



## **Declaración del ACNUR sobre la protección subsidiaria a personas amenazadas por violencia indiscriminada, bajo la Directiva de Reconocimiento del Consejo de Europa**

### **Introducción**

El Consejo de Estado de Los Países Bajos ha solicitado a la Corte Europea de Justicia un fallo preliminar sobre la interpretación de los artículos 2(e) y 15(c) de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados, o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida<sup>1</sup> (Directiva de Reconocimiento). Estas disposiciones se refieren a los requisitos para conceder “protección subsidiaria” a civiles que enfrentan “amenazas graves e individuales... por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”.

Las preguntas planteadas por el Consejo de Estado son las siguientes<sup>2</sup>:

1. ¿Debe interpretarse que el Artículo 15(c) de la Directiva 2004/83/CE (1) del Consejo sobre normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, sólo ofrece protección en casos en que el Artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, es aplicable, o el Artículo 15(c), en comparación con el Artículo 3 del Convenio, ofrece protección complementaria o de otra naturaleza?

2. Si el Artículo 15(c) de la Directiva, en comparación con el Artículo 3 del Convenio, ofrece protección complementaria o de otra naturaleza, ¿cuáles son los criterios para determinar si una persona que señala ser acreedora de un estatuto de protección subsidiario, enfrenta un riesgo real de amenazas graves e individuales por una violencia indiscriminada, dentro de los términos establecidos en el Artículo 15(c) de la Directiva, leída en conjunto con el Artículo 2(e)?

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (“ACNUR”) celebra la oportunidad planteada a la Corte para aclarar estas preguntas, a fin de garantizar la protección subsidiaria a quienes le necesitan, y una aplicación más uniforme de los estándares mínimos de la Directiva de Reconocimiento<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> OJ L 304/12 del 30.9.2004.

<sup>2</sup> OJ C 8/5 del 12.1.2008. Ver además Decisión 200702174/1 del Consejo de Estado de los Países Bajos de 12 Octubre 2007.

<sup>3</sup> El ACNUR ha documentado diferencias en las interpretaciones de los Estados Miembros del Artículo 15(c) y otras partes de la Directiva de Reconocimiento. Ver: ACNUR, *Asylum in the European Union. A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, noviembre de 2007, <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/47302b6c2.pdf>, especialmente pp. 82-90.

El ACNUR tiene un interés directo en este tema, en su calidad de agencia encargada por la Asamblea General de Naciones Unidas de brindar protección internacional a los refugiados y buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados<sup>4</sup>. De acuerdo con su estatuto, el ACNUR cumple su mandato *inter alia* “[p]romoviendo la conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados, vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a los mismos[.]”<sup>5</sup> La responsabilidad de supervisión del ACNUR bajo su Estatuto es reiterada en el Artículo 35 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (“Convención de 1951”) y el Artículo II del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>6</sup>. Además se ha incorporado en la legislación del CE<sup>7</sup>.

Desde su creación en 1951, el ACNUR ha trabajado con los Estados para identificar y responder a las necesidades de protección internacional, incluyendo aquellas que surgen en situaciones de conflicto armado internacional o interno. El mandato original de la organización se basaba en una definición abstracta de refugiado, como una persona que tiene fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas,<sup>8</sup> reproducido (con algunos cambios) en el Artículo 1A de la Convención de 1951. Nada en esa definición excluye su aplicación a personas que huyen de la persecución en situaciones de conflicto.

En los años posteriores a la adopción del Estatuto del ACNUR, la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Comité Económico y Social, ampliaron la competencia *ratione personae* del ACNUR<sup>9</sup>. Esto se llevó a cabo, no por medio de una reforma de la definición de refugiado contenida en el Estatuto, sino al otorgar al ACNUR la capacidad para proteger y asistir a grupos especiales de personas cuyas circunstancias no necesariamente satisfacen los criterios establecidos en la definición del Estatuto<sup>10</sup>. En términos prácticos, este cambio ha ampliado la competencia del ACNUR a diversas situaciones de desplazamiento forzado interno a consecuencia de conflictos, violencia indiscriminada o desorden público. A la luz de estos desarrollos, el ACNUR considera que las amenazas serias (incluyendo las indiscriminadas) a la vida, la integridad física o la libertad que sean consecuencia de violencia

---

<sup>4</sup> Ver *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0004.pdf>, G.A. Res. 428(V), Anexo, UN Doc. A/1775, párrafo 1 (1950).

<sup>5</sup> *Idem.* párrafo 8(a).

<sup>6</sup> UNTS No. 2545, Vol. 189, p. 137 y UNTS No. 8791, Vol. 606, p. 267.

<sup>7</sup> La declaración 17 al Tratado de Ámsterdam (OJ L 304/12 of 30.9.2004) establece que “Se entablarán consultas sobre cuestiones relativas a la política de asilo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”. Artículo 21 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 Sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (OJ L 326/13 del 13.12.2005) especialmente el Artículo 21(c) obliga a los Estados miembros a permitir al ACNUR a “manifestar su opinión, en el ejercicio de sus responsabilidades de vigilancia de conformidad con el artículo 35 de la Convención de Ginebra, a toda autoridad competente sobre solicitudes individuales de asilo en cualquier fase del procedimiento”.

<sup>8</sup> Párrafo 6 del Estatuto.

<sup>9</sup> Ver ACNUR, *Nota sobre Protección Internacional*, presentada durante la Sesión N°45 del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado, UN Doc. A/AC.96/830, de 7 de septiembre de 1994, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1744.pdf>, párrafos 31-32 y nota n°8.

<sup>10</sup> En estos casos la competencia institucional del ACNUR se basa en el párrafo 9 de su Estatuto: “El Alto Comisionado emprenderá cualquier otra actividad adicional que pueda prescribir la Asamblea General, en particular la de repatriación y reasentamiento de refugiados, dentro de los límites de los recursos puestos a su disposición”.

generalizada o eventos que perturben gravemente el orden público, constituyen un motivo válido para brindar protección bajo su mandato<sup>11</sup>.

En esta nota el ACNUR presenta su opinión sobre las normas mínimas para la protección subsidiaria bajo la Directiva de Reconocimiento para personas afectadas por la violencia indiscriminada (o generalizada). El ACNUR define esos términos como sigue: el término formas de protección “subsidiaria” o “complementaria”<sup>12</sup> se refiere a los mecanismos legales para proteger y otorgar el estatuto a las personas en necesidad de protección internacional que no satisfacen los criterios establecidos en la definición de refugiado de la Convención de 1951, de acuerdo a la interpretación de los Estados. El ACNUR considera estos mecanismos una respuesta positiva y pragmática a ciertas necesidades de protección internacional que no están comprendidas en la definición de la Convención de 1951. El ACNUR desea garantizar que la protección subsidiaria sea complementaria y que no menoscabe el estatuto de refugiado bajo la Convención de 1951. En consecuencia el ACNUR está interesado en verificar que la legislación del CE sobre protección subsidiaria está acorde con los estándares internacionales y ayuda a evitar vacíos de protección.

Para el ACNUR los términos violencia “indiscriminada” o “generalizada” significan el ejercicio de fuerza no dirigida a un objeto o individuo determinado. Y entiende que “personas amenazadas por una violencia indiscriminada” se refiere a personas que se encuentran fuera de sus países de origen (o en el caso de los apátridas, fuera de sus países de residencia habitual), que no pueden regresar porque hay un riesgo real de que enfrentarían amenazas a su vida, integridad física o libertad a consecuencia de dicha violencia. Las necesidades de protección que surgen de situaciones de violencia indiscriminada son con frecuencia la causa del desplazamiento forzado, pero esa necesidad de protección debe surgir además *sur place*.

La primera parte de este documento establece las recomendaciones del ACNUR para la interpretación del Artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento. La segunda parte proporciona información adicional sobre los principios relevantes del derecho internacional y regional de los Derechos Humanos, el objeto y propósito del Artículo 15 analizado desde la perspectiva de sus trabajos preparatorios y la práctica de los Estados Miembros.

## **1. Interpretación del Artículo 15(c) de la Directiva de Reconocimiento: Recomendaciones del ACNUR**

Para facilitar la armonización de la práctica de los Estados, el ACNUR ha redactado tres documentos que contienen sus opiniones sobre la protección complementaria<sup>13</sup>. Estos documentos analizan la protección

---

<sup>11</sup> ACNUR, *Protección internacional mediante formas complementarias de protección*, Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado, Comité Permanente UN Doc. EC/55/SC/CRP.16, 2 Junio 2005, párrafo 26, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4192.pdf>

<sup>12</sup> El ACNUR prefiere usar el término “protección complementaria” al de “protección subsidiaria”. Sin embargo, considerando que éste último es usado en la legislación del CE, es utilizado en esta nota al referirse a la legislación del CE y la práctica de los Estados Miembros.

<sup>13</sup> Ver ACNUR, *Formas complementarias de protección: su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional*, UN Doc. EC/50/SC/CRP.18, 9 junio de 2000, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1761.pdf> ; ACNUR, *Protección internacional mediante formas complementarias de protección*, op.cit. pie de página 11; y ACNUR, *Complementary Forms of Protection, Global Consultations on International Protection*, EC/GC/01/18, 4 septiembre de 2001, <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b95d7174.pdf>.

complementaria en el contexto más amplio de la protección internacional; sus beneficiarios y los estándares de trato apropiados; y temas de procedimiento.

Las opiniones del ACNUR han sido recogidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el 2001, el Comité recomendó brindar protección subsidiaria *inter alia* a las personas "... obligadas a huir o permanecer fuera de su país de origen a consecuencia de amenazas contra su vida, seguridad o libertad, por motivo de violencia indiscriminada que resulta de situaciones tales como un conflicto armado"<sup>14</sup>.

El Comité Ejecutivo (ExCom) del ACNUR, conformado por 72 Estados, adoptó en el 2005 la "Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección"<sup>15</sup>. Esta conclusión señala que se debería recurrir a las formas complementarias de protección sólo después de realizar un análisis completo bajo la Convención de 1951. Además distingue claramente la protección complementaria de la protección temporal, que es una respuesta provisional concreta a situaciones de afluencia en gran escala. Finalmente la Conclusión subraya la importancia de aplicar y desarrollar el sistema internacional de protección de los refugiados, de modo que se eviten los vacíos en materia de protección y de que todos los necesitados de protección internacional la obtengan y gocen de ella.

