

4.1.2 Actos contrarios a las finalidades y los principios de las Naciones Unidas: artículo 12 (2) (c) de la DR

Según lo señalado anteriormente,¹²⁸ las finalidades y los principios de las Naciones Unidas están incorporados en el preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de la ONU. La Directiva de Reconocimiento señala que también se incorporan, entre otras fuentes, en las resoluciones de Naciones Unidas con respecto al terrorismo.¹²⁹ Lo más relevante en el presente contexto es el propósito de las Naciones Unidas de mantener la paz y la seguridad internacional. Esto implica que una disposición de exclusión se puede accionar solamente por los actos que tienen impacto a nivel internacional. Como se declaró anteriormente, la exclusión de la protección de refugiados basada en los criterios del artículo 1F (c) debe ser reservada para las situaciones donde el acto y sus consecuencias alcancen un umbral muy elevado, es decir, cuando un acto es suficientemente grave o atroz para ser contrario a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Una evaluación de si este umbral es alcanzado debe considerar la gravedad del acto en cuestión, el modo en el cual el acto se organizó o se llevó a cabo, su impacto internacional y los objetivos a largo plazo, y las implicaciones para la paz y la seguridad internacional.

El contenido de las resoluciones del Consejo de Seguridad podría ser interpretado en el sentido que la pertenencia a una organización terrorista constituiría una violación a las finalidades y los principios de las Naciones Unidas. La Resolución 1624 del CS de la ONU indica explícitamente que los “actos, métodos y prácticas terroristas” son contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, y de tal modo los vincula con los motivos de exclusión de la Convención de 1951.¹³⁰ La resolución 1377 del CS de la ONU precisa que “todas las demás formas de apoyo” a los actos terroristas son contrarias a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.¹³¹ Por otra parte, la participación en organizaciones terroristas se señala como “acto terrorista” en la Posición Común de la UE de 2001.¹³² La AG y el CS de la ONU también enfatizan que la “financiación, la planificación y la preparación de actos de terrorismo internacional, así como todas las demás formas

¹²⁷ Para más orientación detallada sobre la determinación de la responsabilidad individual en el contexto de un análisis de exclusión, incluyendo las circunstancias que negarían la responsabilidad individual, ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 50-75.

¹²⁸ Ver sección 2.3.2.

¹²⁹ Numeral 22 de la DR.

¹³⁰ S/RES/1624 (2005) “la Convención sobre los Refugiados y su Protocolo no serán aplicables a nadie respecto de quien haya razones fundadas para considerar que ha cometido actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”; “los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que la financiación y planificación de actos terroristas, así como la incitación a su comisión, son también contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas” Ver las resoluciones de la Asamblea General: *Resolución 49/60 (1994)*, párrafo 2; *Resolución 51/210 (1996)*, párrafo 2; *Resolución 60/158 (2006)*, preámbulo, párrafo 12; *Resolución 60/288 (2006)*, preámbulo, párrafo 7. Ver también las resoluciones del Consejo de Seguridad: *Resolución 1377 (2001) sobre los esfuerzos mundiales para combatir el terrorismo*, S/RES/1377 (2001) del 12 de noviembre de 2001, anexo, párrafo 5; *Resolución 1624 (2005)*, preámbulo, párrafo 8.

¹³¹ S/RES/1377 (2001).

¹³² Posición Común de la UE 2001/931/PESC, art. 1 (3) j y k.

de apoyo a esos actos, son igualmente contrarios a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.¹³³

Así, donde el artículo 1F (c) se refiere a la aplicación de la participación activa en el combate armado de una organización terrorista, los actos individuales en cuestión se deben determinar por su relevancia e impacto sobre la paz internacional. En relación a la pertenencia a una organización terrorista, es necesario determinar si las actividades de la organización alcanzan el umbral requerido para la aplicación del artículo 1F (c), a saber, si su gravedad e impacto en el plano internacional son tales que afectan el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; o las relaciones pacíficas entre los Estados; o constituyen graves y continuas violaciones de los derechos humanos, las cuales estarían bajo el alcance del artículo 1F (c) de la Convención de 1951. Si los actos de la organización alcanzaran el umbral requerido para la aplicación del artículo 1F (c), debe ser adelantada una evaluación individual en cada caso para determinar si la persona es individualmente responsable de esos actos, incluso por su pertenencia a la organización terrorista.¹³⁴

Al implementar las obligaciones impuestas por las resoluciones de la ONU referentes a las amenazas para la paz y seguridad internacionales que suponen los actos terroristas, y las medidas para combatir el terrorismo, los Estados miembros de la ONU están obligados a actuar de acuerdo con la Carta de la ONU y sus obligaciones en virtud del derecho internacional, incluyendo el derecho internacional de refugiados.¹³⁵ Esto es confirmado por las resoluciones del CS de la ONU

