
Los derechos humanos y la protección de los refugiados

Módulo auto formativo 5, Volumen II



UNHCR
ACNUR

La Agencia de la ONU para los Refugiados

15 de diciembre de 2006

Nota

Este documento ha sido producido por la División de Servicios de Protección Internacional, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. El contenido de este documento puede ser compartido, reproducido y fotocopiado sin permiso previo de ACNUR. Donde el material sea utilizado o citado en algún lugar, reconocimiento al ACNUR debe ser realizado como fuente de información.

Fecha de la traducción en español: 1 de agosto de 2008

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Apartado Postal 2500

CH-1211 Ginebra 2

Suiza

Fax: +41 22 739 7354

E.mail: HQPR09@unhcr.org

Página en la Red: <http://www.unhcr.org>

<http://www.acnur.org>

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....	3
1.1. Prevención y alerta temprana	4
1.2 Determinación de la condición de refugiado	4
1.3. Garantía de los derechos de los refugiados y la calidad del asilo	5
1.4 Alcanzar las soluciones duraderas	6
PARTE A LOS GRUPOS CON NECESIDADES ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN	7
CAPÍTULO 2. LAS MUJERES Y NIÑAS.....	8
2.1 Riesgos de violación a los derechos humanos de las mujeres durante su ciclo de vida como refugiadas	10
2.1.1 En su país de origen	10
2.1.2 Durante conflictos armados	11
2.1.3 En tránsito a su seguridad	11
2.1.4 En los campamentos de refugiados.....	11
2.1.5 En el país de asilo.....	11
2.2 Normas pertinentes de derechos humanos	12
2.3 Prohibición de la discriminación por motivos de sexo	14
2.4 Violencia sexual y por motivos de género	15
2.6 Trata de personas y explotación de mujeres para ejercer la prostitución.....	19
2.7 Prácticas tradicionales dañinas	21
CAPÍTULO 3. LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS	24
3.1. Violaciones a los derechos de los niños refugiados.....	26
3.2 Normas pertinentes de derechos humanos	27
3.3. Niños en conflictos armados y la prohibición del reclutamiento infantil	30
3.4 Explotación sexual y de otros tipos.....	32
3.5 Las Niñas y los niños no acompañados y separados	33
CAPÍTULO 4. PERSONAS MAYORES.....	35
4.1 Normas pertinentes de derechos humanos	36
CAPÍTULO 5. PERSONAS DISCAPACITADAS	39
5.1. Normas pertinentes de derechos humanos	41
CAPÍTULO 6. PERSONAS SEROPOSITIVAS Y VÍCTIMAS DEL SIDA	44
6.1 Normas pertinentes de derechos humanos	45
CAPÍTULO 7. NO NACIONALES	48
7.1 Normas pertinentes de derechos humanos	49

PARTE B	LOS DERECHOS SUSTANTIVOS	53
CAPÍTULO 8. EL DERECHO DE SOLICITAR Y DISFRUTAR DEL ASILO EN CASOS DE PERSECUCIÓN		54
8.1	Normas pertinentes de derechos humanos	55
CAPÍTULO 9. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN		58
9.1	Normas pertinentes de derechos humanos	61
9.2	Alcance de la <i>no devolución</i> : una comparación	62
9.2.1	Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 (artículo 33), y derecho internacional consuetudinario de los refugiado	62
9.2.2	Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3)	63
9.2.3	Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (artículos 6 y 7)	64
9.2.4	Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 3)	66
9.3	El derecho a la vida y la prohibición de la devolución	67
9.4	Las niñas y los niños y el principio de <i>no devolución</i>	70
9.5	La ejecución de órdenes legítimas de expulsión o deportación	71
9.6	El terrorismo y la prohibición de la devolución	72
CAPÍTULO 10. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN		76
10.1	La discriminación durante la vida de un refugiado	78
10.2	Normas pertinentes de derechos humanos	78
10.3	Alcance y contenido del principio de no discriminación según el derecho de los derechos humanos	80
10.3.1	¿Cuándo la “distinción” no equivale a “discriminación”?	80
10.3.2	Acción afirmativa	81
10.3.3	Discriminación directa e indirecta	82
10.3.4	Discriminación por parte de individuos	82
10.4	Trato no discriminatorio a solicitantes de asilo y refugiados	83
10.5	Racismo y xenofobia contra solicitantes de asilo y refugiados	84
10.6	Discriminación en contra de ciertas categorías de solicitantes de asilo	85
CAPÍTULO 11. EL DERECHO DE LAS PERSONAS A LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD		86
11.1	Normas del derecho internacional de los refugiados	88
11.1.1	Excepciones	89
11.2	Normas pertinentes de derechos humanos	89
11.2.1	El derecho a la libertad	90
11.2.2	El derecho a la seguridad personal	90
11.3	Alcance de la libertad respecto de la detención arbitraria	91
11.3.1	¿Qué es “detención”?	91
11.3.2	¿Qué constituye una detención o arresto “arbitrario”?	92
11.4	Requisitos para la detención de solicitantes de asilo	93
11.5	Detención de solicitantes de asilo en zonas de tránsito (puertos y aeropuertos)	94
11.6	Detención de niñas y niños	96
11.7	Condiciones del encarcelamiento o la detención	97

11.7.1 Estándares sobre las condiciones de detención.....	98
11.8 Prohibición del trato o castigo cruel, inhumano o degradante a solicitantes de asilo pendientes de determinación de la condición de refugiado.....	100
CAPÍTULO 12. LOS DERECHOS DE SUPERVIVENCIA (DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES)	102
12.1 Normas pertinentes de derechos humanos	104
12.1.1 El derecho a una alimentación adecuada	105
12.1.2 El derecho a una vivienda adecuada	107
12.1.3 El derecho al grado más alto de salud física y mental posible.....	107
12.2 Perspectiva de edad y género	109
12.3 El disfrute de derechos económicos, sociales y culturales por parte de refugiados y solicitantes de asilo.....	109
12.4 La no discriminación en el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales....	110
12.5 Limitaciones al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	111
12.6 Falta de tratamiento médico adecuado y la prohibición de la devolución	112
CAPÍTULO 13. EL DERECHO A IDENTIDAD, ESTATUTO Y DOCUMENTACIÓN LEGALES 113	
13.1 El derecho de todo niño a ser registrado inmediatamente después de nacer y el derecho a tener un nombre	115
13.2 El derecho al reconocimiento como persona ante la ley.....	115
13.3 El derecho de la niña y el niño a conservar su identidad.....	116
13.4 La falta de documentación personal y las violaciones de otros derechos humanos	116
CAPÍTULO 14. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, INCLUSO DURANTE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO . 119	
14.1 Normas pertinentes de derechos humanos	120
CAPÍTULO 15. DERECHO A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO, DERECHOS PROCESALES EN CASO DE EXPULSIÓN Y PROHIBICIÓN DE LA EXPULSIÓN COLECTIVA DE EXTRANJEROS.....	126
15.1 El derecho a transitar libremente por un territorio	128
15.1.1 Restricciones al tránsito de refugiados	129
15.2 El derecho a escoger residencia en un territorio.....	129
15.3 El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio	130
15.4 El derecho a ingresar al propio país	131
15.5 Salvaguardas procesales en la expulsión de extranjeros.....	132
15.6 Prohibición de la expulsión colectiva o masiva de extranjeros.....	133
CAPÍTULO 16. EL DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR Y EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.....	135
16.1 Normas pertinentes de derechos humanos	137
16.2 Protección familiar en casos de traslado o deportación de no ciudadanos del territorio de un Estado parte de los tratados de derechos humanos.....	139
16.3 Protección familiar en los casos de no ciudadanos que buscan ingresar al territorio de un Estado parte de los tratados de derechos humanos.....	141

16.4 ¿Qué constituye una “familia” según el derecho internacional de los derechos humanos?.....	142
16.5 Niñas y niños no acompañados y separados	143
CAPÍTULO 17. EL DERECHO AL TRABAJO	145
17.1 Normas pertinentes de derechos humanos	147
17.2 Limitaciones al disfrute del derecho al trabajo, incluido el requisito de permisos para trabajar	149
17.3 Niñas y niños y el derecho al trabajo: la prohibición del trabajo infantil.....	151
CAPÍTULO 18. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS ADICIONALES DE LOS REFUGIADOS: UNA SELECCIÓN	153
18.1 El derecho a votar y a ser electo en el país de asilo y en el país de origen.....	155
18.2 Libertad de pensamiento, conciencia y religión	155
18.3 Libertad de opinión y expresión	156
18.4 Libertad de asociación.....	159
18.5 El derecho de reunión pacífica	159
18.6 Obligaciones de los refugiados en el país de asilo.....	160
18.7 Relaciones amistosas y cooperación entre los Estados	160
CAPÍTULO 19. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN	162
19.1 Normas pertinentes de derechos humanos	164
19.2 Elementos del derecho a la educación	165
19.3 El disfrute del derecho a la educación.....	166
19.4 Los niños y el derecho a la educación	167
CAPÍTULO 20. EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y AL DISFRUTE PACÍFICO DE LAS POSESIONES 169	
20.1 Normas pertinentes de derechos humanos	170
20.2 Programas de restitución de vivienda, tierra y propiedad.....	174
20.3 El papel de la comunidad internacional.....	175
PARTE C EJERCICIOS DE AUTOFORMACIÓN E INFORMACIÓN ADICIONAL	176
Volumen II Parte A	177
Caso 1.....	178
Caso 2.....	179
Caso 3.....	179
Volumen II Parte B Derechos sustantivos.....	181
1. El derecho a solicitar asilo y a disfrutar de él.....	181
Caso 4.....	181
2. El principio de <i>no devolución</i>	182
Caso 5.....	183
Caso 6.....	183
Caso 7.....	183
3. El principio de no discriminación	185
Caso 8.....	185
Caso 9.....	186

4. El derecho a la libertad de la persona: no sanción por entrada ilegal, protección judicial contra la detención, y condiciones de la detención.....	186
Caso 10.....	186
Caso 11.....	187
Caso 12.....	188
5. El derecho a identidad y estatuto legales.....	189
Caso 13.....	189
Caso 14.....	189
6. El derecho al debido proceso.....	190
Caso 15.....	190
7. Derechos de supervivencia: derechos económicos, sociales, y culturales.....	191
Caso 16.....	191
8. El derecho a la libertad de tránsito y la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros	192
Caso 17.....	193
9. El derecho a la unidad familiar y el derecho al respeto de la vida privada y familiar	194
Caso 18.....	194
Caso 19.....	194
10. El derecho al trabajo	195
Caso 20.....	195
Caso 21.....	195
11. Derechos civiles y políticos de los refugiados: selección adicional	196
Caso 23.....	196
Caso 24.....	197
Caso 25.....	197
12. El derecho a la educación.....	197
Caso 26.....	198
13. El derecho a la propiedad y al disfrute pacífico de las posesiones	198
Caso 27.....	198

VOLUMEN II: LOS REFUGIADOS Y LOS DERECHOS HUMANOS

Panorama general

Este documento, el cual se enfoca en el derecho internacional de derechos humanos, es parte de una serie de módulos autoformativos desarrollados por la División de Servicios de la Protección Internacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en 2006. El ACNUR publicó por primera vez un módulo de capacitación de *Derechos humanos y protección de refugiados* en octubre de 1995 (Volumen I) y en octubre de 1996 (Volumen II). Ese primer módulo ayudó a crear una mayor conciencia y comprensión de los temas de derechos humanos en el contexto de la protección de los refugiados. Sin embargo, el derecho de los derechos humanos se encuentra en constante evolución, por lo que los avances en este campo en la década pasada, incluyendo aquellos que impactan la protección de los refugiados y de otras personas que se encuentran bajo la competencia del ACNUR, han sido enormes.

La jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, incluidos el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, ha experimentado un desarrollo extenso, mientras que los órganos de vigilancia de derechos humanos de las Naciones Unidas (es decir, los órganos de los tratados) y los órganos regionales, tales como la Comisión Africana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han desarrollado el contenido y ampliado el alcance de las normas de derechos humanos. De manera cada vez más importante, estas normas se aplican a la protección de los refugiados y de otras personas que se encuentran bajo la competencia del ACNUR, es decir, solicitantes de asilo, repatriados, apátridas y desplazados internos. De hecho, actualmente se reconoce que el derecho internacional de los refugiados, de los derechos humanos y el humanitario deben aplicarse de manera convergente para proteger mejor a los refugiados y otras personas que se encuentran bajo la competencia del ACNUR.

Volumen II

Este volumen se divide en tres partes. La Parte A (Capítulos 1 al 7) examina los grupos de personas que tienen necesidades específicas de protección. La Parte B (Capítulos 8 al 20) examina los derechos sustantivos. La Parte C incluye ejercicios autodidácticos, una lista de lecturas adicionales y las respuestas de los ejercicios. Cada parte incluye un conjunto básico de objetivos de aprendizaje.

El principal objetivo del Volumen II es examinar específicamente temas relativos a los refugiados. Para conocimientos generales del derecho internacional de los derechos humanos en el contexto del derecho público internacional, refiérase al Volumen I.

Este Manual se centra en el uso del derecho internacional de los derechos humanos para reforzar la protección de los refugiados; no proporciona una guía específica para determinar el estatuto del refugiado, aunque los avances en el ámbito del derecho de los derechos humanos pueden tener un impacto en la adecuada interpretación de la definición de refugiado, a saber, el término “persecución” y las cinco causales. Así, los lectores podrán complementar este Manual con el *Manual para la determinación de la condición de refugiado* (Módulo autoformativo 2) cuando sea necesario. Este Manual, orientado a la protección de los refugiados y de los solicitantes de asilo, se deberá consultar de forma conjunta con el *Manual sobre nacionalidad y apatridia del ACNUR y la Unión Interparlamentaria*, los *Principios Rectores del desplazamiento interno* y el *Manual Interinstitucional para la protección de los desplazados internos*.



Capítulo 1 **Introducción: la convergencia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados**

Los refugiados pueden estar expuestos a numerosas violaciones de sus derechos humanos. Pudieron no sólo haber sufrido, o temido sufrir, violaciones a sus derechos humanos en sus países de origen, sino que pueden seguir experimentándolas durante todas las fases del ciclo del desplazamiento forzado.

El derecho internacional de los derechos humanos ayuda a proteger a los refugiados fijando normas que establezcan lo que podría considerarse como persecución y proporcionando mecanismos para proteger a los refugiados y solicitantes de asilo en contra de la devolución y la expulsión; la detención arbitraria; las amenazas a su vida e integridad física; la falta de albergue, alimentación, educación o cuidados médicos; el abuso sexual o la separación de los miembros de su familia.

El **Comité Ejecutivo** reconoce “los múltiples vínculos entre las cuestiones de los refugiados y los derechos humanos y *recuerda* que la experiencia de los refugiados, en todas sus etapas, se ve afectada por la medida en que los estados respetan los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Conclusión Comité Ejecutivo No. 95 (2003).

El derecho de los derechos humanos se puede usar para proteger de diferentes formas a los refugiados y otras personas que se encuentran bajo la competencia del ACNUR:

1.1. Prevención y alerta temprana

La información acerca de los derechos humanos y su puesta en práctica ayuda al personal del ACNUR a evaluar las situaciones existentes o potenciales que puedan conducir a flujos de refugiados y a obstaculizar la repatriación voluntaria. Dicha información puede obtenerse de una variedad de fuentes, incluidas las conclusiones finales producidas por los órganos de vigilancia de los tratados de la ONU, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, informes de otras agencias de la ONU, informes de las ONG, comunicados de prensa y del personal de campo del ACNUR. Esta información permite al personal del ACNUR alertar a sus colegas, así como a sus contrapartes gubernamentales, para proponer medidas preventivas en cooperación con los gobiernos y otras organizaciones de la ONU y regionales.

1.2 Determinación de la condición de refugiado

Aunque no es necesario identificar una violación de derechos humanos ocurrida en el pasado para poder establecer un fundado temor de persecución, el derecho de derechos humanos puede ayudar a identificar las formas de persecución.

Todos los mecanismos de derechos humanos examinados en el Volumen I proporcionan información valiosa acerca del país de origen y ayudan al ACNUR a identificar y abordar las necesidades

de protección internacional. El personal del ACNUR deberá usar la información de derechos humanos de los países de origen para ayudar a determinar la condición de refugiado. El cumplimiento de las normas de derechos humanos también puede mejorar los procedimientos individuales de asilo. Por ejemplo, se deberá invocar el deber de los Estados de proporcionar protección específica a mujeres, niños y ancianos para motivar a aquéllos a fortalecer salvaguardas específicas de género y edad en sus procedimientos de asilo.

Las normas de derechos humanos también son pertinentes al momento de evaluar la viabilidad de una alternativa de reubicación o huida interna. El respeto de las normas de derechos humanos en una alternativa de huida interna determinará la medida en que un individuo podrá ser protegido en esa área. Según la “prueba de razonabilidad”, que implica una evaluación del riesgo de persecución futura y si la reubicación expondría al individuo a una privación excesiva, las normas de derechos humanos pueden ayudar a determinar si el fundado temor subsistiría en la alternativa de huida interna si la reubicación es económica y socialmente sustentable.

1.3. Garantía de los derechos de los refugiados y la calidad del asilo

Debido a que los solicitantes de asilo y los refugiados tienen derecho a la mayoría de los derechos y libertades fundamentales previstas por los instrumentos internacionales de derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos proporciona un marco jurídico complementario que refuerza la protección a refugiados y solicitantes de asilo. Las normas de derechos humanos proporcionan protección adicional a la que brinda el derecho internacional de los refugiados, por ejemplo, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura (véase más adelante el Capítulo 9). Además, las normas de derechos humanos también pueden ayudar a determinar el alcance y contenido de algunas de las disposiciones incluidas en la Convención de 1951. Por ejemplo, mientras que el artículo 22 de la Convención estipula que “los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la educación elemental”, los instrumentos de derechos humanos establecen el alcance y el contenido del derecho a la educación, artículo 13 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (véase adelante el Capítulo 19).

1.4 Alcanzar las soluciones duraderas

La información sobre las normas de derechos humanos también es relevante para evaluar qué soluciones duraderas son las más apropiadas en un caso específico: repatriación voluntaria, integración local o reasentamiento. Por ejemplo, la repatriación difícilmente puede ser voluntaria y segura cuando el país de origen no puede garantizar los derechos humanos fundamentales de los repatriados o se niega a ello. El ACNUR tiene el mandato de supervisar la situación de los derechos humanos de los repatriados en el contexto de la repatriación voluntaria. De manera similar, una integración local exitosa en el país de asilo requiere que se garantice a los refugiados seguridad legal, física y material y que puedan vivir vidas normales. El reasentamiento puede ser necesario cuando los derechos fundamentales de un refugiado están en riesgo de ser violados en un país de asilo y la repatriación voluntaria no es una opción viable.

PARTE A

LOS GRUPOS CON NECESIDADES ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN

“El Comité Ejecutivo... *hace un llamamiento* a todos los Estados para que promuevan y protejan los derechos humanos de todos los refugiados y demás personas de que se ocupa el ACNUR, prestando especial atención a las que tengan necesidades específicas, y para que adapten sus medidas de protección en consecuencia” (se agregaron las cursivas).

Conclusión del Comité Ejecutivo No. 102 (2005)

Objetivos de aprendizaje:

- Familiarizar al lector con las normas de derechos humanos para la protección de las personas con necesidades específicas de protección.
- Aumentar la conciencia acerca del papel del derecho internacional de los derechos humanos en la protección a los grupos vulnerables.

La siguiente sección examina las preocupaciones sobre derechos humanos que algunos grupos de personas con necesidades específicas de protección.

Según el derecho internacional de los derechos humanos, las medidas de protección a grupos vulnerables y desprotegidos no constituyen discriminación. Al contrario, en ocasiones se requieren expresamente dichas medidas para garantizar que estas personas disfruten de los mismos derechos que el resto de las personas (véase adelante el Capítulo 10). Como lo expresa el Comité de Derechos Humanos, “el principio de equidad algunas veces requiere que los Estados tomen acción afirmativa para disminuir o eliminar condiciones que causan o ayudan a perpetuar la discriminación... Por ejemplo, en un Estado en el cual las condiciones generales de una cierta parte de la población impiden u obstaculizan su disfrute de los derechos humanos, el Estado deberá tomar acción específica para corregir esas condiciones. Dicha acción puede implicar conceder temporalmente a esa parte de la población cierto trato preferente en asuntos específicos en comparación con el resto de la población. Sin embargo, mientras que tal acción sea necesaria para corregir la discriminación, de hecho es un caso de distinción legítima...” (Observación General No. 18, párrafo 10).



Capítulo 2 Las Mujeres y Niñas

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Conclusiones del Comité Ejecutivo número 39 (1985), 54 (1988), 60 (1989), 64 (1990), 73 (1993), 85 (1998), 89 (2000) y 98 (2003).

Directrices del ACNUR sobre violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas (2003).

Directrices del ACNUR sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el estatuto de refugiado y/o su Protocolo de 1967 (2002).

Política del ACNUR sobre las mujeres refugiadas y Directrices para su protección: una Evaluación sobre los 10 años de aplicación (2002).

Nota del ACNUR sobre ciertos aspectos de violencia sexual contra mujeres refugiadas (1993).

Guía de procedimientos del ACNUR: Supervisión y evaluación de programas de violencia sexual y por motivos de género (2000).

Agenda para la Protección, Objetivo No. 6.

Derecho de los derechos humanos

Convención sobre la Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y su Protocolo facultativo (1999).

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1985).

Protocolo de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos relativo a los derechos de la mujer en África (2003).

Artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966).

Artículos 2 y 3 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos (Carta Africana) (1981).

Artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales Convenio Europeo de Libertades Fundamentales (1950).

Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José" Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Recomendación General No. 12 del Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre la violencia en contra de la mujer.

Recomendación General No. 14 del Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre la circuncisión femenina.

Recomendación General No. 19 del Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre la violencia en contra de la mujer.

Recomendación General No. 24 del Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre las mujeres y la salud.

Comité para los Derechos del Niño, Recomendación General No. 6 sobre el trato de niños no acompañados y separados fuera de su país de origen, Trigésima novena sesión, 17 de mayo–3 de junio de 2005.

Observación General No. 28 del Comité de Derechos Humanos sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3).

Observación General No. 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3).

Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

Derecho penal internacional

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2000).

Otros

Protocolo para prevenir, eliminar y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional (2000).

Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002.

Las mujeres refugiadas tienen muchas de las necesidades que también tienen los hombres refugiados, incluidas la protección contra el *refoulement* (véase adelante el Capítulo 19) y la libertad de tránsito (véase adelante el Capítulo 15). Sin embargo, debido a que el desplazamiento forzado puede exponer a las mujeres y a las niñas a un rango más amplio de riesgos de violaciones a sus derechos humanos, también tienen ellas algunas necesidades específicas adicionales.

2.1 Riesgos de violación a los derechos humanos de las mujeres durante su ciclo de vida como refugiadas

Los derechos humanos de las mujeres pueden ser violados durante cualquier etapa de su vida como refugiadas. Estos riesgos deben ser cuidadosamente identificados y analizados para prevenir violaciones y optimizar su protección. Los instrumentos de derechos humanos establecen las normas de conducta permitidas en el trato a las mujeres durante su desplazamiento forzado.

2.1.1 En su país de origen

En algunos países, las mujeres son sometidas a una severa discriminación. Por ejemplo, no se les permite participar cabalmente en el ámbito social, a menos que sean representadas por hombres. Puede que se les impida heredar propiedades, tomar decisiones acerca de su propio matrimonio y acceder a la educación. La violencia en contra de la mujer puede ser socialmente aceptable o puede ocurrir con el consentimiento del Estado, el cual puede no emprender acciones para prevenir o castigar este tipo de violencia. Por razones culturales o políticas, se puede castigar a las mujeres que se rehúsan a portar ciertas prendas de vestir tradicionales, tales como el *shador*, el velo en la cabeza o el *burka*, o se les puede forzar a someterse a procedimientos médicos que representan un peligro para su salud, tales como la esterilización forzosa o la mutilación genital.

Las normas de derechos humanos ayudan a evaluar la naturaleza del trato que las mujeres pueden sufrir en su país de origen. Ha sido bien establecido por el derecho internacional de derechos humanos, por ejemplo, que los actos de violencia en contra de las mujeres son violaciones graves a la prohibición de discriminación en contra de la mujer (véase la Recomendación No. 19 del Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer); que la violación puede equipararse a la tortura o al trato inhumano o degradante (véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aydin v. Turquía*); que algunas prácticas tradicionales perjudiciales, tales como la mutilación genital femenina, la

poligamia, la violación conyugal y el casamiento forzoso de niñas también constituyen violaciones a los derechos humanos de las mujeres (véase la Recomendación General No. 24 del Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer); y que las víctimas de trata de mujeres sufren restricciones graves para el disfrute de sus derechos.

2.1.2 Durante conflictos armados

Las mujeres están expuestas a un alto riesgo de violencia sexual durante los conflictos armados. Con frecuencia se usa la violación sistemática de mujeres que se percibe que están con el enemigo, como demostración de poder y para degradar a la víctima, a su familia y a su comunidad en general.

Las mujeres que han sido violadas y que escapan de la violencia sexual podrían quedar expuestas a la exclusión social y a más violencia si regresaran a sus lugares de origen.

2.1.3 En tránsito a su seguridad

En diversos países, a las mujeres no se les permite viajar por cuenta propia. Debido a esto, durante la huida frecuentemente dependen de otras mujeres u hombres que las acompañan o que funcionan como sus tutores. Las mujeres en esta situación podrían ser forzadas a proporcionar servicios sexuales a los hombres a cambio de protección, alimentos o el manejo de las formalidades tras su llegada a un país de asilo. El riesgo de violación también es muy alto.

2.1.4 En los campamentos de refugiados

Desgraciadamente, la experiencia ha demostrado que en los campamentos de refugiados las mujeres enfrentan mayor riesgo de ser obligadas a tener relaciones sexuales para poder obtener acceso a alimentos y albergue; podrían también enfrentar el riesgo de mayor violencia, incluida la violación sexual. Cuando se excluye a las mujeres del proceso de distribución de alimentos, éstas pueden volverse particularmente dependientes de los hombres, quienes pueden distribuir los alimentos de manera injusta e inadecuada.

En todas estas situaciones, por lo general las mujeres son responsables de los miembros más vulnerables de la familia, como los niños y las personas mayores.

2.1.5 En el país de asilo

En los centros de recepción o de detención del país de asilo, las mujeres pueden sufrir abuso sexual y violencia como “pago” por los bienes recibidos, tales como alimentos, cobertores y agua. Durante

los procedimientos para determinar la condición de refugiado, a las mujeres que viajan con miembros masculinos de su familia podría negárseles la oportunidad de presentar una solicitud de manera independiente. Aún si se les permite hablar, podrían encontrar muy difícil hablar de manera franca a un entrevistador varón o mediante un traductor varón, en particular si algunos aspectos de su solicitud de asilo implican violencia sexual o asuntos de honor familiar.

Los Estados que acogen a mujeres solicitantes de asilo deberán tratarlas de conformidad con las normas internacionales. En virtud de esto, los Estados que forman parte de instrumentos de derechos humanos están obligados a tomar las medidas necesarias para proteger a refugiadas y solicitantes de asilo en contra de toda violación a sus derechos humanos y para evitar la discriminación en su contra, incluyendo el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales.

2.2 Normas pertinentes de derechos humanos

Los Estados que forman parte de tratados de derechos humanos están obligados a tener un cuidado especial en el trato que dispensan a mujeres refugiadas y solicitantes de asilo. En los ámbitos universal y regionales, los instrumentos de derechos humanos reconocen la importancia de los derechos de las mujeres, en particular mediante: el principio de no discriminación e igualdad entre hombres y mujeres (artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículos 2 y 3 de la Carta Africana); la protección de la familia (artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 18.3 de la Carta Africana, artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 12 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales); que garantizan el derecho de consentimiento para el casamiento y la igualdad de los cónyuges durante y después del matrimonio (artículo 23.3 y 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); el deber de ejercer acción afirmativa dirigida a la protección de las mujeres (Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18); y el deber de evitar y castigar toda forma de violencia contra la mujer (véase más adelante). Debido a que ciertos tipos de comportamiento criminal, tales como la violación, están cubiertos por prohibiciones internacionales de tortura o trato o castigo cruel, inhumano o degradante (véase adelante), deberán considerarse también disposiciones que prohíben la tortura y otras formas de maltrato (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

De particular importancia son las convenciones específicamente diseñadas para proteger a las mujeres: la *Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979) y su *Protocolo facultativo* (1999), la *Convención Interamericana para prevenir, erradicar y castigar la violencia contra la mujer* (1994), y el *Protocolo de la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África* (2003). Véase en el Volumen I la discusión de las características y mecanismos de supervisión de cada instrumento.

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y su Protocolo facultativo. De acuerdo con la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, los Estados participantes están obligados a tomar “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (artículo 3). Los Estados están obligados también a trabajar por la modificación de patrones sociales y culturales de conducta individual a fin de eliminar “los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (artículo 5).

El Comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer supervisa la aplicación de la Convención. De acuerdo con el Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, después de agotar los recursos internos se permite a los individuos presentar sus quejas al Comité por presuntas violaciones de los derechos establecidos en la Convención. El Comité puede iniciar una investigación confidencial cuando ha recibido información confiable que un Estado parte viola de forma grave o sistemática los derechos establecidos en la Convención (véase el Vol. I).

Convención Interamericana para prevenir, erradicar y castigar la violencia contra la mujer. Este tratado reconoce el derecho de toda mujer a ser libre de cualquier violencia de tipo físico, sexual o psicológico tanto en el ámbito público como en el privado. Los Estados partes asumen la obligación de buscar, por todos los medios apropiados y a la brevedad, políticas para prevenir, castigar y erradicar tal violencia. Significativamente, la Convención menciona de forma específica a las refugiadas y desplazadas internas. Los Estados partes “tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir

la mujer, en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana o está en situación socioeconómica desfavorable, o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad” (artículo 9).

Protocolo de la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África. De acuerdo con este instrumento, los Estados se comprometen a combatir todas las formas de discriminación en contra de las mujeres mediante adecuadas medidas legislativas, institucionales y de otros tipos, y a asegurar que las mujeres puedan gozar de una gama de derechos humanos, particularmente los derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo requiere que los Estados partes tomen todas las medidas apropiadas para asegurar una mayor participación de las mujeres en los siguientes campos: las estructuras de toma de decisiones locales, nacionales, regionales, continentales e internacionales para asegurar la protección física, psicológica, social y jurídica de los solicitantes de asilo, refugiados, repatriados y desplazados, particularmente mujeres; todos los niveles de las estructuras establecidas para la administración de campamentos y asentamientos destinados a solicitantes de asilo, refugiados, repatriados y desplazados, en particular de las mujeres; y todos los aspectos de la planificación, formulación y ejecución de la reconstrucción y rehabilitación posteriores al conflicto (artículo 10). Además, los Estados partes deberán proteger a las mujeres que solicitan asilo, refugiadas, repatriadas y desplazadas contra todo tipo de violencia, violación y otras formas de explotación sexual, así como asegurar que dichos actos sean considerados delitos de guerra, genocidio o delitos de lesa humanidad, y asegurarse de que los perpetradores de esos delitos sean llevados ante la jurisdicción penal competente (artículo 11).

2.3 Prohibición de la discriminación por motivos de sexo

La prohibición de la discriminación por motivos de sexo se incluye en las disposiciones generales que proscriben la discriminación, incluidos el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 de la Carta Africana y el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, algunos instrumentos de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluyen disposiciones específicas sobre el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, enfatizando de esta manera el principio

de equidad entre los sexos (véase, por ejemplo, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Los Estados deberán presentar justificación convincente para cualquier diferencia en el trato dado a hombres y mujeres en su territorio. Generalmente, la discriminación implica un trato menos favorable que el que se da a otra persona o grupo, sin una justificación apropiada (véase el Capítulo 10). Las legislaciones de migración y otros cuerpos legislativos, por ejemplo, no pueden imponer restricciones basadas sólo en el sexo. Como lo expresa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sería discriminatoria la legislación sobre migración que permitiera el ingreso al territorio de esposas extranjeras de hombres legalmente residentes, pero que de forma específica restringiera el ingreso de maridos extranjeros (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. el Reino Unido*).

En algunas circunstancias el principio de no discriminación requiere que los Estados tomen acción afirmativa o medidas de protección para prevenir o compensar las desventajas estructurales. Estas medidas implican preferencias especiales que no debieran considerarse discriminatorias porque están diseñadas para quitar obstáculos al avance de los grupos en desventaja y fomentar igual participación. Como lo establece el artículo 4.1 del Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: “La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación [...] pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas iguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

Conceptos clave:

SEXO: se refiere a las características biológicas de hombres y mujeres.

GÉNERO: denota las características sociales asignadas a hombres y mujeres. No es estático o innato, sino que evoluciona respondiendo a los cambios ocurridos en el entorno social, político y cultural.

Véase *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, repatriadas y desplazadas Internas: Guía para la prevención y respuesta* (ACNUR, 2003).

2.4 Violencia sexual y por motivos de género

Los actos de violencia sexual y por motivos de género violan los derechos humanos de la víctima. Este tipo de violencia perpetúa el estereotipo de las funciones de los géneros, las cuales niegan la dignidad humana del individuo e impiden el desarrollo humano. La abrumadora mayoría de las víctimas y sobrevivientes de la violencia sexual y por motivos de género son mujeres y niñas. Sin

embargo, los niños y los hombres también son víctimas de la violencia basada en el sexo y el género.

La violencia sexual y por motivos de género infringe diversos principios de derechos humanos enmarcados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el derecho a la vida y seguridad de la persona (artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, y el artículo 4 de la Carta Africana), el derecho al más alto nivel alcanzable de salud física y mental (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); el derecho a no sufrir tortura o trato o castigo cruel, inhumano o degradante (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); y la prohibición de la discriminación (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 14 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales).

Aunque ninguna disposición contenida en la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer menciona de manera explícita la violencia en contra de la mujer, el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha declarado de manera clara que los Estados partes deben de tomar medidas para eliminar la violencia, ya que es una forma de discriminación prohibida por la Convención (véanse las Recomendaciones Generales Nos. 12 y 19 sobre la violencia en contra de las mujeres). La cuestión de la violencia sexual y por motivos de género es un tema transversal que todos los órganos de la ONU consideran desde diferentes perspectivas. En virtud de este hecho, también está cubierta la protección de refugiadas y solicitantes de asilo. Por ejemplo, el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha urgido al gobierno de España a proporcionar protección adecuada en contra de la violencia intrafamiliar a las solicitantes de asilo (Observaciones Finales del Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, España, 1999). De esta manera, es importante que el personal del ACNUR y los abogados proporcionen información acerca de este asunto a los órganos de los tratados.

Existen instrumentos internacionales que abordan de manera específica la violencia sexual y por motivos de género ejercida en contra de mujeres y niñas: la Declaración de las Naciones Unidas

sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer (1993) y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) define la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzoso, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable “como un delito de lesa humanidad cuando se cometa como parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (artículo 7). También considera estos actos como delitos de guerra cuando se llevan a cabo en el contexto de un conflicto armado internacional o no-internacional (para mayor información sobre el Estatuto de Roma, véase el Vol. I, Capítulo 2).

¿Qué es lo que constituye violencia contra la mujer?

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

- La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación.
- La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada.
- La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra (artículo 2 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución 48/104 de la Asamblea General de la ONU, 20 de diciembre de 1993).

La Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos adoptó la resolución 2006/18 durante su 58a. sesión sobre la violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas de esclavitud durante los conflictos armados. Se considera ahí que “las sentencias del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Internacional para Ruanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona reconocen que la violación y, más recientemente, la esclavitud sexual, son delitos de lesa humanidad, y el reconocimiento especial en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de que la violencia sexual y la esclavitud sexual perpetradas en el contexto de un conflicto armado, ya sea nacional o internacional, pueden constituirse en delitos de lesa humanidad, delitos de guerra y genocidio en los términos de los delitos que se encuentran bajo la jurisdicción del Tribunal, representa un paso significativo para la protección de los derechos humanos de la

mujer, ya que desafía la aceptación generalizada de que la tortura, la violación y la violencia en contra de la mujer son parte integral de la guerra y el conflicto y responsabiliza a los perpetradores de tales delitos”.

Tanto los Convenios de Ginebra como el Estatuto de Roma codifican el delito de violación (véase el Vol. I, Capítulo 2). El Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Internacional para la desaparecida Yugoslavia han trabajado sobre el concepto de violación como tortura y como delito de guerra (véase *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, the Celibici case*, y el Vol. I., Capítulo 4).

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, la violación es una afrenta a la dignidad humana y puede significar una violación de la prohibición de tortura y otras formas de trato o castigo cruel, inhumano o degradante (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, artículo 5 de la Carta Africana y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La Comisión Africana de derechos humanos y de los pueblos ha desarrollado jurisprudencia pertinente (véase *Malawi African Association, Amnesty International, Ms. Sarr Diop, Union Interafricaine des Droits de l'Homme and RDDHO, Collectif des Veuves et Ayants-droit and Association Mauritanienne des Droits de l'Homme vs. Mauritania*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase *Aydin vs. Turquía*), y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (véase *Rivas Quintanilla v. El Salvador [Caso 10.772]*).

El hecho de que la violación pueda equipararse a tortura u otro tipo de maltrato es significativo si se considera la naturaleza absoluta de la prohibición en contra de la tortura y que, de acuerdo con el derecho internacional de derechos humanos, las obligaciones del Estado según esta prohibición de la tortura y otros tipos de maltrato son las siguientes: tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otros tipos para proteger a los individuos en contra de la tortura y el trato o castigo cruel, inhumano o degradante ocasionado por individuos que actúan en su capacidad de funcionarios gubernamentales, no-gubernamentales o incluso privados; tomar medidas para prevenir su recurrencia; investigar quejas sobre maltrato por parte de las autoridades competentes y llevar ante la justicia a los responsables.

En resumen, los Estados que forman parte de los principales tratados de derechos humanos violan la prohibición de maltrato si no toman medidas para proteger de la violación a las mujeres refugiadas o solicitantes de asilo. En virtud de la naturaleza

absoluta de la prohibición de tortura y de que es una norma de derecho internacional consuetudinario, las obligaciones de protección también existen para los países que no forman parte de los tratados pertinentes de derechos humanos.

¿Qué constituye violencia contra la mujer?

El Comité Ejecutivo “deplora la violencia relacionada con el sexo de las víctimas y todas las formas de discriminación basadas en el sexo dirigidas contra las mujeres y jóvenes refugiadas y desplazadas, y exhorta a los Estados a velar porque se protejan sus derechos humanos y su integridad física y psicológica y porque, asimismo, tengan conocimiento de estos derechos”. Conclusión No. 85 del Comité Ejecutivo (1998).

2.6 Trata de personas y explotación de mujeres para ejercer la prostitución

El riesgo de la trata de personas aumenta cuando los individuos se ven obligados a desplazarse. Las mujeres y las niñas se vuelven extremadamente vulnerables al abuso de tratantes y otros individuos que buscan explotarlas a través de la prostitución. Sin embargo, los hombres y los niños también pueden ser víctimas de trata y prostitución.

De acuerdo con el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional, la trata de personas se define como:

“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer requiere a los estados tomar “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.” (artículo 6). Si un Estado ha ratificado el Protocolo de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y deja de tomar medidas adecuadas para proteger a la mujer contra la trata y la explotación sexual, cualquier individuo podrá presentar una queja al Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (véanse los requisitos en el Volumen I). El Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la

Mujer ha hecho notar que las mujeres víctimas de la trata y aquellas que han sido forzadas a prostituirse, tienden a ser marginadas, son particularmente vulnerables a la violencia y tienen mayor necesidad de protección legal (Recomendación General No. 19).

De manera similar la Convención sobre Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, requiere que los Estados tomen “todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma” (artículo 35). Esto complementa la protección ofrecida por el artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño (véase, más adelante, la sección 3.4). No deberá penalizarse a las niñas y niños víctimas de la trata; por el contrario, deberán ser percibidas, recibidas y tratadas como víctimas y se les proporcionará la ayuda necesaria.

