

**SISTEMAS DE PROTECCIÓN AL REFUGIADO: ANÁLISIS ENTRE EL SISTEMA
EUROPEO COMÚN DE ASILO Y EL INTERAMERICANO**

MARIANA CASTRO ORTEGA

Asesor:

José Alberto Toro Valencia

Monografía para optar el título de abogada

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN

2020

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar las medidas adoptadas de protección a los refugiados en el espacio Schengen, entendido como el modelo transnacional de la Unión Europea, en comparación con la respuesta de la Organización de Estados Americanos con el fenómeno de la migración masiva de venezolanos a los países miembros de la misma. En el desarrollo de este trabajo se definirán ciertos conceptos claves, como “refugiado”, “solicitantes de refugio”, “protección subsidiaria”, “asilo”, entre otras, así como un estudio de derecho comparado entre el sistema europeo, construido a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Sistema de Dublín logrando crear una política común en el espacio Schengen para la protección del refugiado, y el sistema regional interamericano, originado por el Acuerdo de Cartagena y a partir de cuya Declaración se plantean las dificultades que se tiene como región, al afrontar flujos migratorios masivos, para determinar la existencia de un modelo regional que cumpla las directrices internacionales de protección a los refugiados equiparable al establecido en el Espacio Schengen, así como evaluar la política y la respuesta del Sistema Interamericano ante la crisis migratoria venezolana y los límites de los mecanismos actuales.

Palabras clave: Sistema europeo de protección de refugiados; Espacio Schengen; Declaración de Cartagena; protección de refugiados; refugiados; solicitantes de refugiados; crisis migratoria venezolana; Sistema Interamericano, Organización de Estados Americanos.

ABSTRACT

This work aims to analyze the measures adopted to protect refugees in the Schengen area, understood as the transnational model of the European Union, in comparison with the response of the Organization of American States to the phenomenon of mass migration of Venezuelans to the territories of countries party to organization. In the development of this work, certain key concepts will be defined, such as "refugee", "refugee applicants", "subsidiary protection", "asylum", among others, as well as a comparative law study between the European system, built on the jurisprudential pronouncements of the European Court of Human Rights and the Dublin System, achieving the creation of a common policy in the Schengen area for the protection of refugees, and the inter-American regional system, originated by the Cartagena Agreement and whose Declaration sets out the difficulties that the region faces when confronting massive migratory flows, to determine the existence of a regional model that complies with international guidelines for the protection of refugees comparable to that established in the Schengen Area, as well as to evaluate the policy and response of the Inter-American System to the Venezuelan migratory crisis and the limits of the current mechanisms.

Key Words: European refugee protection system; Schengen Area; Cartagena Declaration; refugee protection; refugees; refugee applicants; Venezuelan migration crisis; inter-American system; Organization of American States.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL REFUGIADO	4
1.1 PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS	4
1.2. CATEGORÍAS DE LOS REFUGIADOS	18
1.2.1 <i>Refugiado</i>	18
1.2.2 <i>Refugiado (bajo mandato)</i>	18
1.2.3 <i>Refugiado de prima facie</i>	18
1.2.4 <i>Refugiados sobre el terreno</i>	19
1.2.5 <i>Refugiados medioambientales y económicos</i>	19
1.2.6 <i>Refugiados de facto</i>	20
1.2.7 <i>Demandantes de asilo y asilado</i>	20
2. SISTEMA DE PROTECCIÓN EN EL ESPACIO SCHENGEN.....	22
2.1 UNIÓN EUROPEA	23
2.2. SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA)	23
2.2.1 <i>Derecho primario de la Unión Europea</i>	25
2.2.1.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	26
2.2.1.2 Tratado de la Unión Europea	27
2.2.1.3 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	29
2.2.1.4 Protocolo N° 24	30
2.2.1.5 Protocolo N° 30	31
2.2.2 <i>Derecho secundario</i>	31
2.3.1 Reglamento (UE) N° 604/2013	32
2.3.2 Reglamento (CE) N° 603/2003	34
2.3.4 Directiva N°. 95/2011/UE	34
2.3.5 Directiva N°. 32/2013/UE	36
2.3.6 Directiva N°. 33/2013/UE	37
2.3.7 Directiva 2001/55/ EC	38
2.2.3 <i>Instrumentos</i>	38
2.2.3.1 Reglamento (UE) N° 439/2010	38
2.2.3.2 Directiva 2003/86/EC	39
2.2.3.3 Directiva 2003/109/EC	39
2.2.3.4 Directiva 2008/115/EC	40
3. SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERAMERICANO.....	43
3.1. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE DE 1948	43
3.2. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1969	44
3.3. DECLARACIÓN DE CARTAGENA DE 1984	45
3. 4 CONFERENCIA GENERAL SOBRE LOS REFUGIADOS CENTROAMERICANOS	47
3.5. LEGISLACIONES NACIONALES	49
3.5.1 <i>Argentina</i>	49
3.5.2 <i>Belice</i>	51
3.5.3 <i>Bolivia</i>	51
3.5.4 <i>Brasil</i>	52
3.5.5 <i>Chile</i>	52