¹³³ ONU CS Resolución 1377 (2001) sobre los esfuerzos mundiales para combatir el terrorismo, S/RES/1377 (2001) del 12 de noviembre de 2001, anexo, párrafo 5, disponible en: [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=S/RES/1377\(2001\)&Lang=S](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=S/RES/1377(2001)&Lang=S). Ver también Resolución 1624 (2005) del CS de la ONU, nota al pie de página 5, preámbulo párrafo 8; Resoluciones de la Asamblea General: Resolución 49/60 (1994), párrafo 2; Resolución 51/210 (1996), párrafo 2; Resolución 60/158 (2006), párrafo 12 de preámbulo; Resolución 60/288 (2006), párrafo 7 del preámbulo.

¹³⁴ Ver secciones 2.2.2 y 4.1.1.3 sobre responsabilidad individual.

¹³⁵ Ver artículos 24 y 25 de la Carta de la O.N.U. Recientemente, por ejemplo, Resolución 1624 (2005) del CS, pp 2: “los Estados deben asegurarse de que cualquier medida adoptada para luchar contra el terrorismo se ajuste a las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, y que deben adoptar dichas medidas de conformidad con ese derecho, en particular el derecho internacional relativo a los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario”, y párrafo 4 del preámbulo: “Subraya que los Estados deben asegurarse de que cualesquiera medidas que se adopten para aplicar los párrafos 1, 2 y 3 de la presente resolución se ajusten a las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional relativo a los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario”; Ver también párrafos 3(f) y 3(g) de la Resolución 1373(2001) del CS; Resolución 1624 (2005) del CS, párrafos 2 y 7 del preámbulo y de op. párrafos 1 y 4; y Resolución 1269 (1999) del SC, párrafo 4 (iv); Ver también, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General: Resolución 60/288 (2006) de la AG; y recientemente, La Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo A/RES/62/272 del 15 de septiembre de 2008; Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/RES/62/159 del 11 de marzo de 2008; Medidas para eliminar el terrorismo internacional, A/RES/62/71 del 8 de enero de 2008, preámbulo párrafos 12 y 20; y Documento final de la Cumbre Mundial 2005, A/RES/60/1 del 24 de octubre de 2005, párrafo 85; El Consejo de Derechos Humanos también ha reafirmado estas obligaciones en la Resolución sobre protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/HCR/7/L.11 del 27 de marzo de 2008 y marzo de 2009. Para mayor orientación ver también, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism, Fact Sheet No. 32, 2008, julio de 2008

sobre la lucha contra el terrorismo, refiriéndose al Derecho internacional de refugiados como parte del marco jurídico que debe ser respetado en la lucha contra el terrorismo.¹³⁶

Para garantizar el cumplimiento del derecho internacional de los refugiados se requiere la adecuada y diligente aplicación de las cláusulas de exclusión del artículo 1F de la Convención de 1951. Esto quiere decir que los requisitos y limitaciones impuestos por la Convención de 1951 deben ser tenidos en cuenta en la interpretación y aplicación de esas resoluciones, conforme al objeto y los propósitos de la Convención de 1951.¹³⁷ Por lo tanto, las referencias a las resoluciones del CS y la AG de la ONU relacionadas con las medidas de lucha contra el terrorismo que declaran que los actos terroristas o el apoyo a los actos terroristas son contrarios a las finalidades y los principios de la ONU no deben sugerir la aplicación automática del artículo 1F (c).

Puesto que las finalidades y los principios de las Naciones Unidas están dirigidas al Sistema de la ONU y a sus Estados miembros, en principio parecería que solo las autoridades de alto rango que representan a un Estado miembro de la ONU (como jefes de Estado y personas en posiciones análogas) podrían violar estas finalidades y principios en el ejercicio de sus funciones en la dirección del Estado.¹³⁸ Este análisis sugeriría que la mera pertenencia a una organización terrorista generalmente no conduce a la aplicación del artículo 12 (2) (c) de la DR.

La cuestión de si el artículo 1F (c) se puede extender más allá de los Estados y quienes actúan en su representación a los individuos que actúan en nombre propio ha sido objeto de enfoques divergentes tanto en la práctica como en la jurisprudencia de los Estados desde la redacción de la Convención de 1951. Los redactores de la Convención de 1951 expresaron su intención de limitar el alcance personal de esta disposición. El delegado ante la Conferencia de Plenipotenciarios que insistió en la inclusión de esta cláusula en la Convención de 1951 especificó claramente que ésta no estaba dirigida al “hombre común y corriente”.¹³⁹ Muchos comentaristas también han apoyado el análisis restrictivo, limitando la aplicación del artículo 1F (c) a los jefes de Estado y a los altos funcionarios, mientras que se reserva su aplicación excepcional a individuos no necesariamente conectados con gobiernos, como aquellos responsables de graves violaciones de los derechos humanos.¹⁴⁰ La jurisprudencia en diversos países ha revelado dos enfoques divergentes: uno centrado en los líderes de los Estados y aquellos en posiciones similares, mientras que otro – a partir de mediados de los 90 - se ha centrado en ampliar la responsabilidad individual a los personas que, si bien no se

¹³⁶ Por ejemplo, *Resolución 1624 (2005) de 2004* del CS de la ONU, PP 2: los Estados deben asegurarse de que cualquier medida adoptada para luchar contra el terrorismo se ajuste a las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, “en particular el derecho internacional relativo a los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario”.