Además de las disposiciones específicas del artículo 6 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y 34 y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, las prácticas de la trata y explotación de personas pueden conducir directa o indirectamente a violaciones de diversos derechos contemplados en los instrumentos de derechos humanos, tales como: el derecho a la vida (por ejemplo, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 de la Convenio Europeo de Libertades Fundamentales); el derecho a la libertad en contra del trato cruel, inhumano o degradante (por ejemplo, artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); el derecho a no ser esclavizado (por ejemplo, artículo 5 de la Carta Africana, artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); el derecho a la libertad y seguridad (por ejemplo, artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6 de la Carta Africana y artículo 5 de la Convenio Europeo de Libertades Fundamentales); libertad de tránsito (por ejemplo, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 12 de la Carta Africana); e igual protección ante la ley (artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3 de la Carta Africana, y el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Si una mujer ha sido sometida a la trata,

pueden existir razones fundadas para creer que su vida o integridad estaría en peligro si se le regresara a su país de origen. Dichos riesgos deberán evaluarse de manera cuidadosa, ya que – por lo menos según la actual interpretación del Comité de Derechos Humanos – las obligaciones de derechos humanos, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tienen una dimensión extraterritorial e implican la protección contra la devolución en caso de un riesgo real de daño irreparable. El artículo 6 y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (véase adelante el Capítulo 9) prohíben la repatriación de una persona a un lugar en el que él (o ella) pueda encontrarse en riesgo de sufrir daño irreparable.

De acuerdo con los Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas (Documento de la ONU E/2002/68/Add.1) elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) “las medidas contra la trata no redundarán en desmedro de los derechos humanos y la dignidad de las personas, en particular los derechos de las víctimas de ella, ni de los migrantes, las personas internamente desplazadas, los refugiados y quienes soliciten asilo” (Principio 3). Además, “tanto el Estado receptor como el Estado de origen garantizarán a las víctimas de la trata de personas la repatriación en condiciones de seguridad (y en la medida de lo posible voluntaria) y les ofrecerán alternativas jurídicas a la repatriación en los casos en que sea razonable llegar a la conclusión de que ella constituiría un grave riesgo para su seguridad o la de sus familias” (Principio 11).

El personal del ACNUR deberá estar conciente de que las víctimas de trata podrían solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, tanto por razones relacionadas con el acto mismo de la trata, como por otras causas. Para asegurar que estén adecuadamente protegidas, es importante identificar a estas personas lo antes posible. También es muy importante que se hayan establecido procedimientos apropiados para recibir y considerar las solicitudes de asilo de las personas que fueron víctimas de la trata y que el principio de *no devolución* sea respetado.

2.7 Prácticas tradicionales dañinas

Muchas sociedades se adhieren a prácticas culturales tradicionales que pueden violar los derechos de las mujeres, perpetuando la discriminación por cuestiones de género y la subordinación de las mujeres. Estas prácticas incluyen: la mutilación genital femenina; el casamiento a temprana edad; varios tabúes o prácticas que impiden

que la mujer controle su propia fertilidad; alimentación forzada de mujeres; prácticas tradicionales de alumbramiento; preferencia de los hijos varones e infanticidio femenino; embarazo a edad temprana; dotes, y asesinatos por honor. Estas prácticas persisten “debido a que no son cuestionadas y adquieren un aura de moralidad a los ojos de quienes las practican” (OACDH, *Hoja Informativa No.23, Prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y el niño*).

Una práctica tradicional particularmente perjudicial es la mutilación genital femenina. Los órganos de supervisión de derechos humanos, tales como el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité para los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, han condenado de forma consistente esta práctica como discriminatoria y violatoria del derecho de la mujer a su integridad física y su salud. De acuerdo con la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se requiere a los Estados partes tomar medidas apropiadas y efectivas para erradicar esta práctica (véase la Recomendación General No. 14).

La Relatora Especial sobre las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de las mujeres y las niñas I ha condenado esta práctica en sus informes (véase el Vol. I, Capítulo 5). En el continente más afectado por la mutilación genital femenina, la Unión Africana ha aprobado el Protocolo Facultativo de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África. El Protocolo requiere que los Estados partes lleven a cabo la “prohibición, mediante medidas legislativas apoyadas por sanciones, de todas las formas de mutilación genital femenina, cicatrización, medicación y paramedicación de la mutilación genital femenina y todas las otras prácticas para su erradicación” (artículo 5).

Las necesidades específicas de las mujeres y el procedimiento de determinación de la condición de refugiadas

Para tomar en cuenta las necesidades particulares de las mujeres refugiadas, todos aquellos que toman decisiones sobre la condición de refugiado deberán tener acceso a la información relacionada con las condiciones de los derechos humanos y los roles sociales conforme afectan a las mujeres en sus países de origen. Es decir, las normas sociales, culturales, tradicionales y religiosas y las leyes que afectan a las mujeres en su país de origen deberán ser evaluadas frente a los instrumentos de derechos humanos que proporcionan un marco de normas internacionales para reconocer las necesidades de protección de las mujeres.

Los Estados que forman parte de las convenciones de derechos humanos deberán llevar a cabo todas las medidas necesarias para eliminar las barreras culturales relacionadas con el género. Esto puede implicar, por ejemplo, disponer de entrevistadoras e intérpretes femeninas calificadas, debido a que las mujeres pueden sentirse avergonzadas o deshonradas al hablar de

los detalles de su solicitud ante autoridades masculinas, y asegurarse de que las solicitantes de asilo y las refugiadas puedan obtener documentación de identidad personal a su nombre e independientemente de sus familiares masculinos. Además, los Estados deberán abstenerse de repatriar a una mujer si existiese evidencia sustancial para creer que pudiera ser torturada o sometida a cualquier otro tipo de maltrato, como el castigo por haber cometido adulterio (véase *Jabari vs. Turquía*).

Para mayor información, véase:

Volumen I:

Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Protocolo de la Carta Africana sobre los derechos de la mujer en África

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Volumen II:

Capítulo 10: No discriminación

Capítulo 12: Derechos de supervivencia

Capítulo 12: Derecho a la salud

Capítulo 14: Derecho a un proceso justo

Capítulo 19: Derecho a la educación



Capítulo 3

Las Niñas y los Niños

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Comité Ejecutivo, Conclusiones número 47 (1989), 59 (1989), 84 (1997), y 98 (2000).

ACNUR, Política sobre niños refugiados (1993).

ACNUR, Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado (1994).

Directrices generales inter-agenciales sobre niños y niñas no acompañados y separados, ACNUR, UNICEF, CICR, IRC, *Save the Children* (Reino Unido), *World Vision International* (2004).

ACNUR, Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, repatriadas y desplazadas internas. Guía para la prevención y respuesta (2003).

ACNUR, Atendiendo los derechos y necesidades de protección de los niños refugiados, una evaluación independiente del impacto de las actividades del ACNUR (2002).

Agenda para la Protección, Meta No. 6.

ACNUR, Trabajando con niños no acompañados: un enfoque basado en la comunidad (1996).

UNHCR Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum (1997).

Derecho de los derechos humanos

Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en particular los artículos 3, 20 y 22.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados (2002).

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2002).

artículo 24 del Pacto Internacional de derechos civiles y Políticos.

artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

artículo 18.3 y artículo 19 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos (Carta Africana).

Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño, en particular el artículo 23.

artículo 16 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) (1988).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17 sobre los derechos del niño. (artículo 24).

Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 6 sobre el trato a niños no acompañados y separados fuera de su país de origen.

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/02 sobre el estatuto jurídico y los derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002.

Otros

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención contra la delincuencia transnacional (2000).

Acción por los Derechos de los Niños (ARC, por sus siglas en inglés), OACDH, *Save the Children*, ACNUR, UNICEF (octubre de 2002).

Los derechos sustantivos establecidos en los tratados de derechos humanos más importantes se aplican a todos los seres humanos y, por lo tanto, también a los niños. Como en el caso de los adultos, el disfrute de los derechos considerados en los tratados de derechos humanos no se limita a los niños que tienen la nacionalidad de los Estados partes de los tratados, sino que los deben gozar *todos* los niños sin importar su nacionalidad o residencia, incluyendo los niños solicitantes de asilo, refugiados, apátridas o migrantes.

Aunque los derechos humanos se aplican de igual manera a adultos y niños, algunos tratados de derechos humanos – tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ha sido ratificada por casi todos los Estados del mundo, y la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño – fueron adoptados con el fin específico de reforzar la protección de los niños y para incluir algunos derechos no cubiertos por otros instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño es la única disposición en un tratado internacional de derechos humanos que se refiere explícitamente a la protección de los refugiados. Proporciona, por tanto, una importante herramienta legal, especialmente en países que no han ratificado la Convención de 1951.

El principio del “interés superior del niño”, codificado en el artículo 3 y al que se hace referencia en otras disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe guiar todas las medidas y decisiones tomadas en relación con todos los niños refugiados y desplazados. Si bien este principio no podrá ni deberá conducir al otorgamiento de la condición de refugiado a un niño que no satisfaga los criterios establecidos para ello, debe respetarse el principio durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento y es un principio importante para fortalecer la protección de estos niños. Este principio debe asegurarse mediante salvaguardas de procedimiento y ciertas decisiones fundamentales relativas al futuro del niño requerirán una determinación formal del interés superior (ACNUR, Directrices sobre la determinación del interés superior del niño, así como la Observación General No. 6 del Comité sobre los Derechos del Niño).

3.1. Violaciones a los derechos de los niños refugiados

Los niños y las niñas pueden estar particularmente expuestos a abusos de sus derechos humanos cuando son refugiados o desplazados. Las violaciones a los derechos humanos tales como el reclutamiento forzado de niños, la violencia doméstica, el infanticidio, el matrimonio de menores o forzoso, la mutilación genital femenina, el trabajo forzado, la prostitución forzosa, la

pornografía infantil y la trata de personas podrían ocurrir durante todas las fases del ciclo de desplazamiento. Aquellos niños refugiados no acompañados o separados de sus familias son especialmente vulnerables al abuso de sus derechos humanos (véase Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 6).

3.2 Normas pertinentes de derechos humanos

De acuerdo con los tratados de derechos humanos, los Estados no sólo están obligados a respetar y asegurar que los niños disfruten de todos los derechos consagrados en ellos, también están obligados a tomar medidas especiales para proteger a los niños (véase, por ejemplo, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 18.3 de la Carta Africana, el artículo 19 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño, y el artículo 16 del Protocolo de San Salvador).

Como se explica en el Volumen I, los Estados que forman parte de los tratados de derechos humanos no sólo están obligados a no cometer ninguno de estos abusos, también tienen el deber de brindar protección en contra de abusos perpetrados por actores no estatales (véase el Vol. I, Capítulo 3).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo niño a recibir, sin discriminación, de parte de su familia, la sociedad y el Estado la protección requerida por su condición de niño (artículo 24). La aplicación de esta disposición requiere la adopción de medidas especiales para proteger a los niños. Tales medidas deben ser no discriminatorias, incluida la de no diferenciar entre niños nacionales y extranjeros (véase Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17). Como hace notar el Comité de Derechos Humanos, en la mayoría de los casos las medidas que deben adoptarse no están especificadas en la Convención; depende de cada Estado determinar esas medidas a la luz de las necesidades de protección de los niños en su territorio y dentro de su jurisdicción. El Comité hace notar que dichas medidas pueden cubrir los derechos tanto económicos, sociales y culturales, como civiles y políticos enumerados en la Convención. De esta manera, los niños que solicitan asilo y los refugiados pueden invocar esta disposición cuando se les priva del acceso a alimentación, agua, vivienda, vestido, atención médica o educación adecuada. Si se viola esta disposición, el individuo puede presentar una petición de conformidad con el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (véase el Vol. I).

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, todos los niños que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte, sin importar su condición, deberán gozar de todos los derechos humanos, incluidos el derecho al nivel más alto posible de salud y acceso a servicios médicos (véase Vol. II, Capítulo 12), el derecho a la educación (véase Vol. II, Capítulo 19), y el derecho a ser registrado al nacer (véase Vol. II, Capítulo 13). De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños se definen como seres humanos menores de 18 años a menos que, según la ley nacional aplicable al niño, la mayoría de edad se obtenga antes. En virtud de que la Convención pone énfasis en el principio del “interés superior del niño” (artículo 3), los Estados partes están obligados a determinar dicho interés en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. Este principio también debe inspirar todas las decisiones concernientes al destino de niños refugiados y otros niños que se encuentran bajo la competencia del ACNUR, incluidas la reunificación familiar y la búsqueda de una solución duradera.

Además, según el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes deberán tomar medidas apropiadas para asegurar que un niño que esté solicitando la condición de refugiado o que se considere refugiado de acuerdo con el derecho internacional o la legislación interna, ya sea que esté acompañado o no por sus padres o cualquier otra persona, reciba protección y asistencia humanitaria en el disfrute de los derechos aplicables establecidos en la Convención y en otros instrumentos humanitarios y de derechos humanos internacionales suscritos por los Estados mencionados.

Así, deben establecerse medidas para asegurar que la evaluación y el procesamiento de la solicitud de la condición de refugiado del niño o la niña reciban la consideración debida a su grado de desarrollo mental, grado de madurez y habilidad para articular su solicitud a la luz de sus antecedentes personales, familiares y culturales y que se tomen en cuenta formas y manifestaciones de persecución específicas en contra de los niños y las niñas, tales como el reclutamiento forzoso infantil.

En aquellos casos en que no se localice a los padres u otros miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño que haya sido privado temporal o permanentemente de su entorno familiar por cualquier razón, tal como lo establece la Convención. A los niños no acompañados o separados que soliciten asilo, se les asignará un tutor que vele por el

interés superior del niño, así como un representante legal que los asesore en el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado.

De acuerdo con el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados también tienen el deber de cooperar con el ACNUR y con otras agencias de la ONU y organizaciones no gubernamentales en la asistencia y protección de los niños refugiados y que solicitan asilo. Asimismo, deben cooperar en la búsqueda de los padres u otros miembros de la familia para obtener la información necesaria con miras a la reunificación de los niños con sus familias. El artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño enfatiza la conveniencia de dar continuidad a la educación del niño o la niña y de tener en cuenta sus antecedentes étnicos, religiosos, culturales y lingüísticos al considerar las soluciones para los niños que han sido privados temporal o permanentemente de su entorno familiar.

Debido a que este Convenio es el instrumento de derechos humanos más ampliamente ratificado, con 192 Estados partes, es un instrumento de especial importancia respecto de aquellos Estados que no son parte de la Convención de 1951.

El principio que surge del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de que el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial, deberá aplicarse de manera sistemática en cualquier planificación y política emprendida por la Oficina que afecte a un niño que se encuentre bajo la competencia del ACNUR. Deberá permear todos los asuntos de protección y cuidado que implican al ACNUR (ACNUR, Directrices sobre la determinación formal del mejor interés del niño).

La Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño obliga a los Estados partes a tomar medidas de protección específicas para los niños refugiados y desplazados (artículo 23). Los Estados partes deberán también asegurar que estos niños disfruten de todos los derechos establecidos en la Carta y en cualquier otro instrumento internacional humanitario o de derechos humanos ratificados por el Estado. En relación con el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados también acuerdan cooperar con las organizaciones internacionales que protegen y ayudan a los refugiados para proteger y asistir a niños refugiados y solicitantes de asilo, y a auxiliar en la búsqueda de los padres u otros familiares cercanos de un niño refugiado no acompañado en un esfuerzo para lograr la reunificación familiar.

La Convención Americana sobre derechos humanos estipula, en su artículo 19, la protección general para los niños. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta

disposición debe ser interpretada a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de 1951: "...por lo tanto, las medidas de protección deben ser consideradas en el curso de la determinación de la condición de refugiado y en el trato a los niños refugiados y solicitantes de asilo, especialmente cuando han sido separados de sus padres o tutores". En su *Opinión Consultativa OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño* la Corte Interamericana resume las observaciones escritas de la ONG "Centro por la Justicia y el Derecho Internacional" según la cual los Estados deberán adoptar medidas especiales para proteger a los niños refugiados y solicitantes de asilo con base en el principio del mejor interés del niño (*Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002*).

En una Opinión Consultiva, la Corte Interamericana ha hecho notar que las siguientes garantías deben ser respetadas al determinar la condición de refugiado de un niño:

1. El derecho a una audiencia para que el niño presente su solicitud de asilo y exprese su opinión libremente, en un plazo razonable y ante una autoridad competente, imparcial e independiente. [...] Asimismo, para asegurar la mayor participación posible del niño, se le debe explicar adecuadamente cómo funciona el procedimiento, cuáles decisiones se han tomado y cuáles pueden ser sus consecuencias; además, cuando corresponda, el Estado debe garantizar que el niño cuenta con la asistencia de un representante legal con la preparación para realizar esta función;
2. La adopción de medidas especiales que permitan examinar la solicitud de asilo de un niño de una manera más flexible, en consideración que los niños, por lo general, experimentan la persecución de manera distinta que los adultos; estas medidas podrían comprender el otorgamiento del beneficio de la duda al analizar la credibilidad de su solicitud, estándares de prueba menos rígidos y un procedimiento más expedito; y
3. Una evaluación del grado de desarrollo mental y madurez del niño por parte de un especialista con la preparación y experiencia debida; de no contar el niño con la suficiente madurez, es necesario considerar factores más objetivos al analizar su solicitud, tales como las condiciones de su país de origen y la situación de sus familiares.
4. [...] Cualquier decisión estatal que afecte la unidad familiar deberá adoptarse con apego a las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana. El respeto por la unidad familiar hace necesario que el Estado no sólo se abstenga de cometer actos que signifiquen la separación de los miembros de la familia, sino que adopte acciones para mantener la unidad familiar o para reunificarlos, de ser el caso".

3.3. Niños en conflictos armados y la prohibición del reclutamiento infantil

Los niños afectados por conflictos armados pueden ser víctimas de violación de sus derechos humanos y tienen derecho a que se les brinde protección y trato especial. Con frecuencia estos niños

escapan de su país de origen a otro, que por general es vecino. Los niños y niñas refugiados se encuentran entre aquellos menores de edad que enfrentan un mayor riesgo de sufrir el reclutamiento forzado.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados tienen el deber de respetar y asegurar el respeto a las reglas de la derecho humanitario internacional, aplicable durante conflictos armados, que sean pertinentes para los niños, y a que se tomen todas las medidas posibles para proteger y asistir a los niños afectados por el conflicto armado (artículo 38). La Convención sobre los Derechos del Niño también estipula que los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para asegurar que las personas menores de 15 años no tomen parte directa en las hostilidades y no sean reclutadas por las fuerzas armadas. .

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados amplía las disposiciones de protección de la Convención sobre los Derechos del Niño al declarar que una persona menor de 18 años no deberá tomar parte directa en las hostilidades y que los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para asegurar que los niños menores de 18 años no sean reclutados por la fuerza.

El Comité sobre los Derechos del Niño reconoce, en su Observación General No. 6, la dimensión extraterritorial de la Convención sobre los Derechos del Niño y sostiene que la prohibición de no devolución se deriva de sus disposiciones:

f) Respeto del principio de no devolución

26. En el marco del trato adecuado a los menores no-acompañados o separados, los Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados y, en particular, deben atenerse a las obligaciones recogidas en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura.

27. Asimismo, en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado. Las obligaciones antedichas de no devolución son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por el Convenio sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción. La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.

28. Como el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades entrañan un grave peligro de daño irreparable en el marco de los derechos humanos fundamentales y, en particular, del derecho a la vida, las obligaciones que impone a los Estados el artículo 38 de la Convención, juntamente con los artículos 3 y 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, tienen efectos extraterritoriales, por lo que los Estados se abstendrán de trasladar al menor de cualquier manera a la frontera de un Estado en el que exista un riesgo real de reclutamiento de menores para las fuerzas armadas, no sólo a título de combatiente, sino también con la finalidad de ofrecer servicios sexuales a los miembros de las fuerzas armadas, o si existe peligro real de participación directa o indirecta en las hostilidades, sea como combatiente o realizando cualesquiera otras funciones militares.

La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño fue el primer tratado regional en establecer los 18 años como la edad mínima para el reclutamiento y la participación en las hostilidades.

El Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre las peores formas de trabajo infantil declara que “el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados” constituye una de “las peores formas de trabajo infantil” prohibidas por la Convención, y pide programas de acción para eliminar el reclutamiento infantil por medio de “cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos [...], incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra”.

La adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue un desarrollo importante en la campaña en contra de la utilización de niños en conflictos armados. Define los siguientes actos como delitos de guerra: “reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” en un conflicto armado internacional; y “reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas o grupos armados o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” en un conflicto armado no-internacional.

3.4 Explotación sexual y de otros tipos

Los niños son más vulnerables a la explotación y el abuso durante un desplazamiento. Los niños y niñas de todas edades se encuentran en riesgo, pero las niñas adolescentes son los blancos principales de la explotación sexual y el abuso.

La Convención sobre los Derechos del Niño requiere a los estados proteger a la niñez de todas las formas de explotación sexual y abuso sexual y tomar toda medida nacional, bilateral y multilateral para prevenir: (a) la inducción o coacción a un menor para

dedicarse a prácticas sexuales ilegales; (b) la explotación de la niñez para ejercer la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; (c) la explotación de la niñez para en actos pornográficos y para la elaboración de material pornográfico.

Para combatir de manera más directa y efectiva la explotación sexual, se adoptó un Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que entró en vigencia en 2002. Este Protocolo complementa la Convención sobre los Derechos del Niño con requerimientos detallados para penalizar las violaciones a los derechos humanos de los niños relacionadas con la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil. Asimismo, desde 1990 existe también un *Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (véase el Vol. I).

3.5 Las Niñas y los niños no acompañados y separados

La separación de las niñas y los niños de sus familiares más cercanos y de las personas que les proporcionan cuidados es especialmente devastadora para niños refugiados y desplazados y agrava aún más su vulnerabilidad y el riesgo de sufrir violaciones a sus derechos humanos.

Al esbozar los motivos para emitir su Observación General No. 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, el Comité se refirió *inter alia* a las siguientes lagunas en la protección:

“La presente observación general responde también a la identificación por el Comité de una serie de lagunas en lo que concierne a la protección de estos menores, entre las que se citan mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también en beneficio de sus familias de crianza) y a la privación de libertad. También sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al albergue, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación. En cuanto a las niñas no acompañadas o separadas de sus familias, están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica. En algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de migración. En otros casos son admitidos, pero se les deniega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo o sus solicitudes no se tramitan de forma que se tenga en cuenta su edad y sexo. En algunos países se prohíbe a los menores separados que han sido reconocidos como refugiados solicitar la reunificación familiar; en otros se permite la reunificación, pero se imponen unas condiciones tan restrictivas que resulta prácticamente imposible de conseguir. Son también muchos los menores que disfrutaban de un régimen sólo temporal que finaliza al cumplir los 18 años y se encuentran entonces con que existen muy pocos programas eficaces de retorno.”

Cuando se trabaja para proteger a niños no acompañados o separados, refiérase a la *Observación General sobre el trato a menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* (Observación General No. 6) emitido por el Comité sobre los Derechos del Niño, y las *Directrices generales interagenciales sobre niñas y niños no acompañados y separados* (2004).

Para más información véase:

Volumen I:

Convención sobre los Derechos del Niño.

Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño.

Volumen II:

Capítulo 2. Trata y explotación de mujeres para ejercer la prostitución.

Capítulo 9. No devolución (*No devolución*).

Capítulo 11. Protección judicial contra la detención.

Capítulo 12. Derechos de supervivencia.

Capítulo 13. Identidad legal y condición.

Capítulo 16. Unidad familiar.

Capítulo 17. El derecho al trabajo y la prohibición del trabajo infantil.

Capítulo 19. El derecho a la educación.



Capítulo 4

Personas mayores

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

ACNUR, Comité Permanente: "La situación de las personas mayores refugiados" (EC/48/SC/CRP.39), 14 de agosto de 1998.

ACNUR, "Personas de edad: mirando más allá del año internacional de las personas mayores", documento de la ONU EC/50/SC/CRP8, 7 de febrero de 2000

Derecho de los derechos humanos

Cláusulas de no discriminación en los principales instrumentos de derechos humanos.

Artículo 18.4 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos (Carta Africana).

Artículo 22 del Protocolo a la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos relativo a los derechos de la mujer en África.

Artículo 17 del Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador).

Artículo 23 de la Carta Social Europea Revisada (1996).

Artículo 25 de la Carta sobre derechos fundamentales de la Unión Europea (2000).

Observación General No. 6 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

Asamblea General de la ONU, Principios para las personas de edad avanzada.

Los refugiados de edad avanzada se cuentan entre los refugiados más vulnerables. No solamente sufren de manera frecuente la exclusión de la vida social y económica en sus países de origen, sino que muchos de ellos continúan experimentando violaciones a sus derechos humanos en los países de asilo. Cuando se intenta proteger los derechos de las personas mayores refugiados y solicitantes de asilo, es necesario adoptar una actitud sensible hacia las cuestiones relativas a la edad para evitar mayor discriminación y exclusión social.

4.1 Normas pertinentes de derechos humanos

En contraste con los derechos de los niños, aún no se ha adoptado ningún tratado internacional de derechos humanos específico para la defensa de los derechos humanos de las personas de edad avanzada. De igual forma, con frecuencia el derecho internacional de los derechos humanos no se aplica o interpreta de manera sensible con respecto a la edad. Los principios de dignidad y no discriminación forman la base de los derechos para las personas de edad que se estipulan en los instrumentos internacionales (véase el Vol. II, Capítulo 10). La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales no contienen referencia explícita alguna a las personas mayores, pero muchas de las disposiciones de estos instrumentos son pertinentes para asegurar la igualdad de oportunidades y la total participación de las personas de edad avanzada. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aborda de manera expresa los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad en su Observación General No. 6, cuando afirma que si bien no se especifica como causal prohibida de discriminación en la Convención, la inserción de la frase “otra condición” deberá interpretarse como inclusiva de la edad. Está más allá de cualquier duda que el principio de no discriminación consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer prohíben la discriminación por motivos de edad.

Tres instrumentos regionales de derechos humanos mencionan de manera específica a las personas de edad avanzada como grupo con necesidades de protección especial. El artículo 18.4 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos estipula que las personas de edad tendrán derecho a medidas de protección especial en atención a sus necesidades físicas y morales. El Protocolo a la Carta Africana sobre los derechos de la mujer en África demanda protección especial para las mujeres de edad. El artículo 17 del Protocolo de San Salvador estipula que cualquier persona tiene derecho de recibir protección especial en la vejez y exhorta a los Estados a que de manera paulatina proporcionen instalaciones, alimentación y atención médica apropiadas para las personas de edad que carecen de ellas; a ejecutar programas que permitan a las personas de edad participar en actividades productivas, y a fomentar el establecimiento de organizaciones sociales que tengan como objetivo mejorar la calidad de vida de las personas de edad.

El artículo 23 de la Carta Social Europea (revisada) establece el derecho a la protección social de las personas mayores. De acuerdo con esta disposición, los Estados partes acuerdan adoptar medidas para: permitir a las personas de edad permanecer como miembros activos de la sociedad el mayor tiempo posible mediante la disposición de información y recursos adecuados acerca de servicios disponibles; permitir a las personas mayores escoger libremente su estilo de vida y vivir independientemente el mayor tiempo posible, proporcionándoles servicios y vivienda adecuada; y garantizar apoyo a las personas mayores que viven en instituciones.

Además, el artículo 25 de la Carta sobre derechos fundamentales de la Unión Europea (2000) estipula el derecho de las personas de edad “a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”.



Capítulo 5

Personas discapacitadas

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Comité Ejecutivo, Conclusión No. 47 (1987).

Derecho de los derechos humanos

Borrador de la Convención sobre los derechos de las personas discapacitadas y borrador del Protocolo facultativo de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidades (sujeto a aprobación final y entrada en vigencia).

Cláusulas de no discriminación en los principales instrumentos de derechos humanos.

Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 18 de la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (Carta Africana).

Artículo 13 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño (1990).

Artículo 15 de la Carta Social Europea (1961).

Artículo 6 del Protocolo de San Salvador.

Convención Interamericana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidades (1999).

Artículo 23 del Protocolo de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos relativo a los derechos de la mujer en África.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio No. 159 concerniente a la rehabilitación vocacional y el empleo (personas discapacitadas).

Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación No. 5 relativa a las personas con discapacidades.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observación General No. 18 sobre mujeres discapacitadas.

Regla 21 de las Normas Generales sobre la Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades, Resolución 48/96 (1993) de la Asamblea General de la ONU.

Las personas discapacitadas podrán gozar completamente de sus derechos humanos fundamentales sólo después de que numerosas barreras culturales y sociales hayan sido superadas, se hayan promovido cambios de valores y una mayor comprensión en todas las esferas de la sociedad, y hayan sido abandonadas las normas sociales y culturales que perpetúan los mitos acerca de la discapacidad. Cuando las personas discapacitadas se ven forzadas al desplazamiento o cuando los refugiados se vuelven discapacitados, enfrentan obstáculos aún mayores para el disfrute de sus derechos humanos.

En general, los instrumentos internacionales de derechos humanos protegen los derechos de las personas con discapacidades mediante los principios de igualdad y no discriminación. La Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere de manera expresa a las

personas discapacitadas cuando estipula, en el artículo 25, que “toda persona tiene derecho a la seguridad en caso de [...] invalidez”, pero ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contienen referencia explícita alguna a personas con discapacidad. Sin embargo, se pueden aplicar muchas de las disposiciones de los Convenios y otros tratados universales y regionales para asegurar que las personas con alguna discapacidad disfruten de igualdad de oportunidades y una total participación en la sociedad.

5.1. Normas pertinentes de derechos humanos

En agosto de 2006, el Comité ad hoc para una Convención amplia e integral sobre la protección y promoción de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad llegó a un acuerdo sobre el texto del borrador de la Convención relativa a los derechos de las personas con discapacidad y el proyecto del Protocolo facultativo de la Convención internacional relativa a los derechos de las personas con discapacidades. La Convención y el Protocolo serán enviados formalmente a la Asamblea General para su adopción en su sesión de septiembre de 2006. Serán entonces propuestos para su firma y ratificación por todos los países.

Si bien la Convención no crea nuevos derechos, resume los derechos humanos existentes y prohíbe de manera específica la discriminación en contra de personas con discapacidades en cualquier aspecto de la vida, incluidos los derechos civiles, el acceso a la justicia y el derecho a la educación, los servicios de salud y el acceso al transporte. De manera más específica, el artículo 11 se dedica a situaciones de riesgo y emergencias humanitarias y estipula que los Estados partes deberán tomar, de acuerdo con sus obligaciones según lo estipula el derecho internacional – incluidos el derecho humanitario internacional y el derecho internacional de derechos humanos –, todas las medidas necesarias para asegurar la protección y seguridad de personas con discapacidades en situaciones de riesgo, trátense de conflictos armados, emergencias humanitarias o desastres naturales.

Además, diversos instrumentos de derechos humanos internacionales y regionales ya contienen ciertas disposiciones específicas concernientes a personas con discapacidades (véase la lista anterior).

El Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no incluye disposición específica alguna sobre la protección de las personas con discapacidad. Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó

una Observación General relativa a las personas con discapacidad (Observación General No. 5), la cual establece que la discapacidad se inserta en el ámbito designado por “otra condición” de la prohibición de discriminación estipulada en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Convención sobre los Derechos del Niño otorga derechos especiales a los niños discapacitados (artículo 23). Afirma que los “Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente”. Además, estipula que las condiciones de vida de dicho niño deberán ser tales “que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”. El artículo 23.2 establece el derecho del niño discapacitado a recibir cuidado especial y asistencia, y el artículo 23.3 especifica aún más las medidas que deben tomar los Estados partes para aplicar este derecho, especialmente en las áreas de educación, capacitación servicios de atención a la salud, servicios de rehabilitación, preparación para el empleo y oportunidades de recreación. El artículo 23.4 aborda el asunto de la cooperación internacional para el intercambio de información sobre cuidado preventivo de la salud y tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños discapacitados.

La Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos estipula, en su artículo 18.4, que los discapacitados deberán tener derecho a medidas especiales de protección. De forma similar, el artículo 13 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño aborda los derechos de los niños discapacitados.

El Protocolo de San Salvador estipula que los “Estados partes se comprometen a adoptar medidas para hacer que el derecho al trabajo sea completamente efectivo [...], en particular aquellas dirigidas a los discapacitados” (artículo 6). El Protocolo también propone el derecho a la seguridad social en caso de discapacidad (artículo 9).

La Carta Social Europea (revisada) declara que las personas discapacitadas tienen el derecho a la independencia, integración social y participación en la vida de la comunidad (Parte I, No. 15) y enumera los pasos que los Estados deberán tomar para este fin, tales como promover el acceso al empleo y la educación. (artículo 15).

Aunque el Convenio Europeo no brinda protección específica a las personas discapacitadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha atendido varios casos en los cuales se discute el tema de las discapacidades. El Tribunal ha hecho notar

que la ausencia de cualquier intención de humillar o degradar no elimina de manera definitiva el hallazgo de una violación del artículo 3 del Convenio Europeo (prohibición de la tortura y maltrato) y que puede haber sufrimiento cuando las condiciones de detención no son adecuadas para una persona con discapacidad. La evaluación del Tribunal del nivel mínimo de gravedad depende de las circunstancias del caso, incluidos la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales, y en algunos casos, el sexo, la edad y la salud de la víctima. Por lo tanto, de acuerdo con el Tribunal Europeo, “detener a una persona severamente discapacitada en condiciones en las cuales padezca frío de manera peligrosa, esté en riesgo de desarrollar llagas debido a que su cama es demasiado dura o fuera de su alcance y no pueda ir al baño o mantenerse limpia sin gran dificultad, constituye trato degradante contrario al artículo 3” (véase *Price vs. el Reino Unido*). En virtud de estos hallazgos, se supone que si un solicitante de asilo discapacitado es detenido, los Estados deben de tomar medidas para evitar su maltrato.

Se han redactado dos convenciones internacionales que abordan directamente los derechos de las personas discapacitadas. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidades (1999) es la única convención regional de su tipo en el mundo. De acuerdo con ella, los Estados partes acuerdan: adoptar medidas para eliminar la discriminación en contra de personas con discapacidades, asegurarles el acceso a instalaciones y servicios, proporcionarles servicios para asegurar un nivel óptimo de independencia y calidad de vida, y desarrollar campañas educativas para aumentar la conciencia pública y promover el respeto hacia las personas con discapacidades y la coexistencia con ellas a fin de que la discriminación pueda ser eliminada (artículo 3). Los Estados partes también acuerdan cooperar para eliminar la discriminación (artículo 4) y promover la participación de organizaciones de personas con discapacidades en la formulación de medidas y políticas necesarias para aplicar la Convención (artículo 5).

El Convenio No. 159 de la OIT, relativo a la rehabilitación vocacional y el empleo (de personas discapacitadas) (1983), establece principios de rehabilitación vocacional y políticas de empleo orientadas a la igualdad de oportunidades y sugiere medidas que deben tomarse en el contexto nacional para desarrollar servicios de rehabilitación y empleo para personas discapacitadas.



Capítulo 6 **Personas seropositivas y víctimas del SIDA**

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Directrices para intervenciones de VIH/SIDA en situaciones de emergencia (emitidas por el ACNUR, el Programa Conjunto de la ONUSIDA, y la OMS).

ACNUR, Política y directrices para los refugiados y el SIDA (1988).

Los refugiados, el VIH y el SIDA: Plan estratégico del ACNUR 2005-2007.

ACNUR, Nota sobre el VIH/SIDA y la protección de los refugiados, desplazados internos y otras personas de la competencia del ACNUR (2006).

ACNUR, 10 aspectos clave sobre el VIH/SIDA y la protección de refugiados, desplazados internos y otras personas de la competencia del ACNUR, 2006.

Derecho de los derechos humanos

Cláusulas de no discriminación en los principales instrumentos de derechos humanos.

Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos (1998) y la Sexta Directriz Revisada: Acceso a la prevención, tratamiento, atención y apoyo (2002), adoptadas por la OACDH y el ONUSIDA.

ONUSIDA/OMS, Declaración sobre la política para la prueba del VIH (2004).

Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 3 sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño.

Comité del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 15 sobre las mujeres y el SIDA.

Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 sobre el derecho al más alto nivel posible de salud.

Las personas seropositivas y las víctimas del SIDA son frecuentemente estigmatizadas y se encuentran en muy alto riesgo de discriminación y de que se les nieguen algunos derechos económicos y sociales, incluido el acceso a instalaciones de atención médica o educación, así como también algunos derechos civiles, tales como el derecho a la privacidad y a la libertad de tránsito. Existen, por lo tanto, diversos asuntos de protección relacionados con los refugiados y solicitantes de asilo afectados por el VIH/SIDA, incluyendo la discriminación en contra de los refugiados y solicitantes de asilo seropositivos, exámenes obligatorios, confidencialidad de los resultados de los exámenes, detención, segregación, expulsión y devolución de los refugiados y solicitantes de asilo seropositivos, negación de información adecuada para la prevención del SIDA, o negación de acceso equitativo a cuidado y tratamiento del SIDA.

6.1 Normas pertinentes de derechos humanos

En general, los instrumentos internacionales de derechos humanos protegen los derechos de las personas con VIH/SIDA mediante los principios de equidad y no discriminación (véase, más adelante, el Capítulo 10), ya que por lo regular prohíben la discriminación por cualquier motivo, incluido el “estado de salud”.

Los Estados que forman parte de los tratados de derechos humanos están obligados a asegurar que los refugiados que tienen VIH/SIDA no sean discriminados en ningún momento de su vida como refugiados. Por lo tanto, la restricción del derecho a la libertad y la seguridad (véase adelante el Capítulo 11) o al derecho a la libertad de tránsito (véase el Capítulo 15), basada solamente en el padecimiento real o posible de VIH/SIDA sería incompatible con las normas de derechos humanos.

Algunos instrumentos de derechos humanos, tales como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ven por el disfrute equitativo del derecho al más alto grado posible de salud, un derecho que también se garantiza a refugiados y solicitantes de asilo (véase, adelante, el Capítulo 12). Por lo tanto, los Estados han suscrito esos tratados deben abstenerse de tomar medidas que nieguen o limiten el acceso equitativo de refugiados y solicitantes de asilo a productos farmacéuticos preventivos, curativos o paliativos o a tecnologías médicas usadas para el tratamiento del VIH/SIDA.

Los Estados también deben adoptar decididas medidas de acción para asegurar que los refugiados que tienen VIH/SIDA puedan gozar de sus derechos, incluido su derecho al grado más alto de salud posible (véase abajo el Capítulo 10). Esto significa, por ejemplo, que los Estados deben tomar medidas especiales para asegurar que las mujeres y los niños tengan acceso a pruebas voluntarias de VIH y a los servicios de salud necesarios. En este contexto, el Comité del Niño hace notar, entre otras cosas, que en la actualidad se reconoce ampliamente que el cuidado y tratamiento integral incluye antirretrovirales y otros medicamentos, diagnósticos y tecnologías relacionados con el cuidado del VIH/SIDA, infecciones oportunistas y otras situaciones conexas, buena nutrición y apoyo social, espiritual y psicológico, así como cuidado familiar y social. También deben tomarse medidas especiales para prevenir la transmisión del VIH de madres a hijos. En este contexto, el Comité sobre los Derechos del Niño especifica que los Estados partes deben tomar las medidas pertinentes, que incluyen la disposición de fármacos esenciales como, por ejemplo, medicamentos antirretrovirales, el cuidado prenatal, de parto y post parto apropiado, y el acceso a servicios de orientación voluntaria y pruebas de VIH a mujeres embarazadas y sus parejas. El Comité reconoce que los medicamentos antirretrovirales que se administran a una mujer durante el embarazo y el parto y, en algunos regímenes, a su bebé, han probado reducir de manera significativa el riesgo de transmisión de madre a hijo. Además, los Estados partes deberán proporcionar apoyo a madres e hijos,

incluida la asesoría sobre opciones de alimentación a los bebés (para mayores detalles véase la Observación General No. 3 del Comité sobre los Derechos del Niño relativa al VIH/SIDA y los derechos de los niños, y también la Recomendación No. 15 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre las mujeres y el SIDA).

La obligación de tomar medidas especiales de protección para personas que viven con el VIH/SIDA debe cumplirse siempre, incluyendo situaciones de emergencia. Estas situaciones de crisis facilitan la transmisión del VIH y agravan el impacto del SIDA en el bienestar de los refugiados. Por lo tanto, los gobiernos y agencias internacionales, incluido el ACNUR, deben adoptar medidas para prevenir la proliferación del VIH y cuidar de aquellos afectados por la enfermedad.

Los Estados también deben tomar medidas para evitar la creación de estereotipos negativos o la estigmatización de los refugiados y solicitantes de asilo afectados por el VIH/SIDA. Deben proporcionar educación e información explícitamente diseñada para cambiar las actitudes discriminatorias asociadas al VIH/SIDA.

Los Estados también deben respetar y asegurar el derecho de los individuos a la privacidad (véase, abajo, el Capítulo 16). Deben respetar la confidencialidad de la información relacionada con la condición de infectado con VIH de las personas y abstenerse de imponer pruebas obligatorias de VIH/SIDA (véase la Observación General No. 3 del Comité sobre los Derechos del Niño relativa al VIH/SIDA y los derechos de los niños).