3.5.6	<i>Colombia</i>	53
3.5.7	<i>Ecuador</i>	54
3.5.8	<i>El Salvador</i>	55
3.5.9	<i>Guatemala</i>	56
3.5.10	<i>Honduras</i>	56
3.5.11	<i>México</i>	57
3.5.12	<i>Nicaragua</i>	58
3.5.13	<i>Paraguay</i>	58
3.5.14	<i>Perú</i>	59
3.5.15	<i>Uruguay</i>	59
3.6.	ORGANISMOS REGIONALES.....	60
3.6.1.	<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	61
3.6.1.1	Informes	62
3.6.1.2	Relatorías	63
3.6.1.3	Recomendaciones	63
3.6.1.4	Peticiones individuales y Medidas Cautelares	63
3.6.2.	<i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	67
3.6.2.1	Casos Contenciosos	68
3.6.2.2	Opiniones Consultivas	69
4	MIGRACIÓN DE VENEZOLANOS A LATINOAMÉRICA	74
4.1	CRISIS MIGRATORIA VENEZOLANA	74
4.2	RESPUESTA REGIONAL INTERAMERICANA ANTE LA CRISIS	75
4.3	IMPACTO DE LA PROTECCIÓN A LOS REFUGIADOS EN COLOMBIA.....	76
4.3.1	<i>Contexto institucional</i>	76
4.3.2	<i>Contexto económico</i>	77
4.3.3	<i>Contexto social</i>	77
4.3.4	<i>Contexto sectorial</i>	78
4.3.4.1	Salud	78
4.3.4.2	Educación.....	78
4.3.4.3	Empleo	80
4.3.4.4	Protección social	80
4.3.4.5	Servicio de acueducto y saneamiento básico	81
4.4	RESPUESTA DEL ESTADO COLOMBIANO ANTE LA CRISIS MIGRATORIA DE VENEZUELA... 82	
4.5	NECESIDAD DE UN MARCO REGIONAL COMUNITARIO	86
	CONCLUSIONES.....	92
	BIBLIOGRAFÍA.....	96

INTRODUCCIÓN

Uno de los factores que origina la migración masiva de personas es la presencia de conflictos armados internacionales o no internacionales. Como consecuencia de ello, se promulgó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1976, con el objetivo de establecer un marco jurídico internacional de protección a los migrantes, refugiados, solicitantes de asilo y asilados, con un tratamiento igualitario en los Estados Receptores. Sin embargo, los flujos migratorios se transforman en su intensidad y diversidad debido a la multiplicidad de causas, como a los diferentes grupos poblacionales que se deben atender, derivándose en una problemática global que solicita respuestas atendiendo a situaciones específicas, pero que protejan los derechos fundamentales de los migrantes, en el que se destaca el principio de no devolución como el elemento fundante de la responsabilidad estatal.

De esta forma, los Estados articulan bloques continentales para atender a los migrantes. En consecuencia, se pretende elaborar un sistema de respuesta para la atención de los migrantes, estableciendo políticas comunes, garantizando un conjunto de derechos y garantías durante su proceso de legalización, así como su instalación en el Estado de acogida. No obstante, presenta dificultades de implementación en virtud de la prevalencia de las problemáticas internas y la falta de cooperación estatal.