¹³⁷ Ver sección 2.2.2 Directrices del ACNUR sobre el artículo 1F, nota al pie de página 30, sección D. Ver ACNUR, Documento sobre exclusión, nota al pie de página 31, párrafos 98-100. Ver Guy S. Goodwin-Gill y Jane McAdam, nota al pie de página 24, págs. 191-197.

¹³⁸ Ver ACNUR, *óp.cit.*, nota al pie de página 31, párrafo 48ff.

¹³⁹ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafo 48.

¹⁴⁰ Ver Guy S. Goodwin-Gill y Jane McAdam, nota al pie de página 25, p. 15 1 ff

encuentran en tales posiciones, han sido parte de violaciones a los derechos humanos individualmente o como miembros de organizaciones dedicadas a tales fines.¹⁴¹

El desarrollo del derecho internacional desde la Segunda Guerra Mundial, particularmente en lo referente a la práctica del CS de la ONU actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de la ONU para contrarrestar las amenazas a la paz y la seguridad internacionales, es igualmente relevante en el análisis de esta cuestión. El CS de la ONU ha concluido que las amenazas a la paz y la seguridad internacionales pueden emanar de sujetos u organizaciones sin conexión con los entes estatales y que incluso podrían tomar acciones contra tales entes.¹⁴² Más específicamente, con respecto al terrorismo, las resoluciones del CS de la ONU afirman que los actos terroristas y su apoyo son contrarios a los propósitos y a los principios de la ONU,¹⁴³ incluyendo actos que emanan de agentes no estatales.

De acuerdo con las consideraciones precedentes y a la luz de la realidad de hoy, la comisión de delitos que debido a su naturaleza y gravedad pueden afectar la paz y la seguridad internacionales o las relaciones entre los Estados o que constituyen graves y continuas violaciones de derechos humanos, no requiere en todos los casos que se ocupe una posición de autoridad en un Estado o un ente estatal. Así, además de las personas en posición de autoridad estatal, los individuos que actúan a título personal, incluyendo los líderes de grupos responsables de “actos terroristas” contrarios a las finalidades y propósitos de las Naciones Unidas, podrían también estar bajo el alcance del artículo 1F (c), en cuanto se haya demostrado su responsabilidad individual con base en las pruebas indispensables.¹⁴⁴ A diferencia de las figuras de alto rango en una organización terrorista, las personas que proporcionan apoyo a una organización terrorista en reducida escala no serán automáticamente excluibles con base en el artículo 12 (2) (c) de la DR, incluso si están involucradas en el combate armado de la organización, puesto que el grado de responsabilidad individual puede no alcanzar el nivel de responsabilidad requerido para accionar la aplicación de la cláusula de exclusión del artículo 12 (2) (c) de la DR.¹⁴⁵

¹⁴¹ *Ibíd.* Ver también *Pushpanathan vs Canadá*, donde la Corte Suprema de Canadá sostuvo que el artículo 1F (c) no estaba limitado a los agentes estatales, nota al pie de página 63.

¹⁴² Por ejemplo, la Resolución 1540 del CS de la ONU tiene como objetivo la no proliferación de armas de destrucción masiva y aborda explícitamente las amenazas que emanan de “agentes no estatales” (pp. 8).

¹⁴³ Resolución 1373 del CS de la ONU: “que esos actos, al igual que todo acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”; Resolución 1377 del CS de la ONU: “los actos de terrorismo internacional son contrarios a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y que la financiación, la planificación y la preparación de actos de terrorismo internacional, así como todas las demás formas de apoyo a esos actos, son igualmente contrarios a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

¹⁴⁴ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, párrafo 49, que señala “sólo los líderes de los grupos responsables de tales atrocidades estarían expuestos a la exclusión según este criterio”. Para mérito y carga de la prueba en la responsabilidad individual, ver sección 2.2.2, 2.3.2 y 4.1.1.3.

¹⁴⁵ Ver sección 4.1.1.1 sobre la determinación de la responsabilidad individual de las personas sospechosas de proporcionar fondos o apoyo a los “grupos u organizaciones terroristas o los miembros de tales grupos”.

