



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

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

1. INTRODUCCIÓN	3
2. BREVES ANOTACIONES SOBRE EL ASILO EN LAS AMÉRICAS Y EN EL ÁMBITO UNIVERSAL	4
3. EL ESTATUTO DEL REFUGIADO Y EL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO EN TERRITORIO EXTRANJERO	6
a. La definición de refugiado de los instrumentos universales y regionales	6
<i>i. La definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951</i>	6
<i>ii. La definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984</i>	9
b. El carácter informador de las normas internacionales sobre refugiados frente al Art. 22.7 de la Convención Americana	10
c. Obligaciones relacionadas al derecho a buscar y recibir asilo	12
<i>i. Derechos básicos a favor de las personas solicitantes de la condición de refugiadas en el país de asilo</i>	13
<i>ii. El derecho a buscar asilo y el acceso a procesos justos</i>	14
ii.a Acceso al asilo y garantías procesales esenciales	14
ii.b Garantías en el acceso al asilo para niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional	17
ii.b.1 La Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana	17
ii.b.2 El ACNUR y la protección de la niñez en las solicitudes de asilo	19
a. Las Directrices del ACNUR sobre solicitudes de asilo de niños, niñas y adolescentes	19
b. Las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior de la niñez	21
ii.c Las solicitudes de asilo relacionadas a persecución por motivos de género, identidad de género y/o orientación sexual	24
<i>iii. El derecho a recibir asilo y a que sea otorgada la protección internacional</i>	26
iii.a Del derecho a "disfrutar" del asilo al derecho a "recibir" asilo	26
iii.b El acceso a otros derechos básicos que dan contenido al asilo en el país de destino	27
<i>iv. El derecho de buscar y recibir asilo a favor de las personas apátridas</i>	27
d. El valor de la legislación interna frente al derecho humano de buscar y recibir asilo	29

1 Introducción

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

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

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

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

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

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales².

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

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

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

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

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

sentó una innovación mayor y un cambio radical en esta tradición latinoamericana del asilo.

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

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

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

3 Ver San Juan, Cesar. El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del derecho internacional de los derechos humanos". Primera parte. Informe General de la Investigación. II.1. La tradición del asilo en América Latina, la normativa latinoamericana del asilo y la lenta incorporación del derecho internacional de los refugiados. ACNUR. 1ª. Edición. San José, Costa Rica. Editorama, 2004, pág. 25.

4 Ver Manly, Mark. La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina.: Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del derecho internacional de los derechos humanos", ACNUR. 1ª. Edición. San José, Costa Rica. Editorama, 2004, pág. 130.

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

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

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

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

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

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

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

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

7 Ver San Juan, Cesar. El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”. Op.cit, págs. 49-50, citando a López Garrido, Diego, El Derecho de Asilo, Trota, Madrid, España, 1991.

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

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

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

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

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

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

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

[...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él¹¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16 *Ibíd.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

23 *Ibíd.*, parr.6.

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

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

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

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

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

24 Ver Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr.82; Corte IDH, Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C, No. 236, párr. 30; CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, 31 diciembre 2011.

25 Ver Corte IDH, Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194, párr.131; Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, No. 248, párr.84; CIDH. Informe Anual (2012), Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.147 Doc. 1, 5 marzo 2013, pág. 257.

26 Ver Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C, No. 196, párrs.69 y 70; CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, Op.cit, párrs. 308 a 324.

27 Ver CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, Op.cit, párrs. 257-279; Ver también Corte IDH, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 54-56.

28 CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, *Ibíd*, párrs. 395 a 398.

29 Ver Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodero” Vs. México) Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205, párr.164; Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215, párrs. 78 y 79; CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68. 20 enero 2007; CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63. 9 diciembre 2011, párrs. 45, 294, 295, 301 y 307.

30 Ver CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, Op.cit, párrs. 292-296.

31 *Ibíd.*, párrs. 297 a 307.

32 Ver en este sentido pronunciamiento de la CIDH en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/060.asp> La CIDH expresa preocupación por la violencia y discriminación contra personas LGTBI, en particular jóvenes, en las Américas. 15 de agosto de 2013.

33 Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). Serie C No. 63, párrs. 189 y 190; Corte IDH. Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 21 de septiembre de 2006, Serie C, No. 152, párrs. 105 a 109.

34 Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Op.cit, párr. 56.