EL ACNUR ha instado por largo tiempo la creación de una base común en el derecho de la Comunidad Europea para la protección de las personas comprendidas en el mandato del ACNUR, pero que no satisfacen los criterios establecidos en la definición de refugiado de la Convención de 1951. Por esta razón, el ACNUR apoyó la iniciativa de la Unión Europea de desarrollar instrumentos que establezcan las normas mínimas para la protección temporal y subsidiaria. El ACNUR dio la bienvenida a la adopción en el 2001 de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de Julio de 2001 relativa a las Normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida ("Directiva de Protección temporal") pero subrayó que la protección temporal no puede ser la única herramienta de protección para personas en riesgo, en situaciones de violencia generalizada, ya sean refugiados bajo la Convención de 1951 o no<sup>16</sup>. En consecuencia el ACNUR celebró la propuesta de la Comisión para el Artículo 15(c) de la Directiva de Reconocimiento, que incluye a personas que huyen de la violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado o de violaciones sistemáticas de los derechos humanos<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Consejo de Europa, *Recomendación (2001)18 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre protección subsidiaria*, 27 noviembre de 2001(en inglés), <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3dde4c184> [en inglés]

<sup>15</sup> Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado del ACNUR, *Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección*, No. 103 (LVI) 2005, 7 octubre de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3862.pdf>

<sup>16</sup> Ver: ACNUR *da la bienvenida a acuerdo sobre protección temporal de la UE*, Notas Breves del ACNUR, 1 de junio de 2001, <http://www.unhcr.org/news/NEWS/3b17a0b24.html>. La "Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de Julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida", de fecha 7 de agosto de 2001, fue publicada en OJL.212/12, 7.8.2001

<sup>17</sup> Ver: ACNUR, *Some additional observations on the European Commission 'Proposal for a Council Directive on minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection*, COM(2001)510 final de 12.9.2001', Julio 2002, <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/436623912.pdf>.

Sin embargo, durante las negociaciones sobre la Directiva de Reconocimiento, el ámbito de aplicación del Artículo 15(c) fue restringido. Se eliminó la referencia a situaciones de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos y se incluyeron términos que no resultan del todo claros. Al aprobarse el texto final, el ACNUR señaló que el Considerando 26<sup>18</sup> y el término “individual” contenido en el Artículo 15(c) pueden ser difíciles de interpretar, si se considera que el objetivo es brindar una solución a las necesidades de protección que surgen en el contexto de la “violencia” indiscriminada. El ACNUR llamó a los Estados Miembros a no adoptar una interpretación restrictiva de las disposiciones de la Directiva sobre protección subsidiaria<sup>19</sup>.

Un estudio reciente del ACNUR sobre la Implementación de la Directiva de Reconocimiento<sup>20</sup> identificó que algunos Estados Miembros si interpretan en Artículo 15(c) de una manera amplia, de acuerdo su propósito y espíritu, pero que el potencial de la Directiva para armonizar la práctica de la protección subsidiaria aún no se ha alcanzado. El ACNUR continúa instando a los Estados Miembros de la UE a interpretar de manera amplia el Artículo 15(c), reflejando su objetivo de homogenizar la práctica de los Estados Miembros de conformidad con sus obligaciones internacionales y las mejores prácticas nacionales, y para que sirva como la base legal para satisfacer las necesidades de protección internacional no cubiertas por la Convención de 1951<sup>21</sup>.

Desde la perspectiva del ACNUR, el régimen de protección subsidiario creado por la Directiva de Reconocimiento, debería comprender –pero no estar limitado- al derecho internacional y regional de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (ECtHR) sobre el Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>22</sup>, la interpretación del contenido de las obligaciones internacionales por parte de los Órganos encargados de la supervisión de los tratados, y la práctica de los Estados Miembros, deberían servir en conjunto para definir el alcance de las disposiciones de la Directiva. Este enfoque está acorde con propósito señalado por la UE al momento de redactar el instrumento, esto es, armonizar la práctica de los Estados Miembros.

Con frecuencia los conflictos armados nacionales e internacionales tienen sus raíces en diferencias étnicas, religiosas o políticas. La guerra y la violencia son utilizadas a menudo como instrumentos de persecución. Por lo tanto el Artículo 15(c) debe ser interpretado de manera que incluya daños diferentes a aquellos señalados en la Convención de 1951<sup>23</sup>. No se debe recurrir a la protección subsidiaria cuando la

---

<sup>18</sup> Considerando N° 26 señala: “Los riesgos a los que en general se ven expuestos la población de un país o un sector de la población no suelen suponer en sí mismos una amenaza individual que pueda calificarse como daño grave.”.

<sup>19</sup> Ver: *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted*, 28 enero 2005, comment on Recital 26 and Article 15(c), at <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/43661eee2.pdf>.

<sup>20</sup> *Op. Cit.*, pié de página 3.

<sup>21</sup> *Idem.*, páginas 15, 17, 66-89

<sup>22</sup> El fallo reciente de la Corte sobre *Salah Sheekh v. Los Países Bajos*, no. 1948/04, 11 de enero de 2007, es un ejemplo de esta jurisprudencia en desarrollo en el área de *non-refoulement*.

<sup>23</sup> Esto es consistente con la opinión del ACNUR que la protección subsidiaria debería fortalecer el estatuto de refugiado bajo la Convención de 1951. Ver: Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión No. 103 (LVI)* de 2005, párrafo (k), op.cit. pié de página 15. Ver también Considerando 24, de la Directiva de Reconocimiento.

amenaza es dirigida en contra de una persona en particular, y ella o él califican para recibir el estatuto de refugiado<sup>24</sup>.

Pero, el estudio del ACNUR sobre la Directiva de Reconocimiento detectó que algunos Estados Miembros han otorgado protección subsidiaria a solicitantes que basan sus motivos en situaciones de violencia generalizada, que tienen temores fundados de ser perseguidos por alguno de los motivos señalados en la Convención de 1951<sup>25</sup>. Semejante enfoque socava la Convención de 1951 y debe ser evitado. Este propósito puede alcanzarse a través de una interpretación del Artículo 15(c) que no se enfoque en los individuos identificados por los autores de las violaciones de derechos humanos, sino que incluye los daños enfrentados de manera más general por la población en casos de violencia indiscriminada. En la misma línea, el Artículo 15(c) no debe ser utilizado para brindar protección en casos de daños comprendidos en el Artículo 15(a) o (b). Esta no fue la intención de los redactores de la Directiva, y semejante enfoque no garantizaría el *effet utile* del Artículo 15(c).

Sobre esta base, el ACNUR considera que el valor agregado del Artículo 15(c) radica en su capacidad para brindar protección contra daños graves originados por la situación, y no por que se ejecuten en contra de un individuo determinado. Sin perjuicio de que las solicitudes de protección son analizadas en un procedimiento de asilo individual, la elegibilidad para la protección subsidiaria bajo el Artículo 15(c) debería extenderse a daños que (potencialmente) amenacen grupos de personas.

El concepto de amenazas “individuales” debería, en opinión del ACNUR, servir para excluir del alcance de esa disposición a personas para quienes el daño alegado es simplemente una posibilidad remota, por ejemplo, porque la violencia está limitada a una región específica, o porque el daño que ellas enfrentan está muy por debajo del umbral de “daño real” relevante. Esto no debería llevar a elevar el estándar probatorio o a aumentar la carga de la prueba, por cuanto las situaciones de violencia generalizada se caracterizan precisamente por la naturaleza impredecible e indiscriminada de los daños que provocan.

El Artículo 15(c) fue redactado explícitamente para brindar una solución a casos de amenazas originadas por la violencia indiscriminada, que por definición, puede afectar a cualquier persona en una situación determinada. Una interpretación que no extiende la protección a personas en peligro, simplemente porque ellas forman parte de un segmento más amplio de la población afectada por los mismos daños, sería contradictoria con la redacción y con el espíritu de la disposición. Semejante interpretación tendría como resultado un vacío de protección inaceptable, y estaría en desacuerdo con el derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos<sup>26</sup>.

Las necesidades de protección internacional originadas por la violencia indiscriminada no están limitadas a situaciones de guerra declarada o conflictos reconocidos internacionalmente. Así, es importante que los requisitos para considerar que existe un “conflicto armado interno” no sean muy restrictivos. Si bien no existe una definición legal o un significado generalmente aceptado de éste término, su interpretación debe realizarse a la luz del derecho internacional humanitario, especialmente el Artículo 1(1) del Protocolo

---

<sup>24</sup> Esta postura fue compartida por los Estados Miembros durante la redacción de la Directiva, como lo señala el Considerando 24.

<sup>25</sup> Ver UNHCR, *Qualification Directive Study*, op.cit. pié de página 3, páginas 84 y 86.

<sup>26</sup> *Idem*. Ver también: Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido, *Lukman Hameed Mohamed v. The Secretary of State for the Home Department*, AA/14710/2006, 13 de septiembre 2007 (caso no informado), fallo del Juez JFW Phillips que sostuvo: “Sería ridículo sugerir que si hubiera un riesgo real de daño serio a los miembros de la población civil en general a consecuencia de la violencia indiscriminada, el solicitante debería tener que demostrar un riesgo personal por sobre el riesgo general”. [N.T: traducción libre]. Ver También James Hathaway, *The Law of Refugee Status*, 1991, p. 97.

NºII de la Convención de 1949<sup>27</sup>. De acuerdo con esta disposición, debe considerarse suficiente la existencia de estructuras de mando identificables entre las partes en conflicto, unido al control del territorio, de tal naturaleza que se espera que ellos implementen el Protocolo NºII. No se debe requerir una declaración formal por un Estado u organización sobre la existencia de un “conflicto armado interno o internacional”.

La evolución del derecho de los conflictos armados y los desarrollos pertinentes del derecho penal internacional, principalmente el Estatuto de la Corte Penal Internacional, son relevantes en este contexto. Sería incongruente señalar que personas que enfrentan el riesgo de ser víctimas de violaciones de normas que originan la responsabilidad penal internacional, son incapaces de solicitar protección contra la devolución a situaciones donde estas violaciones suceden. El ACNUR señala además la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso del *Fiscal v. Tadic*<sup>28</sup>. El TPIY estableció que existe un conflicto armado siempre que se recurre a la fuerza armada entre Estados, o existen situaciones prolongadas de violencia armada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre dichos grupos dentro de un Estado<sup>29</sup>.