Varios Estados miembros, a saber, Bélgica,¹⁴⁶ República Checa,¹⁴⁷ Eslovaquia, España y Suecia han limitado la aplicación del artículo 1F (c) de la Convención de 1951 a las personas que ejercen un papel de dirección o que tienen una posición de autoridad dentro de un Estado. Por otra parte, la práctica prevalente de los Estados miembros es conceder un peso particular al requisito de “responsabilidad individual”, sosteniendo que la mera pertenencia a una organización terrorista no es suficiente para aplicar las cláusulas de exclusión. En el Reino Unido, por otro lado, las autoridades y cortes de asilo han concluido en diversos casos que una persona que no está actuando a nombre de un Estado puede cometer un acto contrario a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, y que, en tal caso, el artículo 1F (c) puede aplicarse.¹⁴⁸

4.1.3 Calificación como organización terrorista: ¿Es suficiente la lista de la UE?

En relación con la designación como “organización terrorista”, la cuestión planteada por la Corte Federal Administrativa implica la cuestión adicional de si la designación como tal en una lista de la UE es suficiente para justificar la exclusión en virtud del derecho de refugiados.

El ACNUR ha reiterado que en caso de que una organización aparezca en una lista internacional de organizaciones terroristas, la asociación de un individuo con tal organización no significará que la exclusión será justificada automáticamente. Sin embargo, una consideración de aplicabilidad de las cláusulas de exclusión puede ser accionada, y dependiendo de la naturaleza de la implicación del individuo, la inclusión en la lista puede dar lugar a responsabilidad individual.¹⁴⁹ Tal responsabilidad puede surgir si la lista tiene una base creíble; si la pertenencia a tal grupo es voluntaria; y los criterios para incluir a una particular organización o individuo en la lista son tales que todos los miembros o personas u organizaciones en la lista se pueden considerar, de manera confiable, individual y gravemente implicados en actos excluibles. Sin embargo, la responsabilidad individual se debe establecer por los “actos terroristas” que están dentro del alcance del artículo 1F para las personas consideradas miembros de organizaciones o entidades enumeradas en las “listas de terroristas” establecidas por la comunidad internacional o las autoridades nacionales.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Ver caso XXX vs. *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, CCE, N. 24.173 (4 de marzo de 2009) donde el *Conseil du Contentieux des Etrangers* requirió un papel de liderazgo para accionar la aplicación de la cláusula de exclusión del artículo 1F (c). La Corte no desarrolló el tema de la naturaleza o jerarquía del requerido papel de liderazgo.

¹⁴⁷ Aunque no existe práctica nacional sobre exclusión de la condición de refugiado según el artículo 12 (2) (c), un caso reciente de primera instancia sobre exclusión de la protección subsidiaria por los mismos motivos (en virtud del artículo 17 (1) (c) de la DR) sostuvo que los agentes del Estado están en posición de cometer tales actos.

¹⁴⁸ *KK (artículo 1F (c) Turquía) vs. Secretario de Estado para Asuntos Internos* [2004] UKIAT 00101 cita la Resolución 1377 del CS de la ONU y refiere que el Consejo de Seguridad de la ONU extiende su “condena inequívoca de todos los actos, métodos y prácticas del terrorismo, por ser criminales e injustificables, cualquiera que sea su motivación, en todas sus formas y manifestaciones, dondequiera se cometan y *quienquiera* los cometa”. Esta posición ha sido aprobada recientemente por el Tribunal de Apelación en *Al-Sirri vs. Secretario de Estado para Asuntos Internos* [2009] EWCA Civ 222, que se refiere también a la decisión de la Corte Suprema de Canadá en *Pushpanathan vs. Canadá* (ver nota al pie de página 53).

¹⁴⁹ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 62, 80, 106 y 109

¹⁵⁰ La responsabilidad individual se debe examinar cuidadosamente en tales casos, en pleno cumplimiento de las garantías del debido proceso y considerando detalladamente los actos en cuestión y todas las circunstancias adyacentes. Ver adicionalmente ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 62, 80, 106, 109 y 110.

Se debe notar que las listas establecidas por la comunidad internacional, por lo general, no alteran la carga de la prueba, teniendo en cuenta que los criterios manifiestos para la inclusión, en por lo menos algunos casos, pueden no satisfacer el mérito de la prueba requerido para los casos de exclusión.¹⁵¹