Para mayor información véase:

Volumen II:

Capítulo 12. Los derechos de supervivencia: el derecho al grado más alto de salud física y mental posible y la falta de tratamiento médico adecuado, y la prohibición de la devolución.



Capítulo 7

No nacionales

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho de los derechos humanos

Preámbulo y artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículos 2 y 13 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Artículo 2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Artículos 1, 5, y 16 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales

Preámbulo y artículo 2 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos.

Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto.

Comité sobre la eliminación de la discriminación racial, Recomendación General No. 11, Los no ciudadanos

Comité para la eliminación de la discriminación racial, Recomendación General No. 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos.

Informe de la Subcomisión para la Promoción y la protección de los derechos humanos, Sexagésima sesión, Punto 16 de la agenda provisional.

7.1 Normas pertinentes de derechos humanos

De acuerdo con los instrumentos de derechos humanos, los derechos generalmente se otorgan a “toda persona”, independientemente de su nacionalidad, falta de nacionalidad o situación legal en el país en el que se encuentre. Los Estados están obligados a garantizar los derechos a todos los individuos dentro de sus territorios y bajo su jurisdicción (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). A manera de interpretación teleológica, el Comité de Derechos Humanos ha encontrado que los requisitos “en su territorio” y “bajo su jurisdicción” no requieren cumplirse de manera acumulativa.

En su Observación General 31, el Comité de Derechos Humanos encontró que

“los Estados Partes están obligados, por el párrafo 1 del artículo 2, a respetar y garantizar los derechos estipulados en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte. Como se indica en la Observación general No. 15 aprobada en el 27º período de sesiones (1986), el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de

asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla”.

En general los no nacionales, tales como las personas en búsqueda de asilo, refugiados, trabajadores migrantes y otros que puedan encontrarse en el territorio o sometidos a la jurisdicción del Estado parte, se benefician de los derechos garantizados en los tratados de derechos humanos sin discriminación. Esta regla general tiene algunas excepciones, tal como la relativa a la participación política de extranjeros (véase el artículo 16 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales).

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que cada “uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar *a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción* los derechos reconocidos en el presente Pacto” (cursivas agregadas). De forma excepcional, algunos de los derechos se aplican específicamente a los ciudadanos, tales como el artículo 25 (el derecho a votar y a ser elegido), mientras que el artículo 13, sobre derechos de procedimiento contra la expulsión, vale sólo para los extranjeros que se encuentran legalmente dentro del territorio (véanse, más adelante, los Capítulos 15 y 18).

En su Observación General No. 15, sobre el derecho de los extranjeros según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos hace notar que el Convenio no reconoce el derecho de los extranjeros a ingresar o residir en el territorio de un Estado parte. En principio, es asunto del Estado decidir a quién admitirá en su territorio. Sin embargo, la Observación General hace hincapié en que, “en determinadas circunstancias[...] un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia; por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto a la vida de la familia”. El Comité de Derechos Humanos también ha hecho hincapié en la prohibición de discriminación concerniente al disfrute de los derechos del Pacto por parte de los extranjeros.

El artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos aborda el deber de “garantizar su libre y pleno ejercicio *a toda persona* que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna [...]” El Convenio Europeo de derechos humanos y libertades fundamentales establece que sus derechos se conceden “a

toda persona sujeta a la jurisdicción [de un Estado Parte]” (artículo 1), con algunas, limitadas, excepciones, como el artículo 16 (restricciones a las actividades políticas de extranjeros) y el artículo 2 de su Protocolo No. 4 (libertad de tránsito, garantizada sólo para “toda persona que se encuentre legalmente” en el territorio del Estado Parte). El artículo 2 de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos establece que “todo individuo deberá tener derecho al disfrute de los derechos y libertades [...] sin distinción de ningún tipo [...]”.

El artículo 1 (2) de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial establece que esta “Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”. Aunque esta disposición permite que se hagan ciertas distinciones, éstas deben sujetarse al principio de no discriminación tal como se estipula en los instrumentos de derechos humanos.

En efecto, en su Recomendación General sobre la discriminación en contra de los no ciudadanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial hace notar que si bien algunos derechos como participar en elecciones, votar y ser votado, pueden limitarse a los ciudadanos, los derechos humanos son, en principio, para ser disfrutados por todas las personas. De esta manera, los Estados partes están obligados a garantizar la igualdad entre ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de los derechos de la Convención hasta el punto reconocido por el derecho internacional.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también enfatiza que la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición migratoria constituirá discriminación si los criterios para tal distinción, juzgados a la luz del objeto y propósito de la Convención, no se aplican en la búsqueda de un fin legítimo y no son proporcionales al logro de este fin (véase, más adelante, el Capítulo 10). El Comité también incluye varias recomendaciones para los Estados partes, entre las que se encuentran:

- Asegurar que las *garantías legislativas* contra la discriminación racial valgan para los no ciudadanos, independientemente de su condición migratoria, y que la aplicación de la legislación no tenga un efecto discriminatorio para los no ciudadanos.
- Garantizar que las *políticas migratorias* no tengan un efecto de discriminación contra las personas por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico.
- Garantizar que grupos particulares de no ciudadanos no sean discriminados para efectos de *acceso a la ciudadanía o*

naturalización, y estar alertas ante posibles barreras que pudieran existir para la naturalización de los residentes de largo plazo o permanentes.

- Estar concientes de que, en algunos casos, *la negativa de ciudadanía para residentes de largo plazo o permanentes* puede crear para éstos desventajas de acceso al empleo y los beneficios sociales, lo cual viola los principios de no discriminación de la Convención.

Objetivos del aprendizaje:

- Familiarizar al lector con las normas legales internacionales referentes a los derechos más relevantes para la protección de refugiados y solicitantes de asilo.
- Ilustrar la forma en que los diversos mecanismos de derechos humanos en los ámbitos universal y regionales operan en la práctica y pueden ayudar a proteger a los refugiados y a los solicitantes de asilo.

En un esfuerzo para familiarizar al lector con las normas internacionales de derechos humanos a fin de que pueda identificar riesgos potenciales, violaciones y recursos y responder en forma adecuada, esta parte del Volumen II se centra en el contenido principal de 13 derechos sustantivos que son de particular importancia para los refugiados y solicitantes de asilo. Si bien se discuten a continuación las normas de los tratados específicos que protegen cada derecho, los aspectos de procedimiento de los mecanismos de supervisión se examinan en el Volumen I. El conocimiento de estas normas permitirá al personal y socios del ACNUR trabajar para aumentar la capacidad de los Estados a fin de respetar, proteger y cumplir toda la gama de derechos humanos de las personas que se encuentran bajo la competencia del ACNUR. De la misma manera, un mejor entendimiento del alcance y contenido de derechos humanos específicos permitirá a refugiados, solicitantes de asilo y sus abogados sustanciar sus argumentaciones sobre violaciones de los derechos examinados aquí mediante el uso de los mecanismos de supervisión que se describen en el Volumen I.

Los derechos examinados en los siguientes capítulos son aquellos específicamente pertinentes en situaciones de desplazamiento forzoso. Sin embargo, es importante recordar que los refugiados y solicitantes de asilo tienen derecho a toda la gama de derechos humanos, incluido el derecho a la vida.

Las violaciones de derechos humanos pueden ocurrir en cualquier momento de la vida de un refugiado. Por lo tanto, al examinar las violaciones de derechos humanos, se deben considerar los actos que ocurren antes del desplazamiento, durante la huida, durante la permanencia en un país de asilo o después de que la persona ha encontrado una solución duradera a su situación.

Los Estados tienen deberes que se relacionan con cada uno de estos derechos. Tales deberes incluyen tres categorías de obligación: respetar, proteger y cumplir (véase el Volumen I).



Capítulo 8 El derecho de solicitar y disfrutar del asilo en casos de persecución

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Comité Ejecutivo, Conclusiones número 82 (1997), 93 (2002), 94 (2002), y 97 (2003).

Artículo II de la Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA), por la que se regulan aspectos específicos de problemas de los refugiados en África.

Declaración sobre el Asilo Territorial, Asamblea General de la ONU, Resolución 2312 (XXII) (1967).

Derecho de los derechos humanos

Artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 18 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

Artículo 12.3 de la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (Carta Africana).

Artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Comité Ejecutivo del ACNUR ha declarado 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” (Conclusión No. 82). Sin embargo, algunas prácticas impuestas por los Estados, tales como la detención administrativa de solicitantes de asilo, estrictos requisitos para obtener la visa, cierre de fronteras, imposición de sanciones a transportistas, inspección de viajeros en aeropuertos extranjeros y la limitación al acceso a procedimientos para la determinación de la condición de refugiado tienen el efecto de disuadir a los solicitantes de asilo y, en ciertas circunstancias, pueden conducir a restricciones del derecho de solicitar y disfrutar de asilo.

8.1 Normas pertinentes de derechos humanos

Aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé el derecho de solicitar y disfrutar de asilo (artículo 14), esta disposición no se incluyó en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto, este derecho no está protegido de manera universal en un tratado con autoridad vinculante.

Tras la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial en 1967, se elaboró y discutió una propuesta de Convenio sobre asilo territorial en la Conferencia Internacional de

las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial realizada en 1977. Sin embargo, la conferencia no aprobó la propuesta y desde entonces no se ha hecho intento alguno para desarrollar o codificar un derecho referente al asilo territorial en un tratado internacional.

En el ámbito regional, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, la Convención Americana sobre derechos humanos y la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos contienen disposiciones sobre el asilo, aunque con diferentes planteamientos.

El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere al derecho, en “caso de persecución [...] a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. Consistente con la Convención de 1951, este derecho “no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

El artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre va más allá de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al establecer que “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”. A pesar de la importancia de ambas Declaraciones y de su valor para establecer una *opinio juris* común al evaluar la existencia del derecho consuetudinario público internacional, ninguno de los dos instrumentos son estrictamente obligatorios para los Estados, ya que no son “tratados” en el sentido legal.

La Convención Americana de derechos humanos, (que compromete a los Estados partes, tiene una formulación similar a la de la Declaración Americana y establece en el artículo 22.7 que “toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. Nótese, sin embargo, que este artículo se refiere a “delitos políticos o comunes conexos con los políticos”, mientras que la Declaración es más amplia al mencionar sólo “persecución que no sea motivada por delitos del orden común”.

El artículo 12.3 de la Carta Africana reconoce el derecho a “buscar y obtener asilo en otros países, de conformidad con las leyes de esos países y de los convenios internacionales”.

Los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Carta Africana dan lugar a una obligación por parte de los Estados que consiste en establecer procedimientos justos y eficientes para el estudio de las solicitudes de asilo. Se podría decir que tales procedimientos debieran garantizar el derecho al debido procedimiento (artículos 8 y 25 del Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 7 de la Carta Africana), incluyendo el derecho de apelación en caso de rechazo y la disposición de asesoría legal para los solicitantes de asilo en el proceso de determinación de su condición (véase, más adelante el Capítulo 14).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha conocido de algunos casos concernientes al derecho de asilo. Ha determinado que un Estado violó el derecho de asilo de una de sus ciudadanas al negarle el permiso para viajar al extranjero a buscar asilo (*Caso 7.602 [Cuba]*). En un caso en contra de Bahamas, los peticionarios, en representación de 120 ciudadanos cubanos y ocho haitianos que fueron detenidos en Nassau, sostuvieron que el Estado había violado los derechos de las víctimas, mismos que estaban garantizados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, debido a la ausencia de procedimientos internos mediante los cuales los solicitantes de asilo pudieran hacer valer sus solicitudes para el reconocimiento de la condición de refugiado o solicitar su liberación mientras estuviera pendiente su solicitud de asilo. Los solicitantes sostuvieron que estas fallas constituían violaciones, entre otros, del principio del artículo XXVII, el derecho de asilo, de la Declaración Americana. Adicionalmente, los solicitantes sostuvieron que Bahamas también violó el artículo 33 de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. Los peticionarios solicitaron que la Comisión Interamericana emitiera medidas cautelares en contra del Estado para prevenir daño un irreparable a las víctimas (véase *120 ciudadanos cubanos y ocho haitianos detenidos en Bahamas, Caso 12.071*).

En el histórico *Caso de interdicción haitiana*, la Comisión Interamericana determinó que los Estados Unidos de América había violado el artículo XXVII de la Declaración Americana cuando, de manera sumaria, interceptó a haitianos en alta mar y los repatrió, evitando de esta forma que ejercieran su derecho a solicitar y recibir asilo en territorio extranjero, como lo estipula la Declaración Americana. (*Caso 10.675 [Estados Unidos de América]*).

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tienen aún que abordar el alcance y contenido del derecho de asilo. Los mecanismos de supervisión establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no tienen validez en ausencia de cualquier referencia al derecho de solicitar asilo en este instrumento.



Capítulo 9

El principio de *no devolución*

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Comité Ejecutivo, Conclusiones número 6 (1977), 7 (1977), 22 (1981), 30 (1983), 85 (1998), y 102 (2005).

IOM/FOM número 57/98 y 61/98.

ACNUR, Nota sobre la Protección Internacional (1994).

ACNUR, Formas complementarias de protección, Consultas Globales sobre Protección Internacional (2001).

Artículo II.3 de la Convención de la OAU por la que se regulan aspectos específicos de problemas de los refugiados en África.

Artículo III de los Principios de Bangkok sobre el Estatuto de los refugiados y el trato a ellos.

Derecho de los derechos humanos

La prohibición contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 3 de la Convención en contra de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

Artículo 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Artículo 16 de la Convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Artículo 8 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Principio No. 5 de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

Artículo 2 de la Declaración de El Cairo sobre la protección de refugiados y personas desplazadas en el mundo árabe (aprobada por un grupo de expertos árabes reunidos en El Cairo del 16 al 19 de noviembre de 1992, en el cuarto seminario árabe sobre "Asilo y derecho de los refugiados en el mundo árabe").

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, que reemplaza a la Observación General No. 7 referente a la prohibición de la tortura y el trato o pena cruel (artículo 7).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto.

Comité de contra la Tortura, Observación General No. 1, sobre la aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención contra la Tortura.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General, No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Declaración sobre el Asilo Territorial, Resolución 2312 (XXII) de las Naciones Unidas (1967).

El principio de *no devolución* se encuentra establecido en el artículo 33 de la Convención de 1951.

Artículo 33 de la Convención de 1951: prohibición de la expulsión o devolución (*refoulement*)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución (*refoulement*), poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocarse los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, por haber sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de dicho país.

Según esta disposición, la protección contra la devolución está disponible para los refugiados que cumplen con lo establecido en la Convención de 1951: solicitantes de asilo cuyas solicitudes estén aún pendientes y personas que hayan huido de sus países y que tienen derecho a protección según la Convención de la OUA o la Declaración de Cartagena.

Además, por lo general se acepta que la protección contra el *refoulement* también es válida para las personas que llegan a la frontera, incluidas las que llegan durante afluencias masivas de refugiados. El Comité Ejecutivo – *inter alia* en la Conclusión No. 6 (XXVIII) de 1977 del Comité Ejecutivo – ha reafirmado en diferentes ocasiones la importancia del principio fundamental de *no devolución* – tanto en la frontera como dentro del territorio del Estado – en relación con las personas que puedan ser sometidas a persecución si se les regresa a su país de origen, independientemente de si han sido o no reconocidas formalmente como refugiadas.

Contrariamente al derecho de los derechos humanos, según el cual las obligaciones de *no devolución* son de carácter absoluto, el derecho internacional de los refugiados contiene excepciones importantes a dicho principio (véase el texto del recuadro). Estas excepciones al principio de *no devolución* se estipulan de manera taxativa en el artículo 33.2 de la Convención de 1951. Además, según este artículo, la aplicación de una excepción requiere procedimientos en los cuales se deben observar estrictamente las garantías del proceso legal (véase el *Manual on Mandate RSD* y *Self-Study Manual on Refugee Status Determination* [Manual para la determinación de la condición de refugiado bajo mandato y Manual autoformativo para la determinación de la condición de refugiado]).

También se acepta de manera general que la prohibición de la devolución, como lo codifica el artículo 33 de la Convención de 1951, también forma parte del derecho consuetudinario internacional. Por lo tanto, todos los Estados deben respetar este principio, independientemente de que formen parte o no de la Convención de 1951 o hagan valer una limitante geográfica.

9.1 Normas pertinentes de derechos humanos

La devolución también está prohibida explícita o implícitamente en diversos instrumentos de derechos humanos (véase la lista anterior). Las obligaciones de *no devolución* según el derecho internacional de los refugiados y aquellas basadas en el derecho internacional de los derechos humanos pueden sobreponerse, pero no son idénticas. Además, el alcance de las obligaciones relativas al *no devolución*, explícitamente codificadas o derivadas de los diversos tratados de derechos humanos, difiere dependiendo de su fuente. Por lo tanto, es importante evaluar cada caso de acuerdo con los derechos aplicables en el país específico junto con los riesgos involucrados.

De acuerdo con los instrumentos de derechos humanos, la prohibición de la devolución también protege a las personas que no cumplen con los criterios de refugiado definidos en el artículo 1.A.2, por ejemplo, cuando el riesgo de ser sometido a violaciones graves de derechos humanos no está vinculado a uno de los motivos de la Convención. Además, según los instrumentos de derechos humanos, no hay limitaciones o categorías de personas excluidas, es decir, no hay equivalentes al artículo 1.F o el artículo 33.2 de la Convención de 1951. De conformidad con las normas de derechos humanos, las obligaciones de *no devolución* pueden, por lo tanto, ser válidas también para individuos a los que se les ha denegado de forma apropiada la condición de refugiado, ya sea porque no están incluidos en la definición, o porque les resultan aplicables las disposiciones de exclusión.

De acuerdo con el derecho de los derechos humanos, las obligaciones de *no devolución* también implicarían protección contra la devolución en cadena, es decir, la remoción a un país desde el cual el individuo sería, a su vez, transferido o devuelto a otro país en el cual sería sometido a violaciones graves de derechos humanos de los cuales se deriva la obligación de *no devolución*.

El derecho de los derechos humanos también requiere que las excepciones al principio de *no devolución* permitidas por el derecho internacional de los refugiados cumplan con el principio del debido proceso legal y el requerimiento de que primero deben tomarse todas las medidas razonables para garantizar la admisión

del individuo en cuestión a un tercer país. Los Estados son responsables de cualesquiera medidas que resulten en devolución *de facto*, directo o indirecto, tales como las prácticas de intercepción o el rechazo en la frontera (véase el Vol. II, Capítulo 12). Los Estados deben establecer mecanismos para garantizar que se identifique a los individuos con necesidades de protección internacional. Se debe efectuar una evaluación, con atención a cuestiones de edad y género, de los riesgos que corre un individuo al considerar la aplicabilidad de las obligaciones de no devolución.

9.2 Alcance de la no devolución: una comparación

9.2.1 Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 (artículo 33), y derecho internacional consuetudinario de los refugiado

¿Quién está protegido? Refugiados y solicitantes de asilo: aquellos con un fundado temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política y aquellas personas cuya solicitud se encuentra en proceso de estudio.

¿De qué daño? Amenaza a la vida o la libertad (o violaciones de derechos humanos equivalentes a persecución o de gravedad similar) a causa de una de las cinco causales (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política [véase el *Manual del ACNUR*, párrafos 51-69]).

Agente de persecución. Actores estatales o no estatales (véase el *Manual del ACNUR*, párrafo 65).

Excepciones. Las causales razonables para considerar a un solicitante de asilo como un peligro para la seguridad del país de asilo o quien, habiendo sido condenado por un juicio definitivo a causa de un delito particularmente grave, constituya un peligro para la comunidad de ese país. La aplicación de una excepción requiere procedimientos con los cuales se garantice de manera estricta el debido proceso [Manual para la determinación de la condición de refugiado bajo mandato y Manual autoformativo para la determinación de la condición de refugiado]).

Carga de la prueba. Por regla general, la carga de la prueba recae sobre la persona que realiza una alegación. Sin embargo, el solicitante podría no poder respaldar sus declaraciones con pruebas documentales o de otro tipo. Si el relato del solicitante parece creíble, deberá concedérsele el beneficio de la duda, a menos que existan razones válidas en sentido contrario (véase el *Manual del ACNUR*, párrafos 196-197).

Evaluación. Al evaluar la credibilidad general de la solicitud, el examinador deberá tomar en cuenta factores tales como el carácter razonable de los presuntos hechos, la consistencia y coherencia general del relato del solicitante, los documentos presentados por el solicitante para respaldar sus afirmaciones, consistencia con hechos notorios o de conocimiento general y la situación conocida del país de origen. La credibilidad se establece cuando el solicitante ha presentado un reclamo coherente y plausible y que no contradice hechos de conocimiento general.

Mérito de la prueba. El Manual afirma que el temor de persecución de un solicitante deberá considerarse fundado si éste “puede establecer razonablemente que la continuación de su estancia en su país de origen se ha vuelto intolerable...”

9.2.2 Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3)

¿Quién está protegido? Cualquier persona, incluidos los solicitantes de asilo que han sido rechazados.

Mérito de la prueba. Razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura.

¿De qué daño? La tortura, según se define en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura (véase el Volumen I); es decir, la obligación de *no devolución*, de acuerdo con el artículo 3, no aplica en casos de trato o castigo cruel, inhumano o degradante que no equivalgan a tortura.

Agente de la persecución. Los agentes Estatales. Los actores no estatales, cuando actúan a instancia o con el consentimiento o la tolerancia de un agente estatal o cuando ocupan y ejercen *de facto* una autoridad cuasi gubernamental en el territorio.

Excepciones. No hay excepciones. La naturaleza de las actividades a las que se dedica la persona es irrelevante.

Carga de la prueba. Es responsabilidad del solicitante de presentar un caso defendible. La víctima potencial debe establecer que el peligro de tortura es personal y está presente. Las contradicciones e inconsistencias en la presentación de los hechos aducidos por la persona que no hagan dudar de los elementos centrales de la petición no perjudicarán la solicitud.

Recurso. El principio de *no devolución* debiera invocarse (y en muchos países se invoca) en tribunales nacionales. Los individuos pueden presentar peticiones de presuntas violaciones de derechos al Comité contra la Tortura (véase el Volumen I para los requisitos). Sin embargo, generalmente es necesario agotar primero los recursos internos. El Estado parte debe haber reconocido la competencia del

Comité para recibir comunicaciones individuales. En casos extremadamente graves, se podrán solicitar al Comité medidas provisionales para suspender la ejecución de una decisión de expulsión.

Evaluación. El riesgo debe evaluarse a partir de causales que vayan más allá de la mera teoría o sospecha, aunque no tiene que cumplir con la prueba de ser “altamente probable”. Las “razones fundadas” pueden basarse no sólo en actividades llevadas a cabo en el país de origen, también en actividades efectuadas por la persona en el país receptor. La existencia de un patrón consistente de violaciones graves, flagrantes o masivas de derechos humanos en un país no constituye, como tal, suficiente causal para determinar que una persona en particular se encuentra en peligro de ser sometida a tortura al regresar a ese país; deben existir causales adicionales para poder demostrar que el individuo en cuestión está en riesgo personal. De forma similar, la ausencia de un patrón consistente de violaciones flagrantes de derechos humanos no significa que no se pueda considerar que una persona esté en peligro de ser sometida a tortura, según sus circunstancias específicas.

Efectos de la decisión. El Estado debe abstenerse de expulsar, devolver o extraditar al individuo a un país en el cual se encuentre en peligro de ser sometido a tortura o a cualquier Estado del cual el individuo pueda ser posteriormente expulsado devuelto, o extraditado al país en donde se teme la tortura. Las conclusiones de hecho del Comité contra la Tortura no afectan la decisión de las autoridades de otorgar asilo. Sin embargo, es responsabilidad del Estado encontrar una solución que le permita cumplir con la prohibición de devolución. Estas soluciones pueden ser de naturaleza legal (tal como la decisión de admitir temporalmente al solicitante) o de naturaleza política (identificando un tercer Estado que esté dispuesto a admitir al individuo en su territorio y que esté de acuerdo en no devolverle ni expulsarle).

Si ha ocurrido un acto de devolución, expulsión o traslado, el derecho a una reparación efectiva, incluido en el artículo 3, requiere la oportunidad de una revisión independiente e imparcial de la decisión cuando existe un alegato plausible de que ha sido violado el artículo 3 de la Convención contra la Tortura (véase *Agiza vs. Sweden*).

9.2.3 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (artículos 6 y 7)

¿Quién está protegido? Cualquier persona, incluidas solicitantes de asilo que han sido rechazadas.

Mérito de la prueba. Razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable.

¿De qué daño? Cualquier daño irreparable, como la privación de la vida (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) o tortura o trato cruel, inhumano o degradante (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), ya sea en el país en el cual se llevará a cabo la expulsión o en cualquier otro país del cual la persona vaya a ser posteriormente expulsada (véase la Observación General No. 31, párrafo 12). A diferencia de la Convención contra la Tortura, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para que tenga efecto la prohibición no se requiere que la tortura tenga un propósito particular, tal como obtener una confesión o para castigar a alguien. Es suficiente que lo que se inflige a un individuo alcance cierto grado de dolor severo para constituir tortura.

Agente de la persecución. El Estado o actores no estatales.

Excepciones. No hay excepciones. La naturaleza de las actividades a las que se dedica la persona es irrelevante.

Carga de la prueba. La responsabilidad de demostrar el riesgo recae en el petionario.

Recurso. El principio de *no devolución* debiera invocarse (y en muchos países se invoca) en tribunales nacionales. Los individuos pueden presentar quejas de presuntas violaciones del derecho a la vida, de la prohibición contra la tortura u otro maltrato al Comité de Derechos Humanos (véase la Parte I para los requisitos). Sin embargo, generalmente es necesario agotar primero los recursos internos, y el Estado deberá ser parte del primer Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En casos extremadamente graves, puede solicitarse al Comité que dicte medidas temporales para suspender la ejecución de una decisión de expulsión.

Evaluación. El individuo debe establecer que existe un riesgo real de ser sometido de manera personal a un daño irreparable a su regreso.

Efectos de la decisión. El Estado deberá abstenerse de expulsar, devolver o extraditar al individuo a un país en el que su vida se encuentre en peligro o en el que haya un peligro de ser sometido a tortura, o a cualquier país del cual el individuo pueda ser posteriormente removido.

9.2.4 Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 3)

¿Quién está protegido? Cualquier persona.

Mérito de la prueba. “Razones sustanciales para creer que existe un riesgo real” de trato prohibido por el artículo 3 del Convenio Europeo en el Estado receptor. Si el peticionario no ha sido aún deportado, la existencia de riesgo no se evalúa cuando se emite la orden de deportación o extradición, sino cuando el caso llega ante el Tribunal Europeo. Cuando el peticionario ya ha sido expulsado, la existencia de riesgo se evalúa en el momento en que ocurre la extradición.

¿De qué daño? Tortura y trato inhumano.

Agente de la persecución. El Estado o actores no estatales (véase, por ejemplo, *H.L.R. vs. France*, *Ahmed vs. Austria*, y *D. vs. el Reino Unido*).

Excepciones. No hay excepciones. La naturaleza de las actividades a las que se dedica la persona es irrelevante. Ni siquiera importa si el solicitante representa una amenaza a la seguridad nacional.

Carga de la prueba. La responsabilidad recae en el peticionario. Sin embargo, el Tribunal evaluará la existencia de un riesgo real de trato contrario al artículo 3 a la luz de todos los materiales que le hayan sido presentados o, si fuera necesario, de material obtenido de *motu proprio* (véase *Cruz Varas vs. Suecia*).

Recurso. El derecho consagrado en el artículo 3 debiera invocarse (y en muchos países se invoca) en tribunales nacionales. Los individuos pueden presentar demandas sobre presuntas violaciones de la prohibición contra la tortura ante el Tribunal Europeo (véase el Vol. I para los requisitos). Sin embargo, generalmente es necesario agotar primero los recursos internos. En casos extremadamente graves, pueden solicitarse medidas interinas para suspender la ejecución de una decisión de expulsión.

Evaluación. “Razones sustanciales para creer que existe un riesgo real” de ser sometido a tortura o trato o castigo cruel, inhumano o degradante en el país solicitante. El “riesgo real” no es una certeza, sino un hecho con muchas probabilidades de ocurrir. El Tribunal Europeo no se centra en si el riesgo es de tortura o de maltrato. Tampoco es restrictivo en términos del tipo de prueba que puede considerarse. Toma en consideración “todos los materiales que se le presentan y, si fuera necesario, material obtenido por cuenta propia” (*Chahal vs. el Reino Unido*).

Efectos de la decisión. Las decisiones del Tribunal Europeo son obligatorias y el Comité de Ministros del Consejo de Europa supervisa la ejecución de sus sentencias (artículo 46 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales). El Estado debe abstenerse de expulsar, devolver o extraditar al individuo a un Estado en el cual corra el peligro de ser sometido a tortura u otro tipo de maltrato, o a otro Estado del cual el individuo pueda ser posteriormente removido para enfrentar tortura.

9.3 El derecho a la vida y la prohibición de la devolución

Los órganos de supervisión de derechos humanos han interpretado el derecho a la vida como incluido entre las obligaciones del Estado de abstenerse de extraditar, deportar, expulsar o trasladar a una persona de su territorio cuando hay razones sustanciales para creer que su vida está en riesgo en el país al cual se efectuará el traslado, o a cualquier país del cual el individuo pueda ser posteriormente expulsado.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 31 (párrafo 12), expresó:

“Además, la obligación del artículo 2 que exige que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable, como el contemplado por los artículos 6 y 7 del Pacto, sea en el país al que se va a trasladar a la persona o en cualquier otro país al que la persona sea posteriormente trasladada. Las autoridades judiciales y administrativas competentes deben ser conscientes de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Pacto en esos asuntos.”

Se ha incluido una obligación explícita de *no devolución* en la Convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la cual fue aprobada durante la primera sesión del recientemente establecido Consejo de Derechos Humanos en la primavera de 2006 y que tras la posterior aprobación de la Asamblea General quedará abierto para su firma, ratificación y adhesión.

El artículo 16 de la Convención Internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas estipula:

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluso, cuando proceda, la existencia, en el Estado de que se trate, de un patrón de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o generalizadas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Esta prohibición incluye el riesgo de desaparición forzada o ilegal, ejecución sumaria o arbitraria (véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y el Principio No. 5 de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias).

Cuando un individuo enfrenta extradición a un país en el que ha sido o podría ser condenado a la pena de muerte, surgen situaciones complejas. La abolición de la pena de muerte no está expresamente requerida por el derecho internacional, aunque existen varios instrumentos que comprometen a los Estados partes a abolir la pena de muerte. Sin embargo, la pena capital sólo puede aplicarse en circunstancias muy restringidas, ya que de otra forma implicaría una violación del derecho a la vida. Entre otros requerimientos, la pena de muerte debe ser ordenada por un tribunal, por un delito para el cual esta pena se encuentra prevista por la ley. Sólo puede imponerse para castigar los delitos más graves y tras el seguimiento de procedimientos que respetan estrictamente todas las garantías para un juicio justo.

El Comité de Derechos Humanos ha estudiado en varios casos si el hecho de que un país haya abolido la pena de muerte requiere que éste rehúse la extradición de un individuo a un país que aún aplica la pena capital. Si bien en una decisión anterior (*Kindler vs. Canadá*), el Comité concluyó que la extradición no constituiría una violación del Pacto, en 2003 el Comité consideró – en el caso de *Judge vs. Canadá* – el creciente consenso internacional a favor de la abolición de la pena de muerte y decidió revisar su aplicación del artículo 6 del Pacto. Concluyó que, para los países que han abolido la pena de muerte, existe una obligación de no exponer a una persona a un riesgo real de su aplicación. Además, el Comité encontró otra violación del artículo 6 y del artículo 2.2 (el derecho a una reparación efectiva) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que el individuo fue deportado a los Estados Unidos de América antes de que pudiera ejercer su derecho de apelación.

Para superar los anteriores obstáculos legales con miras a la extradición, los Estados frecuentemente usan garantías diplomáticas que tienen la intención de asegurar que no se emitirá una sentencia de muerte o no se llevará a cabo. Considerando toda la información pertinente relativa al caso individual, estas garantías sólo son confiables si:

- i. son medios *adecuados* para eliminar el peligro que enfrenta el individuo en cuestión, y

- ii. si el Estado que envía puede, de buena fe, considerarlas *confiables* (véase más acerca de esto en la sección 9.6).

El Tribunal Europeo ha sostenido que la extradición de una persona a un país en el que se arriesga a sufrir la pena de muerte no plantearía, por sí sola, ningún problema tanto en relación con el derecho a la vida (artículo 2) como en relación con la prohibición de tortura y otros tipos de maltrato (artículo 3). Sin embargo, la manera en que se impone o ejecuta la pena de muerte, así como las circunstancias personales de los individuos condenados y las condiciones de su detención, pueden resultar en una violación de la prohibición absoluta en contra de la tortura y el maltrato. Este será el caso, por ejemplo, si la persona fuese sometida al “fenómeno del corredor de la muerte”, el cual ha sido considerado como trato inhumano y degradante (véase *Soering vs. el Reino Unido*) o si la sentencia es ejecutada mediante extenuación, azotes o lapidación a muerte (véase *Jabari vs. Turquía*).

Recientemente, el Tribunal modificó y desarrolló aún más su posición. En el caso de *Bader y otros vs. Suecia* (sentencia del 8 de noviembre de 2005), sostuvo de forma unánime que la deportación de los solicitantes a Siria sería una violación del artículo 2 (derecho a la vida) y el artículo 3 (prohibición del trato inhumano o degradante) del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales.

En 2002, El Sr. Bader había presentado varias solicitudes de asilo en Suecia, las cuales fueron todas rechazadas. Se emitió una orden de deportación. En el año de 2003, en Siria, el Sr. Bader fue sentenciado, *in absentia*, por complicidad en un asesinato y condenado a muerte en ese país. En virtud de eso, su familia presentó una nueva solicitud de asilo, que también fue rechazada. En su presentación al Tribunal Europeo, los solicitantes se quejaron de que, en caso de ser deportado, el Sr. Bader enfrentaría grave riesgo de ser arrestado y ejecutado, lo que es contrario a los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales. El Tribunal hizo notar que el gobierno sueco no había obtenido garantía de parte de las autoridades sirias de que el caso del Sr. Bader sería reabierto y que el fiscal público no solicitaría la pena de muerte en cualquier nuevo juicio. El Tribunal determinó que el Sr. Bader había justificado y fundamentado de forma sólida el temor de que la sentencia de muerte en su contra sería ejecutada si se le obligaba a regresar a su país de origen. Además, debido a que las ejecuciones se llevan a cabo sin ninguna rendición de cuentas o escrutinio público, las circunstancias que rodearían su ejecución inevitablemente causarían al Sr. Bader temor y angustia considerable mientras él y otros solicitantes enfrentaran intolerable incertidumbre acerca de cuándo, dónde y

cómo se llevaría a cabo la ejecución. El Tribunal Europeo también encontró que la sentencia en contra del Sr. Bader había constituido violación flagrante del derecho a un juicio justo. En virtud de esta circunstancia específica, el Tribunal determinó que la sentencia de muerte impuesta al Sr. Bader a consecuencia de un juicio injusto inevitablemente causaría a los solicitantes temor y angustia adicionales si fueran obligados a regresar a Siria, ya que existiría clara posibilidad de que la sentencia fuera ejecutada en ese país. Por lo tanto, el Tribunal Europeo concluyó que había razones sustanciales para creer que el Sr. Bader sería expuesto a riesgo cierto de ser ejecutado y sometido a trato contrario a lo estipulado en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales si fuera deportado a Siria.

9.4 Las niñas y los niños y el principio de *no devolución*

A fin de proporcionar a los niños no-acompañados o separados trato apropiado, los Estados deben respetar plenamente las obligaciones de *no devolución* derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y del refugiado y, en particular, deberán respetar las obligaciones codificadas en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura. Además, para cumplir con las obligaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados no devolverán al niño a un país del que hay suficientes razones para creer que existe un riesgo efectivo de daño irreparable, tales como – pero por ningún motivo limitados a – aquellos contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, ya sea en el país al cual se efectuará el traslado o en cualquier país del cual el niño pueda ser posteriormente expulsado. Dichas obligaciones de *no devolución* son válidas independientemente de que las violaciones graves a los derechos garantizados por la Convención tengan su origen en actores no estatales o si dichas violaciones son una consecuencia directa o indirecta de la acción o de la ausencia de ella. La evaluación del riesgo de estas graves violaciones deberá efectuarse tomando en cuenta la edad y el género y deberá tomar en consideración las particularmente graves consecuencias que tienen para los niños el insuficiente suministro de alimentos y servicios de salud.

Debido a que el reclutamiento de menores y la participación en hostilidades implica un alto riesgo de daño irreparable que afecta derechos humanos fundamentales, incluido el derecho a la vida, las obligaciones del Estado derivadas del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conjuntamente con los artículos 3 y 4 del Protocolo facultativo de dicha Convención, relativos a la

participación de niños en conflictos armados, significan efectos extraterritoriales y los Estados deberán abstenerse de devolver de manera alguna a la frontera del Estado cuando haya un riesgo efectivo de reclutamiento de menores, incluido no sólo el reclutamiento como combatientes, sino también para proporcionar servicios sexuales a los militares, o cuando exista un riesgo efectivo de participación directa o indirecta en las hostilidades, ya sea como combatiente o realizando otras tareas militares.

Al evaluar la aplicación de la prohibición de la devolución en relación con un niño solicitante de asilo, es esencial tomar en consideración el principio del “interés superior” del niño (artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; véase arriba el Capítulo 3). Debido a que las autoridades están obligadas a velar por el “interés superior” del niño como “consideración primordial”, el interés superior del niño deberá anteceder a otras consideraciones legítimas, tales como el control migratorio. Por ejemplo, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño puede prohibir la repatriación de niños no acompañados que carezcan de redes familiares que los apoyen en su país de origen.

9.5 La ejecución de órdenes legítimas de expulsión o deportación

El Comité Ejecutivo ha reiterado que “el regreso de las personas que se considere que no necesitan protección internacional deberá efectuarse de manera humana, respetando plenamente los derechos y la dignidad humanos que, de ser necesario, puede recurrirse a la fuerza de manera proporcional y acorde con las normas de derechos humanos; y destaca que en todas las acciones que tengan que ver con niños, el interés superior del niño debe ser la consideración primordial”. Conclusión No. 96 (2003).

Como lo afirma el Tribunal Europeo, un grado “inevitable” de sufrimiento vinculado a la ejecución de una orden de expulsión. Sin embargo, algunos tipos de comportamiento pueden hacer que se presenten asuntos relacionados con la prohibición de la tortura y otros tipos de maltrato e incluso el derecho a la vida. Según la jurisprudencia de órganos de derechos humanos, en particular el Tribunal Europeo, está claro que cuando se permite a las fuerzas policíacas utilizar la fuerza, ésta no debe ser más de la “absolutamente necesaria” y debe ser estrictamente proporcional al logro de los objetivos permitidos (véase, por ejemplo, *Jordan vs. el Reino Unido*). Por lo tanto, en la ejecución de la deportación de un solicitante de asilo rechazado, cualquier uso de fuerza por las fuerzas del orden deberá ser la mínima necesaria. De manera similar, los Estados no deben poner en riesgo la vida humana al detener legalmente a solicitantes de asilo (véase *Nachova et al. vs. Bulgaria*).

Los solicitantes de asilo y el derecho a un recurso efectivo

De acuerdo con los instrumentos de derechos humanos, cuando un solicitante de asilo, rechazado y sujeto a expulsión a otro país, tiene razones para temer tortura o trato o castigo cruel, inhumano o degradante, deberá tener un recurso efectivo contra esa decisión (véanse los artículos 3 y 13 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, artículos 22.8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 2.3, 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Si no existen mecanismos establecidos o si los mecanismos existentes son ineficaces, deberán solicitarse medidas de protección temporales a los órganos internacionales de derechos humanos (véase el Volumen I para los requerimientos).

9.6 El terrorismo y la prohibición de la devolución

El terrorismo constituye un desafío a los derechos humanos de muchas maneras. Los actos de terrorismo violan los derechos humanos de sus víctimas. Por lo tanto, los Estados están obligados, según el derecho internacional de los derechos humanos, a optimizar la protección de todos los individuos contra el terrorismo en sus territorios y según su jurisdicción, incluyendo a los refugiados y solicitantes de asilo. Otra dimensión de los derechos humanos es la injustificada tendencia a asociar al terrorismo con los extranjeros, incluidos refugiados y solicitantes de asilo, difundida *inter alia* por ciertos medios y políticos dispuestos a explotar temores públicos acerca de la amenaza terrorista que puedan exacerbar la discriminación de los extranjeros y la xenofobia. La estigmatización resultante aumenta el riesgo de ataques y acoso en contra de refugiados y solicitantes de asilo según se perciban sus comportamientos étnicos y religiosos. Los asuntos relacionados con la revisión de los sistemas de asilo desde el punto de vista de la seguridad y aquellos relacionados con el propósito de garantizar el respeto al principio de *no devolución* constituyen, por lo tanto, sólo una parte de un complejo desafío.