En este sentido, el término “civil” contenido en el Artículo 15(c) no debe servir para excluir a antiguos combatientes que puedan demostrar que han renunciado a las actividades militares. El hecho de que un individuo haya sido un combatiente en el pasado, no lo o la excluye de la protección internacional, si ella o él han renunciado sincera y permanentemente a las actividades militares<sup>30</sup>. Los criterios para determinar si una persona satisface este criterio han sido definidos por el Comité Ejecutivo del ACNUR<sup>31</sup>.

Con respecto al umbral de “riesgo real”, el ACNUR recomienda el uso de un enfoque pragmático. Al evaluar si un solicitante enfrenta un riesgo real de sufrir serias e indiscriminadas amenazas contra su vida o integridad física, deben tomarse en consideración múltiples factores. Estos pueden incluir: la situación general en el país, el número de víctimas, el tema de si el conflicto es nacional o está limitado a una región específica, y los antecedentes personales del o la solicitante. El hecho de que diversos Estados Miembros de la UE se abstengan de deportar a una situación particular, puede constituir un indicador importante de que existe un riesgo real de sufrir violencia indiscriminada.

El Artículo 15(c) debería ser interpretado como la base para conceder protección subsidiaria a personas, incluyendo excombatientes, en riesgo de sufrir violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado, definido de una manera amplia. El requisito de la existencia de una amenaza “individual” no debería ser interpretado de forma excesivamente limitada, sin más bien de forma que el riesgo enfrentado por el solicitante individual sea real, y no una posibilidad remota, dada sus circunstancias particulares. Como se señala más adelante en la Segunda Parte de este documento, esta conclusión está apoyada por la historia de los trabajos preparatorios de este Artículo, las fuentes que le sirvieron de base, así como la práctica de los Estados Miembros.

---

<sup>27</sup> *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II), 8 junio 1977, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b37f40>.

<sup>28</sup> Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY), Cámara de Apelaciones, *Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>.

<sup>29</sup> *Idem.*, párrafo 70.

<sup>30</sup> Ver *Conclusión N°94(LIII)* del Comité Ejecutivo del ACNUR de 8 de octubre de 2002, párrafo (c)(vii), en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2075.pdf>

<sup>31</sup> *Idem.*

## 2. Protección de personas amenazadas por la violencia indiscriminada: fuentes, objeto y propósito del Artículo 15(c) de la Directiva de Reconocimiento y la práctica de los Estados

### 2.1 Derecho Internacional y Regional

#### *Derecho de Refugiados Internacional y Regional*

El Estado es el responsable principal de proteger a sus ciudadanos. La necesidad de protección internacional surge cuando la protección del Estado no existe, *de facto* o *de iure*, y por este motivo los derechos humanos fundamentales se encuentran en serio riesgo. Esto puede ocurrir a consecuencia de la persecución u otras amenazas a la vida, libertad o integridad personal. Con frecuencia, estos elementos están relacionados entre sí, y el desplazamiento forzado es, en la mayoría de los casos, una manifestación del fracaso del Estado para brindar protección. Las situaciones de conflicto y desorden interno con frecuencia originan estos daños. Estos casos deben diferenciarse con claridad de aquellos en que las personas abandonan o permanecen fuera de sus países de origen por compasión u otros motivos<sup>32</sup>.

Con la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, los Estados adoptaron un marco de protección que, si se aplica correctamente, puede satisfacer la mayoría de las necesidades de protección internacional, incluyendo aquellas que surgen de situaciones de conflicto y de desorden público de carácter grave. En tales situaciones, grupos enteros de personas pueden verse en riesgo de sufrir persecución por motivo de, por ejemplo, su etnia o afiliación política. Las personas con fundados temores de sufrir tal persecución, que solicitan asilo, quedan comprendidas dentro de la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951.

Además, la naturaleza dinámica de la Convención de 1951, a la luz de su objetivo y propósito, unido a los avances del derecho en áreas relacionadas (derecho de los derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional), ofrecen la posibilidad a los Estados de extender su aplicación a personas en necesidad de protección internacional más allá del ámbito de aplicación “clásico” de la definición de refugiado.

En África, los Estados han ampliado formalmente la definición de refugiado para incluir a personas amenazadas por la violencia indiscriminada. La Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en Afrecha incluye no sólo a personas que huyen de la persecución por los motivos señalados en la Convención de 1951, sino también:

“... toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Ver ACNUR, *Formas Complementarias de Protección: Su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional*, op. Cit. Pié de página 13.

<sup>33</sup> Organización de la Unidad Africana, *Convención de 1969 por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en Africa*, Artículo 1(2), UNTS 14691, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1270.pdf>



De manera similar, en América Latina, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984<sup>34</sup> recomendó la inclusión de:

“personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”<sup>35</sup>.

Sin perjuicio de su naturaleza no obligatoria, esta definición sirve de base para el reconocimiento del estatuto de refugiado en varios Estados de América Latina<sup>36</sup>. El principio de *non-refoulement*, que constituye la piedra angular del derecho de refugiados, es, en opinión del ACNUR, una regla de derecho internacional consuetudinario<sup>37</sup>. Aplicando este principio, los países que no son parte de la Convención de 1951 o de instrumentos regionales sobre refugiados o que mantienen una limitación geográfica a la definición de la Convención de 1951, continúan albergando a numerosos refugiados que huyen de la persecución y la violencia indiscriminada. El ACNUR, en virtud de su mandato, con frecuencia asiste a estos países de acogida y busca soluciones duraderas para los refugiados afectados.

Se han realizado numerosos intentos en el Consejo de Europa para adoptar un enfoque amplio de la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951, y extender así su aplicación a “refugiados de facto”, i.e. personas que no cumplen con los requisitos formales contenidos en la definición de refugiado de la Convención de 1951<sup>38</sup>. Sin embargo, estas recomendaciones no han sido adoptadas por los Estados Miembros del Consejo de Europa. A diferencia de las regiones mencionadas con anterioridad, los Estados Europeos no aplican de manera colectiva una definición ampliada de refugiado que incluya a personas que huyen de la violencia indiscriminada. Por esta razón, el Comité de Ministros recomendó en el 2001 otorgar protección subsidiaria a estas personas<sup>39</sup>.

### *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

Algunas obligaciones de derechos humanos, especialmente la protección del derecho a la vida y la prohibición absoluta de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, han sido interpretados por los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos, como una prohibición absoluta de

---

<sup>34</sup> *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, 22 de noviembre de 1984, III(3) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0008.pdf>

<sup>35</sup> *Idem*. Capítulo III(3) última frase.

<sup>36</sup> De manera similar, el texto revisado de los Principios de Bangkok sobre el Estatuto y trato de los Refugiados adoptado por la Organización Consultiva de los Estados de Asia-Africa (antes Comité) incorporó en el 2001 una definición de refugiado similar a la de la Convención de Refugiados de la OUA. Los principios están disponibles en inglés en <http://www.aalco.int/Final Text of Bangkok Principles.htm>.

<sup>37</sup> Ver análisis y Fuentes citadas en: *UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Ginebra 2007, párrafos 14-16 y pie de página 30 con referencias adicionales, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=45f17a1a4>.

<sup>38</sup> Ver: Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 773 (1976) sobre la situación de los refugiados de facto, 26 de enero de 1976, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=4720706b2>; Recomendación 1236 (1994) sobre el derecho de asilo, 12 de abril 1994, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b38010>; y la Recomendación (2001)18, op.cit. pie de página 14. Ver también Jane McAdam, *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, Issue 3 (2005), p. 462, pie de página 2.

<sup>39</sup> Consejo de Europa Rec (2001)18, op.cit. pie de página 14.

devolución a lugares donde existe el riesgo de sufrir tales tratos. El principio de *non-refoulement* se considera además un elemento fundamental de la prohibición de derecho internacional consuetudinario contra la tortura, que ha alcanzado el rango de *jus cogens*<sup>40</sup>. Estas disposiciones complementan los mecanismos de protección disponibles bajo el derecho internacional de refugiados. La jurisprudencia sugiere que una situación de violencia indiscriminada puede generar la aplicación de las disposiciones de *non-refoulement* contenidas en los instrumentos internacionales, si el solicitante puede demostrar un riesgo personal. Sin perjuicio de lo anterior, el estándar de prueba es bastante alto. Por ejemplo, en el contexto del Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>41</sup>, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha subrayado la necesidad de garantizar que la expulsión no resulta en un riesgo real de daño irreparable<sup>42</sup>.

El Artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984 se refiere explícitamente a la obligación de no expulsar a una persona a un país donde él o ella estaría en peligro de ser sometido a tortura. El Comité contra la Tortura ha señalado consistentemente que “a los efectos del artículo 3 [...], debe correr un riesgo previsible, real y personal de ser torturado en el país de destino”<sup>43</sup>. De acuerdo con el Comité, semejante riesgo “debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha”<sup>44</sup>, pero “no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable”<sup>45</sup>.

#### *Derecho Europeo de los Derechos Humanos*

El Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que “[n]adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Este Artículo no puede ser objeto de ninguna derogación<sup>46</sup> y la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado uniformemente que la devolución de un individuo a un país donde hay motivos fundados para creer que él o ella enfrentan un “riesgo real de ser sometidos a tortura o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” constituye una violación del

---

<sup>40</sup> *Idem.*, párrafos 21-22 y pie de página 48 con referencias adicionales.

<sup>41</sup> 999 UNTS 171, 6 (ILM) 1967. El Artículo 7 establece que “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>42</sup> Ver: Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación General N°31[80]: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add 13, 26 de mayo de 2004, párrafo 12, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2845.pdf>

<sup>43</sup> Ver, por ejemplo. Comité Contra la Tortura, *E.A. v. Suiza* (28/1995), Comunicación de 10 noviembre 1997, CAT/C/19/D/28/1995, párrafo 11.5. También: *S.C. v. Dinamarca* (143/1999), Comunicación de 10 mayo 2000, CAT/C/24/D/143/1999, párrafo 6.6, y *Zare v. Suecia* (256/2004), Comunicación de 17 mayo 2006, CAT/C/36/D/256/2004, párrafo 9.3.