35 *Ibíd.*, pág. 16. UNHCR. Manual on Mandate RSD. A Reference Tool for UNHCR Staff, Op.cit, p. 29.

razonablemente se pueda esperar que la persona solicitante se establezca y pueda llevar una vida normal³⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

37 *Ibíd.*, pág. 127.

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

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

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

41 *Ibíd.*

42 *Ibíd.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

46 *Ibíd.*, párr.143.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

48 *Ibíd.*, párr.37.

49 *Ibíd.*

50 *Ibíd.*

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

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

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

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

55 *Ibíd.*, párr.139.

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

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

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

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

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

c. Obligaciones relacionadas al derecho a buscar y recibir asilo

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

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

56 Ibid.

57 Ibid.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

69 *Ibid.*, párr. b.

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

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

ii.a Acceso al asilo y garantías procesales esenciales

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

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

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

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

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

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

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

70 *Ibíd.*, párr.c.

71 Ver UN High Commissioner for Refugees, Note on Determination of Refugee Status under International Instruments, 24 August 1977, EC/SCP/5, párr 12. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68cc04.html>.

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

73 *Ibíd.*, párr.151.

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

75 *Ibíd.*, párr. 155.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

79 *Ibíd.*, párr.210.

80 *Ibíd.*

81 *Ibíd.*

82 *Ibíd.*, párr. 81.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

93 *Ibíd.*, párr. 160.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

102 *Ibíd.*

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

104 *Ibíd.*

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

106 *Ibíd.*, párr. 249.

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

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

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

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

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

108 *Ibíd.*, párr. 83.

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

110 *Ibíd.*, párr. 250

111 *Ibíd.*, párr. 251.

112 *Ibíd.*

113 *Ibíd.*, párr. 252.

114 *Ibíd.*

115 *Ibíd.*, párr. 253.

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

117 *Ibíd.*, párr. 255.

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

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

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

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

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

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

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

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

3.67 Con el fin de evaluar la persecución que podría sufrir un niño, niña o adolescente, las Directrices señalan que el principio del interés superior del niño requiere que la posibilidad razonable de daño sea valorada desde la perspectiva de la persona menor de edad¹²⁴. En efecto, los malos tratos

pueden no alcanzar el nivel de persecución en el caso de un adulto, pero puede serlo para el caso de un niño, niña o adolescente¹²⁵.

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

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

118 *Ibíd.*, párr. 256.

119 *Ibíd.*, párr. 257.

120 *Ibíd.*, párr. 258.

121 *Ibíd.*, párr. 261.

122 *Ibíd.*, párr. 107.

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

124 *Ibíd.*, párr.10.

125 *Ibíd.*

126 *Ibíd.*, párr. 12.

127 *Ibíd.*

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

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

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

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

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

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

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

128 *Ibíd.*

129 *Ibíd.*

130 *Ibíd.*, párr.14.

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

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

133 *Ibíd.*, párr. 38.

134 *Ibíd.*, párr. 39.

135 *Ibíd.*, párr. 41.

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

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

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

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

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

136 *Ibíd.*, párrs. 42-44.

137 *Ibíd.*, párrs. 45-47.

138 *Ibíd.*, párrs. 48-52.

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

adicionales relevantes en el tema, que deben no solo complementar sino también informar el proceso de las solicitudes de asilo.

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

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

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

3.77 En estos términos, cuando las autoridades identifiquen a una niña, niño o adolescente con posibles necesidades de protección internacional,

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

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

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

- Identificar soluciones duraderas para niños no acompañados y separados: repatriación voluntaria; integración local o reasentamiento¹⁴⁸.
- Establecer medidas de cuidado temporal para niños no acompañados y separados en situaciones excepcionales¹⁴⁹.

140 *Ibíd.*, págs. 22 y 23.

141 *Ibíd.*, pág. 8.

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

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

144 *Ibíd.*, pág. 22.

145 *Ibíd.*

146 *Ibíd.*

147 *Ibíd.*, pág. 23.

148 *Ibíd.*, pág. 30 y ss.

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

- Decidir la posible separación de un niño o niña de sus padres (o personas que tengan la guarda según la ley o costumbre) contra su voluntad¹⁵⁰.
- Resolver situaciones de custodia no resueltas¹⁵¹.
- Resolver casos complejos antes de la reunificación familiar¹⁵².