De acuerdo con la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, los Estados ya tienen la obligación de tomar medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho nacional e internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, antes de conceder la condición de refugiado, con el propósito de garantizar que el solicitante de asilo no haya planeado, facilitado o participado en la comisión de actos terroristas.

En el reciente y más detallado Plan de Acción de las Naciones Unidas, anexo a la Estrategia de las Naciones Unidas contra el terrorismo, aprobado por la Asamblea General el 8 de septiembre

de 2006, los Estados resolvieron, *inter alia*, llevar a cabo varias “medidas para prevenir y combatir el terrorismo, en particular negando a los terroristas el acceso a los medios para llevar a cabo sus atentados, sus objetivos y los efectos deseados; abstenerse de organizar, instigar, facilitar, financiar, alentar o tolerar actividades terroristas o participar en ellas, y adoptar las medidas prácticas adecuadas para asegurar que no se utilicen nuestros respectivos territorios para ubicar instalaciones o campamentos de adiestramiento ni para preparar u organizar actos terroristas contra otros Estados o sus ciudadanos” (sección II, párrafo 1 [A/60/L.62]). De manera más específica, en relación con los refugiados, los Estados decidieron “adoptar las medidas apropiadas, antes de conceder asilo, con el propósito de asegurar que el solicitante no haya participado en actividades terroristas y, tras la concesión del asilo, para asegurar que la condición de refugiado no se utilice de manera contraria a lo dispuesto en el párrafo 7 de la sección II, *supra*” (Estrategia mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo, sección II, párrafo 7 [A/60/L.62]).

Como una obligación fundamental subyacente, los Estados “deben velar por que toda medida adoptada para luchar contra el terrorismo se ajuste a todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional y que deben adoptar tales medidas de conformidad con el derecho internacional, en particular la legislación internacional relativa a los derechos humanos, los refugiados y el derecho humanitario,” (Resoluciones 1535 [2004], 1624 [2005], del Consejo de Seguridad de la ONU; véase también la resolución 1373 [2001] del Consejo de Seguridad de la ONU.

Todas las obligaciones de *no devolución* que se derivan del derecho internacional de los derechos humanos y de los refugiados (descrita anteriormente) deberán ser absolutamente respetadas. En particular, los Estados tienen la obligación de no transferir a cualquier individuo a otro país si esto significara exponerlo a violaciones graves de derechos humanos, principalmente la privación arbitraria de la vida o tortura.

En el contexto del terrorismo, pero no limitado a éste, surge la pregunta de si los obstáculos legales de extradición u otras maneras de transferir a una persona a otro país pudieran ser enfrentados mediante garantías diplomáticas y hasta qué punto. Las condiciones según las cuales al Estado que envía se le permite trasladar a una persona a otro país con base en garantías diplomáticas han sido estudiadas por tribunales nacionales, regionales e internacionales en casos que implican extradición con riesgo de pena capital o violaciones graves de un juicio justo, así

como expulsión o deportación con peligro de tortura u otras formas de maltrato. El asunto también ha sido abordado por los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos, por ejemplo el Comité contra la Tortura (*Agiza vs. Suecia*), y expertos bajo las órdenes de la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y su Subcomisión. Esto ha llevado al desarrollo de criterios claros, y ahora está bien establecido que el Estado que envía, sólo actúa de acuerdo con sus obligaciones de derechos humanos si tales garantías eliminan de manera efectiva el riesgo de que el individuo en cuestión sea sometido a violaciones de los derechos garantizados por aquellas. Por lo tanto, considerando toda la información pertinente referente a un caso individual, se puede confiar en las garantías diplomáticas sólo si:

- (i) son un medio *adecuado* para eliminar el peligro para el individuo en cuestión, y
- (ii) el Estado que envía puede, de buena fe, considerarlas *confiables*.

El Relator Especial de la ONU sobre la tortura expresó su opinión de que “en circunstancias en las cuales existe un patrón consistente de violaciones graves, flagrantes o masivas de derechos humanos o práctica sistemática de tortura, se debe observar estrictamente el principio de *no devolución* y no deberá recurrirse a garantías diplomáticas”. De manera similar, la Subcomisión para la Promoción de Derechos Humanos, en su Resolución sobre el traslado de personas, “confirma que cuando la tortura o el trato cruel, inhumano o degradante es generalizado o sistemático en un Estado, especialmente cuando un organismo de derechos humanos o un procedimiento especial de la Comisión de Derechos Humanos ha determinado que prevalece tal práctica, existe la presunción de que cualquier persona sujeta a traslado enfrentaría un riesgo real de ser sometida a dicho trato y recomienda que, en tales circunstancias, la presunción no deberá ser desplazada por cualquier garantía, empresa o cualquier otro compromiso hecho por las autoridades del Estado al cual el individuo va a ser trasladado” (documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/2005/L.12, 4 de agosto de 2005, párrafo 4). Para más detalles, consúltese la Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional para los refugiados, agosto de 2006.

Relator especial para la promoción y protección de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo

En su Resolución 2005/80, la Comisión de Derechos Humanos nombró un relator especial para la promoción y protección de derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el

terrorismo para un período de tres años con el mandato de, entre otras actividades:

- Hacer recomendaciones concretas para la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales mientras se lucha contra el terrorismo;
- Reunir, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicados con todas las fuentes pertinentes;
- Identificar, intercambiar y promover las mejores prácticas y medidas para contrarrestar el terrorismo, que respeten los derechos humanos y las libertades fundamentales, y
- Fomentar el diálogo constante con todos los actores pertinentes, incluyendo gobiernos, órganos pertinentes de las Naciones Unidas, agencias y programas especializados, organizaciones no gubernamentales y otras instituciones internacionales regionales y subregionales.

Para más información véase:

Volumen II:

Capítulo 11. Derechos de supervivencia: devolución *de facto*, la falta de tratamiento médico adecuado y la prohibición de la devolución.



Capítulo 10 El principio de no discriminación

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículo 3 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado.

Comité Ejecutivo, Conclusión No. 104 (2005).

Artículo IV de la Convención de la OUA por la que se regulan aspectos específicos de problemas de los refugiados en África.

Derecho internacional de los derechos humanos

El principio de igualdad y no discriminación.

Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Artículo 2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

Artículo 2 de la Convención sobre derechos del niño.

Artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículos 2 y 3 de la Carta Africana.

Artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 1, Protocolo No. 12, del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15 sobre la condición de los extranjeros según el Pacto.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18 sobre la no discriminación.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General XXX (2004) sobre los no ciudadanos.

El derecho al trato equitativo y la prohibición de discriminación según el derecho internacional de los derechos humanos provee una protección más amplia que la que proporcionan las disposiciones del derecho internacional de los refugiados. Si bien la Convención de 1951 otorga a los refugiados algunos derechos equiparables a los de los ciudadanos (véanse los artículos 4 sobre religión, 14 sobre derechos artísticos y propiedad industrial, 16 sobre el acceso a tribunales, 22 sobre educación pública, 23 sobre protección civil, y 24 sobre legislación laboral y seguridad social), de acuerdo con los tratados de derechos humanos, los derechos generalmente se conceden a “toda persona” bajo la jurisdicción del Estado (véase arriba el Capítulo 7). Además, aunque el artículo 3 de la Convención de 1951 se refiere a la prohibición contra la discriminación de refugiados por motivos de “raza, religión y país

de origen,” y la enumeración es exhaustiva, las disposiciones de no discriminación del derecho de los derechos humanos son de mayor alcance, cubren más áreas de discriminación prohibida y las causales enumeradas generalmente no son exhaustivas.

10.1 La discriminación durante la vida de un refugiado

La discriminación puede afectar a los refugiados durante cada etapa de su desplazamiento forzado:

- La tensión causada por la discriminación étnica, racial o religiosa puede causar afluencias de refugiados.
- Durante los desplazamientos, los refugiados pueden ser vistos como irrupción no deseada en las vidas de la comunidad local, donde han buscado su seguridad.
- La discriminación puede afectar la integración local en el país anfitrión, el reasentamiento en un tercer país o la repatriación voluntaria al país de origen de un refugiado.

El Comité Ejecutivo del ACNUR ha subrayado la importancia de la educación y otros programas para combatir el racismo, la discriminación y la xenofobia (Conclusión No. 85[g]) y ha exhortado a los Estados a combatir la intolerancia, el racismo, y la xenofobia y a fomentar la empatía y el entendimiento mediante declaraciones públicas, legislación adecuada y políticas sociales, especialmente referentes a la situación singular de los refugiados y solicitantes de asilo. (Conclusión No. 77 [h]). El Comité también ha indicado que los países de asilo podrían necesitar apoyo técnico y financiero para adaptar y revisar sus marcos legales y administrativos con el fin de conceder a los refugiados igualdad en el disfrute de los derechos, servicios y programas sin discriminación alguna (Conclusión No.104 [l]).

10.2 Normas pertinentes de derechos humanos

El principio general de igualdad ante la ley y no discriminación es un elemento fundamental del derecho internacional de derechos humanos. El derecho de igualdad y no discriminación se reconoce en diversos instrumentos de derechos humanos (véase la lista anterior).

La discriminación prohibida por el derecho de los derechos humanos incluye cualquier *distinción, exclusión, restricción o preferencia* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen social o nacional, propiedad, nacimiento u otra condición, y que tenga el efecto o propósito de perjudicar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio de todos

los derechos contenidos en los instrumentos de derechos humanos.

Si bien la mayoría de los tratados de derechos humanos prohíben la discriminación en relación con el disfrute de los derechos que en ellos se enumeran, algunos instrumentos consideran formas de protección que no están limitadas al goce de esos derechos. Por ejemplo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Protocolo No. 12 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales establecen derechos de igualdad autónomos, lo que significa que su aplicación no está limitada a los derechos contenidos en esos tratados.

Por ejemplo, la disposición de no discriminación contenida en el artículo 14 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales es limitada, ya que prohíbe la discriminación sólo con respecto al “disfrute de los derechos y libertades” establecidos en el Convenio. Para llenar este hueco, el Protocolo No. 12 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales establece un derecho autónomo de igualdad en diversas áreas: sexo, raza, color, lengua, religión, origen social o nacional, y linaje. Por lo tanto, cualquier acto u omisión por parte de una autoridad pública, incluso cuando sea ejercida mediante poder discrecional, no debe ser discriminatoria.

De manera similar, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también establece una disposición autónoma de no discriminación, así que su aplicación no está confinada a los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con este artículo, “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, linaje o cualquier otra condición social”.

En su Observación General No. 18, el Comité de Derechos Humanos hizo notar que en el Pacto “no se define el término ‘discriminación’ ni se indica qué es lo que constituye ‘discriminación’”. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial se establece que la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de

los derechos humanos y libertades fundamentales”. La naturaleza no exhaustiva de la lista proporcionada en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite su aplicación en casos de discriminación basada en la ciudadanía o en la ausencia de ella.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también contiene una disposición no-discriminatoria explícita en su artículo 2.2, el cual estipula que “los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, linaje o cualquier otra condición social.”

El artículo 2.3 estipula que “los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente pacto a personas que no sean sus compatriotas”. De acuerdo con los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y a la luz del objetivo y propósito del Pacto, la excepción enunciada en el artículo 2.3 deberá interpretarse de manera restringida.

10.3 Alcance y contenido del principio de no discriminación según el derecho de los derechos humanos

Los esfuerzos para proteger a los refugiados y solicitantes de asilo con frecuencia se ven frustrados por la discriminación, el racismo y la xenofobia. Proteger a los refugiados y solicitantes de asilo de todas las formas de discriminación requiere de entendimiento del derecho a la igualdad que, si bien no es absoluto, impone a los Estados límites a su discreción para hacer distinciones entre individuos bajo su jurisdicción. El derecho internacional de los derechos humanos proporciona las normas necesarias para determinar cuando una distinción es considerada discriminatoria y los mecanismos para impugnar distinciones arbitrarias o desproporcionadas.

10.3.1 ¿Cuándo la “distinción” no equivale a “discriminación”?

En el derecho internacional de los derechos humanos está bien establecido que no todas las diferencias de trato constituyen discriminación. El Comité de Derechos Humanos hizo notar en su Observación General No. 18: “[...] el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato

en toda circunstancia. A este respecto, las disposiciones del Pacto son explícitas. Por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 6 prohíbe que se imponga la pena de muerte a personas menores de 18 años de edad. El mismo párrafo prohíbe que se aplique dicha pena a las mujeres en estado de gravidez. De la misma manera, en el párrafo 3 del artículo 10 se requiere que los delincuentes menores estén separados de los adultos. Además, el artículo 25 garantiza determinados derechos políticos, estableciendo diferencias por motivos de ciudadanía y de edad”.

En la práctica, el principio de no discriminación puede requerir distinción, ya que personas que son diferentes deberían ser tratadas de manera diferente. Aunque no todo el trato diferenciado es discriminatorio, el derecho internacional establece criterios para determinar cuándo una distinción es discriminatoria. En esencia, es posible decir que una distinción es compatible con el principio de igualdad cuando

- Tiene un *fin* y una *justificación razonables*;
- Persigue un *fin legítimo*, compatible con el derecho internacional de los derechos humanos; y
- Existe una *relación de proporcionalidad razonable* entre los medios empleados y el objetivo que se persigue.

10.3.2 Acción afirmativa

En algunas circunstancias, el principio de no discriminación requiere que los Estados emprendan acciones afirmativas o medidas de protección para prevenir o compensar las desventajas estructurales o para proteger a grupos particularmente vulnerables.

Las acciones afirmativas están dirigidas a quitar obstáculos al avance de grupos en desventaja, tales como mujeres, minorías, indígenas, refugiados, desplazados internos y personas discapacitadas, y son de carácter temporal, lo cual significa que no deben continuar una vez que hayan logrado sus objetivos. Las medidas de acción afirmativa no pueden ser consideradas discriminatorias. Por lo tanto, si, por ejemplo, un Estado proporciona acceso privilegiado a programas educativos para grupos marginados o en desventaja, o si proporciona asistencia especial a las madres, tales medidas no serían contrarias al principio de igualdad.

Por lo tanto, se requiere a los Estados establecer salvaguardas de procedimiento para asegurar el acceso justo a los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado a mujeres, niños y personas de edad y discapacitadas. El artículo 4 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la

Mujer expresa que las medidas especiales, como las cuotas, y las acciones afirmativas que están dirigidas a acelerar la igualdad *de facto* entre hombres y mujeres, no se consideran discriminatorias.

10.3.3 Discriminación directa e indirecta

La discriminación ejercida con el “propósito” o “efecto” de anular o menoscabar el disfrute equitativo o ejercicio de los derechos está prohibida por el derecho de los derechos humanos.

El concepto de discriminación “indirecta” se refiere a una ley, práctica o criterio aparentemente “neutral” que ha sido aplicado igualmente a todas las personas, pero cuyo resultado tiene un impacto desproporcionado o inaceptable para un grupo en comparación con otro. Para determinar la existencia de discriminación indirecta es irrelevante si había o no la intención de discriminar por cualquiera de los motivos prohibidos. Más bien se deben examinar las consecuencias o efectos de una ley o acción (véase Comité de Derechos Humanos, *Derksen vs. los Países Bajos*).

10.3.4 Discriminación por parte de individuos

Las prácticas discriminatorias ejercidas por actores no estatales pueden constituir amenazas graves para el disfrute de los derechos humanos de los solicitantes de asilo y refugiados. Los Estados que forman parte de instrumentos de derechos humanos están obligados a evitar la discriminación por parte de particulares.

Algunos tratados de derechos humanos, tales como la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se refieren de manera expresa a las obligaciones de los Estados partes de eliminar la discriminación en la esfera privada. De acuerdo con el artículo 2 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, por ejemplo, los Estados partes se comprometen “a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones”. De manera similar, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, los Estados partes se comprometen a “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”.

Durante su trabajo de vigilancia, los órganos partes de tratados también han visto casos de solicitantes de asilo y refugiados que sufrieron discriminación por parte de entidades privadas. Por ejemplo, al examinar el informe de Australia, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó preocupación por el trato tendencioso que los medios [de comunicación] dan a los

solicitantes de asilo. De acuerdo con las obligaciones establecidas en el artículo 7 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité ha requerido a los Estados partes emprender acciones para contrarrestar cualquier tendencia a señalar, estigmatizar, estereotipar o elaborar el perfil de los solicitantes de asilo con base en su raza, color, ascendencia y origen nacional o étnico, especialmente por los medios y la sociedad en su conjunto (véanse las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Australia, 2005, y las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2003).

10.4 Trato no discriminatorio a solicitantes de asilo y refugiados

El trato no discriminatorio requiere que personas que se encuentren en situaciones análogas sean tratadas de igual manera, aun si la comparación se hace entre ciudadanos del país y solicitantes de asilo o refugiados. Aunque los Estados tienen un cierto margen de discrecionalidad al evaluar hasta qué punto las diferencias en situaciones similares justifican un trato distinto, cualquier distinción irrazonable entre nacionales y solicitantes de asilo constituiría discriminación. De forma similar, también se viola el derecho a no ser discriminado para el disfrute de los derechos garantizados por los tratados de derechos humanos cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de manera diferente a aquellas personas cuyas situaciones son significativamente diferentes. Con frecuencia los refugiados y solicitantes de asilo se encuentran en desventaja en comparación con otros sectores de la población, con el resultado de que se requieren medidas positivas (acciones afirmativas) para compensar las diferencias y ponerlos en una situación similar a la de otras personas dentro de la jurisdicción del Estado en cuestión.

Por lo general, los órganos de vigilancia de derechos humanos que examinan los informes de los Estados partes evalúan la discriminación sufrida por los solicitantes de asilo y refugiados en el país de asilo en procedimientos individuales de determinación de su condición (véanse las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre Dinamarca, 2002) y en el disfrute de todos los derechos en el país de asilo, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales (véanse las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2001).

10.5 Racismo y xenofobia contra solicitantes de asilo y refugiados

Debido a que los solicitantes de asilo y refugiados no se encuentran en su país de origen, hablan por lo general un idioma diferente y a menudo pertenecen a un grupo étnico diferente del de la población del país de asilo, son particularmente vulnerables a la discriminación racial. De acuerdo con los instrumentos de derechos humanos, los Estados deben tomar las medidas apropiadas para combatir prácticas discriminatorias, incluyendo el racismo y la xenofobia. Generalmente, los órganos de derechos humanos expresan serias preocupaciones acerca de actos de discriminación y racismo en contra de solicitantes de asilo y refugiados. Han exhortado a los Estados a combatir actitudes y prejuicios discriminatorios mediante:

- El establecimiento de programas educacionales que promuevan la tolerancia hacia los solicitantes de asilo y refugiados (véanse las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre Suiza, 2002);
- La penalización de comportamientos discriminatorios en su contra, y
- La disposición de los medios necesarios para ofrecer reparación por actos de discriminación y otras violaciones.

Los refugiados y solicitantes de asilo deberán contar con protección legal en contra de actos racistas y xenófobos, y se deberá condenar de manera abierta y castigar efectivamente a los perpetradores de tales delitos.

La prohibición en contra de la incitación al odio

Si los solicitantes de asilo o los refugiados son amenazados con violencia o expuestos a ella a causa de su raza u origen étnico o si grupos u organizaciones públicas o privadas publican o usan propaganda racista dirigida contra los refugiados, es importante considerar que:

- El artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíben cualquier apología del odio nacional, racial o religioso y requieren a los Estados prohibir esta clase de comportamientos mediante legislación adecuada (véase, más adelante, el Capítulo 18).
- El artículo 4.a de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial requiere a los Estados hacer ilegal: la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial; la incitación a la discriminación racial; los actos violentos en contra de una raza o un grupo de personas de otro color u origen étnico; la incitación a tales actos de violencia, y el suministro de cualquiera tipo de ayuda para actividades racistas, incluida la ayuda financiera. Además, el artículo 4.b requiere a los Estados hacer ilegal cualquier organización y propaganda que promueva e incite la discriminación racial, así como la participación en tales organizaciones o actos de propaganda.

10.6 Discriminación en contra de ciertas categorías de solicitantes de asilo

El principio de no discriminación también aplica al considerar diferentes grupos de solicitantes de asilo. Cualquier distinción de trato dispensada por el Estado también tiene que ser razonable, objetiva, proporcional y con un propósito legítimo. Nunca se justificará una negativa categórica de acceso a los procedimientos de asilo a solicitantes de asilo de un país u origen étnico particular. En contraste, la aplicación de diversos procedimientos a solicitantes de asilo de diferentes orígenes (es decir, procedimientos *prima facie*, procedimientos acelerados o estándar) con base en la suposición de que presentan diferentes necesidades de protección, conjuntamente con suficientes salvaguardas de procedimiento, podría ser una distinción legítima que cumple con el principio de no discriminación. De manera inversa, si un Estado proporciona ciertos beneficios sociales a sólo una categoría de solicitantes de asilo, tales medidas podrían constituir discriminación si la distinción en el trato no es justificada.

Si los órganos de vigilancia de los tratados de la ONU reciben información sobre discriminación de parte de diferentes solicitantes de asilo, es muy probable que respondan. Por ejemplo, al revisar el informe de Costa Rica, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó preocupación por la manera discriminatoria en el uso de la legislación para la determinación de condición de refugiado que, de acuerdo con la información recibida, establecía diferentes requisitos para diferentes nacionalidades. El Comité recomendó que el Estado garantizara trato igual para todos los solicitantes de asilo durante los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado, “y en particular a los colombianos” (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales, Costa Rica, 2000).

Si se hacen distinciones entre solicitantes de asilo por motivo de sexo o raza, tal trato puede ser legítimo de acuerdo con la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, y las víctimas pueden presentar sus reclamos individualmente (véase el Vol. I).



Capítulo 11 El derecho de las personas a la libertad y la seguridad: no sanción por ingreso ilegal, protección judicial contra la detención y condiciones de la detención

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículo 31 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Comité Ejecutivo, Conclusiones número 44 (1986), 72 (1993), y 85 (1998),

ACNUR, Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo (1999).

Detención de solicitantes de asilo y refugiados: el marco, el problema y la práctica recomendada (Comité Ejecutivo, Comité Permanente, 1999).

ACNUR, Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado (1994).

Consultas Globales, El artículo 31 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados: Resumen de las conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Ginebra, 2001.

Derecho de los derechos humanos

El derecho de la persona a la libertad y la seguridad.

Artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 9 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 6 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

Artículo 5 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 8 sobre el derecho de las personas a la libertad y la seguridad (artículo 9).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15 sobre la situación de los extranjeros según el Pacto.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27 sobre la libertad de tránsito (artículo 12).

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002.

Derecho a condiciones humanas de detención

Artículo 10 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

Artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 24 del Protocolo de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos relativo a los derechos de la mujer en África (mujeres en situación problemática, incluidas mujeres detenidas).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21: que reemplaza la Observación General 9, concerniente al trato humanitario a personas privadas de su libertad (artículo 10).

ONU, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (1990).

ONU, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1955).

ONU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1990).

Comité Europeo para la prevención de la tortura y otras formas de trato o pena cruel, Inhumano o degradante, Normas. Secciones sustantivas de los Informes Generales del Comité para la Prevención de la Tortura (CPT/Inf/E [2002] 1-Rev. 2003).

En la Conclusión 44, El Comité Ejecutivo del ACNUR hace notar “con profunda preocupación que gran número de refugiados y solicitantes de asilo en diferentes regiones del mundo son actualmente objeto de detención o de medidas restrictivas análogas por el hecho de su entrada o presencia ilegal en busca de asilo, en espera de una solución a su situación”. El tema de la detención arbitraria de solicitantes de asilo y refugiados requiere atención permanente. En principio, la detención debería evitarse debido a las privaciones que ocasiona; y debería imponerse, si acaso, sólo en absoluto cumplimiento de las normas establecidas de derechos humanos.

Los principios de derechos humanos complementan el derecho internacional de los refugiados mediante el reconocimiento de varios derechos, tales como la libertad de tránsito (véase, adelante, el Capítulo 15) y el derecho de las personas a la libertad y a la seguridad. Desde luego, el derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe por completo el arresto o la detención. La privación de la libertad es una forma legítima del Estado para controlar a las personas bajo su jurisdicción. Sin embargo, las normas de derechos humanos proporcionan limitaciones sustantivas y garantías de procedimiento para que el arresto o la detención no sea arbitrario o ilegal.

11.1 Normas del derecho internacional de los refugiados

De acuerdo con el derecho internacional de los refugiados, éstos no deben ser sancionados por motivo de su entrada o presencia ilegal mientras haya llegado directamente del país en el cual temía ser perseguido, se presente a las autoridades sin demora, y demuestre causa justificada (huir de persecución se considera causa justificada).

Una interpretación teleológica del artículo 31.1 de la Convención de 1951 revela que no se requiere a los refugiados haber llegado “directamente” desde su país de origen. La intención parece ser que el artículo 31.1 debería aplicar también cuando los refugiados pasan por otros países o territorios en los cuales enfrentaron la amenaza de ser devueltos.

El Comité Ejecutivo del ACNUR ha expresado que, en vista de la privación que impone, la detención normalmente deberá evitarse (Conclusión del Comité Ejecutivo No. 85).

Artículo 31 de la Convención de 1951

“1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido

previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.”

“2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país [...]”

Por lo tanto, los refugiados y solicitantes de asilo no deberán ser penalizados o expuestos a trato desfavorable sólo porque su presencia en el país se considera ilegal.

11.1.1 Excepciones

Según el derecho internacional de los refugiados, existen cuatro excepciones a la regla general que impide detener a los solicitantes de asilo. Los solicitantes de asilo podrán ser detenidos:

- Para verificar su identidad (cuando ésta sea indeterminada o esté en disputa);
- Para determinar los elementos en que se basa la solicitud de asilo;
- En aquellos casos en que los solicitantes han destruido sus documentos de viaje o identidad o han usado documentos fraudulentos para engañar a las autoridades del país en el que intentan conseguir asilo, y
- Para proteger la seguridad nacional y el orden público.

La detención de solicitantes de asilo es considerada legal y no arbitraria si cumple con la legislación nacional, la Convención de 1951 y el derecho internacional de los derechos humanos (véase más adelante). Al tomar la decisión de detención, las autoridades deberán determinar si la detención es razonable y proporcional a los objetivos que se persiguen. Si se juzga necesario, la detención sólo deberá imponerse sobre una base no discriminatoria.

11.2 Normas pertinentes de derechos humanos

Las disposiciones de derechos humanos proporcionan garantías sustantivas y de procedimiento para que el arresto o la detención no sea arbitrario o ilegal; que será sometido a revisión judicial o administrativa; y que cualquier persona detenida deberá ser informada, al momento de ser detenida, de las razones y los cargos. Las normas de derechos humanos también requieren que la detención se efectúe de manera no discriminatoria y que la detención de niños sea un último recurso que, de imponerse, deberá cumplir con varios requisitos rigurosos.

Los órganos de supervisión de derechos humanos han especificado que estos principios son válidos para todos los tipos de detención, trátese o no de casos delictivos, incluida la detención administrativa, preventiva o en curso del control migratorio.

11.2.1 El derecho a la libertad

El derecho a la libertad y la seguridad se codifica en el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y se detalla aún más en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (desarrollado posteriormente en la Observación General No. 8), el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 5 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales y el artículo 6 de la Convención Africana. Todas estas disposiciones establecen ciertas garantías de procedimiento y normas mínimas de protección contra el arresto y la detención arbitrarios.

El **Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales** difiere de otras convenciones en que define de manera exhaustiva los casos en los cuales una persona puede ser privada de su libertad. El artículo 5.1.f permite el arresto o detención de una persona “para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”. Sin embargo, el artículo 5 también establece varios derechos para la persona detenida, incluido el derecho de ser informado sin demora, en el idioma en el que la persona entiende, de las razones para su arresto o detención y de cualquier cargo en su contra; el derecho a ser llevado rápidamente ante un juez u otra autoridad judicial; el derecho a procedimientos legales mediante los cuales la legalidad de su detención será decidida rápidamente por un tribunal y sus liberación ordenada si la detención no fuese legal; y el derecho a una reparación, ejecutable por ley, si el individuo ha sido víctima de arresto o detención arbitrarios.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, la detención de niños sólo deberá usarse como medida de último recurso, por el período apropiado más corto (artículo 37.b), y tomando en cuenta el interés superior del niño (artículo 3).

11.2.2 El derecho a la seguridad personal

Debido a que el derecho a la seguridad personal no ha sido definido tan claramente como el derecho a la libertad, el alcance de este derecho difiere entre las diferentes convenciones de derechos humanos. De acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, el derecho a la seguridad personal es independiente de la garantía de libertad. Esto significa que el derecho a la seguridad no se limita a situaciones de privación formal de la libertad. Por lo tanto, aun cuando un individuo no esté bajo la custodia del Estado, éste no puede ignorar una amenaza conocida a la vida de una persona bajo su jurisdicción. El Estado tiene la obligación de tomar medidas razonables y apropiadas para proteger a todas las personas bajo su jurisdicción.

El **Tribunal Europeo** ha examinado la obligación de proteger a un individuo en contra de ataques efectuados por otras personas, pero lo ha hecho en virtud de la protección del derecho a la vida (artículo 2). El Tribunal Europeo ha hecho notar que, en ciertas circunstancias bien definidas, las autoridades tienen la obligación de tomar medidas preventivas para proteger a un individuo cuya vida está en riesgo debido a actos delictivos perpetrados por otro individuo. Sin embargo, dicha obligación deberá interpretarse de manera tal que no imponga una tarea imposible o desproporcionada a las autoridades. El estándar de prueba establecido por el **Tribunal Europeo** es que “las autoridades sepan o hayan sabido en su momento de la existencia de un riesgo auténtico para la vida de un individuo determinado por los actos delictivos de un tercero, y que no hayan tomado, dentro de lo que estaba a su alcance, las medidas necesarias que, juzgadas razonablemente, pudieran haber evitado el riesgo” (*Osman vs. el Reino Unido*).

El Comité de Derechos Humanos encontró que un Estado parte violó el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al ignorar las amenazas a la seguridad personal del solicitante (*Delgado Páez vs. Colombia*). El Sr. Delgado tuvo que huir del país y buscar asilo en Francia, donde se le concedió la condición de refugiado.

11.3 Alcance de la libertad respecto de la detención arbitraria

11.3.1 ¿Qué es “detención”?

La detención no sólo implica cárcel. La detención es confinamiento dentro de una ubicación estrechamente limitada o restringida, incluyendo prisiones, campos cerrados, instalaciones de detención públicas o privadas, cuartos de hotel o lugares donde la libertad de movimiento está severamente limitada. El confinamiento en zonas de tránsito de un aeropuerto, donde la única oportunidad de salir de esta área limitada es abandonar el territorio del país de asilo, también constituye detención. Para determinar si un solicitante de asilo está en detención, se deberá evaluar el impacto

acumulativo de las restricciones, así como el grado e intensidad de cada una de ellas (véase ACNUR, *Manual para parlamentarios: una guía al derecho internacional de los refugiados*).

11.3.2 ¿Qué constituye una detención o arresto “arbitrario”?

De acuerdo con las normas de derechos humanos, nadie deberá ser sometido a detención o arresto arbitrario. “Arbitrariedad” no deberá equipararse solamente con “ilegalidad” y debe interpretarse en un sentido más amplio que incluya elementos de inadecuación, injusticia y falta de previsibilidad.

Aún si inicialmente la detención se considera legal, no deberá continuar más allá del período en el cual el Estado pueda proporcionar justificación apropiada. La prisión preventiva tras un arresto legal debe ser: legal (de acuerdo a la ley), razonable, y necesaria en todas las circunstancias (como, por ejemplo, evitar una evasión).

Los Estados tiene la carga de probar que un arresto o detención cumple con todos estos requisitos. Si un Estado no demuestra las razones que aduce para justificar la detención de un solicitante de asilo en particular, estará violando el derecho a la libertad.

El Comité de Derechos Humanos ha abordado este derecho en el caso de *A. vs. Australia*. El solicitante era un ciudadano camboyano que había llegado por bote ilegalmente a Australia y solicitó la condición de refugiado. Su solicitud fue rechazada por el Comité de determinación de la condición de refugiado y el solicitante presentó una apelación. “A” estuvo detenido durante cuatro años, mientras se determinaba su condición de refugiado. Aunque el comité reconoció que la detención de solicitantes de asilo no es arbitraria *per se*, determinó que la decisión de mantener a una persona en detención deberá revisarse periódicamente, a fin de que puedan evaluarse las razones que justifican la detención. De cualquier manera, la detención no deberá continuar más allá del período en el cual el Estado puede proporcionar justificación apropiada.

El Comité de Derechos Humanos hizo notar que “la entrada ilegal puede indicar la necesidad de realizar una investigación y que pueden existir otros factores específicos de los individuos, tales como la probabilidad de fuga y la falta de cooperación, lo cual puede justificar la detención por algún tiempo. Sin tales factores, la detención puede considerarse arbitraria, aún si la entrada fue ilegal”. El Comité estuvo particularmente preocupado acerca del tiempo de la detención del solicitante, y condenó la política de Australia de detener a los “balseros”.

El Comité de Derechos Humanos ha determinado que, cuando un solicitante de asilo en detención presenta problemas de salud, el Estado parte debe demostrar no sólo lo razonable y lo necesario de la detención, también que “no había medios menos invasivos para lograr el cumplimiento de las leyes de migración”, tales como la imposición de informar sobre las obligaciones, garantías u otras condiciones que tomaran en cuenta la condición de deterioro de la persona. En el caso de *C. vs. Australia*, el Comité encontró que Australia no sólo había violado el artículo 9, debido a la duración de la detención (más de dos años) y a la falta de que la autoridad judicial hiciera una revisión sustancial. También encontró que su continua detención, cuando el Estado estaba conciente de su condición mental, y no haber tomado las medidas necesarias para mejorar su deterioro mental, también constituyeron violaciones de sus derechos según el artículo 7 (prohibición de la tortura y otros tipos de maltrato) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El **Tribunal Europeo** ha observado que la detención con el fin de facilitar el traslado sólo se podría justificar mientras los procedimientos de deportación estuvieran en curso. Por lo tanto, si los procedimientos no se llevan a cabo con la debida diligencia, la detención ya no sería permisible según el artículo 5.1.f (véase el caso *Chahal vs. el Reino Unido*).

11.4 Requisitos para la detención de solicitantes de asilo

Mientras que la detención de solicitantes de asilo no está, *per se*, en contra del derecho de los derechos humanos, los Estados deben cumplir con los siguientes requisitos:

- La detención no debe ser arbitraria y debe estar basada en razones y procedimientos establecidos por la ley. El término “arbitrario” debe interpretarse con amplitud para incluir “elementos inapropiados, injusticia, falta de previsión y procedimientos legales adecuados”.
- La información referente a las razones para el arresto de la persona solicitante de asilo deberá serle comunicada a ella sin demora, y las autoridades deben informarle también del derecho a solicitar consejo legal y a ponerse en contacto con el ACNUR.
- El solicitante de asilo detenido debe tener acceso inmediato a apropiada asistencia legal y de cualquier otro tipo, derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente,

independiente e imparcial, y a obtener una pronta decisión por tal acción.

- La detención no deberá llevarse a cabo en instalaciones penitenciarias en donde se encuentren presos cumpliendo sentencia.
- Las condiciones de detención deben ser humanas y respetuosas de la dignidad de todos los individuos (véase adelante “trato a detenidos”).
- La detención que en un principio fue ilegal, es decir, cuando se usó durante una investigación, no debe continuar cuando ya no están presentes aquellos riesgos que originalmente justificaban la detención. Se debe otorgar poderes a una autoridad judicial para revisar la continuación y las condiciones de la detención.

11.5 Detención de solicitantes de asilo en zonas de tránsito (puertos y aeropuertos)

El Tribunal Europeo ha abordado la práctica de detención de solicitantes en una zona de tránsito – tales como aeropuertos, puntos de cruce terrestres o puertos – mientras sus solicitudes están siendo procesadas. En el caso de *Amuur vs. Francia*, referente a la detención de extranjeros en la zona internacional de un aeropuerto, el Tribunal Europeo determinó que el derecho soberano de los Estados a controlar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio debe ser ejercido en concordancia con las disposiciones del Convenio Europeo, incluyendo el artículo 5. Por lo tanto, deberá otorgarse a los solicitantes de asilo detenidos en centros de detención de aeropuertos los mismos derechos que a otros solicitantes de asilo detenidos en otras instalaciones de detención de acuerdo con Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la Convención de 1951 sobre los Refugiados.

De acuerdo con el **Tribunal Europeo**, “la detención de extranjeros en la zona internacional sí implica una restricción de la libertad, pero una que no es en todos aspectos comparable con aquella que se tiene en centros de detención de extranjeros pendientes de deportación. Dicho confinamiento, acompañado de garantías adecuadas para la persona en cuestión, es aceptable sólo para permitir a los Estados evitar la migración ilegal mientras cumple con sus obligaciones internacionales. Dicha detención no se deberá prolongar excesivamente, pues de otra manera existiría el riesgo de transformar una simple restricción de la libertad – inevitable si se quiere organizar los detalles prácticos de la repatriación del extranjero o cuando éste ha solicitado asilo, mientras se considera su solicitud de permiso para ingresar al territorio con ese propósito

– en una privación de la libertad. En ese sentido, deberá tomarse en consideración el hecho de que la medida no es aplicable a aquellos que han cometido delitos sino a los extranjeros que, temiendo por sus vidas, han huido de su propio país. Aunque, debido a las circunstancias, la decisión de detención debe ser tomada necesariamente por las autoridades administrativas o policiales, su prolongación requiere una revisión expedita por parte de los tribunales, tradicionales guardianes de las libertades individuales. Sobre todo, tal confinamiento no debe privar al solicitante de asilo del derecho a obtener acceso efectivo al procedimiento para determinar la condición de refugiado”.

Agregó el Tribunal Europeo que: “[...] el simple hecho de que es posible para los solicitantes de asilo abandonar voluntariamente el país en el cual desean refugiarse no puede excluir una restricción a la libertad; el derecho a abandonar cualquier país, incluido el propio, está garantizado, además, por el Protocolo No. 4 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales. Además, esta posibilidad se vuelve teórica si ningún otro país que ofrezca protección comparable a la que esperan encontrar en el país al cual solicitan asilo está dispuesto o preparado para aceptarlos”. El Tribunal concluyó que la detención de solicitantes en la zona de tránsito del aeropuerto París-Orly durante 20 días fue, en virtud de las restricciones impuestas, equivalente a una privación de la libertad.

En el caso de *Shamsa vs. Polonia* (Sentencia del 27 de noviembre de 2003), el Tribunal Europeo examinó si los solicitantes estaban o no, en realidad, en detención mientras se encontraban en la zona de tránsito del aeropuerto de Varsovia. El **Tribunal** analizó la naturaleza, duración y modalidades de la restricción de libertad y concluyó que en realidad sí estaban en detención. Los solicitantes fueron custodiados por la policía fronteriza y no tenían libertad de tránsito. Al examinar la legalidad de la detención, el **Tribunal Europeo** observó que los solicitantes eran mantenidos en la zona de tránsito sólo con base en las reglas internas de los guardias fronterizos. De acuerdo con el **Tribunal**, estas reglas no pueden considerarse una base legal para detención. El **Tribunal Europeo** identificó un vacío legal en la legislación polaca, ya que no había leyes específicas relativas a la detención de extranjeros una vez expirada la fecha límite para su expulsión. El Tribunal indicó, además, que una medida de detención que dure un cierto número de días debe ser establecida por un tribunal, un juez o una persona con poderes judiciales. La detención de solicitantes en la zona de tránsito más allá de la fecha límite para su expulsión se consideró violatoria del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales.