Es por ello que, el objetivo central de este texto será analizar desde una perspectiva comparada los sistemas de protección al refugiado en el marco de la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos, para con ello evaluar la construcción de una normativa de refugio común en el sistema interamericano. De esta forma, se identificarán los elementos centrales de los sistemas y se examinará una crisis migratoria como es el caso de las personas provenientes de Venezuela en los distintos Estados de América Latina.

En este sentido, este texto comenzará por analizar el marco jurídico de la protección internacional de los refugiados. Este examen se hará mediante el estudio del contexto histórico para determinar los motivos que dieron lugar a la promulgación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y del Protocolo de 1976, y los principios universales.

Posteriormente se indagará por los instrumentos regionales aplicables a los bloques continentales y cómo la definición universal de refugiados se ha expandido, contemplando los diferentes fenómenos que conllevan a los flujos masivos de migrantes.

A su vez, se continuará con el estudio del Sistema Europeo Común de Asilo, conocido por sus siglas SECA. Se identificará un marco jurídico compuesto por los Tratados constitutivos, complementarios, reformativos y de adhesión; la Carta de Derechos Fundamentales y los principios generales definidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea denominado derecho primario europeo. También se estudiarán, los actos emitidos por las instituciones tengan la competencia para vincular jurídicamente a los Estados de la Unión y a las propias instituciones denominado derecho secundario e instrumentos que permiten el desarrollo de este, aplicable en el sistema político y jurídico comunitario transnacional conocido como la Unión Europea.

Por su parte, en el marco del Sistema de Protección Interamericano compuesto por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, se examinará el impacto de la Declaración de Cartagena, que establece un estándar más alto de protección, a pesar de no ser acogida por la totalidad de los Estados. En adición, se identificarán y estudiarán, los pronunciamientos de los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que atienden a las dinámicas actuales que se presentan frente a las migraciones en el continente, así como la responsabilidad estatal de protección.

En el capítulo subsiguiente, a partir del estudio del Sistema de Protección Interamericano, se analizará cómo ha sido la respuesta regional frente a la crisis migratoria venezolana que comenzó en el 2015. Este fenómeno, genera una situación crítica y singular en la región por el alto flujo de migrantes solicitantes de refugio. Es por ello, que se ha convertido en una problemática social, económica, política y humanitaria por la falta de un sistema de respuesta regional y de coadyuvancia entre los Estados.

Por último, se plantearán unas conclusiones con base en el análisis de estos dos sistemas, con el objetivo de evaluar la construcción de una normativa de refugio común en el sistema

interamericano, con relación al nivel de respuesta ante una crisis migratoria que la región no había experimentado.

1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL REFUGIADO

En este capítulo se estudiará el marco jurídico que contiene la protección internacional de los refugiados. Se estructura en seis momentos. El primer momento consiste en una breve historia de los antecedentes de la protección internacional de los refugiados. En un segundo momento, se analizarán los principios rectores que rigen el marco jurídico internacional. En un tercer momento, se analiza el concepto de refugiado consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967. En un cuarto momento, los instrumentos internacionales regionales delimitados en el continente africano, americano, asiático y europeo. En un quinto momento, se analizan las figuras de la protección complementaria y la protección subsidiaria. Finalmente, en un sexto momento, se plantean las categorías del concepto universal de refugiado y la aplicación de la protección internacional.

1.1 Protección internacional de los refugiados

La historia de la protección internacional de los refugiados se desarrolla en dos momentos, como lo plantea Gilbert Jaeger (2001).

En primer lugar, en el periodo comprendido entre el Imperio Otomano, la Primera Guerra Mundial, la Guerra de los Balcanes, la Guerra Greco – Turca y la Guerra del Cáucaso, se generaron grandes masas de refugiados de comunidad etno – religiosas como los armenios, asirios, caldeos, sirios jacobitas, turcos, kurdos y otros grupos musulmanes. “Entre 1914 y 1922 se convirtieron en refugiadas unos cinco millones de personas” (Bundy, 2016, p.5).