La lista mencionada por la Corte Federal Administrativa en su cuestión, está contenida en un anexo de la Posición Común del Consejo del 27 de diciembre de 2001 respecto a la aplicación de medidas específicas para combatir el terrorismo (2001/931/CFSP). Dado su estatus como posición común adoptada por el tercer pilar del ordenamiento jurídico de la UE, no tiene efecto legal vinculante,¹⁵² y no puede constituir una decisión concluyente sobre la interpretación de una disposición vinculante de la legislación Comunitaria en virtud del primer pilar. En relación con la lista, un carácter vinculante tampoco se puede fundar en el argumento que se trata simplemente de la implementación de determinaciones realizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o el llamado “Comité de sanciones”.¹⁵³ Aunque existe la obligación de examinar los ingresos a la lista por lo menos cada seis meses, el Tribunal reconoció en primera instancia las preocupaciones por la inclusión de numerosos individuos y organizaciones en la lista y su conformidad con las garantías al debido proceso, y en 2006 dictaminó que la decisión del Consejo de incluir en la lista a la Organización Muyahidín del Pueblo de Irán (PMOI, por sus siglas en inglés) era ilegal.¹⁵⁴ Los procedimientos de inclusión en la lista fueron modificados después de las decisiones sobre la PMOI, para prever una declaración de motivos y el derecho de apelación ante el grupo de trabajo sobre terrorismo del Consejo Europeo. Sin embargo, las preocupaciones han persistido y la aplicación de salvaguardas procesales fue examinada detenidamente en el subsecuente litigio, particularmente en lo referente a personas y organizaciones en la lista con base en las decisiones del Comité de sanciones del CS de la ONU, incluso en el caso Kadi y Al-Barakaat, donde se anuló la

¹⁵¹ Ver ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafos 80, 106, 109 y 110. Ver también ACNUR, *Directrices sobre Exclusión*, nota al pie de página 30, el cual se refiere a la necesidad de establecer salvaguardas procedimentales: “36. La exclusión no debe basarse en *pruebas confidenciales* irrefutables por el individuo en cuestión. Excepcionalmente podrá recurrirse a testimonios anónimos (cuando se oculta la identidad de la fuente). Pero ello ocurrirá tan sólo cuando resulte imprescindible para proteger la seguridad de los testigos—y siempre y cuando se garantice al solicitante de asilo su capacidad efectiva de refutar las pruebas. Para excluir a alguien, no se ha de recurrir a pruebas secretas ni valoradas a puerta cerrada (en cuyo caso también se estaría ocultando la sustancia de los hechos). Cuando estén en juego intereses de seguridad nacional, estos podrán protegerse introduciendo salvaguardas procedimentales, siempre y cuando se respete también el derecho del solicitante de asilo al debido proceso.”

¹⁵² Según lo indicado en el artículo 1 (4) de la Posición Común de la UE, del 27 de diciembre de 2001, las personas, grupos y entidades identificados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como relacionados con el terrorismo y contra quienes se han pedido sanciones *pueden* ser incluidos en la lista.

¹⁵³ En el caso *Kadi*, se alegó que el Consejo no era competente para adoptar el Reglamento (EC) 881/2002. La competencia fue aceptada por el Tribunal, sin embargo se solicitó revisar la protección de los derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico de la CE. (Sentencia del TJCE del 3 de septiembre de 2008, *Kadi y otros*, C-402/05 P y C-415/05 P, 321 y sig.).

¹⁵⁴ En su sentencia del 12 de diciembre de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, T-228/2, el Tribunal encontró que las decisiones sobre la lista de organizaciones y de personas cuyos activos han sido congelados basadas en el Reglamento 2580/2001, adoptado en aplicación de la Posición Común 2001/931/CFSP, carecieron de una pertinente declaración de motivos, de la oportunidad para que las personas o los entes afectados interpusieran defensas u objeciones, y de eficaces reparaciones legales. Ver también las sentencias del Tribunal de la UE en primera instancia en, *Casos*, T-284/08 del 4 de diciembre de 2008, T-256/07 del 23 de octubre de 2008, y T-228/02 del 12 de diciembre de 2006 respectivamente, sobre congelamiento de los fondos de la PMOI.

decisión de incluir a los solicitantes en la lista debido a la ausencia de salvaguardas procesales.¹⁵⁵ En abril de 2009, la Comisión Europea adoptó una propuesta que, entre otras cosas, requiere que las personas o las organizaciones incluidas en la lista por el Comité de sanciones reciban una declaración de motivos y la oportunidad de expresar pareceres en respuesta, antes de cualquier decisión que las incluya en la lista de la UE.¹⁵⁶ Sin embargo, dado que la propuesta estaba todavía bajo discusión en el Consejo al momento de la elaboración de la presente declaración, y no es claro si será adoptada o en qué modo podría ser implementada, las preocupaciones persisten con respecto a las garantías procesales de los procedimientos de inclusión en la lista.