Después de estas decisiones, es posible concluir que en casos en los cuales los solicitantes de asilo son detenidos en aeropuertos, por ejemplo, debe cumplirse con varios requisitos específicos adicionales:

- Debe de existir una **ley** clara en vigor en el momento de la detención.
- La ley debe referirse a las **circunstancias particulares** de su detención.
- Se debe conceder al solicitante de asilo **acceso, dentro de un tiempo razonable, a los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado.**
- Se debe conceder al solicitante de asilo **acceso, dentro de un tiempo específico, a asistencia legal, humanitaria y social durante la detención.**
- La medida de detención **debe ser establecida por un tribunal, un juez o una persona con poderes judiciales.**
- La detención **no puede extenderse más allá de la fecha límite para la expulsión.**

11.6 Detención de niñas y niños

Los requisitos para la detención de niñas y niños son aún más restrictivos que los que se establecieron anteriormente. Además de los requisitos anteriormente mencionados, la detención de un niño deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- La detención o encarcelamiento de un niño deberá emplearse sólo como **medida de último recurso y por el lapso más corto posible** (artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- En los casos excepcionales de detención, las condiciones de detención deben regirse por **el interés superior del niño y deben tomar en consideración las necesidades de las personas de su edad** (artículo 37.c de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- Como regla general, **debe separarse** a los niños **de los adultos**, a menos que se considere en nombre del interés superior no hacerlo (por ejemplo, los niños pequeños deben estar con su madre).
- Se debe proporcionar a los niños **acceso ágil y gratuito a apropiada asistencia legal y de otros tipos, incluyendo la designación de un representante legal** (artículo 37.d de la Convención sobre los Derechos del Niño).

- Los niños tienen **derecho de mantener contacto con su familia**.
- Los niños tienen **derecho de continuar con su educación**, la cual deberá efectuarse fuera de las instalaciones de detención (artículo 28 del Convención sobre los Derechos del Niño).
- Los niños tienen **derecho a la recreación y el juego** (artículo 31 del Convención sobre los Derechos del Niño).

En su *Opinión Consultativa OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño* la Corte Interamericana resume las observaciones escritas de la ONG “Centro por la Justicia y el Derecho Internacional” según la cual “como regla, los niños no deberán ser detenidos y, por el contrario, deben recibir hospedaje y una supervisión adecuada por parte de autoridades estatales protectoras de la infancia” y “ante la falta de alternativas, la detención debe ser una medida de *ultima ratio* y por el período más corto posible; asimismo, los niños deben recibir, al menos, las mismas garantías procesales otorgadas a los adultos” (Corte Interamericana, *Opinión Consultiva OC-17/02 sobre las condiciones jurídicas y los derechos humanos del niño*, 28 de agosto de 2002).

11.7 Condiciones del encarcelamiento o la detención

Los solicitantes de asilo forzados a vivir en centros de detención o formas similares de alojamientos colectivos cerrados deben ser tratados humanamente. El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantizan a todas las personas privadas de su libertad el derecho a un trato humano y a ciertas condiciones mínimas de detención y encarcelamiento previos a un juicio. Aunque el artículo 5 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales no se refiere a las condiciones de detención, se podrían presentar demandas sobre las condiciones de detención y trato que reciben los solicitantes de asilo con base en otros artículos del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, en especial el artículo 3.

El Comité de Derechos Humanos se ha referido al alcance del derecho a trato humano en su observación General No. 21. El artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser.” De acuerdo con el Comité, esta disposición es válida para todas las personas privadas de su libertad, según las leyes y autoridad del Estado, que estén detenidas en prisiones, hospitales,

campos de detención, instituciones correccionales u otros lugares. El Comité de Derechos Humanos hace notar que la aplicación de esta regla no depende de los recursos materiales disponibles en el Estado parte. Esta regla debe aplicarse sin distinción de ningún tipo, trátase de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, linaje u otra condición. Este artículo define “detención” como cualquier situación en la cual una persona no tiene la libertad para abandonar el lugar en el que el Estado la ha obligado a vivir. Esto es indudablemente aplicable a los solicitantes de asilo; también podría aplicarse a solicitantes de asilo que no están detenidos pero que son obligados a vivir en centros de alojamiento.

De acuerdo con el Tribunal Europeo, “maltrato” es un trato “que alcanza un nivel mínimo de gravedad e involucra heridas físicas o sufrimiento físico y mental intensos. Cuando el trato humille o rebaje a un individuo mostrando una falta de respeto por su dignidad humana o disminución de ésta, suscite sentimientos de temor, angustia o inferioridad capaces de romper su resistencia física y moral, puede caracterizarse como degradante y también caer dentro de la prohibición del artículo 3 [del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales]. El sufrimiento que tiene su origen en enfermedades, físicas o mentales, que ocurren de forma natural, puede ser cubierto por el artículo 3, cuando es, o está en riesgo de ser exacerbado por el trato generado por las condiciones de detención, expulsión u otras medidas, por las cuales puede responsabilizarse a las autoridades” (*Pretty vs. el Reino Unido*).

11.7.1 Estándares sobre las condiciones de detención

Las condiciones durante una detención no deben llegar a constituir a “maltrato”. No debe haber confinamiento solitario prolongado, confinamiento prolongado sin cargos, negativa de tratamiento médico ni de contacto con la familia o amigos.

Otras condiciones – como la falta de un colchón o ropa de cama, limpieza inadecuada, ausencia de ventilación o luz eléctrica, negativa para ejercitarse, atención médica inadecuada, negativa de alimentos o calidad y cantidad inadecuada de estos, falta de agua limpia para beber, negativa de asistencia rápida en caso de ataques de asma, condiciones sanitarias o higiénicas inadecuadas, negativa de acceso al correo personal y falta de medidas necesarias para acomodar a una persona discapacitada – podrían también, dependiendo de las circunstancias, equipararse a maltrato.

Se han desarrollado varias normas de Naciones Unidas relativas a la detención y deberán aplicarse a refugiados y solicitantes de asilo en detención. Entre ellas están las Reglas mínimas para el tratamiento

a los reclusos (1957), el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988), el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1978) y los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1982).

El Estado continúa siendo responsable de la protección de los derechos humanos, aun cuando compañías privadas administren las instalaciones de detención o alojamiento.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que, para evaluar las condiciones de detención, se deberá considerar el efecto acumulativo de las condiciones, así como los alegatos específicos. La negativa de tratamiento médico, sin embargo, es una violación inmediata del artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El **Tribunal Europeo** ha examinado las condiciones de detención de conformidad con el artículo 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales. Para su evaluación, el Convenio Europeo considera las circunstancias particulares del detenido, la severidad de la medida y su duración, el objetivo perseguido y el efecto sobre la persona en cuestión. El Tribunal también ha examinado las consecuencias negativas de la detención en la salud del detenido y la falta de cuidados médicos apropiados durante la detención.

La Comisión Africana ha examinado las condiciones de detención de conformidad con la protección del derecho a la vida. Ha declarado que la negación de medicamentos a un prisionero, poniendo en peligro su vida aun sin causarle la muerte, constituye una violación del derecho a la vida (véase *International Pen, Constitutional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organizations vs. Nigeria*). También ha hecho notar que hacer pasar hambre a los prisioneros y privarlos de cobertores, ropa y cuidado de la salud viola el derecho a la salud. (véase *Malawi African Association and Others vs. Mauritania*).

La mayoría de los órganos de vigilancia de los tratados de la ONU examinan las condiciones en los centros de detención o recepción de solicitantes de asilo y requieren a los Estados mejorar tales condiciones, si fuera necesario. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, por ejemplo, ha expresado preocupación por la sobrepoblación de los centros de recepción en Ceuta y las Islas Canarias en España (Comité para la Eliminación de la

Discriminación Racial, España, Observaciones Finales, 2004), mientras que el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado preocupación por las condiciones de vida en algunos centros de recepción para solicitantes de asilo en los Países Bajos (Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Países Bajos, Observaciones Finales, 1998).

El Protocolo facultativo de la Convención de la ONU contra la Tortura, que entró en vigor el 22 de junio de 2006, fortalecerá más la protección en contra de la tortura mediante el establecimiento de un Subcomité Internacional para la Prevención de la Tortura con el mandato de visitar lugares de detención en los Estados partes. De la misma manera, el Protocolo requiere a los Estados partes establecer mecanismos nacionales preventivos, a los que también se les proporcionará acceso a lugares de detención y a los prisioneros que ahí se encuentran detenidos. Tras estas visitas, el Subcomité y los mecanismos nacionales de prevención harán recomendaciones para mejorar el trato a las personas privadas de su libertad, y sus condiciones, y trabajarán con las autoridades pertinentes para garantizar la instrumentación de las recomendaciones.

11.8 Prohibición del trato o castigo cruel, inhumano o degradante a solicitantes de asilo pendientes de determinación de la condición de refugiado

La prohibición de trato o castigo cruel, inhumano o degradante contenida en muchos de los principales instrumentos de derechos humanos (véase la lista anterior) podría utilizarse también para proteger a solicitantes de asilo en los países de asilo, aun cuando no estén detenidos. Este aspecto del derecho puede merecer más atención y desarrollo.

Los solicitantes de asilo podrían encontrarse en una o más de las siguientes situaciones: enfrentar largos procedimientos que los mantengan en la incertidumbre acerca de su condición legal; ver limitada su libertad de tránsito; impedidos de trabajar o de la posibilidad de encontrar empleo; poseer recursos económicos muy limitados y ningunas o pocas prestaciones de asistencia social; recibir trato menos favorable que los nacionales o los extranjeros en el goce de derechos sociales y económicos; y encontrar dificultades para adaptarse a la vida en el país anfitrión por hablar un idioma diferente.

Si bien puede no ser posible considerar cualquiera de estas condiciones por sí mismas como “trato cruel, inhumano o degradante”, podrían serlo acumulativamente y si hubieran sido padecidas durante períodos prolongados o –considerando las

vulnerabilidades particulares de los individuos en cuestión, derivadas de su edad, sexo, salud física y mental— en casos extremos constituyen trato prohibido según el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para más información, véase:

Volumen I:

Mecanismos basados en la Carta de la ONU:

Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria

Relator Especial contra la Tortura



Capítulo 12 Los derechos de supervivencia (derechos económicos, sociales y culturales)

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículos 21 y 23 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados.

Comité Ejecutivo, Conclusión No. 104 (2005).

ACNUR, IOM/FOM No. 104/2001 sobre la repatriación voluntaria y el derecho a vivienda adecuada.

ACNUR, Normas de recepción para solicitantes de asilo en la Unión Europea (2000).

ACNUR, Recepción de solicitantes de asilo, incluyendo normas de trato en el contexto de sistemas individuales de asilo (2001).

Derecho de los derechos humanos

El derecho a un modo adecuado de vida (alimentación, vestido y vivienda).

Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 11 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 37 de la Convención sobre derechos del niño.

Artículo 14 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

Artículo 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 16 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 4.1 de la Carta Social Europea y el Artículo 31 de la Carta Social Europea revisada.

Artículos 5, 14, y 18 de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos.

Artículos 15 y 16 del Protocolo de la Carta Africana de derechos humanos y de los relativo a los derechos de la mujer en África.

Comité para los derechos económicos, sociales y culturales, Observación General No. 12, relativa al derecho a una alimentación adecuada (artículo 11).

Comité para los derechos económicos, sociales y culturales, Observación General No. 7, relativa al derecho a una vivienda adecuada: desalojo forzado (artículo 11.1).

Comité para los derechos económicos, sociales y culturales, Observación General No. 4, relativa al derecho a una vivienda adecuada (artículo 11).

Derecho a la salud

Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo 12 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 12 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de

discriminación racial.

Artículo 28 de la Convención para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Artículo 10 del Protocolo de San Salvador.

Artículo 16 de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos.

Artículo 14 del Protocolo de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos relativo a los derechos de la mujer en África

Artículo 14 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño.

Artículo 11 de la Carta Social Europea (véase el Apéndice de la ESC para la excepción *ratione personae*).

Comité para los derechos económicos, sociales y culturales, Observación General No. 14, relativa al derecho al grado más alto posible de salud (artículo 12).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24 sobre las mujeres y la salud.

A menudo, resulta difícil para los solicitantes de asilo y los refugiados disfrutar completamente de su derecho a un nivel mínimo de subsistencia, incluyendo el derecho a un medio de vida adecuado, que incluya alimentación adecuada, agua, vestido y albergue seguro, y el derecho al grado más alto posible de salud física y mental. Varios instrumentos de derechos humanos establecen la protección de estos derechos. Además, la prohibición de discriminación consagrada en los tratados de derechos humanos puede ser aplicada cuando los refugiados son sometidos a un acceso desigual a los medios para satisfacer sus necesidades básicas (véase *supra* Capítulo 10). La negativa de los Estados de proveer condiciones mínimas de supervivencia a los solicitantes de asilo y refugiados puede conducir a una violación de la prohibición en contra de maltrato, o finalmente, del derecho a la vida, que se encuentra en los principales tratados de derechos humanos (véase *supra* Capítulo 11).

12.1 Normas pertinentes de derechos humanos

Todos los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en los tratados de derechos humanos (véase la lista anterior) son aplicables a “todas las personas” que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado parte, y refugiados y solicitantes de asilo están, por lo tanto, cubiertos por estos derechos.

Aunque los instrumentos de derechos económicos, sociales y culturales establecen el principio de “realización progresiva” usando los “recursos disponibles” (véase el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), generalmente hay acuerdo en que este principio no excluye la imposición de obligaciones que no se limitan por los recursos del

Estado. Los Estados están obligados a tomar medidas para mejorar continuamente las condiciones y tienen el deber de abstenerse de adoptar medidas regresivas de manera deliberada (véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, y las *Directrices Maastricht sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales*).

Además, los Estados que forman parte de estos instrumentos tienen la obligación inmediata de evitar la discriminación en el acceso a alimentación adecuada, vestido, vivienda y atención de la salud. Como se observó anteriormente, el principio de no discriminación requiere trato no discriminatorio entre nacionales y no-nacionales, incluyendo a solicitantes de asilo y refugiados (véase *supra* Capítulo 10).

El artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipula que “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”. La referencia a tener “debidamente en cuenta los derechos humanos” sugiere que esta disposición no es una base legítima para negar a los refugiados el acceso a derechos económicos.

El Comité de derechos económicos, sociales y culturales ha emitido varias Observaciones Generales explicando los componentes del derecho a un medio de vida adecuado, incluyendo el derecho a una vivienda adecuada (Observaciones Generales Nos. 4 y 7), el derecho a alimentación (Observación General No. 12), y el derecho al agua (Observación General No. 15). Mediante estas Observaciones Generales, el Comité proporciona la interpretación más exhaustiva de estos derechos según el derecho internacional, en particular estableciendo las obligaciones específicas del Estado.

12.1.1 El derecho a una alimentación adecuada

Sin alimentos, es imposible disfrutar de otros derechos. El derecho a la alimentación y la dignidad inherente a la persona son inseparables. Aunque el derecho a la alimentación tiene que realizarse de manera progresiva, los Estados están obligados a emprender todas las acciones necesarias para mitigar y aliviar el hambre según lo dispone el artículo 11.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluso en tiempos de desastres naturales o de otros tipos.

De acuerdo con la Observación General No. 12, el contenido fundamental del derecho a una alimentación adecuada incluye:

- **Disponibilidad.** La alimentación deberá ser proporcionada en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades nutricias de los individuos.
- **Seguridad:** Los alimentos deberán estar libres de sustancias negativas. Los Estados deberán establecer una gama de medidas de protección, tanto por medios públicos como privados, para evitar la contaminación de los productos alimenticios debido a la adulteración y la mala higiene ambiental o la manipulación incorrecta en distintas etapas de la cadena alimentaria; debe procurarse también identificar y evitar las toxinas que se generan de manera natural.
- **Aceptabilidad.** El tipo de alimentos proporcionados deberán cumplir con las preferencias y necesidades culturales.
- **Disponibilidad.** Esto incluye las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse directamente de los productos de la tierra u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de su producción a donde hagan falta.
- **Accesibilidad.** Esto incluye tanto el acceso económico como el físico. La *accesibilidad económica* implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben ser tales que la habilidad para enfrentar otras necesidades básicas no se vea amenazada o en peligro. Los grupos socialmente vulnerables, como las personas sin tierra y otros segmentos particularmente empobrecidos de la población, pueden requerir la atención de programas especiales. La *accesibilidad física* implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, como los lactantes y los niños pequeños, las personas mayores, las personas discapacitadas y las personas con problemas médicos persistentes, como los enfermos mentales. Será necesario prestar especial atención y, a veces, conceder prioridad respecto de la accesibilidad a los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos.

12.1.2 El derecho a una vivienda adecuada

El derecho a una vivienda significa algo más que sólo un techo bajo el cual vivir; deberá verse como el derecho a vivir con seguridad, en paz y con dignidad. De acuerdo con el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, el contenido fundamental del derecho a una vivienda adecuada incluye:

- **Seguridad de tenencia.** La seguridad de tenencia es la piedra angular del derecho a una vivienda adecuada. Protege a las personas del desalojo, el acoso y otras amenazas arbitrarias.
- **Capacidad de pago.** El principio de capacidad de pago simplemente estipula que la cantidad que una persona o familia paga por su vivienda no deberá ser tan alta que amenace o comprometa el cumplimiento de otras necesidades básicas.
- **Habitabilidad.** Para que una vivienda se considere adecuada, deberá ser habitable. Se deberá garantizar a los habitantes espacio adecuado y protección en contra del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas a la salud, y peligros estructurales.
- **Accesibilidad.** La vivienda deberá ser asequible para toda persona. Se deberá garantizar algún grado de prioridad para vivienda. Los grupos desfavorecidos, tales como las personas mayores, los discapacitados física o mentalmente, los seropositivos, las víctimas de desastres naturales, los niños, los refugiados y otros grupos.
- **Ubicación.** Para que la vivienda sea adecuada, deberá estar ubicada de manera tal que permita el acceso a los lugares de trabajo, servicios de salud, escuelas, centros de cuidado infantil y otras instalaciones comunitarias. No deberá estar ubicada en zonas contaminadas.
- **Adecuación cultural.** El derecho a vivienda adecuada incluye el derecho a residir en una vivienda que se considere culturalmente adecuada. Esto significa que los programas y las políticas de vivienda deberán tomar en cuenta los aspectos culturales de la vivienda, permitiendo la expresión de la identidad cultural y reconociendo la diversidad cultural de la población del mundo.

12.1.3 El derecho al grado más alto de salud física y mental posible

El derecho a la salud no es y no debe ser naturalmente entendido como el derecho a estar *sano*. El derecho a la salud contiene tanto

libertades como derechos. Las libertades incluyen el derecho a controlar la salud y el cuerpo propios, incluyendo la libertad sexual y reproductiva, y el derecho a no sufrir interferencias, como el derecho de no ser sometido a tortura, a tratamiento médico sin consentimiento ni ser sujeto de experimentación. Los derechos incluyen la igualdad de oportunidad de las personas para disfrutar del más alto grado de salud posible.

El derecho a la salud incorpora:

- **Disponibilidad.** Instalaciones públicas funcionales de salud y atención a ésta, bienes y servicios, y programas deberán estar disponibles en cantidades suficientes en el Estado parte. La naturaleza precisa de las instalaciones, bienes y servicios variará dependiendo de numerosos factores, incluido el nivel de desarrollo del país. Sin embargo, se incluirán los factores subyacentes de la salud, tales como agua potable y segura e instalaciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y otras instalaciones de salud, personal médico capacitado y profesional que reciba salarios competitivos en el ámbito doméstico, y medicinas esenciales.
- **Accesibilidad.** Las instalaciones de salud, los bienes y servicios tienen que ser asequibles para todas las personas, sin discriminación, dentro de la jurisdicción del Estado parte. El acceso incluye no discriminación, acceso físico, accesibilidad y capacidad económica, y acceso a información.
- **Aceptación.** Todas las instalaciones, bienes y servicios de salud deben respetar la ética médica y ser culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de individuos, minorías, pueblos y comunidades. Deberán también ser sensibles a los requisitos de género y edad, y estar diseñados para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de los interesados.
- **Calidad.** Las instalaciones, bienes y servicios de salud, también deberán ser científica y médicamente apropiados y de buena calidad. Esto requiere personal médico calificado, medicamentos aprobados científicamente y sin caducar, equipo de hospital aprobado, agua potable y condiciones sanitarias adecuadas.

El artículo 12 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer protege el derecho de la mujer a tener acceso a la atención de la salud. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también ha

definido el alcance y contenido de este derecho, reconociendo las necesidades especiales de la mujer (véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observación General No. 24, relativa a las mujeres y la salud). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer hace notar que, los Estados partes también deben garantizar que se proporcione a mujeres en circunstancias especialmente difíciles, tales como aquellas atrapadas en conflictos armados y las que son refugiadas, protección adecuada y servicios de salud, terapia y tratamiento para el trauma incluidos.

12.2 Perspectiva de edad y género

Las organizaciones estatales e internacionales deben integrar una perspectiva orientada a la edad y el género en sus políticas y programas para que estos derechos de supervivencia puedan ser disfrutados. Los Estados deben retirar cualquier barrera social y legal que pueda evitar que las mujeres ejerzan sus derechos económicos, sociales y culturales, sobre una base de igualdad con los hombres, o desalentarlas para que lo hagan (véase la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 3 y 12 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer). Si un Estado proporciona bienes y servicios para satisfacer estos derechos, lo deberá hacer sin discriminación entre hombres y mujeres refugiados. Los Estados también están obligados a garantizar que los niños solicitantes de asilo y refugiados tengan acceso al disfrute de estos derechos sin discriminación de ningún tipo. Al diseñar, ejecutar y asignar prioridad a programas de asistencia, se deberá tomar en cuenta que la negativa o restricción a la alimentación o al cuidado de la salud podría tener un impacto más fuerte en los niños y las personas mayores. La escasez que un adulto sano consigue tolerar puede, en el caso de un niño, causar un daño grave a la salud e interferir con otros derechos.

12.3 El disfrute de derechos económicos, sociales y culturales por parte de refugiados y solicitantes de asilo

Aunque los instrumentos de derechos humanos garantizan a solicitantes de asilo y refugiados los mismos derechos que a los ciudadanos del Estado de asilo, frecuentemente podrían no tener la misma oportunidad que otros para lograr un nivel de vida adecuado por sí mismos. Cuando ocurre un déficit, los Estados deberán proporcionar los bienes y servicios necesarios hasta que solicitantes de asilo y refugiados puedan satisfacer sus propias necesidades.

Los órganos de derechos humanos generalmente requieren a los Estados informar del disfrute de estos derechos por todos los segmentos de población bajo su jurisdicción, incluidos los solicitantes de asilo y los refugiados. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha exhortado enfáticamente a los Estados a garantizar que los solicitantes de asilo estén protegidos contra cualquier medida o ley que pudiera, de cualquier manera, resultar en trato discriminatorio dentro del sector vivienda (véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Bélgica, Observaciones Finales, 1994). También ha recomendado que las solicitudes de asilo sean procesadas de manera expedita y que se satisfagan los derechos de salud, económicos y educacionales de los refugiados de conformidad con el Pacto (véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Alemania, Observaciones Finales, 1988). El Comité también supervisa el cumplimiento del principio de no discriminación en el disfrute de los beneficios sociales y el acceso al cuidado de la salud.

A los refugiados que regresen a su país de origen también se les debe garantizar el disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una vivienda adecuada y la restitución de propiedad es particularmente importante en este contexto (véase *infra* Capítulo 20). El derecho de los refugiados de regresar a su país implica el derecho a recuperar los hogares de los cuales fueron previamente desalojados (restitución). Si esto no es posible, entonces los refugiados tienen el derecho a una compensación adecuada por cualquier pérdida ocurrida.

12.4 La no discriminación en el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales

Los instrumentos de derechos humanos proscriben la discriminación en el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, aun si dicha discriminación es entre nacionales y solicitantes de asilo. Como se discutió antes en el Capítulo 10, el trato discriminatorio requiere que las personas que se encuentren en situaciones análogas sean tratadas igualitariamente. Los solicitantes de asilo deben, por lo tanto, disfrutar de los mismos beneficios que reciben los nacionales que se encuentran en las mismas circunstancias. Si un Estado proporciona apoyo público específico, en pagos en efectivo o cualquier otro tipo de beneficio, a indigentes, mujeres embarazadas, familias con niños discapacitados o estudiantes de bajos ingresos, por ejemplo, los solicitantes de asilo deberán tener derecho a esos beneficios bajo las mismas condiciones que los nacionales. Cualquier distinción innecesaria o inexplicable entre nacionales y solicitantes de asilo constituiría discriminación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado su preocupación cuando los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas han sido excluidos de las garantías constitucionales para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales que se extienden a todos los ciudadanos en un Estado parte (véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, China, Observaciones Finales, 2005). Ha recomendado enfáticamente que los Estados partes evalúen si su legislación tiene algún impacto discriminatorio en los refugiados o solicitantes de asilo, y ha exhortado a los Estados a tomar acciones correctivas si se comprueba que la legislación tiene algún impacto discriminatorio (véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Dinamarca, Observaciones Finales, 1999). En otra instancia, el Comité determinó que una política en la que los solicitantes de asilo tenían acceso a asistencia médica subsidiada sólo en situaciones de emergencia no cumplía con las disposiciones del Pacto y exhortó a los Estados a extender los sistemas subsidiados de atención a la salud a solicitantes de asilo sin discriminación alguna (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Italia, Observaciones Finales, 2000).

12.5 Limitaciones al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

De acuerdo con el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cualquier restricción o limitación impuesta a los derechos enumerados en el Pacto debe ser “determinada por ley”, “compatible con la naturaleza de estos derechos”, y hecha “sólo con el propósito de promover el bienestar general en un sociedad democrática”. Por lo tanto, cualquier restricción a los derechos económicos, sociales y culturales de los refugiados tendría que ser justificada según esta disposición.

Por ejemplo, un Estado parte tendría que justificar sus acciones según el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en caso de querer imponer restricciones a los derechos económicos, sociales y culturales de solicitantes de asilo en la creencia de que esas restricciones evitarían el arribo de más solicitantes de asilo, combatirían la migración ilegal, reducirían los incentivos económicos que atraen a personas al país quebrantando sus leyes de migración, limitarían las solicitudes de asilo falsas o disuadirían a aquellos que ya han presentado sus solicitudes de continuar el proceso. Aun cuando tal política puede estar basada en la legislación nacional, necesitaría

satisfacer la prueba de servir para el propósito de promover el bienestar general.

12.6 Falta de tratamiento médico adecuado y la prohibición de la devolución

De acuerdo con la jurisprudencia de derechos humanos del Tribunal Europeo, en ciertos casos excepcionales la expulsión puede estar prohibida cuando la falta de cuidado a la salud en el país de origen amenace el bienestar del individuo en cuestión. En el caso de *D. vs. el Reino Unido*, el Tribunal Europeo determinó que el traslado de un paciente de SIDA en etapa terminal a su país de origen, St. Kitts y Nevis, donde no habría instalaciones disponibles para tratar su enfermedad, “lo expondría a un riesgo real de morir en circunstancias por demás angustiantes y, por lo tanto, constituiría trato inhumano”. El Tribunal Europeo reiteró que el artículo 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales no sólo cubría trato intencionalmente infligido por autoridades o agentes no estatales, sino que también era aplicable cuando las autoridades del Estado no eran capaces de proporcionar la protección apropiada. Encontró que “limitar la aplicación del artículo 3 de esta manera sería socavar el carácter absoluto de esta protección”.

Sin embargo, en un caso de un ciudadano colombiano infectado con el VIH y que sufría de hepatitis B, el Tribunal Europeo determinó que la aplicación era inadmisibles según el artículo 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales. Aunque la situación en Colombia sería menos favorable para el solicitante, su condición no parecía haber alcanzado una etapa avanzada o terminal y el tratamiento estaba, en principio, disponible en Colombia. De acuerdo con el Tribunal, las circunstancias no eran de naturaleza tan excepcional que la expulsión pudiera constituir trato proscrito por el artículo 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales.

En *S.C.C. vs. Suecia*, el Tribunal Europeo afirmó que “los extranjeros que sean sometidos a expulsión no pueden en principio reclamar derecho alguno para permanecer en el territorio de un Estado contratante para poder continuar beneficiándose de asistencia médica, social o de otro tipo proporcionada por el Estado”. Sólo en circunstancias excepcionales, “debidas a consideraciones humanitarias convincentes”, podría una expulsión resultar violatoria del artículo 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales. La dificultad estriba en determinar qué se entiende por “circunstancias excepcionales”. En algunos casos más recientes, tales como *Bensaid vs. el Reino Unido*, el Tribunal no encontró que existieran tales circunstancias.



Capítulo 13 El derecho a identidad, estatuto y documentación legales

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículos 27 y 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Artículo VI de la Convención de la OUA por la que se regulan aspectos específicos de problemas de los refugiados en África.

Comité Ejecutivo, Conclusiones número 35 (1984), 49 (1987), y 91 (2001).

ACNUR, Guía de inscripción (1994).

Instrumentos sobre apatridia

Artículos 27 y 28 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas.

Derecho de los derechos humanos

Artículos 16 y 24.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 5 de la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos.

Artículo 6 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño.

Principio 20 de los Principios Rectores del desplazamiento interno.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17 sobre los derechos del niño (artículo 24).

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002.

La documentación personal es una herramienta clave para la protección de los refugiados. Proporciona prueba de la identidad y condición de persona protegida, y proporciona a los países que conceden asilo un medio importante de asegurar que ningún refugiado será devuelto a una situación peligrosa. Aunque no se hace referencia explícita al derecho a la documentación en ningún tratado importante de derechos humanos, éste se puede establecer indirectamente con base en ciertas disposiciones. Ejemplos de ello son el derecho de reconocimiento como persona ante la ley (artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el derecho de todo niño a ser registrado inmediatamente después de nacer (artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño), así como el derecho del niño a “preservar su identidad, incluyendo nacionalidad, nombre y relaciones familiares reconocidas por ley sin interferencia ilícita”, en casos en los que se priva ilegalmente a un niño de algunos o todos los elementos de su identidad, y de la disposición de “asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”, como se codifica en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La incautación de tales documentos o denegar el acceso a ellos, puede violar la prohibición contra la discriminación, ya que la falta de documentación puede resultar en una incapacidad para garantizar derechos tan fundamentales como el derecho a la nacionalidad o el derecho a la educación y atención a la salud. La falta de documentos también puede afectar el disfrute de otros derechos, incluyendo el derecho a la vida familiar (si los padres no pueden registrar al niño cuando éste nace o si la falta de pasaportes impide la reunificación familiar), libertad de tránsito (véase el Capítulo 15 a continuación) y el derecho al trabajo (véase *infra* Capítulo 17). Además, la falta de documentos personales puede exponer al individuo al acoso de agentes de las fuerzas policiales o a detención arbitraria.

13.1 El derecho de todo niño a ser registrado inmediatamente después de nacer y el derecho a tener un nombre

Es esencial registrar a los niños refugiados al nacer, con el fin de asegurar que puedan disfrutar de todos los derechos humanos, incluyendo el acceso a la educación y atención a la salud. El registro de nacimiento facilita el rastreo de miembros familiares cuando un niño se separa de su familia.

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, el derecho de todo niño de ser registrado inmediatamente después de nacer y de tener un nombre (artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) está fuertemente vinculado con el derecho del niño a medidas especiales de protección y está diseñado para promover el reconocimiento de la personalidad jurídica del niño.

Si bien el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refieren al derecho del niño de ser registrado después del nacimiento y tener un nombre, el artículo 18 presenta una formulación más amplia. Se refiere al derecho de “toda persona” a un nombre, y agrega que la ley deberá regular la manera en la cual este derecho debe garantizarse a todos. Los principales instrumentos regionales de derechos humanos no contienen disposiciones relativas al derecho a un nombre.

13.2 El derecho al reconocimiento como persona ante la ley

La documentación personal para solicitantes de asilo y refugiados está estrechamente ligada al derecho de toda persona a ser reconocida como persona ante la ley (artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Sin papeles de

identificación apropiados en el país de asilo, los refugiados y solicitantes de asilo pueden ser excluidos de la protección concedida por el sistema legal en violación del artículo 16.

13.3 El derecho de la niña y el niño a conservar su identidad

De acuerdo con el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Para determinar cuál es el interés superior del niño solicitante de asilo, se requiere una evaluación de la identidad del niño, incluyendo su nacionalidad, educación, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, vulnerabilidades particulares y necesidades de protección.

13.4 La falta de documentación personal y las violaciones de otros derechos humanos

Si los refugiados y solicitantes de asilo no reciben la documentación apropiada, podrían enfrentar dificultades para disfrutar de manera efectiva de otros derechos, tales como el derecho a la educación, alimentación y salud. La falta de documentación puede aumentar el riesgo de la devolución y constituye para los refugiados un obstáculo en el ejercicio de su derecho a regresar a su propio país (artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Después de examinar el informe de Croacia en 1995, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó su preocupación de que los musulmanes bosnios enfrentaban dificultades y retrasos para obtener la documentación necesaria “que les permitiera tener acceso a los servicios sociales y humanitarios esenciales en Croacia, y por lo tanto han sido obligados a regresar a situaciones que en ocasiones amenazan su vida en Bosnia-Herzegovina” (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Croacia, Observaciones Finales, 1995).

La Corte Interamericana ha hecho notar que la “existencia de niños apátridas pone a estos en una situación internacional de desprotección, ya que no reciben los beneficios y derechos que disfrutaban los ciudadanos, y si además el Estado les niega sus certificados de nacimiento cuando nacen en el país de refugio”

[sic], esto los pone en riesgo permanente de ser expulsados en forma arbitraria y, por lo tanto, de ser separados de sus familias, lo cual frecuentemente lleva a “los niños a la pérdida de muchos otros derechos tras la pérdida de este primero” (Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica de los derechos humanos del niño).

En su *Opinión Consultativa OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño* la Corte Interamericana resume las observaciones escritas de la ONG “Centro por la Justicia y el Derecho Internacional” según la cual “la existencia de niños sin nacionalidad hace que éstos se encuentran en una situación de desprotección en la esfera internacional, ya que no reciben los beneficios y derechos que los ciudadanos disfrutaban y, además, al negarles el Estado sus partidas de nacimiento cuando nacen en el país de refugio, se les coloca en un riesgo permanente de ser expulsados arbitrariamente y en consecuencia de ser separados de sus familias, lo cual muchas veces genera que “se le conculca a la infancia a través de un primer derecho muchos otros” (*Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002*).

En el caso de dos niñas nacidas en la República Dominicana pero a las que se les negó su nacionalidad porque sus padres eran de origen haitiano, con todo y que la Constitución establece el principio de *jus solis*, la Corte Interamericana determinó que el Estado había violado el derecho a la nacionalidad (artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el derecho a igualdad de protección (artículo 24), el derecho a personalidad jurídica (artículo 3), el derecho a un nombre (artículo 18), conjuntamente con los derechos del niño (artículo 19) y la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1) (Caso de *Los niños Yean y Bosico vs. la República Dominicana*).

Los niños no acompañados o separados deben ser identificados y registrados, así como expedírseles documentos de identidad personal tan pronto como sea posible. Se debe respetar en todo momento el principio del “interés superior del niño” y tomar en cuenta la edad y el género.

El derecho a una nacionalidad

La nacionalidad es el vínculo legal entre un individuo y un Estado, que generalmente surge de la ascendencia, nacimiento en el territorio, naturalización o por sucesión del Estado. La nacionalidad generalmente se basa en un “vínculo genuino y efectivo” o en una “conexión apropiada” entre el individuo y el Estado, como la ascendencia o el nacimiento en el territorio. La Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho

de todo niño a obtener una nacionalidad. De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, este derecho no necesariamente obliga a un Estado a otorgar su nacionalidad a todos los niños que nacen en su territorio. Sin embargo, se exhorta a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias, tanto internamente como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad al nacer. Viola el derecho internacional la discriminación al adquirir la nacionalidad con base en que un niño ha nacido fuera del matrimonio o de padres apátridas o en la condición de nacionalidad de uno o ambos padres. El *derecho a obtener una nacionalidad* también está protegido por los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (para los niños) y por el artículo 9 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (para las mujeres), según el cual los Estados deben otorgar a las mujeres derechos iguales a los de los hombres para obtener, cambiar o retener su nacionalidad. En el contexto regional, el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo establece que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, sino también que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”. Las personas privadas arbitrariamente de su nacionalidad están protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos, por el derecho internacional de los refugiados y por los instrumentos sobre apatridia. Véase el artículo 5 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, los artículos 1 a 3 de la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, la Convención para reducir los casos de apatridia y la Observación General No. 17 del Comité de Derechos Humanos.



Capítulo 14 El derecho al debido proceso, incluso durante los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículo 16 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
Comité Ejecutivo, Conclusiones número 8 (1977), 30 (1983), y 87 (1999).

Instrumentos sobre apatridia

Artículo 16 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas.

Derecho de los derechos humanos

Artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Artículos 5 y 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Artículos 6 y 7, Protocolo No. 7 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículos 7 y 12 (3) de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos.

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002.

El derecho a buscar asilo requiere que, individualmente, los solicitantes de asilo tengan acceso a procedimientos de estudio de sus solicitudes justos y efectivos. Aunque la Convención de 1951 no establece requerimientos específicos para los sistemas nacionales para la determinación de la condición de refugiado, el Comité Ejecutivo y el Manual para la determinación de la condición de refugiado brindan orientación.

Si bien los Estados pueden ejercer cierta reserva en el diseño de sus procedimientos de asilo e introducir procedimientos acelerados basados en consideraciones de protección, las salvaguardas básicas de procedimiento consagradas en los instrumentos de derechos humanos siempre deben ser respetadas.

14.1 Normas pertinentes de derechos humanos

De acuerdo con los instrumentos de derechos humanos, los Estados partes están obligados a proporcionar a los solicitantes de asilo procedimientos justos y eficientes mediante los cuales puedan ellos presentar sus solicitudes de asilo. Estos procedimientos deben incluir un mecanismo de apelación si la decisión inicial fuese negativa.

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos proporciona a los individuos, incluidos los solicitantes de asilo y refugiados, derechos extensos relativos a un juicio justo en la determinación de una “acusación de carácter penal” o en la determinación “de sus derechos u obligaciones de carácter civil”

(artículo 14). El Comité de Derechos Humanos no ha establecido claramente si la “determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” abarcaría los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado, pero no ha desechado la posibilidad de que pueda aplicarse a procedimientos de expulsión. De acuerdo con el Comité, la determinación de “los derechos y obligaciones de una persona en una demanda legal” cubre situaciones en las cuales un tribunal de justicia toma la determinación o cuando las decisiones administrativas están sometidas a revisión judicial. Por lo tanto, la determinación de la condición de refugiado puede caer dentro del artículo 14 hasta el punto en que la determinación de la condición de refugiado se usa para determinar los “derechos y obligaciones” de los solicitantes de asilo, específicamente el derecho a ser protegido en contra de la devolución.

Las garantías del artículo 14 pueden ser válidas también en casos de deportación después de que el individuo haya cometido un delito. Al enfrentar la deportación, si hubiera auténtico riesgo de que la persona sufriría violación de las garantías individuales establecidas en el artículo 14 en el país receptor, el individuo podría hacerlo valer y debería entonces probar que dicha violación sería “la necesaria y previsible consecuencia” de la deportación. Sin embargo, si el país receptor tuviera tribunales establecidos para examinar el caso del individuo y pudiera revisar la condena y sentencia en el caso de un juicio en ese país, es improbable que el Comité de Derechos Humanos encontrara que la deportación violara el artículo 14.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece una protección más amplia del derecho a una audiencia justa que la expresada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Su artículo 8.1 protege el derecho a un juicio justo, tanto en “cualquier acusación de índole penal” como en la determinación de “derechos y obligaciones de índole civil, laboral, fiscal o de *cualquier otra índole*”.

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no existe duda de que las garantías del derecho a un juicio justo son válidas para el procedimiento de determinación de la condición de refugiado. La Corte Interamericana ha afirmado de manera clara que el derecho a un juicio justo debe ser respetado en cualquier acto u omisión por parte de órganos del Estado en un procedimiento, ya sea de índole punitiva, administrativa o judicial (véase *Baena Ricardo et al., Sentencia del 2 de febrero de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos [Ser. C] No. 72 [2001] párrafo 124*). El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también es pertinente, ya que provee el

derecho de “recurso simple y expedito, o a cualquier otro recurso efectivo, ante los jueces o tribunales competentes para la protección en contra de actos que violen los derechos fundamentales [de un individuo, según son] reconocidos por la Constitución, las leyes del país en cuestión o la presente Convención”.

En su *Opinión Consultativa OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño* la Corte Interamericana resume las observaciones escritas de la ONG “Centro por la Justicia y el Derecho Internacional” según la cual “las garantías judiciales contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana, las cuales se extienden a todo procedimiento -administrativo o judicial- donde se determinen derechos, deben aplicarse en el trámite de determinación de la condición de refugiado, por cuanto este mecanismo permite establecer si la persona cumple las condiciones para disfrutar del derecho al asilo y la protección contra el *refoulement*. Asimismo, el derecho a un recurso sencillo y rápido que ampare contra actos que violen derechos fundamentales, establecido en el artículo 25 de la Convención Americana, debe aplicarse sin discriminación a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado, incluyendo a los individuos que no son nacionales de ese Estado.” (*Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002*).