Posteriormente en 1923 la “segregación de pueblos entre Grecia y Turquía fue testigo de los traslados en ambas direcciones de 1,7 millones de personas” (Bundy, 2016, p.5), dichas personas quedaron cobijadas bajo el mandato de la Liga de las Naciones y se crearon instituciones tales como la Oficina Internacional Nansen para los Refugiados (1931-1938) y el Comité Intergubernamental de Refugiados (1938-1947).

A partir de esto, se creó la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados de 1933, la cual fue ratificada por Francia, Reino Unido, entre otros. En la cual aparece por primera vez la expresión de *non-refoulement* “en virtud del cual las partes contratantes se comprometieron a no expulsar a los refugiados residentes ni mantenerles fuera de su territorio” (Jaeger, 2011, p. 730).

En segundo lugar, con ocasión de la Segunda Guerra Mundial, en el periodo comprendido entre 1946 a 1951, emerge la Organización Internacional para los Refugiados; “su actividad principal era el reasentamiento de 1.049 refugiados y personas desplazadas, principalmente de Europa Central, en los Estados Unidos, Australia, Europa Occidental, Israel, Canadá y América Latina” (Jaeger, 2011, p. 732). A pesar de que se planteó que la actividad de esta organización cesaba el 30 de junio de 1950, era evidente que el problema de los refugiados no resolvería en esta fecha, debido a la llegada de nuevos refugiados provenientes de Europa central y oriental al oeste.

Por lo tanto, el 14 de diciembre de 1950 se estableció por parte de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, la puesta en funcionamiento de la Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados, como la encargada de coordinar y dirigir la protección internacional para los refugiados a nivel internacional. Sin embargo, el marco internacional no se agota aquí, pues la protección internacional de los refugiados está compuesta por una serie de tratados universales y regionales, normas de derecho internacional consuetudinario, principios generales del derecho, leyes nacionales y los estándares en constante desarrollo en la práctica de los Estados y organizaciones internacionales (Goodwin - Gill, 2014).

Los principios rectores, sustantivos y universales en materia de protección internacional de los refugiados, aplicables en todas las situaciones, son los siguientes:

1. No devolución. Es una norma de *ius cogens*, aplicada en todos los Estados, sean o no sean parte de la Convención de 1951, conforme a Jean Allain (2001).

Para determinar si la prohibición recogida en el Art. 33 de la Convención de 1951 ha alcanzado el estatus de *ius cogens*, hay que atender al cumplimiento de las siguientes circunstancias: su aceptación por la comunidad internacional de Estados

en su conjunto no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Está estipulado en el Artículo 33 inciso 1º de la Convención de 1951: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

Ahora bien, esta disposición aplica para los refugiados, a los solicitantes de asilo¹ y a las personas que no han sido reconocidas formalmente como refugiados. Mientras que los Estados, de conformidad con este principio, deben prescindir de medidas devolutivas cuando la vida o libertad de un refugiado o un solicitante de asilo se encuentre en peligro o corra riesgo de persecución, conforme a lo planteado por Silvia Somohano (2007).

2. No discriminación. Se materializa en dos términos, en el primer término, se debe asegurar la igualdad de trato frente al reconocimiento de la condición de refugiado y a su vez,

“cabe mencionar la diferencia que existe entre la obligación de los Estados Parte de combatir al “racismo” y a la “discriminación racial”. El primer término refiere a la percepción subjetiva que requiere ser erradicada, a través de medidas educativas para promover una transformación cultural en la sociedad. El segundo, en cambio, la “discriminación racial”, se refiere a la activación del prejuicio. Cualquier acción u omisión oficial que dé como resultado la práctica de la discriminación racial constituye una violación de una obligación del Estado” (Somohano, 2007, p. 89).

¹ En el apartado 1.2 se hará la distinción entre el concepto de refugio y asilo.

Y, en segundo término, en lo relativo al derecho de una persona de buscar y recibir asilo sin discriminación,

“el Artículo 3 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece la obligación de los Estados de aplicar las disposiciones “sin discriminación por motivos de raza, religión, o país de origen”. Esta obligación no sólo se refiere al proceso de determinación del Estatuto de Refugiado, sino que es aplicable también a los derechos a los que los refugiados se hacen acreedores una vez reconocidos por el país de asilo” (Somohano, 2007, p. 90).