El Consejo de Europa también ha expresado sus preocupaciones acerca de los estándares procesales en la compilación de listas a nivel internacional y regional, y ha solicitado precaución en su aplicación.¹⁵⁷

4.2 Cuestión 2: *¿El peligro constante es un requisito?*

¹⁵⁵ Ver sentencia del TJCE en *Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P*, del 3 de septiembre de 2008. El Tribunal concluyó que en lo que respecta a la inclusión del Sr. Kadi y Al Barakaat en la lista de personas y entes cuyos fondos deben ser congelados, los derechos de defensa, en particular el derecho a ser oídos, y el derecho a un control jurisdiccional “no fueron respetados”. El Tribunal encontró que “el Reglamento controvertido no establece ningún procedimiento para comunicar a los interesados los datos que justifican la inclusión de sus nombres en la lista, ni durante ni después de dicha inclusión. El Consejo no ha informado en ningún momento al Sr. Kadi o a Al Barakaat los datos utilizados en su contra para justificar la inclusión inicial de sus nombres en la lista. Esta violación de los derechos de defensa del Sr. Kadi y de Al Barakaat entraña igualmente una violación de su derecho a un recurso jurisdiccional, ya que no pudieron defender sus derechos ante el juez comunitario en condiciones satisfactorias”. El Tribunal concedió un período de tres meses para que el Consejo de la UE remedie los defectos de los mecanismos de listado, de lo contrario el Reglamento de la UE que implementa la lista de la ONU será nula y sin efecto. (Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 467/2001 (DO L 139, p. 9).

¹⁵⁶ Comisión Europea, *Propuesta de reglamento del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n° 881/2002 por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes*, COM/2009/0187 final, Bruselas, 22.4.2009.

¹⁵⁷ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE), Res. 1597 (2008): Lista negra del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de la Unión Europea: “5.4. De igual importancia es la cuestión de la reparación. El Consejo de la Unión Europea y los Estados miembros de la Unión Europea (UE) están obligados a aplicar inmediatamente las decisiones de los órganos judiciales competentes, europeos o nacionales, sobre el estatus de las personas o entes listados. 6. La Asamblea opina que los estándares formales y sustanciales actualmente aplicados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el Consejo de la Unión Europea, a pesar de algunas recientes mejoras, de ninguna manera cumplen con los estándares mínimos arriba mencionados y violan los principios fundamentales de los derechos humanos y del estado de derecho. 6.1. Con respecto al procedimiento, corre la obligación de notar y deplorar firmemente que los miembros del comité que decide acerca de la inclusión de un individuo en la lista negra no son plenamente informados de los motivos de la solicitud presentada por parte de uno de los miembros. Asimismo, la persona o el grupo interesados no son normalmente informados de la solicitud y no se les concede la posibilidad de ser escuchados, ni necesariamente informados, acerca de la decisión tomada, hasta que él o ella intenten alguna vez cruzar una frontera o usar una cuenta bancaria. No existen procedimientos para una revisión independiente de las decisiones tomadas o para reparaciones en caso de violación de derechos. Este procedimiento es totalmente arbitrario y no goza de ninguna credibilidad”. Véase también Doc. 11454 Addendum (22 de enero de 2008), Lista negra del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y del Consejo de la Unión Europea: “Habiendo analizado los casos más importantes la APCE concluye [...] 17. Las listas negras, como dijimos, pueden ser aceptables, por un tiempo, como arma en la lucha contra el terrorismo y sus partidarios. Sin embargo, estas medidas, que conllevan severas consecuencias, deberían ser cuidadosamente dirigidas y atenerse a un procedimiento serio. Lo que absolutamente no es el caso hoy en día. [...]”. (Traducción no oficial).

2. *Si la respuesta es positiva, ¿La aplicación de los artículos 12 (2) b y c de la DR requiere que la persona referida continúe representando un peligro?*

El contenido de las mencionadas disposiciones no señala en ninguno de sus apartados que la exclusión dependa de la cuestión de si la persona referida continúa representando un peligro. Por cuanto el enfoque alemán, que se guía por el criterio de peligro constante, se basa en el contenido de las disposiciones alemanas de transposición, esto no encuentra paralelo en las disposiciones de la Convención de 1951 o de la Directiva de Reconocimiento.¹⁵⁸ El objeto y el propósito de las cláusulas de exclusión indican que el peligro constante no constituye un requisito para su aplicación.