En la misma opinión consultiva se observaba también que el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el derecho a solicitar y obtener asilo) y el artículo 22.8 (la prohibición de *refoulement*) deben verse conjuntamente con el artículo 8.1 (el derecho a un juicio justo). Por lo tanto, los Estados deben asegurar que los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado sean examinados por una autoridad competente proporcionada por el sistema legal del Estado. Si la decisión es negativa, entonces el solicitante de asilo debe tener el recurso simple y expedito de acudir a un tribunal competente.

El artículo 7.1 de la Carta Africana estipula el derecho a un juicio justo. La protección provista por este artículo es menos exhaustiva que la provista por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero, de acuerdo con la jurisprudencia de la Comisión Africana, el derecho a un juicio justo debe respetarse en casos de expulsión. La Comisión ha determinado que la expulsión de refugiados, ya sea individualmente o *en masse*, sin concederles la oportunidad de oír sus casos, viola el artículo 7.1 (véase *Communication 27/89, Organisation Mondiale Contre la Torture et al. vs. Rwanda; Communications 27/89, 46/91 y 99/93, Organisation Mondiale*

Contre la Torture and Association Internationale des Juristes Democrates, Commission Internationale des Juristes, Union Interafricaine des Droits de l'Homme vs. Rwanda; y Communication 71/92, Rencontre Africaine pour la Defense des Droits de l'Homme vs. Zambia). Aunque la Comisión Africana aún no ha abordado la cuestión referente a si el artículo 7 se extiende a la determinación de la condición de refugiado, se ha referido a la obligación del Estado de ampliar la asistencia legal a los refugiados en aquellos casos que afectan su disfrute de la protección internacional del refugiado.

El artículo 6 del Convenio Europeo sobre derechos humanos establece el derecho al debido proceso legal. En principio, esta disposición no incluye las peticiones de extradición o asilo. Sin embargo, si un órgano administrativo toma la decisión de conceder asilo, el artículo 6 requiere que un tribunal competente revise la decisión (véase *Zumtobel vs. Austria*).

Aunque no surgieron cuestiones en torno del artículo 6 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, es importante tomar en cuenta el estándar desarrollado por el Tribunal Europeo en *Jabari vs. Turkey*. En ese caso, una ciudadana iraní presentó una solicitud de asilo en Turquía. La solicitud fue declarada inadmisibles debido a que la solicitante dejó pasar el tiempo límite de cinco días dentro del cual se debía haber presentado la solicitud. Por lo tanto, se emitió una orden de deportación. Su recurso en contra de la orden de deportación ante el Tribunal Administrativo de Ankara también fue desechado. El Tribunal Europeo revisó el procedimiento de determinación llevado a cabo por las autoridades turcas y no quedó convencido de que éstas hubieran efectuado una evaluación significativa de la solicitud del solicitante, incluyendo su argumentación. El Tribunal Europeo criticó la ley que requería a la solicitante presentar su solicitud de asilo dentro del término de cinco días a partir de su llegada a Turquía. De acuerdo con el Tribunal Europeo, el incumplimiento de esa obligación por parte de la solicitante parece haber impulsado al Estado a no examinar el conjunto de hechos que justificaban su temor de ser trasladada a Irán. El Tribunal Europeo determinó que la aplicación automática y mecánica de un tiempo límite para presentar una solicitud de asilo debe considerarse en discrepancia con la prohibición en contra de la devolución. Para cumplir con la prohibición es necesaria una evaluación sustancial del riesgo al cual la persona sería expuesta si fuese deportada.

El Tribunal Europeo concluyó que, dados el carácter irreversible del daño que ocurriría en caso de tortura o maltrato tras la deportación y la importancia del artículo 3 del Convenio Europeo

de Libertades Fundamentales, la noción de un recurso efectivo según el artículo 13 requiere un escrutinio riguroso e independiente del alegato de que hay razones sustanciales para temer un trato que contradiga el artículo 3 de dicho tratado. Esta apreciación refuerza el punto de vista del ACNUR acerca de que las apelaciones en contra de decisiones negativas de asilo deben, en principio, suspender esas decisiones (véase *Jabari vs. Turkey*).

El Comité contra la Tortura también ha abordado la importancia del derecho al debido proceso legal en los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado. Recomendó que el Estado “hiciera más eficiente el proceso para conceder la condición de refugiado a fin de reducir el largo período de incertidumbre de los refugiados y solicitantes de asilo” (Convención contra la Tortura, Costa Rica, Observaciones Finales, 2001). También ha recomendado que el Estado “regule los procedimientos para manejar las solicitudes de asilo y la condición de refugiado y decidir acerca de éstas de manera que contemplen la oportunidad de que el solicitante asista a una audiencia formal, haga las presentaciones convenientes al derecho que invoca, incluida la evidencia pertinente, con la protección de las características de los debidos procedimientos legales” (Convención contra la Tortura, Venezuela, Observaciones Finales, 1999).

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ha recomendado que el Estado tome medidas para hacer “los procedimientos de asilo más equitativos, eficientes e imparciales” (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Observaciones Finales, 2003).

Procedimientos para la determinación de la condición de refugiado:

1. *Remisión de los solicitantes de asilo a las autoridades para la determinación de la condición de refugiado.* El oficial competente a quien el solicitante se dirija en la frontera o en el territorio del Estado, deberá tener instrucciones claras para tratar los casos que pudieran estar dentro del ámbito de los instrumentos internacionales pertinentes. Deberá requerírsele que actúe de acuerdo con el principio de *no devolución* y que refiera esos casos a una autoridad superior.

2. *Registro e identificación de los solicitantes de asilo.* Se deberá expedir certificados a los solicitantes de asilo que les den el derecho a residir legalmente en el país de asilo hasta que se resuelva la adjudicación de su solicitud de asilo. Las mujeres solicitantes de asilo deberán tener igual derecho al obtener documentación independiente de sus familiares varones y dicha documentación deberá ser expedida a su nombre.

3. *Asesoría y representación legal.* Los solicitantes de asilo deberán recibir asesoría legal e información, en un idioma que entiendan, acerca de los procedimientos que habrán de seguirse y acerca de sus derechos y obligaciones durante el proceso. Las mujeres solicitantes de asilo y las niñas y niños solicitantes deberán ser asesorados sobre sus derechos, incluido el

derecho a presentar una solicitud individual cuando los acompañan miembros de su familia. El país de asilo deberá dar todas las facilidades necesarias a los solicitantes de asilo para asegurar que puedan cumplir con todas las formalidades, incluyendo servicios gratuitos de traductores neutrales calificados. Se deberá poner traductoras a disponibilidad de las mujeres solicitantes de asilo para reducir los obstáculos impuestos por barreras culturales por razones de género. Se deberá designar un representante legal para un niño separado de su familia a fin de que represente el interés superior del niño.

4. Oportunidad de ponerse en contacto con el ACNUR. Los solicitantes de asilo deberán ser informados de que tienen la oportunidad de ponerse en contacto con el ACNUR y/o un asesor legal o representante de su elección.

5. Tiempo adecuado para preparar la solicitud de asilo. La solicitud de asilo deberá ser examinada con prontitud. Sin embargo, considerando los muchos obstáculos que enfrentan los solicitantes de asilo, no deberá fijarse límite de tiempo para presentar la solicitud.

6. Entrevista personal con un funcionario calificado. Los solicitantes de asilo deberán tener la oportunidad de presentar personalmente su caso a un funcionario calificado y competente, quien habrá de tomar una decisión individual, objetiva e imparcial. El funcionario deberá tomar en consideración todos los hechos pertinentes, así como intentar establecerlos, permitir al solicitante de asilo presentar una descripción sustancial del caso y proporcionar pruebas de sus circunstancias. Se deberá proveer gratuitamente de traductores calificados a los solicitantes de asilo. Se deberá proveer de entrevistadoras y traductoras a las solicitantes de asilo debido a que las mujeres pueden sentirse avergonzadas o deshonradas discutiendo los detalles de sus solicitudes con autoridades masculinas, particularmente si han sido víctimas de violencia sexual. Se deberá emitir disposiciones especiales para los niños solicitantes de asilo, guiadas por el principio del "interés superior".

7. La decisión. La autoridad deberá llegar a una decisión a la luz de la información originada en el país de origen y evaluando si el caso del solicitante se ajusta a los criterios de la definición de refugiado o cualquier otra forma de protección empleada por el país de asilo. Se deberá informar por escrito de la decisión a los solicitantes.

8. Apelaciones. A los solicitantes de asilo rechazados se les deberá conceder tiempo razonable para solicitar que sus casos sean formalmente reconsiderados y, además, se les deberá informar de los procedimientos para hacerlo. El órgano de apelación debe ser independiente, imparcial y con autoridad para revisar los hechos, así como el derecho en un caso dado. Deberá ser una autoridad diferente de la que rechazó la solicitud. Se deberá permitir al solicitante permanecer en el país mientras se encuentre pendiente la apelación a una autoridad o tribunal administrativo superior.

9. Documentación para refugiados reconocidos. Los solicitantes de asilo que han sido reconocidos como refugiados deberán ser informados como corresponde y se les deberá expedir la documentación que certifique su condición de refugiado.



Capítulo 15 Derecho a la libertad de tránsito, derechos procesales en caso de expulsión y prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículos 26, 31 y 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Derecho de los derechos humanos

Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Artículo 15.4 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Artículo 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículos 2, 3, y 4 del Protocolo No. 4 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 1 del Protocolo No. 7 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales.

Artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 12 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27 sobre la libertad de tránsito (artículo 12).

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. 22 sobre el artículo 5, refugiados y personas desplazadas.

La libertad de tránsito implica el derecho de toda persona que se encuentra legalmente dentro de un territorio a circular con libertad dentro de éste, sin ningún impedimento y sin tener que pedir permiso específico a las autoridades. El derecho a la libertad de tránsito, como se describe en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluye cuatro derechos claros:

- El derecho **a desplazarse libremente por un territorio;**
- El derecho **a escoger residencia en un territorio;**
- El derecho **a abandonar cualquier país,** incluido el propio; y
- El derecho **de ingresar al propio país.**

(Véase también “El derecho de las personas a la libertad y seguridad de la persona: no sanción por ingreso ilegal, protección judicial contra la detención y condiciones de la detención” en el Capítulo 11, *supra*).

El derecho a la libertad de tránsito se reitera en el artículo 15.5 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, por el cual los Estados partes están obligados a otorgar a hombres y mujeres los mismos derechos ante la ley con respecto a la circulación de las personas y la libertad para escoger residencia y domicilio. La Convención sobre los Derechos del Niño estipula,

inter alia, en el artículo 10: “El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”.

15.1 El derecho a transitar libremente por un territorio

Generalmente, los instrumentos de derechos humanos protegen la libertad de tránsito de las personas que se encuentran legalmente dentro del territorio de un Estado (véase el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2.1, y el Protocolo No. 4 de la Convenio Europeo de Libertades Fundamentales). De manera excepcional, el artículo 12 de la Carta Africana protege la libertad de tránsito de “todo individuo”.

La legalidad de la presencia de un extranjero está sujeta a la legislación nacional, la cual puede limitar la capacidad de un extranjero para ingresar al territorio de un Estado; pero tales restricciones deben cumplir con las obligaciones del Estado. Por lo tanto, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que ingresó a un Estado de manera ilegal, pero cuya condición ha sido regularizada, está legalmente dentro del territorio para los propósitos del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Celepli vs. Suecia*).

El Comité de Derechos Humanos destacó, en su Observación General No. 27 (párrafo 6), que “El Estado parte debe velar por que se protejan los derechos garantizados en el artículo 12, no sólo de la injerencia pública, sino también de la privada. En el caso de la mujer, esta obligación de proteger es particularmente importante. Por ejemplo, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 12 que el derecho de la mujer a circular libremente y elegir su residencia esté sujeto, por la ley o por la práctica, a la decisión de otra persona, incluido un familiar”.

15.1.1 Restricciones al tránsito de refugiados

Aquellos que se encuentran legalmente dentro del territorio del Estado deben poder circular por todo el territorio y establecerse en un lugar de su elección. El Comité de Derechos Humanos aclaró explícitamente que una vez que una persona se encuentra legalmente dentro de un Estado, cualquier restricción a su libertad de tránsito, así como cualquier trato diferente del que se da a los nacionales, tiene que ser compatible con las reglas estipuladas en el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (véase la Observación General No. 27). Por lo tanto, tienen que ser “necesarias”, es decir, deben estar justificadas sobre la base de proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y los derechos y libertades de otros, y debe ser necesaria en una sociedad democrática (véase el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2.3 y el Protocolo No. 4 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales). Además, cualquier restricción a la libertad de tránsito no debe ser discriminatoria. (véase *supra* Capítulo 10).

Por lo tanto, cualquier restricción a la libertad de tránsito de los solicitantes de asilo y refugiados es excepcional y debe cumplir con las obligaciones de derechos humanos. Esto implica que:

- Los Estados sólo pueden imponer restricciones que son “**necesarias**” en el caso individual (véase el párrafo anterior);
- Las restricciones de desplazamiento **no deben ser impuestas ilegal o arbitrariamente**. Los criterios deben ser **establecidos por ley**;
- La restricción debe estar relacionada a un objetivo y propósito reconocido, y debe existir una **razonable relación de proporcionalidad** entre el fin y los medios; y
- Debe existir la posibilidad de una **apelación ante un cuerpo judicial**.

15.2 El derecho a escoger residencia en un territorio

Los refugiados y solicitantes de asilo que se encuentran legalmente en un Estado tienen derecho a determinar su propia residencia, sujeta a las limitaciones razonables contenidas en, por ejemplo, el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (véase arriba). El derecho a residir en un sitio de la propia elección en el territorio incluye la protección contra todas las formas de desplazamiento interno forzoso. También excluye evitar la entrada o estadía de personas en una parte definida del territorio

(véase la Observación General No. 27 del Comité de Derechos Humanos).

15.3 El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio

El derecho a salir es clave para los solicitantes de asilo y personas desplazadas internas que no pueden encontrar seguridad dentro de su propio Estado. Generalmente, el individuo tiene el derecho de viajar al extranjero, migrar y escoger su Estado de destino (véase la Observación General No. 27 del Comité de Derechos Humanos).

El Estado tiene la obligación de expedir o prolongar documentos de viaje a sus ciudadanos. En este contexto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 27, ha observado que, “como para los viajes internacionales normalmente es necesario contar con documentos adecuados, en particular un pasaporte, el derecho a salir del Estado debe incluir el obtener los documentos de viaje necesarios. La emisión del pasaporte corresponde normalmente al Estado de nacionalidad de la persona. La negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero puede privar a esa persona del derecho de salir del país de residencia y de viajar a otra parte. No constituye justificación el que un Estado alegue que ese nacional tendría derecho a volver a su territorio sin pasaporte”.

La obligación de expedir un documento de viaje sólo puede limitarse en cumplimiento del artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ejemplo, la negativa puede justificarse en los casos de procedimientos penales pendientes. Los Estados tienen la obligación de revisar los procedimientos administrativos para que no restrinjan en forma injustificada el derecho a salir del propio país del individuo. Los Estados deben asegurar especialmente que las mujeres no enfrenten obstáculos para viajar, tales como prácticas culturales o requisitos legales, como el que una mujer tenga que obtener el consentimiento de su esposo o de un familiar varón a fin de recibir un pasaporte u otro tipo de documento de viaje (véase Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28).

Al analizar el derecho para salir de cualquier país, el Comité de Derechos Humanos ha considerado la cuestión de la negativa o revocación de pasaportes a los ciudadanos que viven en el extranjero. Estos casos, conocidos como “casos sobre pasaportes”, generan deberes positivos y negativos tanto para el Estado de residencia como para el Estado de origen. Como lo enfatiza el Comité de Derechos Humanos, “el Estado de residencia está principalmente obligado a evitar interferir con la libertad de salida;

el Estado de nacionalidad tiene la positiva obligación de asegurar las posibilidades efectivas de salida por medio de la expedición de los documentos necesarios; por lo tanto, los Estados que nieguen a sus ciudadanos un pasaporte violan el artículo 12.2 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] en la medida en que esta negativa no se justifique de conformidad con el artículo 12.3” (véase *Varela Nuñez vs. Uruguay*).

El Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación acerca de la práctica de Francia de no permitir a los refugiados el desembarco en puertos franceses, debido a que esto restringía la capacidad de los refugiados de salir de su propio país y evitaba que pudieran hacer escuchar su solicitud individual (véase el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Tanto el Comité de Derechos Humanos de la ONU como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han expresado su preocupación acerca de la práctica de *sanciones a transportistas*. De acuerdo con el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la cuestión sobre la “delegación de responsabilidades [...] deberá ser ejercida por funcionarios del Estado” (Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, Francia, Observaciones Finales, 2000). En su Observación General No. 27, el Comité de Derechos Humanos incluyó un párrafo sobre las restricciones prácticas y legales al derecho a salir de cualquier país. El Comité exhortó a los Estados a “incluir en sus informes información sobre las medidas que impongan sanciones a los transportistas internacionales que lleven a dichos Estados personas sin los documentos exigidos, en caso de que esas medidas afecten el derecho a salir de otro país”. El Comité también ha criticado las sanciones impuestas por Austria en contra de transportistas de pasajeros por trasladar a refugiados (véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Francia, Observaciones Finales, 1997 y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Austria, Observaciones Finales, 1998).

15.4 El derecho a ingresar al propio país

El artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que “nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”. Esta disposición es de particular importancia para los refugiados que buscan la repatriación voluntaria. El derecho implica el derecho a permanecer en el propio país y el derecho a ingresar al país por primera vez si el individuo nació fuera de éste.

Si vale o no para los extranjeros que entran a un país que no es el de su nacionalidad el derecho a entrar al propio país depende de la

interpretación del alcance que se dé a la frase “su propio país”. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que esta frase significa algo más amplio que “el país de su nacionalidad”. De acuerdo con el Comité, el derecho no se limita a la nacionalidad en un sentido formal, es decir, la nacionalidad adquirida al nacer o conferida; también incluye, por lo menos, a un individuo que, debido a sus vínculos o demandas especiales con relación a un país, no puede ser considerado como un simple extranjero. Esto sería aplicable, por ejemplo, a nacionales de un país que han sido desposeídos de su nacionalidad en violación del derecho internacional. La interpretación de la frase “el propio país” se extiende a la protección de individuos cuyo país de nacionalidad ha sido incorporado o trasladado a otra entidad nacional, por ejemplo, después de la disolución de un Estado, y a quienes no han aclarado la nacionalidad del Estado sucesor o a quienes ésta se les está negando. El texto del artículo 12.4 permite también una interpretación más amplia que puede incluir otras categorías de residentes de largo plazo, tales como personas apátridas a quienes se les negó de forma arbitraria la nacionalidad del país en el cual son residentes habituales.

15.5 Salvaguardas procesales en la expulsión de extranjeros

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 12.4 de la Carta Africana, el artículo 1, Protocolo 7 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, y el artículo 22.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conceden a los extranjeros, que están legalmente dentro del territorio de un Estado parte, derechos de procedimiento para protegerlos de una salida obligatoria, ya sea que está prevista en la legislación nacional como expulsión o de otra manera. La legislación nacional concerniente a los requisitos de entrada y estadía debe tomarse en cuenta al determinar el alcance de la protección. No están cubiertas por estas disposiciones las personas que ingresan de manera ilegal ni los extranjeros que se han quedado más tiempo del que la ley o sus permisos les otorgan.

Sin embargo, de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, si la legalidad de la entrada o la estadía del extranjero están en disputa, cualquier decisión que conduzca a su expulsión o deportación debe ser tomada en concordancia con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las autoridades competentes del Estado parte deben aplicar e interpretar la legislación nacional de buena fe mientras se adhieren a las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, tales como el principio de no discriminación y el

derecho de igualdad ante la ley (artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula directamente sólo el procedimiento y no las causas sustanciales para la expulsión. Sin embargo, al permitir sólo aquellas expulsiones llevadas a cabo “en cumplimiento de una decisión tomada de conformidad con la ley”, su propósito es claramente prevenir expulsiones arbitrarias. Por otro lado, el artículo 13 concede derecho a cada extranjero a una decisión en su propio caso y, por lo tanto, no estaría satisfecho cuando las leyes o decisiones resultaran en expulsiones colectivas o masivas (véase a continuación).

La expulsión de un extranjero que se encuentra legalmente en un territorio deberá cumplir con los siguientes requisitos (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos):

- Debe realizarse de conformidad con el procedimiento legal establecido por el Estado parte.
- A una persona que va a ser deportada debe “permitírsele presentar argumentos en contra de su expulsión”.
- La persona tiene derecho a una revisión de su caso y a ser representada para ese propósito ante la autoridad competente o alguien designado por ésta.
- Se debe conceder a la persona todas las facilidades para conseguir su recurso en contra de la expulsión de manera que este derecho, en todas las circunstancias de su caso, sea efectivo,
- **No se permiten expulsiones colectivas o masivas** (véase *infra*).
- Estos derechos de procedimiento sólo pueden ser abrogados “cuando razones convincentes de seguridad nacional” lo requieran.
- **No se permite discriminar entre diferentes categorías de extranjeros** (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- Si la detención obligatoria implica arresto, se podría aplicar también las garantías de derechos humanos relativas a la privación de la libertad.
- Se debe respetar el principio de **no devolución** (véase *supra* Capítulo 9).

15.6 Prohibición de la expulsión colectiva o masiva de extranjeros

La expulsión colectiva de extranjeros está prohibida según el derecho de los derechos humanos. Esta prohibición se estipula en términos categóricos en el artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 4, Protocolo No. 4 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, y el artículo 12.5 de la Carta Africana. Ésta afirma que “la expulsión masiva será aquella dirigida contra un grupo racial, étnico, o religioso”. Una expulsión colectiva de extranjeros violaría el requisito de que cada extranjero reciba una decisión en su caso y

tenga todas las facilidades para que la decisión de expulsión sea revisada (véase *supra*).

En un caso de 1996 que implicaba la deportación de ciudadanos de África Occidental por el gobierno de Angola, la Comisión Africana hizo notar que las expulsiones ilegales de extranjeros hacen que se cuestione toda la serie de derechos reconocidos y garantizados en la Carta Africana, tales como el derecho a la propiedad, al trabajo, a la educación, y a la protección de la familia. En las circunstancias específicas del caso, la Comisión Africana encontró que la expulsión colectiva de extranjeros había violado el artículo 2 (no discriminación), el artículo 7.1.a (el debido proceso), el artículo 12 (nos. 4 y 5 sobre la prohibición de expulsiones ilegales y masivas), el artículo 14 (el derecho a propiedad), y el artículo 18 (protección de la familia) (véase *Union Inter Africaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal y Association Malienne des Droits de l'Homme vs. Angola, Communication No. 159/96*).

En el caso de *Conka vs. Bélgica*, el **Tribunal Europeo** sostuvo que la detención y devolución a Eslovenia de los solicitantes de asilo romaníes constituyó una violación del artículo 5 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales (el derecho a la libertad y la seguridad) y una violación de la prohibición de “expulsión colectiva”, según el Protocolo No. 4 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales.



Capítulo 16 El derecho a la unidad familiar y el derecho al respeto de la vida privada y familiar

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Sección IV B del Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios relativa el Estatuto de los Refugiados y Personas Apátridas de la ONU de 1951 (sobre el principio de la unidad familiar).

ACNUR, Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado, Capítulo VI.

Comité Ejecutivo, Conclusiones número 9 (1977), 15 (1979), 24 (1981), 84 (1997), 85 (1998), 88 (1999), y 104 (2005).

ACNUR, Directrices para la reunificación de las familias de refugiados (1983).

ACNUR, Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado (1994).

ACNUR, Directrices sobre políticas y procedimientos al tratar con niños no acompañados que solicitan asilo (1997).

ACNUR, Nota informativa: Reunificación familiar en el contexto del reasentamiento y la integración (2001).

Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación No. R (99) 23 sobre reunificación familiar para refugiados y otras personas con necesidad de protección internacional (1999).

Instrumentos sobre apatridia

Artículo 12 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Derecho de los derechos humanos

Artículos 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Artículo 10.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y Culturales.

Artículos 5, 9, 10, 16, 19, 20, y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 16 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículos 16, 17, y 19 de la Carta Social Europea y el Artículo 16 de la Carta Social Europea revisada.

Artículo 12.1 de la Convención Europea sobre la Condición Legal de los Trabajadores Migrantes.

Artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 15 del Protocolo de San Salvador.

Artículos 17.1 y 18 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos.

Artículo 18 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 sobre la protección de la familia, el derecho al matrimonio e igualdad de los esposos (artículo 23).

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 sobre el derecho a la intimidad, la familia, el hogar y la correspondencia y protección del honor y la reputación (artículo 17).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 sobre la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares.

Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002.

Los miembros de una familia pueden llegar a separarse durante un desplazamiento forzoso, ya sea debido al caos de una situación de emergencia o debido a que una persona debe dejar detrás a otros miembros de la familia al huir de persecución. El rechazo de asilo o la deportación pueden forzar a una familia a salir de un país, mientras el resto de ella se queda en el lugar.

La protección de la familia es particularmente importante:

- Al decidir la cuestión de “condición derivada” (por la cual a los familiares que acompañan a una persona reconocida como refugiada también se les concede condición de refugiados o condición similar de protección con los mismos derechos);
- Cuando las familias de refugiados intentan reunirse;
- Cuando los Estados deciden expulsar o deportar a un refugiado que ya se encuentra en el país de asilo y en compañía de su familia; y
- En casos de reasentamiento.

16.1 Normas pertinentes de derechos humanos

Numerosos instrumentos de derechos humanos tienen disposiciones acerca de la protección de la familia (véase la lista anterior), principalmente mediante la protección del derecho a la unidad familiar y la reunificación (el deber de proteger la unión familiar) y del derecho a la vida privada y familiar (el deber de no interferir en la vida privada o familiar).

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos reconoce que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de parte de la sociedad y del Estado” (artículo 23.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Asimismo, estipula que “reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello” (artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Además, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege *inter alia* a la familia de injerencia arbitraria o ilegal. De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, el derecho a fundar una familia implica el derecho a vivir juntos. Por lo tanto, los Estados deben tomar todas las medidas apropiadas para garantizar la

unidad o reunificación de la familia (Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19).

El artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos describe el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el hogar y la correspondencia, y detalla un número de posibles limitaciones. El Tribunal Europeo ha enfatizado que esta disposición proporciona protección en contra de una acción arbitraria por parte de los Estados, mientras que también impone obligaciones positivas a los Estados para proveer protección a la familia. El Tribunal Europeo ha definido el derecho de los extranjeros a evitar la deportación con el propósito de proteger la unidad familiar y, en menor grado, su derecho de ingreso a un Estado con propósitos de reunificación familiar (véase *infra*). Las autoridades no pueden interferir con el derecho de respeto a la vida privada y familiar, excepto cuando la injerencia está “de acuerdo con la ley y es necesaria para los intereses de una sociedad democrática, de la seguridad nacional, de la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención del desorden o el delito, para la protección de la salud y la moral, o para la protección de los derechos y libertades de otros”.

En su *Opinión Consultativa OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño* la Corte Interamericana resume las observaciones escritas de la ONG “Centro por la Justicia y el Derecho Internacional” según la cual “el respeto por la unidad familiar hace necesario que el Estado no sólo se abstenga de cometer actos que signifiquen la separación de los miembros de la familia, sino que además debe adoptar aquellas medidas que permitan mantener la unidad familiar o la reunificación de sus miembros, en caso de haber sido separados”. Refiriéndose específicamente a los derechos de los niños, la misma ONG observa que “se debe presumir que el permanecer con su familia o reunirse en caso de haberse separado, va en beneficio del interés superior del niño” y agrega que “no obstante, existen circunstancias en las cuales esta separación resulta más favorable para el niño” y “previo a tomarse esta decisión, es necesario escuchar el parecer de todas las partes interesadas” (*Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002*).

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 5, se refiere incluso a la familia extensa estipulando que “los Estados partes deberán respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de

impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. El artículo 9 complementa esta obligación, sujeto a excepciones estipuladas en el interés superior del niño, pues requiere a los Estados partes velar “porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.

Más específicamente con respecto a la reunificación familiar, los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño asumen la obligación de manejar la solicitud de un niño o de sus padres para entrar a o salir de un Estado parte con el propósito de reunificación “de manera positiva, humanitaria y expeditiva” (artículo 10.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Este artículo estipula que un niño cuyos padres residen en diferentes Estados tendrá el derecho de mantener, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales regulares y contacto directo con ambos padres. Por lo tanto, según el artículo 10, se requiere a los Estados partes respetar el derecho del niño y de sus padres de salir de cualquier país, incluyendo el propio, y entrar a su propio país, con el propósito de mantener relaciones personales. Esta disposición también estipula que el derecho a salir de cualquier país estará sujeto sólo a las restricciones que estén prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral pública o los derechos y libertades de otros, y que sean consistentes con otros derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta disposición deberá leerse junto con la obligación establecida en el artículo 22 con el fin de tomar medidas apropiadas para garantizar la protección de niños refugiados y solicitantes de asilo.

16.2 Protección familiar en casos de traslado o deportación de no ciudadanos del territorio de un Estado parte de los tratados de derechos humanos

La jurisprudencia del **Comité de Derechos Humanos** muestra que hay casos en los cuales la actitud de un Estado parte que se niega a permitir que un miembro de una familia permanezca en su territorio constituiría injerencia en la vida familiar de esa persona. Sin embargo, que un miembro de la familia tenga derecho a permanecer en el territorio de un Estado parte, no necesariamente significa que requerir la salida de los otros miembros de la familia constituya tal injerencia. Toda violación requiere ser evaluada caso por caso.

Al evaluar si se puede o no justificar de forma objetiva injerencia en la vida familiar en casos en los cuales una parte de la familia debe

abandonar el territorio de un Estado parte mientras la otra tiene derecho a permanecer, el Comité de Derechos Humanos intenta crear un equilibrio entre el sentido de las razones del Estado parte para el traslado de la persona en cuestión y el grado de privación que la familia y sus miembros tendrían que soportar como resultado de dicho traslado. Por ejemplo, el Comité ha encontrado que la decisión del Estado de deportar, por razones migratorias, a los padres de un niño que había adquirido ciudadanía australiana después de 10 años de residencia (*Winata et al. vs. Australia*), es violatoria del artículo 17 (el derecho a la privacidad), el artículo 23 (la protección de la familia) y el artículo 24 (la protección del niño) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En un caso que implicaba la deportación de una persona de origen ugandés que había sido sentenciada por un delito, quien estaba casado con una ciudadana danesa y era padre de dos hijos, ambos nacidos en Dinamarca, el Comité no encontró violación alguna de los artículos 17 y 23. Aunque reconoció que la deportación constituyó una injerencia en la vida familiar, tal injerencia no fue considerada arbitraria o ilegal debido a que el individuo fue sentenciado por un delito relacionado con drogas. En este caso, el Comité se apoyó en el hecho de que el autor había presentado la comunicación sólo en su propia representación y no en representación de su esposa o hijos. Por lo tanto, el Comité no tomó en cuenta el disfrute del derecho a la familia o la privación que la expulsión del autor causaría a su esposa e hijos (*Jonny Rubin Byahuranga vs. Dinamarca*).

En contraste, el **Tribunal Europeo** encontró que la deportación de un refugiado iraní que estaba casado con una mujer danesa, era el padre de dos hijos y también estaba sentenciado por delitos relacionados con drogas, resultaría en la separación de la familia, violando así el artículo 8 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales (*Amrollahi vs. Dinamarca*). En otro caso, el Tribunal Europeo determinó que la deportación de una persona sordomuda de origen argelino, que había cometido un delito grave (violación masiva) y perturbado el orden público repetidamente, pero quien había vivido en Francia con su familia desde los cinco años y no tenía vínculos con Argelia, no sería proporcional al fin legítimo perseguido y violaría el artículo 8 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales (*Nasri vs. Francia*).

En casos de expulsión concernientes a migrantes y refugiados, el Tribunal Europeo generalmente considera:

- Las **circunstancias personales** del solicitante (edad, salud, discapacidad);

- La existencia o inexistencia de **familia en el país receptor**;
- Los **vínculos con el país de acogida** (integración, idioma, escolaridad);
- Si el solicitante es **menor de edad**, considera si la relación con sus padres sería o no interrumpida por la expulsión; y
- Si la expulsión ocurre por causa de una **condena penal**, la índole y gravedad de los delitos cometidos.

Después de considerar todas estas circunstancias, el Tribunal Europeo decide si la deportación constituye injerencia legítima en la vida familiar del solicitante y, si así fuera, si esta injerencia es proporcional al fin legítimo perseguido.

En el contexto del artículo 18 de la Carta Africana, la Comisión Africana de Derechos Humanos ha encontrado que el exilio forzoso de activistas políticos y la expulsión de extranjeros violó los deberes de proteger y asistir a la familia, ya que rompió la unidad familiar. (*Amnistía Internacional vs. Zambia más Angola, Comunicación 212/98*).

16.3 Protección familiar en los casos de no ciudadanos que buscan ingresar al territorio de un Estado parte de los tratados de derechos humanos

Aunque los Estados tienen el derecho soberano de controlar la entrada de extranjeros a sus territorios, las disposiciones de derechos humanos imponen restricciones al criterio de los Estados.

De acuerdo con la jurisprudencia del **Tribunal Europeo**, el artículo 8 del Convenio Europeo no impone una obligación general a un Estado de respetar la elección de un país de residencia por parte de parejas casadas o de autorizar la reunificación familiar con no ciudadanos en su territorio (véase *Gül vs. Suiza*). De acuerdo con el Tribunal, esta disposición no garantiza el derecho de los no ciudadanos a elegir el lugar más adecuado para desarrollar una vida familiar. La negativa de admisión podría constituir injerencia sólo cuando, de manera realista, una vida normal no puede continuar en otro lado.

En casos de reunificación, el Tribunal Europeo considera si:

- Existe vida familiar;
- La vida familiar normal puede ser establecida o mantenida en otro lugar de manera realista, particularmente en el país del solicitante, y

- Se ha incurrido en injerencia en la vida familiar por parte del Estado demandado y no otro Estado parte.

En el caso de *Nsona vs. los Países Bajos*, también se consideró la buena fe de la persona que solicitó la reunificación familiar. Por lo tanto, si esa persona recurre a engaño o fraude para ganar acceso a un Estado, la sentencia favorecería al Estado Parte. En un caso que implicaba la reunión de un niño con sus padres, el Tribunal Europeo encontró que la existencia de vida familiar no cesa porque los miembros vivan separados, si se puede demostrar que han sido tomadas las acciones para permanecer en contacto (véanse *Moustaquim vs. Bélgica* y *Gül vs. Suiza*). En general, el Tribunal Europeo tiende a ser más liberal cuando se impugna una orden de expulsión que cuando enfrenta la reunificación familiar en el Estado demandado.

El Comité de Derechos Humanos ha reconocido que la residencia en común de los cónyuges debe ser considerada el comportamiento normal de la familia. La protección que procura el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también es válida en situaciones en las que uno de los cónyuges es extranjero. Si la existencia y aplicación de la legislación de migración que afecta la residencia de los miembros de la familia es compatible con el Pacto depende de si tal injerencia es “arbitraria o ilegal”, como lo estipula el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o entra en conflicto de alguna otra manera con las obligaciones del Estado parte según el Pacto (*Shirin Aumeeruddy-Cziffra y 19 otras mujeres de Mauricio vs. Mauricio*).

16.4 ¿Qué constituye una “familia” según el derecho internacional de los derechos humanos?

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce que el concepto de familia puede diferir en ciertos aspectos de Estado a Estado, y aun de región a región dentro de un Estado, por lo que es imposible definirlo. Según el derecho de los derechos humanos, se deberá dar una interpretación amplia al término “familia” para incluir a todas aquellas personas que constituyen la familia como lo entiende la sociedad en cuestión.

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, las tradiciones culturales deberán tomarse en cuenta al definir el término “familia” en una situación específica (*Hopu y Bessert vs. Francia*). El Tribunal Europeo ha encontrado que la “familia” no está limitada por la sangre o el matrimonio y puede incluir relaciones *de facto* en las cuales son importantes elementos tales como la cohabitación y la duración de la relación (*X.Y.Z. vs. el*

Reino Unido). De acuerdo con el **Tribunal Europeo**, ciertos factores se vuelven importantes al determinar si las relaciones entre individuos constituyen una familia: si una pareja vive junta; la duración de la relación; o si han demostrado un compromiso mutuo al tener hijos juntos o por alguna otra razón. El tribunal también ha determinado que proteger a la familia con una definición tan abierta no necesariamente obliga al Estado a garantizar que parejas no casadas disfruten de los mismos derechos que parejas casadas. En la relación entre padres y menores puede haber vida familiar aun cuando no haya cohabitación (*Berrehab vs. Los Países Bajos*) y sin importar si los hijos son legítimos o no (*Boughanemi vs. Francia*).

El Comité Ejecutivo del ACNUR ha subrayado la necesidad de proteger la unidad de las familias de refugiados:

- Reunificando a los miembros de la familia separados por la huida;
- Aplicando criterios liberales al decidir cuáles miembros de la familia pueden ser admitidos;
- Reconociendo a todos los miembros de la familia como refugiados cuando el solicitante principal ha sido reconocido como tal y proporcionando a cada miembro de la familia la posibilidad de presentar por separado cualquier solicitud que como refugiado pudiera tener;
- Estableciendo la unidad familiar como prioridad en las primeras etapas de todas las operaciones de refugiados, y
- Promoviendo la autosuficiencia de los miembros familiares adultos para mejorar la capacidad de mantener a quienes dependen de ellos.

16.5 Niñas y niños no acompañados y separados

En el caso de niñas y niños no acompañados o separados, los esfuerzos para reunir a la familia son de suma importancia. En este contexto, el Comité sobre los Derechos del Niño, en su Observación General No. 6, ha enfatizado que “con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el artículo 9 de la Convención de impedir que un menor sea separado de sus padres contra su voluntad, debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión”.

La posibilidad de reunir a los niños con sus padres en el país de origen no es, sin embargo, una opción en caso de solicitud de asilo o de niños refugiados. El Comité sobre los Derechos del Niño ha destacado que “la reunión familiar en el país de origen no favorece el interés superior del menor y, por tanto, no debe procurarse cuando exista un ‘riesgo razonable’ de que el retorno se traduzca en

la violación de los derechos humanos fundamentales del menor. Ese riesgo debe indiscutiblemente consignarse al reconocer la condición de refugiado o cuando las autoridades competentes resuelven sobre la aplicabilidad de las obligaciones de no devolución (incluidas las derivadas del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por consiguiente, el reconocimiento de la condición de refugiado constituye un obstáculo jurídico a la devolución al país de origen y, por tanto, a la reunión familiar en éste. Si las circunstancias en el país de origen presentan riesgos de nivel inferior y, por ejemplo, puede sospecharse que el menor se verá afectado por los efectos indiscriminados de una violencia generalizada, se prestará plena atención a estos riesgos frente a otras consideraciones fundadas en derechos como las consecuencias de una prolongación de la separación. En este contexto, debe recordarse que la supervivencia del menor es primordial y presupuesto del disfrute de los demás derechos” (Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General No.6, Capítulo 7, párrafo 82).

De acuerdo con el Comité sobre los Derechos del Niño, aquellos niños no acompañados o separados que se ha determinado que no cumplen con los criterios de refugiado deberán, en principio, sólo ser devueltos a su país de origen una vez que se garanticen arreglos concretos para su cuidado y custodia.



Capítulo 17

El derecho al trabajo

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículos 17-19 y artículo 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Comité Ejecutivo, Conclusión No. 104 (2005).

Instrumentos sobre apatridia

Artículos 17-19 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas.

Derecho de los derechos humanos

Artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador.

Artículo 15 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos.

Artículo 13 del Protocolo de la Carta Africana, relativo a los derechos de la mujer en África.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Otros

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio No. 138, sobre la edad mínima para trabajar (1973).

OIT, Convenio No. 182, sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999).

El derecho al trabajo es crucial para los refugiados y solicitantes de asilo. Los refugiados necesitan ser capaces de mantenerse a sí mismos y a sus familias, especialmente si no hay algún prospecto de que las condiciones en su país cambien en el futuro cercano. El derecho al trabajo también es esencial para mantener la dignidad y, con él, la salud mental y física. Además, conserva las capacidades intelectuales y laborales necesarias para una integración local en el seno de la sociedad del país anfitrión, para reubicación en otros países, o para un posible regreso al país de origen con dignidad y seguridad.