<sup>44</sup> Ver: Comité contra la Tortura, *Observación General N°1: Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención*, adoptada el 21 de noviembre de 1997, Doc. A/53/44, annex IX, 1997, párrafos 6 y 7, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1435.pdf>

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> Artículo 15(2) del Convenio Europeo. Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Ireland v. UK*, 18 de enero de 1978, Series A 25, párrafo 163. Además: *Soering v. UK*, 7 de Julio de 1989, no. 25803/94, párrafo 88 y *Kalashnikov v. Rusia*, 15 de Julio de 2002, no. 47095/99, párrafo 95. En fallos posteriores la Corte ha especificado que “incluso en las circunstancias más difíciles, como en el caso de la guerra contra el terrorismo y crimen organizado, la Convención prohíbe en términos absolutos la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes”. Ver, por ejemplo Corte Europea de Derechos Humanos *Aksoy v. Turquía*, 18 de diciembre de 1996, no. 25964/94, párrafo 62. En *Chahal v. UK* (15 de noviembre de 1996, no. 22414/93, párrafo 80), la Corte estableció expresamente: “La prohibición establecida en el artículo 3 es en consecuencia más amplia que la establecida en los artículos 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 [...]”

Artículo 3<sup>47</sup>. Estos malos tratos deben alcanzar “un nivel mínimo de gravedad”<sup>48</sup> y el estándar probatorio de semejantes tratos es “motivos fundados para creer”<sup>49</sup>. Carece de relevancia si la expulsión propuesta tendría lugar de manera directa o indirecta<sup>50</sup>.

Muchos de los casos de expulsión que analiza la Corte Europea de Derechos Humanos han involucrado tratos en el país de origen del tipo señalado en la Convención de 1951, y por regla general la Corte Europea ha encontrado necesario evaluar el riesgo real de sufrir malos tratos en el caso particular de cada recurrente. Si bien la Corte Europea no ha excluido la aplicación del Artículo 3 en situaciones de conflicto y violencia indiscriminada, varias de sus decisiones han establecido estándares altos para otorgar la protección contenida en el Artículo 3, incluyendo en casos en los que los recurrentes enfrentaron amenazas en el contexto de tales situaciones.

*Vilvarajah y Otros v. El Reino Unido* involucró a un solicitante de asilo Tamil que, luego de su expulsión del Reino Unido (UK) a Sri Lanka, fue torturado. En este caso la Corte Europea estableció que en cuanto “su situación personal no era diferente a la de la generalidad de los otros miembros de la comunidad Tamil u otros hombres jóvenes tamiles que retornaban a su país [...] La mera hipótesis de malos tratos... no es suficiente [...] no existía en estos casos ninguna característica especial que podría o debería haber permitido al Secretario de Estado anticipar que serían tratados de esta manera”<sup>51</sup>.

Así, en *H.L.R. v. Francia*, en el cual el recurrente denunció que había sufrido ataques por parte de traficantes de droga en Colombia, la Corte Europea señaló que no “puede sino observar la situación general de violencia que existe en el país de destino. Sin embargo considera que esta circunstancia por sí sola no implica, en el caso de una deportación, una violación del Artículo 3”<sup>52</sup>.

En *Venkadajalasarma v. Los Países Bajos* el recurrente fue un Tamil de Sri Lanka. Luego de evaluar la situación general en Sri Lanka, al Corte Europea determinó que “no se habían establecido motivos fundados para creer que el recurrente, de ser expulsado, se encontraría expuesto a un riesgo real”<sup>53</sup> de sufrir malos tratos, en cuanto el proceso de paz parecía ser promisorio y la situación de derechos humanos del país parecía estar estabilizándose<sup>54</sup>. Este caso constituye otro ejemplo del hecho de que la Corte Europea no excluye los daños originados en el contexto de situaciones de conflicto y violencia generalizada, del ámbito de aplicación del Artículo 3, si bien en este caso específico la Corte consideró que la situación en Sri Lanka no representaba el riesgo de un riesgo real para el recurrente.

---

<sup>47</sup> Como un caso de jurisprudencia inicial sobre la extradición ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Soering v. UK*, párrafo 88 y 91. Ver también Corte Europea de Derechos Humanos, *Cruz Varas y Otros v. Suecia* (15 de noviembre de 1996, no. 22414/93, párrafo 80), la Corte confirmó que el artículo 3 es aplicable en casos de extradición y también de expulsión.

<sup>48</sup> Ver arriba, *Cruz Varas*, párrafo 83.

<sup>49</sup> *Soering v. UK*, op.cit., párrafo 88.

<sup>50</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *T.I. v. UK*, Decisión de 7 de marzo de 2000, no. 43844/98, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 12, No. 2, p. 256.

<sup>51</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Vilvarajah y Otros v. UK*, 30 octubre 1991, nos. 13163/87, 13164/84, 13165/87, 13447/87 y 13448/87, párrafo 111f. [N.T: traducción libre]

<sup>52</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *H.L.R. v. Francia*, 29 de abril de 2004, no. 24573/94, párrafo 41

<sup>53</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Venkadajalasarma v. Los Países Bajos*, 17 de febrero de 2004, no. 58510/00, párrafo 68.

<sup>54</sup> *Idem.*, párrafo 69.

La jurisprudencia de la Corte Europea en esta área aún está en evolución. En *Salah Sheekh v. Los Países Bajos*<sup>55</sup>, un fallo de enero de 2007, que involucró a un nacional de Somalia proveniente de Mogadisco y miembro del clan Ashraf, una minoría, la Corte Europea reconsideró la aplicación restrictiva del criterio de “riesgo real” utilizado en *Vilvarajah*. Comparó la situación de Salah Sheekh a la de *Vilvarajah*, y decidió que “sobre la base del relato del recurrente y la información sobre la situación en las áreas de Somalia ‘relativamente inseguras’ para los miembros de la minoría Ashraf, se puede suponer que luego de su retorno el recurrente se verá expuesto a tratos que violan el Artículo 3”<sup>56</sup>. La Corte expresamente disminuyó el estándar probatorio de “riesgo real” al establecer que “[p]odría convertir a la protección brindada por ese artículo en ilusoria si, además del hecho de que pertenece a los Ashraf [...], se exigiera al recurrente demostrar la existencia de otras características especiales que lo distinguieran”<sup>57</sup>.

Por el momento, la Corte Europea está dictando medidas provisionales, de conformidad con la regla 39<sup>58</sup>, para evitar la expulsión mientras se emite una sentencia sobre el fondo, en todos los casos presentados por nacionales de Sri Lanka de ascendencia Tamil. Adicionalmente, en una carta de 23 de octubre de 2007, la Corte solicitó al Reino Unido y a Francia abstenerse de dictar órdenes de expulsión, por el momento, en casos de Tamiles que señalan que su retorno a Sri Lanka los expondría al riesgo de sufrir tratos violatorios del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esto es un indicador de que la Corte Europea está dispuesta a aplicar los Artículos 2 y 3 del Convenio Europeo a personas que huyen de amenazas surgidas en el contexto del conflicto y la violencia, y a seguir desarrollando su jurisprudencia al respecto.

### Conclusión

La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 constituyen el marco básico para enfrentar las necesidades de protección internacional, y pueden ampliarse para incluir a personas amenazadas por la violencia indiscriminada, aunque éste enfoque no ha sido utilizado en Europa. La forma en que la prohibición de *refoulement* ha evolucionado en el derecho internacional y europeo de los derechos humanos, permite ofrecer una protección complementaria a la contenida en la Convención de 1951. Los riesgos asociados con el retorno a una situación de violencia indiscriminada, pueden dar lugar a la protección bajo estos instrumentos, aunque la jurisprudencia en esta área aún está en evolución, y los estándares probatorios aplicados al evaluar el riesgo, son muy altos. En una decisión reciente, que afectó a un miembro de un clan minoritario en Somalia, la Corte Europea ha aclarado que la protección no debe ser ilusoria, y que no se requiere probar la existencia de características distintivas más allá de pertenecer a un grupo en riesgo.

El ACNUR celebra que la Corte Europea de Derechos Humanos y los órganos de supervisión de instrumentos de derechos humanos clave, hayan reconocido que las amenazas originadas en la violencia indiscriminada pueden dar lugar a la protección contra la devolución, y espera con interés el desarrollo de este razonamiento. El ACNUR considera que una situación de violencia indiscriminada constituye un fuerte indicador de que existe un riesgo individual para las personas afectadas, y que la disposición de *non-refoulement* es aplicable, con independencia del número de personas en riesgo.

---

<sup>55</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Salah Sheekh v. Los Países Bajos*, *op.cit.* pié de página 22.

<sup>56</sup> *Idem.*, párrafo 148.

<sup>57</sup> *Idem.*

<sup>58</sup> De acuerdo con la regla 39 del Estatuto de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte puede decretar medidas provisionales.

## 2.2 Origen, Objeto y Propósito del Artículo 15(c)

La necesidad de armonizar las reglas de la UE con respecto a los “*refugiados de facto*” fue reconocida ya en una Comunicación de 1991 de la Comisión Europea sobre el derecho de asilo<sup>59</sup>. El término “*refugiados de facto*” fue definido de manera amplia, de manera que cubriera todas las necesidades de protección internacional que surgieran cuando la integridad física de una persona, que no calificaba para el estatuto contenido en la Convención de 1951, se encontrara en peligro si fuera retornado a su país de origen<sup>60</sup>. Las personas amenazadas por el conflicto y la violencia indiscriminada fueron incluidas en esta definición. Poco tiempo después de que se emitiera esta Comunicación, la afluencia masiva de personas desde la Ex Yugoslavia, centró la atención de los Estados Miembros en el problema de las personas que huyen de la violencia y el conflicto<sup>61</sup> y, finalmente, llevó en el 2001 a la adopción de la Directiva de Protección Temporal<sup>62</sup>. Esta Directiva reconoce las necesidades de protección de las “*personas desplazadas*” que se ven imposibilitadas de regresar a sus países “en condiciones seguras y duraderas [...] debido a la situación existente en ese país” y que “puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1A de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional”. La Directiva cita en particular dos categorías de personas: (i) personas que han huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; y (ii) personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de sus derechos humanos.

Por primera vez, la Directiva de Protección Temporal estableció una política común en la UE con respecto al estatuto legal y los derechos de las personas que huyen de la violencia indiscriminada. La lógica de la Directiva es facilitar a los Estados Miembros la concesión de protección por tiempo limitado a grandes números de personas, en situaciones de emergencia, sin tener que realizar una determinación individual de sus solicitudes. El Artículo 2(a) establece: “Protección temporal: un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal”. La existencia de afluencias masivas debe ser establecida por una decisión del Consejo, y se debe consultar al ACNUR. La duración de la protección temporal se limita estrictamente a un máximo de tres años<sup>63</sup>. La Directiva obliga a los Estados Miembros a permitir a los beneficiarios de esta protección la presentación de solicitudes de asilo individuales, en cualquier momento, aunque se puede suspender el proceso de determinación de estas solicitudes mientras está en vigor la protección temporal. La Directiva se ha incorporado en la legislación de todos los países, pero hasta el momento no se ha aplicado jamás.