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

3.81 Para llevar a cabo una DIS, se debe¹⁵⁴:

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

3.82 Algunas medidas que deben llevar a cabo los funcionarios de protección a la infancia en el marco del panel son por ejemplo: identificar a los niños y niñas que requieren una DIS, conducir visitas a los hogares y entrevistas con niños y niñas y personas cercanas al niño o a la niña; escri-

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

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

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

pañá; 2. En los casos en los que existen razones fundadas para creer que las medidas de cuidado existentes no son apropiadas para el niño (por ejemplo, debido a sus antecedentes culturales, étnicos o religiosos, a su asociación con fuerzas o grupos armados o a la asociación de su cuidador con grupos o fuerzas armadas); 3. Cuando se dan múltiples necesidades específicas, como las propias de un niño no acompañado con discapacidad, pueden ser necesarias medidas de apoyo adicionales.

150 *Ibíd.*, pág.36 y ss.

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

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

153 *Ibíd.*, pág.50.

154 *Ibíd.*, pág. 48 y ss.

155 *Ibíd.*, pág. 53 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

3.91 El ACNUR también desarrollo las Directrices sobre protección internacional sobre solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género¹⁶⁶ en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o

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

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

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

159 *Ibid.*, párr.6.

160 *Ibid.*, párr.9.

161 *Ibid.*, párr.13.

162 *Ibid.*, párrs.14 y 15.

163 *Ibid.*, párr.18.

164 *Ibid.*, párr.12.

165 *Ibid.*, párr.11.

166 ACNUR. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967. Según los Principios de Yogyakarta, la orientación sexual se refiere a “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La identidad de género se refiere a: “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual

su Protocolo de 1967, para el adecuado análisis de este tipo de solicitudes.

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

3.93 Así, la desaprobación social de diversas identidades sexuales o su expresión "a menudo es subrayado por una reacción a la falta de cumplimiento con las normas y los valores culturales, de género y/o sociales establecidos"¹⁶⁹. Inclusive, muchas personas vienen de países de origen en

los que las relaciones consensuadas entre personas del mismo sexo son un delito¹⁷⁰.

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

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

	Raza	Religión	Nacionalidad	Pertenencia a determinado grupo social	Opinión Política
Directriz sobre solicitudes por persecución basada en género¹⁷³	<p>Destrucción de la identidad étnica y/o la prosperidad de un grupo étnico mediante el asesinato, mutilación o encarcelamiento de los hombres.</p> <p>Las mujeres podrían ser vistas como las responsables de propagar la identidad étnica o racial y ser perseguidas de otra forma, por ejemplo, mediante la violencia sexual o el control de la reproducción.</p>	<p>Cuando doctrinas religiosas exigen a las mujeres cierto tipo de comportamiento, una conducta contraria puede ser percibida como evidencia de una opinión política inaceptable.</p>	<p>La persecución por motivos de nacionalidad puede adoptar una forma específica de género manifestada a través de la violencia sexual contra mujeres y niñas.</p>	<p>La persecución de una persona por características relacionadas con su género puede ser subsumido en la categoría de 'grupo social', siendo, por ejemplo, las mujeres un claro caso de un grupo social definido por características innatas e inmutables, pudiendo someterse a diferentes tratos y normas en algunos países.</p>	<p>Una solicitud por motivos de opinión política supone que él o la solicitante posee, o se supone que posee, opiniones que no son toleradas por las autoridades o la sociedad, que son críticas de sus políticas, costumbres o métodos. Acá se puede incluir la opinión inconformista con respecto a las funciones de género.</p>

podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo... y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales". CIJ, Principios de Yogyakarta - Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, marzo de 2007. Preámbulo.

167 Ibid., párr.12.

168 Ibid.

169 Ibid., párr.15.

170 Ibid., párr.26.

171 Ibid., párr.36.

172 Ibid.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

176 Ibid.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Se debe respetar el principio de confidencialidad en ambos procesos de determinación, es decir, el del estatuto del refugiado y el de apatridia.
- Se debe informar al solicitante de la condición de apatridia sobre la

necesidad de que se aborden cuestiones relativas a la determinación de la condición de refugiado, en caso de que se justifique.

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

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

185 *Ibíd.*, párr.78.

186 *Ibíd.*

187 *Ibíd.*, párrs.79-82.

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

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

190 Estos es cuando el refugiado: (inciso a) ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos o (inciso c) se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Ver también UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Nota sobre la cancelación del estatuto de refugiado, 22 November 2004.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

194 *Ibid.*, párr.78.

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

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

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

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

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

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

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

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