Si bien los programas nacionales o internacionales de asistencia podrían proporcionar alivio temporal, la dependencia a dicha ayuda en el largo plazo puede ser desmoralizadora. La prohibición de trabajar obliga a los refugiados a permanecer ociosos, lo que sólo exagera su angustia y frustración por no poder volver a casa y puede provocar resentimiento de parte de la población del país de acogida. Además, sin trabajo y, por lo tanto, sin acceso a las

necesidades básicas, como alimentación, vivienda, educación y atención médica básica, los refugiados pueden sentirse obligados a regresar a países en los cuales existe una amenaza seria para sus vidas o a trasladarse de manera irregular a otro país.

El derecho al trabajo también es crucial en situaciones en las cuales un solicitante de asilo que ha sido rechazado no puede ser trasladado fuera del país debido a obstáculos legales o materiales. Si una persona no puede ser trasladada fuera de un Estado, pero el Estado entonces priva a esa persona de cualquier oportunidad razonable de subsistencia y le niega el acceso a las necesidades básicas, esta situación podría constituir trato cruel, inhumano y degradante (véase devolución *de facto* en el Capítulo 12, *supra*).

El derecho al trabajo en la Convención de 1951 y en tratados de derechos humanos: ¿Cuál aplica?

Como se hizo notar, es importante tomar en cuenta todos los instrumentos pertinentes y la complementariedad entre ellos.

- El artículo 17 tiene el número más alto de reservas de cualquier disposición de la Convención de 1951. El derecho correspondiente en los instrumentos de derechos humanos, tales como el artículo 6 de la Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 6 del Protocolo de San Salvador, tienen un alcance más amplio y han atraído un menor número de reservas.
- Según la Convención de 1951, el derecho al trabajo generalmente se limita a garantizar igualdad de trato respecto de otros no nacionales, mientras que, según los instrumentos de derechos humanos, este derecho está protegido en forma equitativa para nacionales y extranjeros (véase el Capítulo 10 *supra*).
- De acuerdo con el derecho de los derechos humanos, el disfrute del derecho al trabajo sin discriminación significa que los solicitantes de asilo y refugiados no deben ser discriminados en el disfrute de cualquier elemento del derecho al trabajo, incluyendo la contratación, la remuneración y las oportunidades de promoción.

17.1 Normas pertinentes de derechos humanos

El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales rige el “derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”.

El derecho al trabajo no deberá entenderse como un derecho absoluto e incondicional para obtener un empleo. El significado aceptado del “derecho al trabajo” es que se requiere al Estado proveer un empleo a toda persona disponible y dispuesta a trabajar. El derecho al trabajo, en un sentido amplio, implica

- El derecho a **tener acceso a empleo**, y
- El derecho a **no ser privado injustamente de empleo**.

El primer componente incluye elementos tales como educación y orientación vocacional. El segundo aborda temas relativos a seguridad en el empleo, como protección en contra de despido injustificado.

De acuerdo con la Observación General No. 18 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho al trabajo incluye los siguientes elementos:

- *Disponibilidad.* Los Estados partes deben contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.
- *Accesibilidad.* El mercado del trabajo debe ser accesible a toda persona que esté bajo la jurisdicción de los Estados partes. El Pacto proscribire toda discriminación en el acceso al empleo y en su conservación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluso en caso de infección por el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención de, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible. La accesibilidad comprende el derecho de procurar, obtener y difundir información sobre los medios para obtener acceso al empleo mediante el establecimiento de redes de información sobre el mercado del trabajo a nivel local, regional, nacional e internacional.
- *Aceptabilidad y calidad.* La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones, especialmente el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras, el derecho a constituir sindicatos y el derecho a elegir y aceptar libremente empleo.

De acuerdo con el Comité, las obligaciones fundamentales del derecho al trabajo son:

- “Garantizar el derecho de acceso al empleo, en especial por lo que respecta a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, de forma que ello les permita llevar una existencia digna”;
- “Evitar las medidas que tengan como resultado el aumento de la discriminación y del trato desigual en los sectores público y privado de las personas y grupos desfavorecidos y

marginados o que debiliten los mecanismos de protección de dichas personas y grupos”; y

- “Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de empleo sobre la base de las preocupaciones del conjunto de los trabajadores [...] Esta estrategia y plan de acción en materia de empleo deberá prestar atención prioritaria a todas las personas y los grupos desfavorecidos y marginados en particular [...]”.

Nótese que los solicitantes de asilo y refugiados son grupos socialmente desfavorecidos y marginados y el Comité los ha considerado como tales.

17.2 Limitaciones al disfrute del derecho al trabajo, incluido el requisito de permisos para trabajar

Según el Pacto Internacional de derechos **económicos, sociales y culturales, el derecho al trabajo constituye un derecho económico por el cual la limitación de la obligación prevista en el artículo 2, párrafo 3, para los países en desarrollo sería en principio aplicable, aunque sujeta a una interpretación restrictiva.** Además, cualquier restricción impuesta a no nacionales, incluido el derecho al trabajo para solicitantes de asilo y refugiados, tendría que ser justificada según la cláusula de limitación establecida en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En particular, cualquier distinción tendría que ser necesaria “con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. Como resultado, las distinciones basadas en los requisitos inherentes a un trabajo en particular —o las restricciones impuestas a los no nacionales referentes al empleo en ciertos puestos de importancia del servicio civil, o en puestos que tienen alguna relación con la seguridad del Estado— pueden permitirse. Sin embargo, no se justificará ninguna distinción en el trato entre ciudadanos y no ciudadanos relativa a las normas de seguridad aplicables en el lugar de trabajo (es decir, el derecho a condiciones de trabajo seguras y saludables).

En la práctica, muchos Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales restringen, hasta cierto grado, el derecho al trabajo del solicitante de asilo. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales parece permitir a los Estados un cierto margen de libertad en este respecto, especialmente cuando la tasa de desempleo es alta o cuando los Estados proveen apoyos de subsistencia a los solicitantes de asilo. Sin embargo, el Comité no ha dudado en expresar su

preocupación cuando a los solicitantes de asilo se les prohíbe trabajar y el Estado no provee ninguna prestación, o cuando los requerimientos para obtener permisos de trabajo son excesivos.

La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial obliga a los Estados a garantizar a todas las personas, sin discriminación racial, el derecho al trabajo, a la libre elección de empleo, a condiciones de trabajo justas y favorables, y a igualdad de remuneración por trabajo de igual valor (artículo 5). Por lo tanto, la Convención protege a solicitantes de asilo y refugiados contra cualquier discriminación que puedan enfrentar en su lugar de trabajo. Al examinar los informes de los Estados partes, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha expresado su preocupación acerca de propuestas de legislación que prohibirían a los patrones emplear a personas que se encuentren en el proceso de apelar decisiones que hayan rechazado solicitudes para permanecer en el país (véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Reino Unido e Irlanda del Norte, Observaciones Finales, 1996).

Si bien pedir a los solicitantes de asilo la obtención de un permiso de trabajo no viola las normas de derechos humanos, los Estados deberán tener cuidado antes de promulgar tal requerimiento y deben considerar todas las dimensiones de tal medida, incluyendo su impacto en el disfrute de derechos humanos por parte de las personas afectadas. En efecto, insistir en que los solicitantes de asilo obtengan un permiso de trabajo antes de que puedan emplearse de manera legal podría forzarlos a trabajar ilegalmente, lo cual, a su vez, podría resultar en otras infracciones a sus derechos, tales como trabajar por debajo del salario mínimo o en condiciones insatisfactorias o por jornadas excesivamente largas.

Si un Estado requiere que los solicitantes de asilo obtengan autorización para trabajar, ésta deberá concedérseles siguiendo criterios objetivos y sin discriminación. La imposición de este tipo de requerimientos a solicitantes de asilo puede minar seriamente su capacidad para encontrar trabajo. Las autorizaciones de corto plazo frecuentemente dificultan encontrar trabajo, los solicitantes de asilo pueden ser incapaces de pagar el permiso de trabajo, y los permisos podrían atarles a empleadores específicos, aumentando por lo tanto la posibilidad de trato abusivo. En tales casos, también se podrían violar otros derechos humanos tales como el derecho a trato humano (véase *supra* Capítulo 11) y la libertad de tránsito (véase *supra* Capítulo 15).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales limita la posibilidad de los Estados de introducir medidas regresivas en referencia a las obligaciones estipuladas en el artículo 2.1 del Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que requiere a los Estados partes dar los pasos “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En su Observación General No. 3, el Comité afirmó que “todas las medidas de carácter deliberadamente regresivas en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Observación General No. 3, párrafo 9). Estas normas tendrían que respetarse también cuando los Estados intentan introducir medidas que limiten el acceso al trabajo o a los requerimientos de permisos para trabajar de refugiados y solicitantes de asilo.

17.3 Niñas y niños y el derecho al trabajo: la prohibición del trabajo infantil

Los niños refugiados corren un riesgo mayor de ser obligados a trabajar con el fin de obtener ingresos para sus familias. Esto los puede colocar, especialmente a las niñas, en riesgo de explotación y abuso. Son varios los instrumentos de derechos humanos que protegen a los niños contra la explotación económica (véase el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 7 del Protocolo de San Salvador, y el artículo 7 de la Carta Social Europea). Según la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes están obligados a establecer una edad mínima para poder trabajar, reglamentación adecuada del horario y las condiciones de trabajo, y penalizaciones u otras sanciones apropiadas. De acuerdo con la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados partes deben tomar medidas, con base en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para prohibir el trabajo infantil antes de los 16 años. Los Estados partes también deberán prohibir todas las formas de explotación económica de los niños y el trabajo forzoso.

Según el derecho internacional del trabajo, la participación de niños en actividad económica que no afecte su salud y desarrollo o que no interfiera con su educación (trabajo ligero) está permitida a partir de los 12 años (*Convenio de la OIT No. 138, sobre la edad mínima de empleo*, 1973). Según las normas de la OIT, se prohíbe trabajar a niños menores a 12 años de edad; a aquellos entre 12 y 14 años se les prohíbe participar en trabajo potencialmente dañino, como laborar en minas, con químicos y pesticidas en agricultura o con maquinaria peligrosa.

El *Convenio No. 138 de la OIT* establece que la edad mínima para trabajar no puede ser menor que la edad a la que se termina la escolaridad obligatoria y, en ninguna circunstancia, menor a los 15 años. El *Convenio No. 182 de la OIT* (1999), que cubre las acciones inmediatas para eliminar las peores formas de trabajo infantil y la prohibición de éstas, incluyendo la esclavitud, el reclutamiento forzoso, y la prostitución, requiere que los Estados tomen pasos para abolir el trabajo infantil.



Capítulo 18 Derechos civiles y políticos
adicionales de los refugiados: una
selección

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículos 4 y 15 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Artículo III de la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África.

Derecho de los derechos humanos

El derecho al voto y a ser electo en el país de asilo y en el país de origen: artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 13 de la Carta Africana, artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 16 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales y artículo 3, Protocolo No. 1 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, y Observación General No. 25 del Comité de Derechos Humanos, relativa al derecho a participar en asuntos públicos, a derechos electorales y al derecho de acceso equitativo al servicio público (artículo 25).

Libertad de conciencia y religión: artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 18 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, artículo 9 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 de la Carta Africana, artículo 9 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño, Declaración para la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, y Observación General No. 22 del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18).

Libertad de opinión y expresión: artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, artículo 10 de la Convención Europea de Libertades Fundamentales, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9 de la Carta Africana, artículo 7 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño, y la Observación General No. 10 del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de opinión (artículo 19).

Libertad de asociación: artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, artículo 11 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 del Protocolo de San Salvador, artículo 10 de la Carta Africana, y artículo 8 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño.

Derecho de reunión pacífica: artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, artículo 11 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, y artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los refugiados y solicitantes de asilo pueden sufrir violaciones de derechos que restringen su habilidad para expresarse políticamente, para participar en prácticas religiosas, para expresar sus opiniones o para asociarse con otros. Según el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados deben garantizar que los solicitantes de asilo disfruten de estos derechos en la misma medida que los nacionales (véase la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Humanos). Sin embargo, hay algunas excepciones, especialmente respecto de los derechos políticos. Por ejemplo, el artículo 16 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales reserva el derecho a los Estados partes de restringir las actividades políticas de los extranjeros, aunque esta restricción debe interpretarse de forma estrecha.

18.1 El derecho a votar y a ser electo en el país de asilo y en el país de origen

Como lo establece el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este derecho garantiza a *todo ciudadano* el derecho a votar y a ser electo “en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igualitario y por voto secreto, que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. También establece el derecho a igualdad de acceso al servicio público del propio país.

Los Estados tienen un grado de discrecionalidad concerniente a las condiciones que puedan establecer para votar, tales como la edad mínima o los requisitos para el registro. Por lo tanto, el requisito de residencia permanente en el territorio se puede considerar legítimo. Sin embargo, no serían razonables algunas restricciones como negar a las mujeres el derecho al voto, restringir el derecho al voto con base en discapacidad física o la imposición de requisitos tales como habilidad para leer y escribir, educativos o de propiedad.

En general, este derecho se establece para todo “ciudadano”, por lo que generalmente no lo disfrutaban los solicitantes de asilo ni los refugiados. Si embargo, no hay nada en el derecho internacional que prohíba a un país garantizar a los refugiados este derecho si así lo desea.

18.2 Libertad de pensamiento, conciencia y religión

Estos derechos incluyen la libertad de tener o de adoptar una religión o creencia de elección propia, y la libertad, ya sea individualmente o en comunidad con otros, en público o en privado, de manifestar la propia religión o la creencia en el culto, su observancia, práctica y enseñanza. La libertad para manifestar la propia religión incluye el derecho a construir lugares de culto,

exponer símbolos, guardar días festivos y de descanso, restringir la dieta, portar ropa distintiva, participar en rituales asociados con ciertas etapas de la vida y el uso de un lenguaje particular. Los individuos pueden también establecer escuelas y otras instituciones para la enseñanza de su religión o creencia.

La protección de estos derechos implica que la persona no puede ser sometida a tratamiento que tenga como fin cambiar sus procesos de pensamiento, ser obligado a expresar ciertas ideas, cambiar de opinión o divulgar una convicción religiosa. Por lo tanto, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión está estrechamente vinculado con el derecho a la privacidad. No se podrá imponer sanción alguna por sostener algún punto de vista o por cambiar de religión o convicciones. La libertad de pensamiento, conciencia y religión protege contra el adoctrinamiento por parte del Estado. Los solicitantes de asilo y refugiados disfrutan de este derecho en la misma medida que los ciudadanos del Estado en cuestión (véase la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Humanos).

El derecho a manifestar la creencia en el culto, su observancia, práctica o enseñanza puede estar sujeto a algunas **restricciones** (véase Vol. I, Capítulo 3):

- Para **proteger la seguridad pública, el orden, la salud o la moral**, o
- Para **proteger los derechos y las libertades fundamentales de otros**.

Los refugiados y solicitantes de asilo no pueden ser discriminados por ningún Estado, institución, grupo de personas o individuo a causa de su religión o sus creencias. Esta protección es válida independientemente de que los refugiados practiquen una religión diferente de la practicada por la mayoría de la población en el país de asilo.

18.3 Libertad de opinión y expresión

La libertad de opinión y expresión es un derecho complejo que incluye la libertad de sostener opiniones sin injerencia alguna, y la libertad para buscar, recibir e impartir información e ideas de todo tipo por cualquier medio. El ejercicio de este derecho “conlleva deberes y responsabilidades especiales” (véase el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales). En general, el derecho de los derechos humanos permite ciertas restricciones o limitaciones a la libertad de expresión (véase Vol. I, Capítulo 3).

En general, las **restricciones** deben ser estipuladas por la ley y sólo pueden imponerse por las siguientes causas:

- Respeto por los **derechos y reputaciones de otros** (leyes sobre difamación, calumnia o discriminación racial);
- Protección de la **seguridad nacional** (por ejemplo, leyes que protejan secretos militares);
- Protección del **orden público** (por ejemplo, leyes que requieran licencia a periódicos o radiodifusores, limiten la libre expresión de oficiales de policía, restrinjan la información sobre procedimientos judiciales, o prohíban la incitación a la violencia o actos delictivos);
- Protección de la **salud pública** (por ejemplo, leyes que restrinjan la publicidad del tabaco);
- Protección de la **moral pública** (por ejemplo, leyes que restrinjan las publicaciones pornográficas);
- **Protección moral de la niñez y la adolescencia** (artículo 13.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos);
- **Prevención del develamiento de información confidencial**; y
- Conservación de la **autoridad e imparcialidad de la magistratura** (artículo 10 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales).

Los órganos de supervisión de derechos humanos pueden examinar los reclamos de los Estados en el sentido de que las restricciones a la libertad de expresión de un individuo están justificadas con base en las causas anteriormente mencionadas.

Además, los Estados deben prohibir:

- Cualquier **propaganda de guerra**, y
- Cualquier **apología del odio nacional, racial o religioso** que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia (véase el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase también *supra* Capítulo 10).

El país de asilo está obligado a evitar que cualquier individuo u organización política, incluyendo aquellas operadas por refugiados, participe en propaganda de odio o instigación a la violencia. Esta restricción, que sirve para proteger los derechos de otros, no constituye una violación a los derechos de los refugiados.

Como ya se mencionó, la libertad de expresión incluye el derecho a recibir información. Dentro del contexto de los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado, este derecho debe ser visto conjuntamente con el derecho al debido proceso (véase *supra* Capítulo 14). Por lo tanto, de acuerdo con la Comisión Africana, los solicitantes de asilo tienen derecho a recibir una decisión razonada. La Comisión ha determinado que el incumplimiento del gobierno de proporcionar a dos deportados las razones para la acción tomada en su contra “significa que el derecho a recibir información les fue negado” (véase *Amnistía Internacional vs. Zambia, Comunicación 212/98*).

La libertad de opinión y expresión de los solicitantes de asilo y refugiados está sujeta a las mismas restricciones que la de los ciudadanos del país de asilo. Por lo tanto, pueden expresar legalmente sus opiniones y hacer campaña por un cambio pacífico en su país de origen y, asimismo, manifestar sus opiniones sobre la política interna del país de asilo. Cualquier imposición de restricciones mayores a refugiados y solicitantes de asilo, o cualquier otro no nacional, parecería constituir discriminación ilegal ante la ausencia de una justificación razonable y objetiva (véase arriba el Capítulo 10).

Según la Convención por la que se regulan aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, “los Estados signatarios se comprometen a prohibir a los refugiados establecidos en sus respectivos territorios que ataquen a cualquier Estado miembro de la OUA mediante cualesquiera actividades que puedan dar origen a tirantez entre los Estados miembros, y especialmente mediante el uso de las armas, o por conducto de la prensa y de la radio” (artículo III.2). Esta limitación tiene que interpretarse en cumplimiento de las obligaciones de los tratados referentes al derecho de libertad de expresión, como se estipula en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) y en la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos (artículo 9.2).

Según el Convenio Europeo de Libertades Fundamentales, se puede imponer restricciones (no prohibiciones) a las actividades políticas de los extranjeros. Sin embargo, si el Estado en cuestión también es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no permite tales restricciones, prevalecerá la disposición más generosa. Al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, algunos Estados europeos presentaron reservas precisamente sobre este punto, lo que hace necesario revisar el grado de la obligación internacional asumida por el Estado en el cual se esté trabajando.

18.4 Libertad de asociación

La libertad para asociarse permite a los individuos reunirse en la búsqueda de intereses colectivos en grupos, como clubes deportivos, partidos políticos, ONG y corporaciones. Aunque la libertad de asociación comprende el derecho a formar libremente una asociación o unirse libremente a una, las asociaciones mismas deben estar libres de injerencia excesiva por parte de los gobiernos. Esta libertad concede a los refugiados el derecho a formar organizaciones políticas, incluidas las organizaciones que hacen campaña por un cambio pacífico de gobierno en su país de origen. Este derecho también incluye la libertad de escoger no asociarse.

Generalmente se permite a los Estados alguna medida discrecional concerniente a la libertad de asociación, tras *ponderar* los intereses de seguridad nacional, orden público, protección de la salud pública o moral, o protección de los derechos y libertades de otros (véase abajo). Estas razones deben interpretarse de manera restrictiva por los Estados que intentan invocarlas.

18.5 El derecho de reunión pacífica

Este derecho permite a los individuos “reunirse intencionalmente y de manera temporal con un propósito específico”. Una manifestación o procesión puede constituir una reunión. La libertad de reunión no es un derecho absoluto.

En general, de acuerdo con el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (véase Vol. I, Capítulo 3), las restricciones deben estar previstas en la ley y deben ser necesarias en una sociedad democrática, que pueden imponerse sólo por razones de:

- **Seguridad nacional** (leyes que prohíban o regulen las manifestaciones en una base militar);
- **Seguridad pública** (negativa a permitir una marcha deliberadamente provocativa que pudiera conducir a la violencia);
- **Orden público** (ley que requiera a los manifestantes informar a la policía con anterioridad o solicitar un permiso para manifestarse);
- La **protección de la salud o la moral públicas** (leyes que prohíben manifestaciones en lugares sagrados o religiosos), o
- La **protección de los derechos y libertades de otros** (prohibir marchas que sean abiertamente racistas).

Aunque esta libertad se limita a reuniones *pacíficas*, los Estados deben respetar los derechos humanos al controlar reuniones violentas. Por ejemplo, deben respetar la prohibición en contra del maltrato. Las autoridades pueden prohibir legítimamente una reunión planeada si tienen una razón para creer que no será pacífica.

El Convenio Europeo de Libertades Fundamentales permite que se impongan restricciones (no prohibiciones) a la actividad política de los extranjeros. Sin embargo, si el Estado en cuestión también es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no permite tales restricciones, la más generosa de las disposiciones debe prevalecer. Algunos Estados europeos han indicado reservas sobre este punto, precisamente, al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, haciendo necesario que se revise en qué medida asume la obligación internacional, el Estado en el que se está trabajando.

18.6 Obligaciones de los refugiados en el país de asilo

De acuerdo con la Convención de 1951, un refugiado también tiene deberes “respecto del país donde se encuentra, deberes que, en especial, entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público” (artículo 2). Una disposición similar se encuentra en el artículo 3 de la Convención por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Esta última disposición va aun más allá al proclamar que un refugiado “deberá abstenerse de toda actividad subversiva dirigida contra un estado miembro de la OUA”. Estos deberes, sin embargo, deben interpretarse en cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos.

18.7 Relaciones amistosas y cooperación entre los Estados

Aunque los Estados deben respetar estos derechos con las limitaciones anteriormente mencionadas, según el derecho internacional, los Estados de asilo son responsables si las acciones efectuadas por refugiados se consideran perjudiciales para otro Estado. Este sería el caso, por ejemplo, si el refugiado participa en actividades subversivas que buscan el derrocamiento violento del gobierno o atacar en el territorio de otro Estado (véase ONU, *Declaración de Principios de derecho internacional relativos a las relaciones amistosas y de cooperación entre estados en concordancia con la Carta de las Naciones Unidas*). Según la Carta de la ONU, el

Estado de asilo está obligado a tomar todas las medidas razonables para evitar que surjan tales situaciones.

De acuerdo con la Resolución 1374 del Consejo de Seguridad de 28 de septiembre de 2001, se requiere a los Estados miembros de la ONU a no dar santuario a aquellos que financien, planifiquen, apoyen o cometan actos terroristas o que proporcionen santuario a terroristas. El Consejo exhortó a los Estados a tomar medidas apropiadas para garantizar que los solicitantes de asilo no hayan planificado, facilitado o participado en actos terroristas. También exhortó a los Estados a asegurar, en concordancia con el derecho internacional, que la institución del estatuto de refugiado no sea utilizada indebidamente por perpetradores, organizadores o propiciadores de actos terroristas. Sin embargo, los Estados están obligados a respetar el derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados en todas las medidas que tomen para eliminar el terrorismo (véase “El terrorismo y la prohibición de la devolución” en el Capítulo 9, arriba).

El derecho de los refugiados a ser consultados y a participar

El derecho de los refugiados a ser consultados y a participar en decisiones sobre asuntos que afectan sus vidas está firmemente establecido en las políticas y directrices del ACNUR, particularmente en la Agenda para la Protección, pero también está consagrado en diversos tratados de derechos humanos. También se reconoce este derecho para los niños refugiados (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Se debe proporcionar a los niños toda la información pertinente relativa a su condición y situación para que puedan desarrollar y expresar opiniones bien informadas.



Capítulo 19

El derecho a la educación

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículo 22 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

ACNUR, Los niños refugiados: Directrices para su protección y cuidado (Capítulo 9).

Comité Ejecutivo, Conclusión No. 104 (2005).

Instrumentos sobre apatridia

Artículo 22 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas.

Derecho de los derechos humanos

Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Artículos 28 y 29 de la Convención sobre los derechos del niño.

Artículos 10 y 14 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Artículo 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Artículos 13 y 16 del Protocolo de San Salvador.

Artículo 2, Protocolo No. 1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 17 de la Carta Social Europea.

Artículo 17 de la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos.

Artículo 12 del Protocolo a la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos relativa a los derechos de la mujer en África .

Artículo 11 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño.

UNESCO, Convención contra la discriminación en la educación (1960).

Artículo XI del Convenio sobre los derechos del niño en el Islam.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 11 sobre el derecho a la educación (artículo 13).

Artículo 7 de la Declaración del Cairo sobre derechos humanos en el Islam.

Si bien el derecho a la educación está establecido tanto en el derecho internacional de los refugiados como en el derecho internacional de los derechos humanos, esta última rama ha desarrollado aún más este derecho. La Convención de 1951 concede a los solicitantes de asilo y refugiados el mismo trato que a los nacionales sólo con respecto a la educación primaria. Los instrumentos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño, van más allá de la Convención al requerir no sólo que la educación primaria se haga disponible a todas las personas, sino que sea obligatoria y gratuita. Para otros niveles de educación, la Convención de 1951 dispone “el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el

concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros.” El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que la educación secundaria “debe estar disponible de manera general y ser accesible *para todos*”, y que la educación superior “debe hacerse igualmente accesible para todos, *con base en la capacidad* de cada uno” (cursivas agregadas).

19.1 Normas pertinentes de derechos humanos

El artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que todos los niños tienen derecho a la educación. Según esta disposición

- La educación **primaria** debe ser **obligatoria y gratuita para todos**;
- La educación **secundaria** deber estar **disponible y ser accesible para todo niño**, y se deben tomar medidas apropiadas para lograr estos fines, incluyendo la introducción de la educación gratuita y el ofrecimiento de apoyo económico en caso necesario;
- La educación **superior** deberá ser **accesible para todos aquellos que califiquen** por cualquier medio apropiado;
- Se deben tomar medidas para fomentar la asistencia regular en las escuelas y reducir las tasas de deserción;
- Se deben tomar medidas para asegurar que la disciplina escolar se administre de manera consistente con la dignidad humana del niño; y
- Los Estados partes deben promover la cooperación internacional en asuntos relacionados con la educación.

El artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño describe los objetivos de la educación de la niñez y reconoce la libertad de los individuos para establecer y dirigir instituciones educativas. El artículo 23 aborda el derecho de los niños discapacitados a adquirir una educación.

Los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y la Observación General No. 13 reconocen el derecho de todas las personas a la educación, estipulando que:

- **La educación primaria** debe ser obligatoria y gratuita para todos;
- Se deben tomar medidas concretas con el fin de lograr la **educación secundaria** gratuita para todos;

- **La educación superior** debe ser accesible para todos los que califiquen, y
- **La educación técnica y vocacional** debe estar generalmente disponible sin discriminación, particularmente en contra de los refugiados.

De conformidad con el principio de no discriminación, están cubiertas todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado parte, incluyendo a no nacionales y sin importar su condición legal (véase el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 3.e de la Convención de la UNESCO contra la discriminación en la educación).

En el ámbito regional, el Protocolo de San Salvador contiene disposiciones detalladas sobre educación (artículos 13 y 16). En Europa, este derecho está contenido en el artículo 2, **Protocolo No. 1, del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales** (“no se negará a ninguna persona el derecho a la educación”) y, con mayor detalle, en los artículos 17 y 19 de la Carta Social Europea. La Carta Africana contiene sólo disposiciones referentes al deber del Estado de promover y proteger “la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad” (artículo 17).

**Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,
Observación General No. 13, relativa al derecho a la educación
(párrafo 1):**

“La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.”

19.2 Elementos del derecho a la educación

Tres elementos del derecho a la educación son pertinentes para los solicitantes de asilo y refugiados:

- No se negará a nadie el acceso a las instituciones educativas públicas de manera discriminatoria.

- Los Estados deberán evitar y eliminar los obstáculos legales y prácticos que puedan dificultar el disfrute de este derecho, y
- La educación primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos.

19.3 El disfrute del derecho a la educación por parte de refugiados y solicitantes de asilo

Los solicitantes de asilo no sólo deberán tener acceso a las instituciones educativas públicas sin discriminación, sino que los Estados también deberán eliminar obstáculos prácticos y administrativos que aquéllos pudieran enfrentar. Todos los niños solicitantes de asilo deberán beneficiarse de la educación primaria gratuita. Ya que la barrera del idioma puede hacer imposible que se realice el disfrute del derecho a la educación, el derecho a la educación primaria gratuita para solicitantes de asilo deberá coordinarse con el aprendizaje del idioma. Considerando el tamaño de la población, el perfil, idioma, habilidades y la dispersión de los niños refugiados en el país, los Estados pueden emplear cierta discrecionalidad en la mejor manera de organizar la educación de los niños refugiados, ya sea canalizando a los refugiados hacia las instituciones educativas nacionales o estableciendo instalaciones específicas que suministren, por ejemplo, educación en campamentos de refugiados.

No es una violación del derecho de no discriminación la adopción de medidas temporales especiales para asegurar igualdad *de facto* en el acceso a la educación para hombres y mujeres y para grupos desfavorecidos, tales como refugiados y solicitantes de asilo, siempre y cuando dichas medidas no conduzcan a normas desiguales o segregadas para grupos diferentes y mientras no continúen después de que se hayan alcanzado los objetivos para los cuales fueron creadas.

En un caso histórico concerniente al derecho a la educación (El *Caso de la Lingüística Belga*), el **Tribunal Europeo** determinó que el artículo 2, Protocolo No. 1 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales no requiere a los Estados garantizar, a sus expensas, educación de un tipo particular; pero sí establece que aquellas personas que están bajo la jurisdicción de uno de los Estados contratantes tienen el derecho a aprovechar los medios de instrucción en un momento dado. Por lo tanto, esta disposición puede ser útil para impugnar la legislación o las políticas que niegan a los solicitantes de asilo el acceso a las instituciones educativas.

En un caso conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativo a dos niñas apátridas, los solicitantes alegaban que la política y la práctica educativas del Estado, que requería la presentación de un certificado de nacimiento para dar acceso a las escuelas, tenían un efecto discriminatorio para los niños de ascendencia haitiana, a quienes se les niega la documentación (véase *Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana*). El tribunal observó que los requerimientos para el registro tardío de nacimientos y la discriminación privaban a las dos niñas de sus derechos a una nacionalidad y personalidad jurídica y que esto evitaba que asistieran a la escuela. Por lo tanto, este caso hace evidente un vínculo crucial entre el derecho a la identidad legal (véase *supra* Capítulo 13) para solicitantes de asilo, refugiados y migrantes, y el derecho a la educación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que los requerimientos para la educación pública y la orientación vocacional deben ser similares para nacionales y solicitantes de asilo, y que los Estados deben evitar obstáculos administrativos innecesarios que dificulten a los solicitantes de asilo el disfrute de su derecho a la educación. El Comité ha expresado su preocupación no sólo con respecto a la educación primaria, sino también acerca de la educación postsecundaria. En sus observaciones finales para el informe sobre Canadá, el Comité sugirió implícitamente que los refugiados y solicitantes de asilo deberían disfrutar del acceso a los mismos programas de préstamos para educación postsecundaria que los que están disponibles para los ciudadanos y residentes permanentes (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Canadá, Observaciones Finales, 1998).

19.4 Los niños y el derecho a la educación

Aunque el derecho a la educación se reconoce como un derecho para “todos” y que el aprendizaje es una tarea que dura toda la vida, los niños son naturalmente los principales beneficiarios. Los Estados deben garantizar que el acceso a la educación se mantenga durante todas las fases del desplazamiento, y que ésta deberá ser concedida sin discriminación, tomando en cuenta las necesidades especiales de las personas desplazadas. Los detalles de las disposiciones sobre las obligaciones de los Estados concernientes al derecho a la educación se incluyen en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (artículos 13 y 14) y en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño (véase arriba).

La educación juega también un papel clave en la promoción de la integración de los niños refugiados y sus padres a las comunidades de asilo y en el desarrollo de relaciones armónicas con éstas.

En su Observación General No. 13 sobre el derecho a la educación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales detalla este aspecto en su capítulo sobre:

“artículo 13 (1): Propósitos y objetivos de la educación

Los Estados Partes convienen en que toda la enseñanza, ya sea pública o privada, escolar o extraescolar, debe orientarse hacia los propósitos y objetivos que se definen en el párrafo 1 del artículo 13. El Comité observa que estos objetivos de la educación reflejan los propósitos y principios fundamentales de las Naciones Unidas, consagrados en los artículos 1 y 2 de la Carta. Se encuentran asimismo, en su mayor parte, en el párrafo 2 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, si bien el párrafo 1 del artículo 13 amplía la Declaración desde tres puntos de vista: la educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos. De todos esos objetivos de la educación que son comunes al párrafo 2 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al párrafo 1 del artículo 13 del Pacto, acaso el fundamental sea el que afirma que ‘la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana’.”

El artículo 11 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño menciona específicamente que un niño disciplinado en la escuela deberá ser tratado humanamente y con respeto. También establece acceso equitativo a la educación para niñas, menores dotadas y desfavorecidas, y estipula que las niñas que se embarazan antes de completar su educación tienen derecho a continuar asistiendo a la escuela.

Desafortunadamente, con frecuencia se excluye a las niñas de las oportunidades educativas de que disfrutaban los niños y, por lo tanto, sus prospectos de autosuficiencia se reducen significativamente. El incumplimiento de un Estado para garantizar acceso equitativo a la educación viola la prohibición contra la discriminación establecida en diversos tratados de derechos humanos (artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 10 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer).



Capítulo 20 El derecho a la propiedad y al disfrute pacífico de las posesiones

Instrumentos y documentos pertinentes

Derecho internacional de los refugiados

Artículos 13 y 14 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Comité Ejecutivo, Conclusiones número 18 (1980) y 40 (1985).

Derecho de los derechos humanos

Artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Artículo 16 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Artículo 15 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 14 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos

Artículo 1, Protocolo No. 1, del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. 22 sobre el artículo 5 y refugiados y personas desplazadas.

Principios sobre vivienda y restitución de la propiedad para refugiados y personas desplazadas (Principios de Pinheiro) (E/CN.4/Sub.2/2005/17 [2005]).

Otros

Artículo 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Principio 28 de los Principios Rectores sobre el desplazamiento interno (1998).

Según el derecho de los derechos humanos, todos los refugiados tienen derecho a la restitución de propiedades (vivienda y tierra) de las cuales fueron arbitraria e ilegalmente privados. Si la restitución es prácticamente imposible de lograr, entonces los refugiados deben ser compensados de forma apropiada según lo determinado por un tribunal independiente e imparcial.

El derecho a la propiedad no sólo es importante para los refugiados y solicitantes de asilo cuando regresan a sus países e intentan recuperar sus propiedades; también lo es para proteger las posesiones que adquieren durante el desplazamiento.

20.1 Normas pertinentes de derechos humanos

La protección de la propiedad está incluida en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. No obstante, el debate ideológico durante el período de la Guerra Fría, en los

años cincuenta y sesenta del siglo XX, resultó en la omisión de una disposición referente al derecho a la propiedad en los dos principales tratados de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, el derecho a la propiedad se aborda en diversas convenciones de la ONU.

Según el artículo 16 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Estados están obligados a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer y garantizar que ambos cónyuges tengan los mismos derechos respecto de “propiedad, adquisición, administración, disfrute y disposición de propiedad”. Además, según el artículo 15, los Estados están obligados a conceder a la mujer derechos iguales para realizar contratos y administrar propiedades.

La Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares reconoce el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a la propiedad y el derecho de compensación adecuada en el caso de expropiación (artículo 15). Sin embargo, esta Convención no es aplicable a “refugiados y personas apátridas, a menos que dicha aplicación se encuentre estipulada en la legislación nacional pertinente del Estado parte en cuestión o en los instrumentos internacionales vigentes” (artículo 3.d).

La Asamblea General de la ONU, el Consejo de Seguridad, la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión han aprobado un número de resoluciones referentes a la restitución de vivienda y de propiedad en el contexto del regreso de refugiados y desplazados internos, principalmente en ámbitos específicos de un país. El tema fue abordado de manera más general por la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que resumió las normas aplicables derivadas de la legislación internacional en los *Principios sobre restitución de la vivienda y la propiedad para los refugiados y personas desplazadas*, también conocidos como los “Principios Pinheiro” (E/CN.4/Sub.2/2005/17 [2005]).

Regionalmente, la jurisprudencia más desarrollada referente al derecho a la propiedad proviene del sistema europeo.

El Convenio Europeo de derechos humanos incluye el derecho a la propiedad en el artículo 1, Protocolo 1: “Toda persona física o legal tiene derecho al disfrute pacífico de sus posesiones. Nadie podrá ser privado de sus posesiones excepto en el interés público y sujeto a las condiciones previstas por la ley y

por los principios generales del derecho internacional”. Esta norma califica el derecho, no sólo por referirse al “disfrute” y no a la “propiedad”, sino porque también otorga al Estado más poderes para limitar los derechos de propiedad que los que se conceden para otros derechos. El Estado podrá privar a un individuo de sus posesiones “en el interés público y sujeto a condiciones provistas por la ley” y podrá limitar este derecho “de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de impuestos u otras contribuciones o sanciones”. Se debe conseguir un equilibrio entre los intereses de la comunidad y los derechos fundamentales del individuo.

En el contexto de este artículo, el término “posesiones” tiene un significado autónomo y no está limitado a derechos de propiedad como se definen en los sistemas legales nacionales. Por lo tanto, es posible presentar una petición con base en el artículo 1, a pesar de que la supuesta propiedad no es reconocida como tal en la ley nacional.

La noción de “privación” incluye la expropiación, tanto formal como *de facto*. “Sujeta a condiciones previstas por ley” requiere la existencia y el cumplimiento de disposiciones legales nacionales accesibles de manera adecuada y suficientemente precisas.

La segunda oración del artículo 1, “principios generales de la legislación internacional”, no es aplicable cuando un Estado expropia la propiedad de sus propios ciudadanos. Los principios en cuestión aplican solamente para los no nacionales. De acuerdo con el Tribunal Europeo, podría haber buenas razones para distinguir entre nacionales y no nacionales al considerar la compensación por expropiación de una propiedad promulgada en el contexto de una reforma social o reestructuración económica.

El artículo 1, Protocolo No. 1 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales implica que la compensación debe pagarse si la propiedad se le expropia a alguien que se encuentra en la jurisdicción de un Estado contratante. Como observa el Tribunal Europeo, privar a una persona de su propiedad puede ser parte de la persecución de un fin legítimo “en el interés público”, pero deberá haber también una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que se persigue. Esto requiere que los Estados lleguen a un equilibrio justo entre las demandas del interés general de la comunidad y los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales del individuo. De acuerdo con el Tribunal Europeo, los términos de compensación son sustanciales para la evaluación acerca del logro de un equilibrio justo entre los diversos intereses en juego

y, notablemente, si se ha impuesto una carga desproporcionada o no sobre la persona que ha sido privada de sus posesiones (véase *Lithgow vs. el Reino Unido*).

Con base en el Convenio Europeo, el Tribunal Europeo ha generado jurisprudencia sustancial referente al derecho de propiedad. Los modelos desarrollados en el caso de *Loizidou vs. Turquía* son pertinentes para los solicitantes de asilo y refugiados. En este caso, el Tribunal Europeo encontró que había habido una violación del artículo 1 del Protocolo No. 1 debido a que la solicitante, una griega chipriota, había perdido efectivamente todo el control sobre su propiedad, así como las posibilidades de usarla y disfrutarla. En un caso posterior, *Chipre vs. Turquía*, el Tribunal Europeo concluyó que había habido una violación continua del artículo 1 del Protocolo 1 debido a que se estaba negando a los dueños griegos chipriotas de una propiedad en el norte de Chipre el acceso, control, uso y disfrute de su propiedad, y además se les negó cualquier compensación por la injerencia en sus derechos de propiedad.

De acuerdo con el Tribunal Europeo, tomar propiedad sin el pago de una cantidad razonable relativa a su valor normalmente constituiría una injerencia desproporcionada que no podría ser considerada justificable según el artículo 1 del Protocolo No. 1. Ese artículo dispone de manera expresa que la privación de propiedad debe ser efectuada “en el interés público”.