Mientras se desarrollaban las negociaciones sobre la Directiva de Protección Temporal, el Consejo Europeo aclaró que la protección temporal, por sí sola, no serviría para satisfacer las necesidades de las personas amenazadas por la violencia indiscriminada. Las Conclusiones de Tampere, de 1999, señalaron

---

<sup>59</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo de Europa y el Parlamento Europeo sobre el Derecho de Asilo de 11 de octubre de 1991, SEC (91) 1857 fin, [http://aei.pitt.edu/1275/01/asylum\\_rights\\_SEC\\_91\\_1857.pdf](http://aei.pitt.edu/1275/01/asylum_rights_SEC_91_1857.pdf).

<sup>60</sup> *Idem*.

<sup>61</sup> *Conclusiones de la Presidencia*, Consejo Europeo en Edimburgo, 11-12 de diciembre de 1992, [http://www.europarl.europa.eu/summits/edinburgh/a0\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/summits/edinburgh/a0_en.pdf); *Resolution on certain common guidelines as regards the admission of particularly vulnerable groups of persons from the Former Yugoslavia*, OJ 1995 C 262, 2 de junio de 1993. En 1997, la Comisión presentó una propuesta para una acción conjunta sobre la protección temporal de las personas desplazadas.

<sup>62</sup> Directiva del Consejo 2001/55/EC, *op.cit.* pie de página 16.

<sup>63</sup> Un año con la posibilidad de extenderlo por otro año. En casos excepcionales puede ampliarse a un tercer año.

que el Sistema Común de Asilo Europeo debería incluir “medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección”<sup>64</sup>. Así la protección “temporal” y “subsidiaria” pasó a constituir una herramienta de protección diferente, al tiempo que se incorporaron estándares mínimos para la protección subsidiaria en el borrador de la Directiva de Reconocimiento.

La Directiva de Reconocimiento adopta un enfoque integrado de las necesidades de protección internacional, y contiene estándares mínimos para el reconocimiento del estatuto de refugiado y para conceder la protección temporal, que se busca que sea complementaria a la protección brindada con el estatuto de refugiado<sup>65</sup>. La definición de protección subsidiaria contenida en el Artículo 2(e) se restringe por lo tanto, a personas que no califican para recibir el estatuto de refugiado. La Directiva se basó en dos fuentes: “obligaciones internacionales bajo los instrumentos de derechos humanos” y las “prácticas actuales de los Estados Miembros” o los “mejores elementos de los sistemas nacionales de los Países Miembros”<sup>66</sup>.

La Comisión desarrolló un enfoque a la protección subsidiaria que permitiría abarcar todas las obligaciones de protección internacional que no quedaran cubiertas con la Convención de 1951. Durante la redacción de la Directiva, se hizo referencia al Acta Final de la Convención de 1951, la evolución del mandato del ACNUR y a desarrollos regionales, tales como el de la Convención de la OUA, como argumentos para incluir a las personas amenazadas por la violencia indiscriminada y las violaciones masivas a los derechos humanos, dentro del régimen de protección subsidiaria<sup>67</sup>. Pero la redacción final de la disposición fue restringida, para acomodar a algunos Estados que deseaban una definición más estricta, para no dejar ninguna duda sobre el ámbito de aplicación de la protección subsidiaria<sup>68</sup>. Bajo el Artículo 15(c), el individuo debe estar huyendo de una situación de conflicto armado internacional o interno, y las amenazas deben ser “graves” e “individuales”. La Directiva no define qué constituye

---

<sup>64</sup> *Conclusiones de la Presidencia*, Consejo Europeo en Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, párrafo 14, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1201.pdf>.

<sup>65</sup> Considerando N°24 señala: “Deben fijarse igualmente normas mínimas sobre la definición y el contenido del estatuto de protección subsidiaria. La protección subsidiaria debe ser complementaria y adicional a la protección de refugiados consagrada en la Convención de Ginebra”.

<sup>66</sup> Memorando explanatorio a la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional, COM (2001)510 final, 12 septiembre de 2001, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0510:FIN:ES:PDF>. Conversaciones sobre los estándares mínimos para la protección subsidiaria comenzaron en 1997, con una propuesta de Dinamarca, acogida por la Presidencia de Dinamarca, que se centró en el artículo 3 del Convenio Europeo como base legal para brindar protección a las personas no comprendidas en la definición de refugiado de la Convención de 1951. Un estudio de 1998 solicitado por la Secretaría General permitió apreciar las formas de protección subsidiaria que se otorgaba en los Estados Miembros, que no estaban limitadas al artículo 3 del Convenio Europeo. Ver: *Study on the International Instruments Relevant to Subsidiary Protection*, 10175/98 ASIM 178, 13 de Julio de 1998. Para una visión actualizada de la práctica de los Estados Miembros, ver el documento *Note from General Secretariat of the Council to Asylum Working Party, Compilation of Replies to Questionnaire on Complementary Forms of Protection*, 8378/01 ASILE 27, 3 de mayo de 2001.

<sup>67</sup> *Informal EC Discussion Paper on the legislative work by the European Commission regarding the definition of the concept of ‘refugee’ and the subsidiary protection*, 14 mayo de 2001.

<sup>68</sup> *Presidency Note to Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum*, Doc 12148/02 ASILE 43, 20 de septiembre de 2002 (en adelante ‘Documento de la Presidencia’), página 2.

“conflicto armado internacional o interno”<sup>69</sup>, o la noción de “amenazas graves”. Con respecto a la naturaleza “individual” de la amenaza, el considerando N°26 señala que “los riesgos a los que en general se ven expuestos la población de un país o un sector de la población no suelen suponer en sí mismos una amenaza individual que pueda calificarse como daño grave”. Algunos Estados Miembros aparentemente no tenían la intención de crear nuevas obligaciones legales en los Artículos 2(e) y 15 de la Directiva de Reconocimiento, sino reflejar las obligaciones de *non-refoulement* existentes para los Estados miembros<sup>70</sup>.

El Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia relevante de la Corte Europea tuvieron un papel relevante en la redacción de los Artículos 2(e) y 15. La evaluación objetiva de riesgo, reflejada en el término “motivos fundados para creer” contenido en el Artículo 2(e), fue tomado de la jurisprudencia de la Corte Europea (y del Comité contra la Tortura de la ONU), como también lo fue el criterio de daño grave establecido en el Artículo 15(a) y (b). Pero el régimen de protección subsidiaria establecido en la Directiva de Reconocimiento, no es una simple copia del Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de la interpretación que de dicho artículo ha realizado la Corte Europea. El concepto de “daño grave” del Artículo 2(e) no surge de la jurisprudencia de la Corte Europea, ni de las decisiones de los órganos de supervisión de los tratados de Derechos Humanos.

En este sentido, la Corte Europea había establecido un alto estándar probatorio para evaluar los riesgos en situaciones de conflicto o violencia indiscriminada, si bien es cierto que nunca excluyó *per se* la posibilidad de que las situaciones de violencia generalizada pudieran dar lugar a la protección contenida en el Artículo 3. El Comité contra la Tortura había adoptado una aproximación similar. Recientemente y, con posterioridad a la adopción de la Directiva de Reconocimiento, la Corte Europea ha bajado el estándar probatorio para demostrar que existe un “riesgo real” en tales situaciones<sup>71</sup>.

Sin perjuicio de que no existen decisiones vinculantes de la Corte Europea y de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos sobre la protección de las personas en riesgo en situaciones de violencia indiscriminada, este grupo de personas fue incluido en la propuesta inicial sobre protección subsidiaria que planteó la Comisión. Esta postura aparentemente se adoptó tomando en consideración la práctica de los Estados Miembros<sup>72</sup>, y como una consecuencia lógica al reconocimiento de las necesidades de protección de tales personas planteado en la Directiva de Protección Temporal, al que el Memorando Explanatorio de la Comisión sobre el Artículo 15(c) hace una referencia explícita. El Memorando profundiza señalando que si bien el solicitante debe demostrar un riesgo real e individual, las “razones para este temor pueden no ser específicas a una persona”.

Durante las negociaciones en el Consejo, existió un consenso general con respecto a que el régimen de protección subsidiaria debía incluir a todas las personas afectadas por la violencia indiscriminada, y a que el Artículo 15(c) debía incluir la obligación de aplicar el principio de *non-refoulement*, en casos en que el Estado Miembro buscara expulsar a una persona a un país donde prevalecieran altos niveles de violencia. Un documento de la Presidencia presentado durante las negociaciones se refirió directamente al hecho de que la Corte Europea no excluía la aplicación del principio de *non-refoulement* en tales situaciones<sup>73</sup>. Por otra parte, existía acuerdo sobre la necesidad de contar con una disposición específica para la

---

<sup>69</sup> En efecto, durante el proceso de redacción se propuso una referencia al *Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra*, pero no se incluyó.

<sup>70</sup> Esto se puede apreciar en el título, estructura y considerando 25 de la Directiva.

<sup>71</sup> *Idem.*, página 14 y pie de página 55.

<sup>72</sup> Ver más adelante, sección 2.3.

<sup>73</sup> *Op.cit.* pie de página 68, página 7.

protección de las personas en riesgo en situaciones de violencia indiscriminada, por cuanto se consideró que la referencia a la tortura y malos tratos contenida en el Artículo 15(b) no necesariamente cubriría casos de amenazas emanadas de las situaciones de violencia indiscriminada<sup>74</sup>.

Concluyendo, la historia de la redacción de la Directiva muestra que los Estados Miembros acordaron que la protección subsidiaria reconocida en la Directiva de Reconocimiento debería incluir a personas amenazadas por la violencia indiscriminada, siempre que cumplieran con los requisitos establecidos. Estos requisitos han sido tomados, no solo de la jurisprudencia de la Corte Europea, sino de estándares más amplios de protección contenidos en el derecho internacional y la legislación nacional de los Estados Miembros, como se describe en la siguiente sección.