Según lo anotado anteriormente, el objeto y el propósito de las cláusulas de exclusión, consagradas en el artículo 12 (2) (b) y (c) de la DR y en el artículo 1F de la Convención de 1951, existen para garantizar que el estatuto de refugiado no sea reconocido a personas que no merecen protección. Por otra parte, la excepción al principio del *non-refoulement*, incorporada en los artículos 33 (2) de la Convención de 1951 y reflejada en la Directiva de Reconocimiento en sus artículos 14 (4) y (5), incluye el elemento del peligro que representa una persona reconocida como refugiada para un Estado y para una sociedad de acogida. La conclusión que los motivos de exclusión no requieran un peligro constante representado por la persona referida es claro en lo referente a los artículos 12 (2) (a) y (c) de la DR y está basada en el definido marco conceptual de los artículos 1F y 33 (2) respectivamente, en vista que el artículo 33 (2) no constituye un motivo de exclusión. Como se señaló anteriormente, las cláusulas de exclusión del artículo 1F se refieren a la integridad del sistema de protección a los refugiados, mientras que el artículo 33 (2) se refiere a proteger la seguridad nacional del país de acogida, permitiendo bajo excepcionales circunstancias el retiro de la protección contra el *refoulement* de aquellos reconocidos como refugiados que representen un peligro para el país de acogida. El artículo 12 (2) (b) de la DR tampoco contiene indicios sobre un criterio de esta naturaleza. Por otra parte, el objetivo central de la disposición es salvaguardar los propósitos del sistema de protección a los refugiados: esto garantizaría que las personas responsables de actos excluibles no sean reconocidas como refugiados debido a una interposición judicial en su contra y - si no pueden ser retornados o extraditados – escaparan a la aplicación de la acción judicial y además disfrutaran de la condición de refugiado en el Estado de acogida.

4.3 Cuestión 3: ¿Prueba de proporcionalidad?

3. *Si la respuesta de la cuestión 2 es negativa, ¿Los artículos 12 (2) (b) y (c) de la DR requirieren una evaluación de proporcionalidad de la exclusión en cada caso individual?*

En opinión del ACNUR, la aplicación de una prueba de proporcionalidad, cuando se considera la exclusión y sus consecuencias para el individuo, se requiere para garantizar que el artículo 1F sea

¹⁵⁸ Según lo precisado arriba, en la sección 3.3, el requisito de continuidad del peligro también se basa en la consideración que el contenido equipara la excepción al principio de *non-refoulement* con las cláusulas de exclusión ("lo mismo aplica"). Se asume que la referencia a la figura del *non-refoulement* y a sus criterios de peligro persistente tendría que ser transferida también a las cláusulas de exclusión.

aplicado de manera coherente con el carácter primordialmente humanitario de la Convención de 1951. La DR, la cual reconoce que la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 son la “piedra angular” del sistema legal internacional para la protección de los refugiados y la expresión “garantizar el pleno respeto de [...] el derecho de asilo” debe ser interpretada en línea con estos objetivos de protección.¹⁵⁹

Este principio de proporcionalidad es una importante salvaguarda en la aplicación del artículo 1F, y del artículo 12 (2) de la DR, dada las graves consecuencias de la exclusión para el individuo, ya que la exclusión niega los beneficios de la condición de refugiado - y los derechos asociados a ella, incluyendo la protección contra la expulsión que podría dar lugar a la persecución - a ciertas personas que de otra manera calificarían como refugiados.¹⁶⁰ La prueba de proporcionalidad debe involucrar, entre otras cosas, la determinación del grado y de la probabilidad de la persecución temida en contraposición con la gravedad de los actos cometidos.

En opinión del ACNUR, la prueba de proporcionalidad también debe ser empleada en caso de que otras garantías, en virtud de instrumentos de derechos humanos u otros mecanismos regionales o nacionales, puedan aplicarse. Éstas podrían incluir el artículo 3 de la Convención de 1984 contra la tortura, los artículos 6 y 7 del PIDSC y el artículo 3 del TEDH, los cuales vinculan a todos los Estados miembros de la UE. Tales garantías se deben considerar cuando suponen la protección contra el *refoulement* y son eficaces y accesibles a la persona referida.

4.4 Cuestión 4: ¿Alcance de la prueba de proporcionalidad?

4. *Si la respuesta a la cuestión 3 es positiva:*

- a) *¿La prueba de proporcionalidad incluye consideraciones de protección conforme al artículo 3 del TEDH o a las disposiciones nacionales contra la devolución?*
- b) *¿Puede la exclusión ser desproporcionada sólo en situaciones particularmente excepcionales?*

Sobre a):

Una prueba de proporcionalidad debe examinar todas las consecuencias de aplicar las cláusulas de exclusión. Para llegar a una decisión sobre la exclusión, es necesario por lo tanto sopesar el grado y la probabilidad de la persecución temida en contraposición con la gravedad de los actos cometidos. En este contexto, el hecho de que exista otra forma eficaz y accesible de protección contra la devolución, sin los derechos vinculados a la condición de refugiado, es una importante consideración en la evaluación de la exclusión. Es decir, una evaluación de la exclusión debe incluir la revisión de la accesibilidad y la posible concesión de otras garantías de los derechos humanos en virtud de los instrumentos de derechos humanos, en particular la protección contra la expulsión que conduciría a la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁵⁹ *Directiva de Reconocimiento*, numeral 3, 10.

¹⁶⁰ Ver Sección 2.2.3.