Aunque el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos no incluye disposición alguna sobre el derecho de propiedad, el Comité de Derechos Humanos ha protegido este derecho mediante la cláusula independiente de no discriminación contenida en el artículo 26 (véase arriba el Capítulo 10). Cuando un Estado parte aprueba una legislación, ésta deberá cumplir con el requerimiento del artículo 26 de que su contenido no sea discriminatorio. Por lo tanto, cuando los refugiados y solicitantes de asilo han salido de sus países y el Estado ha confiscado sus propiedades, cualquier ley promulgada para proveer la restitución no puede excluir a no residentes y no ciudadanos (véase *Simunek et al. vs. la República Checa*).

La Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial obliga a los Estados partes a prohibir y eliminar la discriminación racial en el disfrute de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (artículo 5). El Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial ha enfatizado que “todos esos refugiados y personas desplazadas tienen derecho, después de regresar a su lugar de origen, a que se les restituyan los bienes de que se les

privó durante el conflicto y a ser indemnizados debidamente por los bienes que no se les puedan restituir. Todos los compromisos o declaraciones respecto de esos bienes hechos bajo coacción serán nulos y sin valor” (Observación General No. 22 sobre el artículo 5 y los refugiados y personas desplazadas).

20.2 Programas de restitución de vivienda, tierra y propiedad

De acuerdo con los Principios de restitución de vivienda y propiedad para refugiados y personas desplazadas (E/CN.4/Sub.2/2005/17 [2005]), “los Estados deberán garantizar que todos los procedimientos, instituciones, mecanismos y marcos legales para la restitución de vivienda, tierra y propiedades sean totalmente compatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y normas conexas, y que el derecho a un regreso voluntario, seguro y con dignidad sea reconocido en ellos”. Los principios establecieron un número de medidas que los Estados deberán tomar para asegurar que los procedimientos nacionales cumplan con las normas internacionales, tales como:

- Garantizar la **accesibilidad** de toda persona a los procedimientos para lograr la restitución;
- Establecer y apoyar **procedimientos, instituciones y mecanismos** equitativos, oportunos, independientes, transparentes y no discriminatorios para evaluar y hacer cumplir demandas de restitución de vivienda, tierra y propiedad;
- Garantizar procedimientos **que incluyan las perspectivas de edad y género**;
- Solicitar **cooperación y asistencia técnica** a las agencias internacionales correspondientes;
- Incluir procedimientos, instituciones y mecanismos para la restitución de vivienda, tierra y propiedad en **acuerdos de paz y acuerdos de repatriación voluntaria**;
- Garantizar **consulta y participación** adecuadas en la toma de decisiones;
- Establecer sistemas para el registro de vivienda, tierra y propiedad;
- Garantizar que los **derechos de los arrendatarios y otros no propietarios**, así como los de ocupantes

secundarios, sean reconocidos apropiadamente en los programas de restitución;

- Aprobar todas las **medidas legislativas** necesarias para garantizar la protección del derecho a restitución de vivienda, tierra y propiedad;
- **Abstenerse de cualesquiera leyes arbitrarias y discriminatorias** que pudieran perjudicar el proceso de restitución;
- Establecer un **órgano específico** encargado de hacer cumplir la restitución de vivienda, tierra y propiedad y garantizar el cumplimiento de las decisiones y sentencias de restitución; y
- Proveer **compensación** total y efectiva a todos los refugiados y personas desplazadas.

20.3 El papel de la comunidad internacional, incluidas las organizaciones internacionales

Los Principios de restitución de vivienda y propiedad para refugiados y personas desplazadas también se refieren a la responsabilidad de la comunidad internacional para:

- Promover y proteger el **derecho a la restitución de vivienda, tierra y propiedad**, así como el **derecho al regreso** voluntario con seguridad y dignidad;
- Garantizar respeto a la **prohibición contra el desplazamiento ilegal o arbitrario**, particularmente de la prohibición en contra de desalojos forzosos;
- **Trabajar con los gobiernos nacionales** y compartir experiencias relacionadas con el desarrollo de políticas y programas nacionales de restitución de vivienda, tierra y propiedad y ayudar a garantizar su compatibilidad con el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y normas conexas;
- Esforzarse por garantizar que los **acuerdos de paz y los acuerdos de repatriación voluntaria** contengan disposiciones relativas a la restitución de vivienda, tierra y propiedad, estableciendo incluso procedimientos, instituciones, mecanismos y marcos legales nacionales.

PARTE C EJERCICIOS DE AUTOFORMACIÓN E INFORMACIÓN ADICIONAL

Esta sección incluye preguntas de repaso y casos específicos acerca de los refugiados para aprender de manera autodidacta. Se pretende que los casos proporcionen ejemplos de preguntas y dilemas a los cuales puede usted enfrentarse en su trabajo cotidiano. Para su comodidad, las preguntas y los casos han sido clasificados por tema.

En el momento apropiado, los lectores serán dirigidos a fuentes adicionales para una discusión más a fondo del tema. Se han incluido algunos casos pertinentes de derechos humanos para apoyar al lector.

Los lectores deberán dirigirse a los principales instrumentos y documentos enumerados en el Vol. I, Parte I de este módulo.

Volumen II Parte A

Grupos con necesidades específicas de protección

1. La violencia intrafamiliar constituye una violación de los derechos humanos sólo si el perpetrador es un funcionario del Estado.

Verdadero Falso

2. La violación de una mujer es un delito del orden común perpetrado por actores individuales por el cual el Estado nunca puede hacerse responsable.

Verdadero Falso

3. “Para garantizar el cumplimiento del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que requiere a los Estados garantizar que un niño (o niña) no sea separado de sus padres en contra de su voluntad, los Estados podrán regresar a un niño (o niña) refugiado no acompañado o separado a su país de origen.”

Verdadero Falso

4. ¿Cuál de las siguientes respuestas es correcta? Según la Convención sobre los Derechos del Niño, un niño se define como:

- a. “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”;
- b. “todo ser humano menor de dieciocho años a menos que, según la ley aplicable al niño, la mayoría de edad se obtenga antes”;
- c. “todo ser humano menor de dieciocho años a menos que, según la ley aplicable al niño, la mayoría de edad se obtenga después”;
- d. “todo ser humano menor de veintiún años de edad”.

5. ¿Cuál de las siguientes respuestas NO es correcta?

- a. Para custodia, acuerdos de alojamiento y representación legal, no se necesita tomar en cuenta la opinión de los niños menores de quince años.

- b. Los Estados deben abstenerse de regresar a un niño a la frontera de un Estado cuando hay auténtico riesgo de su participación directa en las hostilidades.
 - c. Se deberá informar en todo momento a los niños de los acuerdos relacionados con su custodia y representación legal, y su opinión deberá tomarse en cuenta.
 - d. De acuerdo con el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados están obligados a garantizar que los niños solicitantes de asilo tengan el mismo acceso a atención de la salud que los niños de dichas naciones.
6. ¿Cuál de las siguientes afirmaciones es correcta en lo concerniente a una no nacional en un Estado parte de los principales tratados de derechos humanos?
- a. Al salir de su propio país, la persona ha perdido el derecho a la mayoría de sus derechos humanos.
 - b. En general, la persona disfruta de los mismos derechos y libertades que los nacionales.
 - c. Aunque la persona ha perdido el derecho a la mayoría de sus derechos humanos, retiene el derecho a regresar a su país de origen.
 - d. En general, la persona disfruta sólo de derechos civiles en el país de asilo.

Caso 1

En el país A, muy pocas mujeres solicitantes de asilo han sido reconocidas con base en la persecución por motivos de género.

Las decisiones de las autoridades frecuentemente revelan inconsistencias que parecen indicar una falta de comprensión de los temas implicados para determinar si existe o no un temor fundado de persecución por motivos de género.

Aunque el asunto ha sido el tema de varias decisiones de los tribunales, no ha habido un consenso acerca de lo que constituye persecución por motivos de género y si esta razón cae dentro de los criterios de la Convención para determinar la condición de refugiado.

La violencia contra la mujer es un tema de intensa controversia en el país.

¿Qué propondría usted que hiciera el ACNUR para promover una interpretación de la Convención de 1951 que fuera sensible a la perspectiva de género?

Caso 2

Samara ha sufrido golpizas continuas y violación a manos de su marido, un ex sargento del ejército. Las autoridades de su país no han hecho nada para protegerla a pesar del hecho de que en varias ocasiones ha terminado en el hospital con heridas graves. El suyo es uno de muchos casos y ha huido de su país y está solicitando asilo.

Se le ha informado que su solicitud para obtener la condición de refugiada ha sido denegada debido a que el agente de persecución es un agente no Estatal y a que ella puede reubicarse de manera segura en otra provincia diferente en su Estado de origen. Sin embargo, Samara teme que su marido la localice y la someta a más abuso violento. No tiene derecho alguno de apelar la decisión. Las autoridades le han informado que será deportada en una semana.

¿El país de Samara es en forma alguna responsable de los abusos cometidos por su marido?

En su papel de oficial de protección, ¿qué argumentos legales y prácticos puede usar para convencer a las autoridades de suspender la deportación de Samara?

Caso 3

El gobierno X quiere someter a revisión a todos los niños refugiados que fueron evacuados de un orfanato en una situación de emergencia, con la intención de separar a los niños seropositivos y ubicarlos en un área separada para que no infecten a otros niños.

Como oficial de protección, ¿cuál sería su posición y como reaccionaría ante esta situación?

Lecturas adicionales

- Anker, D., “Refugee law, gender, and the human rights paradigm”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, 2002, pp. 133–154.
- Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, 1999.
- Edwards, A., “Age and gender dimensions in international refugee law”, en Feller *et al.*: *Refugee Protection in*

International Law, Cambridge University Press, 2003, pp. 46-80.

- Haines, Rodger, “Gender-related persecution”, en Feller *et al.*: *Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 319-350.
- *Separated Children in Europe Programme: Statement of Good Practice*, ACNUR e International Save the Children Alliance, Bruselas, 2a. edición, octubre de 2000.
- *Working with Separated Children: Field Guide, Training Manual, and Training Exercises*, Save the Children, Reino Unido, 1999.

Volumen II Parte B Derechos sustantivos

1. El derecho a solicitar asilo y a disfrutar de él

¿Cuáles instrumentos de derechos humanos reconocen el derecho a “solicitar y obtener” asilo?:

- a. La Declaración Universal de Derechos Humanos.
- b. La Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos.
- c. El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.
- d. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Caso 4

Continenta, un país de América Latina que ha ratificado todo los instrumentos interamericanos de derechos humanos, enfrenta la llegada de un gran número de refugiados de Islita, una isla pequeña que no queda lejos de la costa de Continenta. El gobierno de Continenta ha decidido interceptar a los refugiados en aguas internacionales y retornarlos de manera sumaria a su país. Como funcionario del ACNUR, usted ha sido llamado para dar un criterio sobre la legalidad de este procedimiento bajo el sistema interamericano para la protección de derechos humanos. Por favor, responda las siguientes preguntas:

¿Cuál(es) derecho(s) de las personas interceptadas podrían resultar vulnerados por la política de Continenta?

En el marco del Sistema Interamericano, ¿cuál(es) instrumento(s) de derechos humanos son vinculantes para Continenta?

¿Cuál es el órgano de supervisión de los derechos humanos competente para conocer de este caso?

Lecturas adicionales

- Edwards, A., “Human rights, refugees, and the right to ‘enjoy’ asylum”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, No. 2, 2005, pp. 293-330.
- Franco, L. (ed.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, ACNUR/Universidad Lanús/IIDH, 2004.

- G. Noll, “Seeking asylum at embassies: A right to entry under international law?”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, Num. 2, 2005, pp. 542-573.
- Plender, R. y M. Mole, “Beyond the Geneva Convention: Constructing a *de facto* right of asylum from international human rights instruments”, en F. Nicholson y P. Twomey (eds.): *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, 1999, pp. 81–105.

Casos seleccionados de derechos humanos

- *Haitian Interdiction vs. US*, Informe 51/96, Caso No. 10.675, Decisión conforme a los méritos, 13 de marzo de 1997, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de 1996, pp. 598-602 (disponible en RefWorld).
- *Joseph vs. Canadá*, Informe No. 27/93, Caso 11.092, Decisión conforme a la admisibilidad, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1993, p. 32.

2. El principio de no devolución

1. El principio de *no devolución* respecto de los refugiados es válido independientemente de si el país de asilo forma o no parte de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967.

Verdadero Falso

2. Si una de las excepciones al principio de *no devolución* dispuestas en el artículo 33.2 de la Convención de 1951 es aplicable a un refugiado en particular, éste puede, por lo tanto, ser devuelto al país de origen aunque esto signifique que:

- a. pueda estar en riesgo de tortura a su regreso.
- b. pueda estar en riesgo de persecución, por ejemplo, siendo sometido a una sanción penal desproporcionada, basada en una opinión política, por medio de la cual, aparte de la sanción, su trato, incluso mientras purga la sentencia, fuera de conformidad con las normas fundamentales de derechos humanos (por ejemplo, trato que no se equipare a tortura ni que constituya trato o castigo inhumano o degradante, o que ponga su vida en riesgo).
- c. pueda estar en riesgo de trato o castigo cruel, inhumano o degradante, sin llegar al umbral de la tortura.
- d. pueda ser sometido a la pena de muerte.

Caso 5

Una solicitante de asilo cuya solicitud ha sido rechazada por un comité nacional de elegibilidad afirma haber sido golpeada y violada, y dice que teme más maltrato si es devuelta a su país de origen.

Después de revisar su demanda, usted llega a la conclusión de que la solicitante tiene necesidad de protección internacional y la reconoce de conformidad con el mandato del ACNUR.

Sin embargo, las autoridades están satisfechas con la determinación de su condición y los procedimientos de apelación y se preparan para proceder con su expulsión.

¿Qué argumentos legales puede usted hacer en su representación que pudieran persuadir al país de asilo a suspender su expulsión o, por lo menos, a retrasarla hasta que pueda usted encontrar otra solución?

¿Qué otra información necesitaría?

Caso 6

Un capitán de navío ha sido informado de que está transportando a un polizón. Al ser llevado ante el capitán, el polizón afirma que es un trabajador portuario y líder sindical en el país en que el navío ancló por última vez. Afirma que el nuevo régimen militar ha proscrito toda actividad sindical de manera que, si es devuelto a su país, teme enfrentar arresto y maltrato. Las autoridades del primer puerto de escala (Estado A) no permiten desembarcar al polizón. El Estado del siguiente puerto de escala del navío (Estado B) es un aliado político del nuevo gobierno del país de origen del polizón.

Como funcionario del ACNUR, ¿qué argumentos legales y prácticos puede usted usar para buscar la cooperación de las autoridades del primer puerto de escala (Estado A) en este caso?

¿Qué información adicional necesitaría?

Caso 7

Iyenemi, sus tres hijos, suegra, y su padre y madre son parte de un movimiento masivo de refugiados que huyen por barco. Éste es interceptado en aguas internacionales y todos sus pasajeros serán regresados a su país de origen sin importar sus solicitudes de asilo.

Como oficial de protección, ¿cómo analizaría el carácter justo de este procedimiento según las normas internacionales?

Identifique cuáles mecanismos de derechos humanos podrían estar a disposición de Iyenemi y su familia.

¿Qué información adicional necesitaría?

Lecturas adicionales

- Goodwin-Gill, G., *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 2a. edición, 1996, pp. 117-155.
- Gorlick, B, “The Convention and the Committee against Torture: A complementary protection regime for refugees”, *International Journal of Refugee Law*, 1999.
- Hathaway, J., *Law of Refugee Status*, Butterworths, 1991, pp. 24-27, 155-171, 195-204.
- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp.278-363.
- Lauterpacht, E. y D. Bethlehem, “The scope and content of the principle of *no devolución*: Opinion”, en Feller *et al.*: *Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 87-177.

Casos seleccionados de derechos humanos

- *Ahmed vs. Austria*, Tribunal Europeo, Sentencia del 17 diciembre de 1996 (deportar a un somalí condenado por un delito grave sería una violación del artículo 3 si el solicitante está en riesgo de ser sometido a tortura o trato inhumano o degradante por agentes no estatales al ser expulsado).
- *Jabari vs. Turquía*, Tribunal Europeo, Sentencia del 11 de julio de 2000 (sostener violación del artículo 3 en caso de retorno de una mujer que había cometido adulterio en Irán).
- *Agiza vs. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicado No. 233/2003, opiniones del 20 de mayo de 2005 (sostener violación del artículo 3 y 22 de la Convención contra la Tortura por omitir la revisión de la decisión de expulsar al demandante mediante un cuerpo judicial efectivo, independiente e imparcial, y mediante la expulsión del demandante inmediatamente tras la decisión del gobierno, privándolo de ese modo de una oportunidad significativa para ejercer su derecho de buscar medidas temporales ante el Comité).
- *Mutombo vs. Suiza*, Comité contra la Tortura, comunicado No. 13/1993, opinión del 27 de abril de 1994 (no violación cuando el solicitante ha establecido la existencia de violaciones flagrantes de derechos humanos en el país de retorno, ausente evidencia suficiente del “riesgo personal” del solicitante).

- *Tala vs. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicado No. 43/1996, opiniones del 15 de noviembre de 1996 (contradicciones e inconsistencias en el testimonio del solicitante de asilo atribuidas a desorden de estrés posttraumático causado por tortura).
- *Aemei vs. Suiza*, Comité contra la Tortura, comunicado No. 34/1995, opiniones del 9 de mayo de 1997 (las actividades llevadas a cabo por el demandante en el Estado receptor pueden también ocasionar el riesgo de ser sometido a tortura, es decir, una solicitud *sur place*).
- *Páez vs. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicado No. 39/1996, opiniones del 28 de abril de 1997 (la militancia del solicitante en la organización peruana Sendero Luminoso no era relevante para el disfrute del artículo 3, que prohíbe la devolución a un riesgo de sufrir tortura en términos absolutos, en contraste con el artículo 1.F y el artículo 33.2 de la Convención de 1951).

3. El principio de no discriminación

Según el derecho de los derechos humanos, todas las “distinciones” y “preferencias” en el trato son consideradas discriminatorias.

Verdadero Falso

Caso 8

Un Estado ha introducido una nueva ley para manejar un aumento en el número de solicitantes de asilo. Según la nueva ley, los solicitantes de asilo serán separados en tres categorías:

Grupo A. A personas provenientes de ciertos Estados (la lista “A”), no se les permitirá presentar solicitudes de asilo.

Grupo B. Se atenderán las solicitudes de personas provenientes de determinados Estados (la lista “B”), pero sólo en un procedimiento abreviado que tiene menos salvaguardas que el procedimiento regular.

Grupo C. Se atenderán las solicitudes con el procedimiento regular de determinación de la condición sólo de solicitantes de asilo que no provengan de un país que esté en alguna de las otras dos listas.

Como oficial de protección, ¿cómo analizaría esta nueva ley a la luz de las disposiciones sobre no discriminación del derecho internacional de los derechos humanos?

¿Qué información adicional necesitaría?

Caso 9

Se ha concedido a Julio la condición de refugiado en Frisa, donde ha estado viviendo por más de tres años. Sin embargo, ha tenido varios encuentros violentos con la policía local, que sospecha de la ilegalidad de su estancia. Debido a la hostilidad de la comunidad local hacia personas de su raza, ha sufrido discriminación de empleo y vivienda.

Como funcionario del ACNUR, ¿qué argumentos legales y prácticos podría usar al presentar este caso a las autoridades del Estado?

Lecturas adicionales

- Bayefsky, Anne, “The principle of equality or non-discrimination in International Law,” *Human Rights Law Journal*, vol. 11, Nos.1-2, 1990, pp.1-34.
- Clark, T. y J. Niessan, “Equality rights and non-citizens in Europe and America: The promise, the practice and some remaining issues”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1996.
- Goodwin-Gill, G., *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 2a. edición, 1996, pp. 230-234.

Casos seleccionados de derechos humanos

- *Karakurt vs. Austria*, Comité de Derechos Humanos, comunicado No. 965/2000, opiniones del 4 de abril de 2002 (violación del artículo 26 por razones de ciudadanía).

4. El derecho a la libertad de la persona: no sanción por entrada ilegal, protección judicial contra la detención, y condiciones de la detención

Según el derecho de los derechos humanos, la detención de solicitantes de asilo es arbitraria *per se*.

Verdadero Falso

Caso 10

Usted es oficial de protección en un país en donde los solicitantes de asilo son automáticamente detenidos si llegan sin documentos de viaje válidos.

Los mantienen en detención durante todo el procedimiento de determinación de la condición de refugiado; algunos han estado detenidos durante cuatro años.

Los únicos solicitantes de asilo que no están detenidos son aquellos que llegan con una visa y que posteriormente solicitan asilo. Esta práctica se apoya en la legislación nacional y las autoridades que mantienen que es una medida de control necesaria para disuadir a otros que pudieran intentar llegar sin una visa.

¿Cómo argumentaría a favor de cambiar la ley para que ésta refleje la preocupación del ACNUR sobre la detención de refugiados y solicitantes de asilo?

¿Qué otras medidas consideraría usted si el Estado es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos?

¿Qué información adicional necesitaría?

Caso 11

En Kangiland se aplica un estricto régimen obligatorio de detención a todos los solicitantes de asilo que entran al país ilegalmente (inclusive a menores de edad y mujeres embarazadas). La detención no se basa en motivos particulares relacionados con el individuo, sino en el hecho mismo de su entrada ilegal, y generalmente se justifica por la posibilidad de que el solicitante pudiera esconderse.

Los niños también son detenidos, incluido un número significativo de niños no acompañados. Diversas organizaciones de derechos humanos han denunciado de manera consistente las condiciones en los centros de detención. No existen instalaciones básicas de recreación para los niños y la educación que se ofrece es de menor calidad que la que se provee a los ciudadanos en escuelas públicas.

Kagiland es un Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y ha reconocido la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir demandas individuales. También es un Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Describe las principales preocupaciones de protección que se plantean en el estudio de caso, citando las normas internacionales pertinentes. Favor de centrarse en particular en (1) detenciones arbitrarias, (2) negativa de asesoría legal y detención en situación de incomunicación, (3) separación de nuevas afluencias respecto de personas que han estado detenidas por períodos más largos, y (4) detención de niños.

Caso 12

Adib ha sufrido detención sin cargos o proceso a causa de sus actividades religiosas. Ha huido de su país y está solicitando asilo en Greatland. Mientras se determina su condición, no tiene derecho a trabajar y se le ha denegado su solicitud de asistencia social. En un mitín organizado por un grupo de solicitantes de asilo, Adib fue golpeado por manifestantes opositores de la comunidad local; la policía se rehusó a apoyarlo. Considerando que Greatland es parte de los principales tratados de derechos humanos,

¿Puede usted pensar en cualquier obligación internacional que las autoridades puedan haber violado en relación con el trato dado a Adib?

Lecturas adicionales

- Goodwin-Gill, G., “Illegal entry (Article 31)”, en Feller, *et al.: Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 185-252.
- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp. 370-460.
- Pistone, M., “Justice Delayed is Justice Denied: A Proposal for Ending the Unnecessary Detention of Asylum Seekers”, *Harvard Human Rights Journal*, 1999.

Casos seleccionados de derechos humanos

- *Amuur vs. Francia*, Tribunal Europeo, sentencia del 25 de junio de 1996 (decidir la detención de un solicitante de asilo en la supuesta “zona internacional” extraterritorial de un aeropuerto es una violación del artículo 5 [1]).
- *Conka vs. Bélgica*, Tribunal Europeo, sentencia del 6 de febrero de 2002 (la detención y devolución de los rechazados solicitantes de asilo romaníes a Eslovenia constituyó una violación del artículo 5 y un incumplimiento de la prohibición en contra de “expulsión colectiva” según el Protocolo No.4).
- *C. vs. Australia*, Comité de Derechos Humanos, comunicado No. 900/1999, opiniones del 28 de octubre de 2002 (la larga detención causante de enfermedad mental del solicitante y su deportación a Irán constituyeron violaciones de los artículos 7 y 9).
- *Torres vs. Finlandia*, Comité de Derechos Humanos, comunicado No. 291/1988, opiniones del 2 de abril de

1990 (el incumplimiento del Estado de proporcionar a un extranjero en detención por más de cinco días el acceso a procedimientos del tribunal para la revisión judicial de la legalidad de su detención constituyó una violación del artículo 9).

- *A. vs. Australia*, Comité de Derechos Humanos, comunicado No. 560/1993, opiniones del 3 de abril de 1997 (la ausencia de consideraciones individuales de las razones para la detención de solicitantes de asilo constituyó una violación del artículo 9).

5. El derecho a identidad y estatuto legales

Proporcionar una identidad legal a los hijos de solicitantes de asilo nacidos en el país de asilo implica darles la nacionalidad del Estado.

Verdadero Falso

Caso 13

En el país en el cual usted está trabajando hay un gran número de nacimientos sin registrar de hijos de refugiados sin documentación. La falta de documentos evita que los hijos de refugiados puedan solicitar nacionalidad, a la cual tienen derecho según la legislación nacional (que establece el principio de *jus soli*). La falta de documentación también niega a los niños el acceso a la educación, ya que las escuelas públicas requieren documentos de identidad nacional.

¿Qué argumentos puede usted usar para pedir a las autoridades que supriman la práctica de no registrar los nacimientos de niños refugiados?

¿Qué información adicional necesitaría?

Caso 14

Los nacimientos de niños refugiados en un gran campamento no están siendo registrados por las autoridades locales en el país de asilo. Las autoridades señalan que los nacimientos de niños de la localidad generalmente tampoco son registrados, a menos que los padres hagan un largo viaje hasta la capital de la provincia.

Como funcionario del ACNUR, ¿qué argumentos legales puede usted presentar para obtener la cooperación de las autoridades a fin de abordar el tema y qué sugerencias prácticas se pueden hacer con miras a crear un programa para el registro de los nacimientos?

Lecturas adicionales

- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp.614-625.
- Joseph, S., J. Schultz y M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, 1999, pp. 201-205.

Casos seleccionados de derechos humanos

- Caso de *Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de septiembre de 2005.
- *Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana*, caso No. 12.189, Informe No. 28/01, Comisión Interamericana, Informe Anual 2001.

6. El derecho al debido proceso

El acceso a un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado justo y eficiente es indispensable para la realización del derecho a solicitar y disfrutar asilo.

Verdadero Falso

Caso 15

Un Estado ha promulgado una nueva ley que establece procedimientos para atender de manera más expedita el aumento en el número de solicitantes de asilo. De ahora en adelante, el funcionario fronterizo entrevistará a aquellos que lleguen sin documentos o que tengan documentos falsos y de inmediato tomará una decisión acerca de su solicitud de asilo. El solicitante no tendrá oportunidad de ver a un abogado o de hacer contacto con el ACNUR para recibir ayuda. Si la decisión es negativa, el solicitante será devuelto inmediatamente. Existe una oportunidad para presentar una apelación pero, conforme la ley, la apelación no tiene efecto de suspensión y, por lo tanto, no se permite al solicitante permanecer en el país mientras espera el resultado de la revisión.

En su calidad de oficial de protección, ¿cómo analizaría usted la equidad de este procedimiento según las normas internacionales?

¿Qué información adicional necesitaría?

Lecturas adicionales

- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp.626-656.

- Joseph, S., J. Schultz y M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, 1999, pp. 277-339.

Casos seleccionados de derechos humanos

- *Baena-Ricardo et al. vs. Panamá*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2 de febrero de 2002 (alcance de la aplicación del derecho al debido proceso según el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

7. Derechos de supervivencia: derechos económicos, sociales, y culturales

De acuerdo con el principio de “realización progresiva”, incluido en los principales tratados de derechos económicos, sociales y culturales, los Estados que no tienen suficientes recursos están exentos de cualquier obligación a actuar.

Verdadero Falso

Caso 16

Usted es oficial de protección en un país en el que se permite a los refugiados acompañados por sus familias solicitar subsidio económico para ayudar a ellos y a sus familias a integrarse localmente.

De acuerdo con la ley, el formato de la solicitud para el subsidio familiar debe ser firmado por el esposo. Desde que fueron reconocidos como refugiados, Ana y sus dos hijos ya no están viviendo con Danko, el padre de los niños. Éste recibe mensualmente un subsidio familiar pero no le está pasando dinero alguno a su familia. Ana ha mencionado esta situación a las autoridades, quienes se han rehusado a darle el dinero.

Como oficial de protección, ¿cómo analizaría la equidad de este régimen de asistencia según las normas internacionales?

Lecturas adicionales

- Cholewinski, R., “Economic and Social Rights of Refugees and Asylum-Seekers in Europe”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 14, 2000, p. 709.
- Eide, A., C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Martinus Nijhoff, 2a. edición, 2001.
- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp. 461-513.

- Sepúlveda, Magdalena, “The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Intersentia*, 2003.

Casos seleccionados de derechos humanos

- *D. vs. el Reino Unido*, Tribunal Europeo, sentencia de 2 de mayo de 1997 (el retiro del tratamiento médico que el solicitante estaba recibiendo en el Reino Unido aceleraría su muerte y su traslado a su propio país, en donde no había instalaciones para tratar su enfermedad, constituiría una violación del artículo 3).
- *BB vs. Francia*, Tribunal Europeo, Sentencia del 7 de septiembre de 1998 (la deportación de un ciudadano del Congo que sufría de SIDA a su país de origen, le dejaría sin acceso a la atención médica adecuada, en violación del artículo 3).
- *R. (sobre las solicitudes de Adam, Tesema, y Limbuela) vs. el Secretario de Estado del Departamento del Interior* (2004), 2004 EWCA 540, All ER (D) 323, Sentencias del 21 de mayo de 2004 (Decisión judicial del Reino Unido sosteniendo que el incumplimiento de proporcionar albergue y asistencia a solicitantes de asilo indigentes viola el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos).

8. El derecho a la libertad de tránsito y la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros

¿En cuál de los siguientes instrumentos regionales de derechos humanos a) se prohíbe y b) se explica en detalle la expulsión colectiva? Marque las afirmaciones correctas.

- a. Artículo 12 de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos.
 - a) b)
- b. Artículo 22.9 de la Convención Americana.
 - a) b)
- c. Artículo 3 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales.
 - a) b)
- d. Artículo 4, Protocolo No. 4, del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales.

- a) b)

Caso 17

En el país donde usted trabaja, los refugiados y solicitantes de asilo no tienen derecho a escoger su lugar de residencia. A pesar de la intervención del ACNUR, algunas personas han sido trasladadas por la fuerza en condiciones que han ocasionado la repatriación de 500 refugiados, quienes de otra manera hubieran decidido no repatriarse.

Si bien se reconoce el derecho del gobierno de trasladar a los refugiados por razones de orden público, el traslado y posterior repatriación en medio del invierno tuvo graves consecuencias para la salud de los refugiados.

¿Qué argumentos puede usted usar para solicitar a las autoridades que detengan dichos traslados forzosos de refugiados?

Lectura adicional

- Joseph, S., J. Schultz, y M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, 1999, pp. 244-267.

Casos seleccionados de derechos humanos

- *Conka vs. Bélgica*, Tribunal Europeo, sentencia del 5 de febrero de 2002 (la detención y retorno de los solicitantes de asilo romaníes a Eslovenia constituyó una violación del artículo 5 y un incumplimiento de la prohibición de “expulsión colectiva” según el Protocolo No. 4).
- *Union Inter Africaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Liges des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme vs. Angola*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicado No. 159/96, Décimo primer Informe de Actividades 1996-1997, Anexo X (las expulsiones ilegales de extranjeros, incluyendo expulsiones colectivas, constituyeron violaciones de los artículos 2 [no discriminación], 7.1 [procedimiento legal], 12.4.5 [prohibición de expulsiones ilegales y masivas], 14 [derecho a la propiedad] y 18 [protección de la familia]).

9. El derecho a la unidad familiar y el derecho al respeto de la vida privada y familiar

Según el derecho de los derechos humanos, se debe dar una interpretación restrictiva al término “familia” para incluir sólo a la familia “nuclear”.

Verdadero Falso

Caso 18

El país donde usted trabaja permite, en principio, la reunificación de miembros de la familia nuclear y actualmente se está introduciendo un anteproyecto legislativo para tal efecto.

De acuerdo con la nueva ley, sin embargo, si la solicitud de reunificación de un solicitante es rechazada, éste no puede apelar la decisión.

Una madre refugiada con tres hijos está solicitando que su esposo y su tercer hijo se reúnan con ella.

Existen retrasos indebidos en el intercambio de información con el ACNUR y la localización de los miembros de la familia. Usted está consciente de que, en este caso, se requiere acción rápida para los miembros de la familia que permanecen en su país de origen, donde sus vidas corren peligro.

¿De qué debe persuadir usted a las autoridades en este caso?

Caso 19

Varias organizaciones confiables de derechos humanos han informado que el país en el cual usted trabaja ha notificado a las embajadas de los países de origen de solicitantes de asilo, acerca de la identidad, ubicación y solicitud de asilo de estos.

¿Cuáles derechos de los solicitantes de asilo están siendo amenazados con esta acción?

Lecturas adicionales

- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp.533-559.
- Jastram, K. y K. Newland, “Family unity and refugee protection,” en Feller, *et al.: Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 555-604.
- Lambert, H., “The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of

Protection to Family Reunion”, *International Journal of Refugee Law*, 1999, pp. 427-450.

Casos seleccionados de derechos humanos

- *Gül vs. Suiza*, Tribunal Europeo, sentencia del 9 de febrero de 1996 (no se encontró violación alguna del artículo 8 en caso de negativa por parte de las autoridades de permitir la reunificación familiar).
- *Jonny Rubin Byahuranga vs. Dinamarca*, Comité de Derechos Humanos, Comunicado No. 1222/2003, opiniones del 9 de diciembre de 2004 (se encontró violación del artículo 7, ninguna violación de los artículos 17 y 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Beldjoudi vs. Francia*, Tribunal Europeo, sentencia del 26 de marzo de 1992 (se encontró violación del artículo 8 debido a la deportación del solicitante a Argelia, quien había estado viviendo en Francia por más de cuatro años sin ningún vínculo *de facto*, aparte de su nacionalidad).
- *Slivenko vs. Latvia*, Tribunal Europeo, Solicitud No. 48321/99, de la sentencia del 9 de octubre 2003 (se encontró violación del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Libertades Fundamentales).

10. El derecho al trabajo

Indique tres ventajas de complementar la protección prevista por el artículo 17 de la Convención de 1951 con la de las disposiciones de derechos humanos.

Caso 20

Un país industrializado permite trabajar a los refugiados, pero sólo en los mismos y extremadamente limitados términos que otros no nacionales. El país justifica esta política con base en su propia legislación nacional y como una manera de proteger su mercado laboral.

Como oficial de protección, ¿cómo puede argumentar a favor de posibilidades de empleo más generosas para los refugiados?

¿Qué información adicional necesitaría?

Caso 21

Un país en desarrollo no permite que la gran cantidad de refugiados que se encuentran en campamentos en su territorio, trabajen. Sin embargo, muchos empleadores locales en agricultura e industria ligera ofrecen empleo a niños refugiados,

incluyendo a menores a 10 años de edad, por lo general, con un salario extremadamente bajo y en difíciles condiciones laborales.

Algunos padres de los niños refugiados los envían a trabajar de tiempo completo, ya que sus familias necesitan el dinero y los padres no pueden trabajar.

Las autoridades del país tienden a ignorar el asunto, ya que la población local no ha protestado demasiado.

Como oficial de protección, ¿cómo puede intentar persuadir a las autoridades y a los padres que se debe prohibir a los niños trabajar para que continúen asistiendo a la escuela?

Lecturas adicionales

- Eide, A., C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Martinus Nijhoff, 2001.
- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp.730-785.

Casos seleccionados de derechos humanos

- *Gashi, Urim y Nikshiqi, Astrid vs. el Secretario de Estado del Departamento del Interior* en el Tribunal de Apelaciones de Inmigración del Reino Unido, Apelación No. HX/75478/95, 22 de julio de 1996.

11. Derechos civiles y políticos de los refugiados: selección adicional

Cuando los solicitantes de asilo tengan una religión diferente respecto de la mayoría de la población en su país de asilo, las autoridades podrán imponer severas restricciones a su derecho de manifestar sus creencias religiosas.

Verdadero Falso

Caso 23

Un grupo de refugiados lleva a cabo una manifestación frente a la oficina del ACNUR en la ciudad capital del país de asilo; protestan por una reducción de su ayuda y por el tiempo que toma encontrarles lugares de reasentamiento. Algunos también llevan pancartas en las que se quejan por no permitírseles trabajar en el país de asilo.

Aunque la manifestación es pacífica, algunos manifestantes evitan que sus colegas ingresen al edificio. Al fracasar las negociaciones con los manifestantes, se llama a la policía para controlar a la muchedumbre y para asegurar que la gente pueda

entrar y salir del edificio. Poco después de su llegada, la policía empieza a arrestar los manifestantes.

¿Tendría el ACNUR alguna responsabilidad con respecto a los refugiados y solicitantes de asilo que participaron en la protesta?

¿Cuáles consideraciones (legales) regirían su manejo del asunto en el futuro?

¿Qué información necesitaría?

Caso 24

Inmediatamente después de una transmisión de radio en la que algunos refugiados, junto con algunos ciudadanos del país de asilo, critican al gobierno del país de origen de los refugiados, la policía arresta a todos los participantes.

¿Qué argumentos legales tomaría usted en cuenta al evaluar el incidente y cuáles opciones de acción están disponibles para asegurar la liberación de los refugiados?

¿Qué información necesitaría?

Caso 25

Casi todos los refugiados en un campamento son de una religión diferente de la que profesa la mayoría de la población en el país de asilo. Las autoridades en el país de asilo han prohibido a los refugiados efectuar sus propias ceremonias religiosas, diciendo que sería ofensivo para la población local.

¿Qué consideración legal regiría cualquier acción sobre este tema?

¿Qué información necesitaría?

Lecturas adicionales

- “Political Rights of Refugees”, ACNUR, Serie de Investigación en Política de Protección y Jurídica PPLA/2003/04.
- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp. 560-583 y 874-905.
- Joseph, S., J. Schultz y M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, 1999.

12. El derecho a la educación

Según los tratados de derechos humanos, el derecho a la educación está previsto para todo ciudadano del Estado en cuestión.

Verdadero Falso

Caso 26

Un Estado que no es parte de la Convención de 1951 sólo reconoce a los refugiados de ciertos países, pero considera a los refugiados de todos los demás países como inmigrantes ilegales. El ACNUR considera refugiadas a algunas personas de este último grupo. A los niños del grupo anterior se les permite asistir a la escuela, pero a los niños del último grupo no se les permite hacerlo.

Como funcionario del ACNUR, ¿Cómo argumentaría a favor del segundo grupo de niños?

¿Qué acción puede tomar usted para promover el derecho de los niños refugiados a la educación?

¿Qué información adicional necesitaría?

Lecturas adicionales

- Eide, A., C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Martinus Nijhoff, 2001.
- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp.584-613.

Casos seleccionados de derechos humanos

- Caso de *Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de septiembre de 2005.

13. El derecho a la propiedad y al disfrute pacífico de las posesiones

Caso 27

En el país de origen de María, las nuevas autoridades están planeando aprobar una ley para proveer restitución por la confiscación de propiedades por parte del anterior régimen, quince años atrás.

Desde el estallido del conflicto, María ha estado viviendo en otro país en el que ha sido reconocida como refugiada. Después de su salida, el Estado confiscó todas sus propiedades. María quiere regresar a su país, pero se le ha informado que no será elegible para la restitución debido a que se excluirá a los no residentes de cualquier beneficio.

Como oficial de protección, ¿qué argumentos prácticos y legales puede usted usar a fin de obtener un recurso para María?

¿Qué información adicional necesitaría?

Lecturas adicionales

- Hathaway, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp.514-532 y 813-828.
- Leckie, S., *Housing land and property rights in post-conflict societies: Proposals for a new United Nations institutional and policy framework*, ACNUR, PPLA/2005/01, marzo de 2005.
- Centro sobre Derechos de la Vivienda y Desahucios, Fuente No. 7: Recursos legales sobre la vivienda y la restitución de la propiedad para refugiados y desplazados internos, Ginebra: Centro sobre Derechos de la Vivienda y Desahucios (COHRE, por sus siglas en inglés), 2001.

Casos pertinentes de derechos humanos

- Simunek et al. vs. *la República Checa*, Comité de Derechos Humanos, Comunicado No. 516/1992, opiniones del 19 de julio de 1995 (se encontró una violación del artículo 26, cuando el Estado promulgó una ley que disponía la restitución de bienes confiscados pero excluía del recurso a los no residentes y a los no ciudadanos).