### 2.3 Mecanismos Nacionales Complementarios a la Convención de 1951

La mayoría de los Estados, sean o no partes de la Convención de 1951, han reconocido las necesidades de protección internacional de las personas que huyen de la violencia indiscriminada. Algunos utilizan el marco de la Convención de 1951 para dar solución a esas necesidades. Otros han creado mecanismos basados en las obligaciones contraídas por el País de conformidad con el derecho internacional o regional de los derechos humanos y/o las obligaciones nacionales (constitucionales). Los mecanismos nacionales difieren grandemente, desde prácticas discrecionales de no expulsión (i.e. protección de hecho contra el *refoulement*), hasta la concesión de un estatuto similar al de los refugiados. El ACNUR opina, sin embargo, que los Estados deberían enfrentar estas necesidades de protección sobre la base de disposiciones legales que ofrezcan un estatuto formal.

La compilación que se brinda a continuación incluye ejemplos de prácticas en la UE<sup>75</sup>, similares a las existentes fuera de la UE<sup>76</sup>. Esta compilación incluye prácticas implementadas antes y después de la

---

<sup>74</sup> *Idem.*, página 6.

<sup>75</sup> Todas las traducciones de legislación nacional o jurisprudencia citadas a continuación son traducciones no oficiales. Para un análisis más exhaustivo, ver: Jane MacAdam, *Seeking refuge in human rights*, ponencia presentada durante la *Conference on Asylum and Migration: Policy and Practice in the EU Accession Countries realizada del 5-6 de junio de 2004*, <http://www.forcedmigration.org/events/prague2004/mcadam-paper.pdf>; ECRE, *Complementary/Subsidiary Forms of Protection in the EU Member States: An Overview*, diciembre de 2003 actualizado, en: <http://www.ecre.org/research/survcompro.pdf>; Ruma Mandal, *Protection Mechanisms outside of the 1951 Convention ('Complementary Protection')*, PPLA/2005/02, de junio de 2005 (encuesta encomendada por el ACNUR, <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/435df0aa2.pdf>); y Daphne Bouteillet-Paquet (ed.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention*, Bruselas, 2002.

<sup>76</sup> Por ejemplo, El Acta de Inmigración y Asilo de Canadá (Immigration and Refugee Protection Act) de 2001, establece un estatuto de “persona protegida”, que se otorga a los refugiados bajo la Convención de 1951 y otras personas que enfrentan un “riesgo contra su vida o un riesgo de trato o pena cruel o inhumano” en sus países de origen. El riesgo debe ser uno que no enfrenten generalmente otros individuos en o de ese país; la guía del *Immigration and Refugee Board* establece: “se requiere que exista cierto nivel de persecución individual, aunque el grupo afectado puede ser numeroso”. Ver: *Immigration and Refugee Board of Canada, Consolidated Grounds in the Immigration and Refugee Protection Act*, 2002, [http://www.irb-cisr.gc.ca/en/references/legal/rpd/cgrounds/life/cglife\\_e.pdf](http://www.irb-cisr.gc.ca/en/references/legal/rpd/cgrounds/life/cglife_e.pdf), párrafo 3.1.7. Además, la legislación de Canadá permite al Ministro dictar una suspensión de las órdenes de expulsión a un país o lugar, si las circunstancias en ellos representan un riesgo generalizado para toda la población civil a consecuencia de un conflicto armado. Ver: *Immigration and Refugee Protection Regulations*, Canada Gazette, Vol. 135, No. 50, 15 de diciembre de 2001, Sección XXII, Suspensión de las ordenes de Expulsión, Parte 13 División 3 y Parte 15, <http://laws.justice.gc.ca/en/1-2.5/SOR-2002-227/index.html>.



adopción de la Directiva de Reconocimiento, y se basa en el Estudio sobre la implementación de la Directiva de Reconocimiento en Países Miembros Seleccionados, realizado por el ACNUR en noviembre de 2007<sup>77</sup>. Por otra parte demuestra que la Directiva de Reconocimiento no ha restringido la manera en que se determina la elegibilidad para recibir formas complementarias de protección, ni ha generado un enfoque armonizado a la protección subsidiaria. Con respecto al Artículo 15(c) la práctica demuestra que varios Estados Miembros han encontrado la disposición demasiado estricta y, al incluir la disposición en su legislación nacional, han optado por omitir las palabras “individual” o incluir en su aplicación no sólo a los “civiles” o a los casos de “conflicto armado”. Algunos Estados han mantenido formas amplias de protección subsidiaria, adicional a la de los Artículos 2(e) y 15 de la Directiva de Reconocimiento.

### Austria

En Austria, antes de incorporar en la legislación nacional la Directiva de Reconocimiento, se les concedía a los solicitantes de asilo, cuya expulsión o remoción estaba prohibida y que no tenían un derecho legal a permanecer, un permiso de residencia limitado con base en el Artículo 8 y 15 de la Ley de Asilo de 1997. En todos los casos fuera de los procesos de asilo, las autoridades tenían que evaluar si existían impedimentos para la devolución (Artículo 57 de la Ley sobre Extranjeros) antes de expulsar a una persona<sup>78</sup>. Un extranjero podía solicitar una orden de suspensión de la deportación (Art. 56, párrafo (2) de la Ley de Extranjeros) que declarara la deportación imposible por fundamentos legales (Artículo 27 Ley de Extranjeros) o motivos prácticos. Esta orden podía ser decretada *ex officio* y era renovable. Si bien no se concedían derechos adicionales al beneficiario, la orden proporcionaba evidencia de la suspensión de la deportación a una fecha posterior. Sobre esta base legal, la Corte Administrativa Austriaca, ha establecido que la deportación a una situación de peligro extremo sería contraria a la legislación austriaca. Esto aplicaría en particular si, debido al conflicto armado, la situación de peligro fuera tan extendida que prácticamente toda persona deportada al país en cuestión, enfrentaría amenazas a su vida e integridad física, de tal naturaleza que impedirían la deportación de acuerdo con el Artículo 3 del Convenio Europeo<sup>79</sup>.

De conformidad con el Artículo 8 de la Ley de Asilo de 2005, la protección subsidiaria se concede ahora si el retorno al país de origen constituiría un riesgo real de violación de los Artículos 2 y 3 del Convenio Europeo sus Protocolos N° 6 o 13, o representaría para el solicitante, en cuanto civil, una amenaza grave contra su vida o integridad física a consecuencia de la violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o nacional. Los beneficiarios de la protección subsidiaria reciben un derecho limitado de residencia<sup>80</sup>.

---

Una moratoria sobre las expulsiones está en efecto o ha estado recientemente en efecto para Afganistán, Burundi, la República Democrática del Congo, Haití, Irak, Liberia, Ruanda y Zimbabwe.

<sup>77</sup> *Op.cit.* pie de página 3.

<sup>78</sup> Decisiones sobre si la expulsión de un solicitante de asilo vulnera el principio de *non-refoulement* del artículo 57 de la Ley sobre Extranjeros (*Aliens Law*) son dictadas por las autoridades de asilo en el contexto del procedimiento individual (Artículo 8 *Asylum Law*).

<sup>79</sup> Traducción del ACNUR. Ver VwGH, 99/21/0286, 8 de noviembre de 2001. Además, ver *inter alia* VwGH, 99/20/0599, 4 de abril de 2000 y VwGH, 99/20/0460, 21 de junio de 2001.

<sup>80</sup> De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Administrativa Superior (*Verwaltungsgerichtshof*), la protección subsidiaria con base en el artículo 3 del Convenio Europeo se concede además si una persona no tiene suficientes medios de subsistencia en su país de origen o sus necesidades médicas particulares no pueden ser satisfechas. Ver, por ejemplo, VwGH, 2005/01/0057, 26 enero 2006; VwGH, 2005/21/0058, 17 noviembre 2005; y VwGH, 2001/01/0164, 9 julio 2002, <http://www.ris2.bka.gv.at/Vwgh/>.

## Finlandia

Según la Sección 9(4) de la Constitución de Finlandia, “[u]n extranjero no será deportado, extraditado o devuelto a otro país, si a consecuencia él o ella están en riesgo de sufrir pena de muerte, tortura u otros tratos violatorios de la dignidad humana”. Esta disposición de *non-refoulement* es también reflejada en la Sección 147 del Acta de Extranjeros de 2004 (301/2004 y sus enmiendas hasta 619/2007). Finlandia está aún en proceso de incluir en su legislación nacional la Directiva de Reconocimiento. La propuesta de nueva ley permitiría conceder permisos de residencia a quienes huyen del conflicto armado o la violencia indiscriminada.

El lenguaje del Acta de Extranjeros de 2004, es más amplio que el del Artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento. Bajo la sección 88, los extranjeros pueden recibir permisos de residencia con base en una “necesidad de protección” si “están bajo la amenaza de sufrir la pena de muerte, tortura u otro trato inhumano o tratos violatorios de la dignidad humana en su país de origen o país de residencia permanente”, o si no pueden regresar a sus países “a causa de un conflicto armado o un desastre medioambiental”. No se requiere que exista un riesgo individual<sup>81</sup>. Las autoridades finlandesas han garantizado protección bajo la Sección 88 a solicitantes de asilo procedentes de Irak, Afganistán y Somalia, citando la “situación de seguridad” general prevalente en esos países<sup>82</sup>.

## Francia

En Francia, hasta el 2004, el concepto de “asilo territorial”<sup>83</sup> servía de base legal, aparte del estatuto de refugiado, para solucionar ciertas necesidades de protección temporal, incluyendo las de aquellas personas amenazadas por la violencia indiscriminada, si la persona podía demostrar que era amenazada de manera individual<sup>84</sup>. Cuando se reformó la Ley de Asilo de 1952 mediante la Ley 2003-1176 en diciembre de 2003, Francia introdujo el concepto de protección subsidiaria. El Artículo 2(II) (2) (c) de la ley de Asilo de 2003 establece que se brindará protección temporal a un civil contra “[...] amenazas graves, directas e individualizadas contra la vida o integridad física a consecuencia de la violencia indiscriminada resultante de un conflicto armado internacional o nacional”. En una serie de decisiones, *la Commission des Recours des Réfugiés (CRR)* ha reconocido la protección subsidiaria a personas amenazadas por la violencia indiscriminada<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Observar también que los extranjeros que se determina que no tienen derecho a la protección internacional con base en una causal de exclusión, pueden obtener un permiso de residencia temporal por un máximo de un año cada vez, si no pueden ser expulsados “porque están bajo amenaza de pena de muerte, tortura, persecución u otros tratos que violan la dignidad humana” (Sección 89).