Esto puede depender de las salvaguardas procesales y de los acuerdos en el Estado del cual se trate. La disponibilidad de la protección alternativa puede ser relevante si, por ejemplo, la decisión sobre la exclusión se debe tomar dentro del procedimiento de asilo, mientras la cuestión de conceder protección contra la expulsión por motivos de derechos humanos se afronta sólo después de concluido el procedimiento de asilo y cuando el proceso de expulsión está en curso. En tales casos, puede no ser posible que en la evaluación de la exclusión se determine exactamente la posibilidad de protección contra la expulsión en caso de que la exclusión sea aplicada.

Sobre b):

En casos donde el artículo 12 (2) (b) de la DR es aplicado, se deben sopesar todos los hechos de cada caso para determinar que la exclusión es proporcionada. Incluso si los delitos en cuestión son graves y la responsabilidad individual de tales delitos ha sido establecida, las consideraciones de proporcionalidad deberían ser examinadas para determinar si las consecuencias de la exclusión - incluyendo la expulsión que conllevaría a enfrentar una seria persecución - serían de mayor gravedad que los delitos cometidos.

Si lo más probable es que el solicitante enfrente una severa persecución como resultado de la exclusión, el delito en cuestión debe ser muy grave para excluir al solicitante. Existen muchos actos excluibles que son tan atroces, incluyendo los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los actos contrarios a las finalidades y los principios de las Naciones Unidas, que serían de mayor grado que la temida persecución, si fueran probados. En tales casos, la exclusión no se considera desproporcionada. Por el contrario, los “graves delitos comunes” y los crímenes de guerra pueden involucrar una gama más amplia de faltas. Para los actos con consecuencias menos significativas - por ejemplo, los incidentes aislados de daños materiales cometidos por soldados - la exclusión puede no ser proporcionada si su consecuencia es la devolución de la persona a su país de origen a una situación donde enfrentaría la tortura o a la muerte. Por el contrario, una persona culpable de ocasionar intencionalmente la muerte o graves lesiones a civiles no se beneficiaría de las consideraciones sobre la proporcionalidad.¹⁶¹

4.5 Cuestión 5: ¿Disposiciones más favorables en virtud de la ley nacional a pesar de la exclusión según la Directiva de Reconocimiento?

5. ¿Se puede conciliar a la luz del artículo 3 de la DR que el solicitante de asilo reúna en su solicitud las condiciones previstas en el derecho constitucional nacional aunque también se apliquen los motivos de exclusión consagrados en el artículo 12 (2) de la DR?

Los motivos de exclusión contemplados en la Directiva son de obligatorio cumplimiento (ya que están consagrados en la Convención de 1951) y no existe alcance para un enfoque más favorable dentro de la legislación nacional para aplicar el estatuto de refugiado según la DR. Considerando que el artículo 3 de la DR en principio permite las disposiciones de la legislación nacional que son más favorables para la persona que solicita protección, esta excepción se limita a aquellas situaciones que no contravienen la Directiva y el derecho internacional de refugiados.¹⁶² Puesto que tanto el objeto como el propósito de las disposiciones de exclusión no sólo prevén una sanción

¹⁶¹ ACNUR, *Documento sobre exclusión*, nota al pie de página 31, párrafo 78.

¹⁶² La DR se debe interpretar conforme a la Convención de 1951, que se ha reconocido como la piedra angular del sistema internacional para la protección de refugiados. Ver DR, numeral 3; y ACNUR, *Nota sobre la protección internacional*, A/AC.96/951, 13 de septiembre de 2001, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0960.pdf>

contra las personas que no merecen protección internacional, sino que también preservan la integridad del asilo contra los abusos, una exención de las cláusulas de exclusión no se puede justificar basándose en el enfoque de mínimos estándares bajo el artículo 3 de la DR.

Si el estatus concedido es idéntico o muy similar, entre el concedido conforme al derecho constitucional nacional y el estatuto de refugiado en el sentido del artículo 13 de la DR, esto daría lugar simplemente a aplicar un sistema legal diverso a la disposición sobre la misma forma de protección. Esto podría resultar en el reconocimiento de la protección internacional para los refugiados a aquellos que no lo merecen. Las consecuencias legales de la obligación de aplicar las cláusulas de exclusión en modo consistente con la Convención de 1951 no pueden ser evitadas simplemente aplicando una diversa etiqueta a un estatuto idéntico o casi idéntico. En particular, esto se aplica a la expedición de un documento de viaje de la Convención de acuerdo con el artículo 28 de la Convención de 1951, el cual permitiría a la persona referida viajar a otros Estados. Presentándose con tal documento, el Estado del cual se trate asumiría que el portador del documento de viaje es un refugiado en el sentido de la Convención de 1951 - o en el sentido de la Directiva de Reconocimiento - mientras que éste no es el caso, debido a la aplicación de las cláusulas de exclusión del artículo 12 de la DR.

Julio 2009