<sup>82</sup> En años recientes las autoridades finlandesas también han concedido a los solicitantes de asilo provenientes de Irak, Somalia 51 del Acta de Extranjeros (*Aliens Act*), que se aplica a extranjeros que no pueden ser devueltos a sus países a consecuencia de “barreras técnicas”, como por ejemplo la inexistencia de vuelos (a consecuencia, por ejemplo de una guerra civil).

<sup>83</sup> Para una explicación sobre el asilo territorial bajo la legislación francesa, ver Delouvain, Patrick, *The Evolution of Asylum in France*, Journal of Refugee Studies, vol. 13, no. 1, marzo de 2000, páginas 66-69.

<sup>84</sup> Ver *Ruma Mandal*, op.cit. pié de página 75, página 75.

<sup>85</sup> Ver, por ejemplo, CRR caso GKY, 03-01-01735, 17/10/2006; CRR caso JECB, 490601, 4/12/2006; CRR caso TT, 580896, 1/02/2007. Ver también Capítulos IV.4.4.2 y IV.5 del estudio *UNHCR's Qualification Directive study*, op.cit. pié de página 3.

## Lituania

En Lituania, la protección subsidiaria se debe otorgar de conformidad con el Artículo 87(1) de la Ley sobre el Estatuto Legal de los Extranjeros, de 2004 (reformada el 28 de noviembre de 2006) a una persona que no puede regresar a su país de origen a consecuencia *inter alia* de un fundado temor de que su vida, salud, seguridad o libertad está amenazada a consecuencia de la violencia endémica, que sucede en el contexto de una situación de conflicto armado o que ha colocado a esa persona en riesgo serio de sufrir una violación sistemática de sus derechos humanos.

El Artículo 87(1)(3) de la Ley de Extranjeros no requiere que exista una “amenaza individual” contra la vida o integridad física, si su aplicación se basa en la violencia indiscriminada. En cambio, se debe analizar si tal violencia constituye una amenaza a la vida, salud, seguridad o libertad, o presenta un riesgo grave de violación sistemática de los derechos humanos. Sobre esta base, en casos de conflicto armado en los que se recurre a la violencia indiscriminada, se le ha reconocido a las personas afectadas una protección subsidiaria sin necesidad de que demuestren la existencia de amenazas individuales (por ejemplo, personas de Somalia, y de origen Chechenio de la Federación Rusa)<sup>86</sup>.

## Alemania

En Alemania, el Ministro del Interior de cada Estado Federal puede ordenar la suspensión temporal de una deportación por motivos humanitarios, basándose en la Sección 60ª del Acta de Residencia de 2004 (antigua Sección 54 del Acta de Extranjeros), en el caso de países específicos o grupos de personas, por un período máximo de seis meses. Las personas beneficiarias de una orden de suspensión sobre ésta base, reciben un permiso de tolerancia que concede derechos limitados. En el pasado, esta disposición fue utilizada a veces para brindar protección a grupos de personas que huían de situaciones de conflicto y violencia indiscriminada<sup>87</sup>. Sin embargo, considerando que la suspensión de la deportación por parte del Ministro es una decisión política, este recurso se ha utilizado con poca frecuencia. La Corte Administrativa Federal Alemana decidió en consecuencia que, en casos de peligro extremo y, si no existe una suspensión temporal por parte del Estado Federal, las autoridades de asilo deben otorgar protección a las personas individuales con base en la Sección 60(7) del Acta de Residencia de 2004 (antigua Sección 53(6) del Acta de Extranjeros)<sup>88</sup>. Pero el estándar probatorio requerido para evaluar el riesgo es muy alto. La persona debe enfrentar “una muerte segura o los daños más severos”<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Ver, por ejemplo, el caso de un nacional de Chechenia q quién se le negó el estatuto de refugiado bajo la Convención de 1951, pero se le reconoció protección subsidiaria. La Corte Suprema Administrativa (SAC) de Lituania determinó que si bien no se había probado la existencia de una amenaza individual en este caso, se había concedido la protección temporal considerando la situación general en Chechenia (*I.B. v. Migration Department*, 26 noviembre 2007, A8-1076/2007).

<sup>87</sup> Como ejemplos, ver las órdenes del Ministro del Interior de Schleswig-Holstein para suspender deportaciones a Kosovo y para extender la suspensión de deportaciones a Sri Lanka, de 21 de agosto de 2007.

<sup>88</sup> Sección 60 (7) del Acta de Residencia de 2004 (*Residence Act*) señala: “Un extranjero no debe ser deportado a otro Estado donde existe un daño grave y cierto contra su vida, integridad física o libertad. Daños a los que la población o un segmento de ella, al que pertenece el extranjero, se encuentran habitualmente expuestos deberán recibir la debida consideración en las decisiones de acuerdo con la Sección

60a (1), frase 1 [Suspensión temporal de la deportación].” Antes de 1994, se emitían permisos de tolerancia a las personas que huían de las situaciones de guerra civil.

<sup>89</sup> Ver decisión de la Corte Federal Administrativa Alemana de 17 de octubre de 1995, 9 C 9.95, 27 de abril de 1998, 9 C 13.97 y 8 de diciembre de 1998, 9 C 4.98.

## Los Países Bajos

En los Países Bajos, las personas amenazadas por la violencia indiscriminada que no califican para recibir el estatuto de refugiado, pueden recibir un permiso de asilo con base en los siguientes dos subpárrafos del Artículo 29(1) del Acta de Extranjeros de 23 de noviembre de 2000, que se aplica a personas:

- (c) A quienes el Ministro [de Justicia] ha concluido, con base en motivos convincentes de naturaleza humanitaria vinculados a las razones para dejar el país de origen, que no es razonable que sean retornados a su país de origen; [y]
- (d) A quienes el retorno al país de origen sería, de acuerdo con la evaluación del Ministro [de Justicia], particularmente duro en relación a la situación general en ese lugar.

El subpárrafo (c) contiene lo que se denomina la “política de trauma”. Esta se aplica a personas cuyas experiencias han sido tan traumáticas que no se puede esperar que retornen a su país de origen. Las experiencias que se pueden calificar con esta naturaleza han sido enumeradas en una Circular sobre Extranjeros<sup>90</sup>. Para poder recibir un estatuto con base en un trauma, el o la solicitante de asilo debe haber huido de su país dentro de los seis meses siguientes a que ocurrieron los eventos traumáticos. El Ministro de Justicia puede también declarar grupos completos como acreedores de esta protección, bajo el Artículo 29(c).

El subpárrafo (d) establece la protección grupal (o para categorías de personas), y es un instrumento utilizado para brindar protección a las personas afectadas por la violencia indiscriminada. Es una herramienta discrecional. El Ministro de Justicia tiene la facultad de determinar si se aplicará la protección grupal a personas provenientes de una región o país en particular, o a un determinado grupo de personas<sup>91</sup>. Los indicadores a considerar para adoptar la decisión son los siguientes:

- (a) La naturaleza de la violencia en el país de origen y, específicamente lo extendidas que son las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario, el grado de arbitrariedad y el nivel de violencia, como también cómo se distribuye geográficamente;
- (b) Las actividades emprendidas por las organizaciones internacionales con respecto al país de origen si, y en la medida en que ellas reflejan la postura de la comunidad internacional con respecto a la situación ahí; y
- (c) Las políticas de otros Estados Miembros de la UE<sup>92</sup>.

Los beneficiarios de la protección grupal reciben un permiso de residencia que les concede los mismos derechos que se les otorga a las personas reconocidas como refugiadas.

---

<sup>90</sup> Lista taxativa de experiencias consideradas traumáticas: muerte violenta de un familiar cercano o compañero de casa, y de otros parientes o amigos si el solicitante puede demostrar de manera creíble que existía un estrecho vínculo entre él/ella y la persona fallecida; detención extensa sin causa criminal; tortura, severos malos tratos o violación de la/el solicitante o presenciar estos actos ejercidos sobre un familiar o amigo cercano, si el solicitante puede demostrar que existía un estrecho vínculo entre el/ella y la persona afectada (Aliens Circular C/4.2.3).

<sup>91</sup> A finales de 2007, se estaba aplicando una política de protección grupal a: personas provenientes del centro y sur de Irak, Tutsis de la República Democrática del Congo; no-árabes de Darfur, Sudán; personas provenientes de Somalia y de Costa de Marfil.

<sup>92</sup> Artículo 3.106 Aliens Decree de 23 de noviembre de 2000.

## Portugal

Con el Acta de Asilo de 1998, Portugal estableció el régimen de protección subsidiaria, que incluye no sólo las amenazas originadas por un conflicto armado, sino también la violación reiterada de los derechos humanos. De acuerdo con el Artículo 8, un permiso de residencia “[s]e deberá conceder [...] por razones humanitarias a los extranjeros o apátridas a quienes no les son aplicables las disposiciones del Artículo 1 [estatuto de refugiado], y que no pueden retornar o no quieren retornar al país de su nacionalidad o residencia habitual, por motivo de una seria situación de inseguridad originada por un conflicto armado o por la violación reiterada de los derechos humanos que existe ahí”.

La Corte Suprema Administrativa de Portugal ha subrayado que la obligación de brindar protección por “razones humanitarias” no es discrecional<sup>93</sup>. En la práctica, el Servicio Portugués de Frontera y Extranjeros requiere a los solicitantes demostrar su nacionalidad y probar, más allá de toda duda, que la situación generalizada de inseguridad en su país de origen le ocasiona consecuencias personales, que están directamente vinculadas a su huida<sup>94</sup>.

## Eslovaquia

Antes de enero de 2007, en Eslovaquia, las personas en necesidad de protección internacional que no eran reconocidas como refugiadas, recibían un estatuto de tolerancia de permanencia. Sin embargo, esta forma de protección se restringía sólo a las personas que calificaban para la protección bajo el Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Acta de Asilo de 2006, estableció el régimen de protección subsidiaria al incorporar a la legislación nacional la Directiva de Reconocimiento. La disposición que incorpora el Artículo 15(b) no se limita al país de origen y la disposición que incorpora el Artículo 15(c) no se restringe a “civiles”.

## España

De conformidad con el Artículo 17(2) de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (9/1994) en conexión con el Artículo 31.3 del Reglamento de la Ley de Extranjería (según Real Decreto 2393/04 que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), se puede conceder un estatuto humanitario a las personas que temen riesgos originados por la violencia indiscriminada que no califican para recibir el estatuto de refugiado bajo la Convención de 1951, si existen motivos graves y fundados par concluir que dichas personas enfrentarían un riesgo real contra su vida o integridad física, si fueran retornados. Ambos estatutos, el de la Convención de 1951 y el humanitario concedido con base en el Artículo 17(2) en conexión con el 31.3, otorgan los mismos derechos al beneficiario (incluyendo la protección contra el

---

<sup>93</sup> Decisión 045979, de 24 de enero de 2001, párrafos I, II.

<sup>94</sup> Ver evaluación realizada por la Corte Suprema Administrativa de Portugal que señaló “[I]a concesión de un permiso de residencia por motivos humanitarios [...] depende de la prevalencia en el país del solicitante de una situación de inseguridad grave a consecuencia de un conflicto armado”. De acuerdo con la Corte, “las violaciones sistemáticas a los derechos humanos solo existen cuando la violación de derechos humanos dice relación con la seguridad del ciudadano, en el sentido que estas violaciones ocurren con tal frecuencia que ocasionan la sensación de inseguridad general en la mayoría de los ciudadanos de ese país” (Corte Suprema Administrativa de Portugal (*Portuguese Supreme Administrative Court*), Proc. 01297/04, 9 febrero 2005). Ver también: *Portuguese Supreme Administrative Court Proc.* 045142, 15 febrero 2000, *Portuguese Administrative and Fiscal Court Proc.* 316/05.OBELRS, 13 febrero 2006 y *Administrative and Fiscal Court, Proc.* 1008/06.8BELSB, 21 septiembre 2007.

*refoulement* y la concesión de permisos de residencia y trabajo), con la sola excepción de la reunificación familiar, donde se aplican condiciones diferentes.

### Suecia

En Suecia, el Acta de Extranjeros de 1989 reconocía la protección subsidiaria con anterioridad a la adopción de la Directiva de Reconocimiento. Bajo esta legislación, se concedía un permiso de residencia a las personas que tuvieran un fundado temor de sufrir la pena de muerte, un castigo corporal, tortura u otro trato o castigo inhumano o degradante (Sección 3(1)) y, a las personas en necesidad de protección a causa de un conflicto armado internacional o interno (Sección 3(2)). Adicionalmente, el Capítulo 2 Sección 4(5) disponía la concesión de un permiso de residencia por motivos humanitarios.

El Capítulo 4 Sección 2 del Acta de Extranjeros de 2005, incorpora en la legislación nacional el Artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento. Su ámbito de aplicación es potencialmente más amplio que el de la Directiva puesto que describe a “una persona en necesidad de protección” que tiene derecho a obtener un permiso de residencia como una persona que tiene:

1. un fundado temor de sufrir la pena de muerte o ser objeto de un castigo corporal, tortura u otro trato o castigo inhumano o degradante;
2. necesita protección a causa de un conflicto armado internacional o interno o, a consecuencia de otros conflictos severos en su país de origen, tiene un temor fundado de ser víctima de serios abusos; o
3. No puede retornar a su país de origen a causa de un desastre medioambiental.

A diferencia del Artículo 15(c), la Sección 2(2) no restringe su aplicación a los civiles, y no requiere que la amenaza sea “individual”, o dirigida directamente contra la vida o integridad física. Más bien, la Sección 2(2) ofrece protección a quienes tienen un temor fundado de sufrir “serios abusos” debido a “otros conflictos severos en su país de origen”<sup>95</sup>. En varios casos, se ha concedido a solicitantes de Irak la protección subsidiaria, considerando que tenían un temor fundado de ser víctimas de serios abusos en una situación que califica como “otros conflictos severos”<sup>96</sup>. En consecuencia, el ámbito de aplicación de la legislación sueca es más amplio que el de la Directiva de Reconocimiento, y Suecia concede protección subsidiaria en un gran número de casos, aunque las cortes suecas tienden a adoptar una interpretación restrictiva de la legislación<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Los trabajos preparatorios de la legislación Sueca, indican que la interpretación de ‘otros conflictos graves’ es potencialmente más amplia e incluye la inestabilidad política en el país de origen donde las relaciones de poder son de tal naturaleza, que el sistema legal no protege de manera imparcial los derechos humanos básicos. Ver Prop. 2004/05:170, página 178. Versión en sueco disponible en: [http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=37&dok\\_id=GS03170&rm=2004/05&bet=170](http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=37&dok_id=GS03170&rm=2004/05&bet=170).

También, los trabajos preparatorios sugieren que el ámbito de aplicación de ‘abusos graves’ puede incluir penas desproporcionadas, encarcelamiento arbitrario, abuso y agresiones físicas, abuso sexual, rechazo social, y otras formas de agresión severas.

<sup>96</sup> Ver, *inter alia*, MIBSOM21, MIBIQ2, MIBIQ10 y MIBIQ18 como señalado en el estudio del ACNUR *UNHCR’s Qualification Directive study, op.cit.* pié de página 3, pp. 70, 72 y 85.

<sup>97</sup> La práctica judicial ha establecido el requisito de amenaza individual y real de tal naturaleza, que el solicitante que afirma temer “abusos graves” como resultado de “otros conflictos severos” debe demostrar que él o ella se encuentran en “riesgo personal” a consecuencia de “circunstancias particulares”. En la práctica esto ha permitido negar la protección internacional a muchos solicitantes de Somalia. La situación en Irak y Somalia no se considera que constituyan un “conflicto armado interno”, y lo que puede ser considerado como tal por otros Estados Miembros, es en cambio considerado como “otros conflictos severos” por las autoridades suecas. Sin perjuicio de lo anterior se les brinda protección. Para más detalles, ver *UNHCR’s Qualification Directive study, op.cit.* pié de página 3, página 71ff.

## Reino Unido

Hasta marzo de 2003, la protección subsidiaria en el reino Unido sólo podía ser concedida por el gobierno mediante el uso discrecional de un Permiso Excepcional para Permanecer. Los conceptos de Protección Humanitaria<sup>98</sup> y de Permiso Discrecional<sup>99</sup>, introducidos con posterioridad, se basaban también en Instrucciones de Políticas de Asilo generales. Sin embargo, a partir de 2006, el estatuto de protección complementaria se encuentra incluido en las Reglas de Inmigración del Reino Unido, el lenguaje del Artículo 15(c) de la Directiva de Reconocimiento se incorporó en el párrafo 339C de esas Reglas. Una decisión reciente del Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido sugiere que el estándar probatorio para satisfacer el criterio de “amenaza individual” y “violencia indiscriminada” no debe establecerse muy alto en el caso de personas que huyen de situaciones de violencia generalizada<sup>100</sup>; se otorgó protección humanitaria bajo el párrafo 339C a un solicitante con base en la situación general en Irak. El juez rechazó el argumento de que el solicitante debía probar un riesgo individual por sobre el riesgo general existente para toda la población civil: “[A]unque el riesgo pueda ser individual es, tomando prestados términos de otras jurisdicciones, común y extendido. La violencia indiscriminada no se dirige por su definición lógica y simple contra individuos; no se dirige en contra de nadie, pero afecta a cualquiera y potencialmente a todos”<sup>101</sup>.

## **2.4 Conclusión**

Diversos Estados Miembros otorgan protección subsidiaria bajo el Artículo 15 a las personas amenazadas por la violencia indiscriminada, aunque los requisitos para conceder la protección varían. Finlandia, Lituania, Suecia, Portugal y España continúan brindando protección a las personas amenazadas por la violencia indiscriminada, interpretando de manera amplia las situaciones de conflicto armado, con base en conceptos que ya existían en sus sistemas legales antes de la adopción de la Directiva de Reconocimiento. El ámbito de aplicación de estas disposiciones es en algunos casos más amplio que el del Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con la interpretación que actualmente realiza la Corte Europea de Derechos Humanos y, más amplio que el de una lectura restrictiva del Artículo 15(c) de la Directiva de Reconocimiento. En Alemania y Austria, se prohíbe la deportación a “situaciones de peligro extremo” y se reconoce la protección subsidiaria, si la violencia indiscriminada que existe en esas situaciones genera riesgos para todas las personas que fueran deportadas. En estos Estados Miembros, la inclusión en la legislación nacional de la Directiva de Reconocimiento, ha resultado en una interpretación más amplia del Artículo 15(c).

---

<sup>98</sup> De acuerdo con la *UK Home Office's Border and Immigration Agency (BIA)*, la “protección humanitaria” se define como “protección otorgada a una persona bajo los términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No es lo mismo que el asilo, que puede otorgarse sólo a quienes huyen de la persecución, bajo los términos de la Convención de 1951. Podemos conceder protección humanitaria a una persona que creemos que no califica para recibir asilo, si pesamos que hay razones humanitarias para permitir a esa persona permanecer en el Reino Unido”.; ver: BIA, Glossary, <http://www.bia.homeoffice.gov.uk/glossary?letter=H> .

<sup>99</sup> La oficina del Reino Unido *UK Home Office's Border and Immigration Agency* ha señalado que “el permiso discrecional para permanecer” es una forma de “permiso para permanecer en el Reino Unido por motivos que son excepcionales. A veces esto se reconoce a personas que creemos que no califican para recibir asilo, pero que pensamos que se les debe permitir quedarse por otras razones”; ver: BIA, Glossary, <http://www.bia.homeoffice.gov.uk/glossary?letter=D> .

<sup>100</sup> Ver *Lukman Hameed Mohammed v. Secretary of State for the Home Department*, pié de página 26.

<sup>101</sup> *Idem.*, párrafo 19. [traducción no oficial]

En otros países (incluyendo el Reino Unido y Eslovaquia), se introdujo una obligación legal explícita de brindar protección a las personas amenazadas por la violencia indiscriminada, cuando se incorporó a la legislación nacional el Artículo 15(c) de la Directiva de Reconocimiento. En Eslovaquia, el ámbito de aplicación de este concepto es más amplio que los estándares mínimos de la Directiva. Un fallo reciente de la Corte del Reino Unido<sup>102</sup>, sostuvo que se podía brindar protección con base en el artículo 15(c) luego de realizar una evaluación general de la situación de violencia indiscriminada en el país, sin necesidad de que el solicitante demuestre que el o ella son señalados personalmente. La práctica en múltiples Estados Miembros demuestra que el criterio para conceder protección subsidiaria a las personas que huyen de la violencia indiscriminada no debe ser interpretado de manera muy estricta. En opinión del ACNUR, estas buenas prácticas deberían guiar la interpretación del ámbito de aplicación de esta disposición.

ACNUR  
Enero 2008

---

<sup>102</sup> *Idem.*