3. Unidad familiar. Para abordar este principio, es necesario “referirse a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado” (Somohano, 2007, p. 92).

Conforme a ACNUR (2001), la unidad familiar es importante en el contexto de los refugiados porque constituye el mecanismo primario de protección de quienes integran el grupo familiar. Mantener y facilitar la unidad familiar ayuda a garantizar la atención física, la protección, el bienestar emocional y el apoyo económico de los refugiados individuales y sus comunidades.

Por lo que, los países firmantes de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 lo reconocen y aplican cuando les reconocen la condición de refugiado al cónyuge, hijos menores de edad, e incluso, a quienes se encuentren bajo el cuidado de una persona reconocida como refugiado, según Silvia Somohano (2007).

En cuanto al ámbito convencional, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 define los elementos que caracterizan a una persona para adquirir el estatus de refugiado, las reglas bajo las cuales se define a quienes se les asegura asilo y las responsabilidades de las naciones que garantizan asilo. Por su parte, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, se adoptó el 31 de enero y entró en vigor el 4 de octubre del mismo año.

La definición del estatus de refugiado está consagrada en el Artículo primero y es necesario analizar sus elementos y criterios subyacentes, según lo establecido por Silvia Somohano (2007), para acceder a la calidad de refugiado mediante la declaratoria de reconocimiento, emitida por los Estados Parte de la Convención mencionada y su Protocolo correspondiente.

En el apartado A, se consagran las cláusulas de exclusión, de forma taxativa se establecen los supuestos en los que debe encontrarse una persona para adquirir el estatus de refugiado.

Por un lado, el numeral 1 hace referencia a las personas reconocidas como refugiados en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiado.

Pero como los desplazamientos y las persecuciones son fenómenos constantes en el tiempo, se hizo necesario eliminar las limitaciones temporales y geográficas a través del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, por lo que se adiciona al texto de la Convención el numeral 2:

“como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, o no quiera acogerse a la protección del país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea”.

Durante “los primeros cuatro años de guerra, Alemania y la URSS desarraigaron, trasplantaron, expulsaron, deportaron y dispersaron a unos 30 millones de personas. En mayo de 1945 había más de 40 millones de refugiados en Europa, sin techo, desarraigados y huyendo” (Bundy, 2016, p.6). Además:

“En 1947, la UNRRA gestionaba casi 800 campos de reasentamiento que albergaban a siete millones de personas. Gracias a sus colosales esfuerzos, en torno a 1951 sólo quedaban 177 000 personas desplazadas en los campos. Millones habían sido reasentadas; muchas más, repatriadas; y un importante número de personas había emigrado.” (Bundy, 2016, p.6)

Las características enunciadas anteriormente, se han incorporado en los estándares de práctica internacionales por parte de la doctrina con el propósito de delimitar el alcance de la concepción de refugiado. Con relación al contenido del numeral 2 es pertinente analizar los elementos que lo componen.

La expresión “fundado temor” se analiza en dos dimensiones. La dimensión subjetiva hace referencia al concepto de “temor”, debido a que emana de las declaraciones realizadas por el solicitante frente a una situación concreta en su país de origen. La dimensión objetiva hace referencia al concepto de “fundado”, esto es, no solo el estado de ánimo y la condición subjetiva otorgan el estatus de refugiado, sino que debe fundamentarse en una situación objetiva.

Se asocia, además, con la noción de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y cualquier amenaza en contra de la vida, libertad y seguridad de una persona o por su magnitud, intensidad u origen, siendo estos el núcleo esencial de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos universales de derechos humanos, a los que alude el preámbulo de la Convención de 1951.

Además, en esta categoría se encuentran “los castigos excesivos, injustificados o graves, particularmente tratándose de penas aplicadas fuera del aparato jurídico de un Estado que

conviertan a la persona en víctima, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos” (Somohano, 2017, p. 77).

En el Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiados señala que “el comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local, puede equipararse a la persecución” (1992).

En este sentido, el numeral 2 del Artículo primero comprende una serie de situaciones que afectan física como psicológicamente a las personas que solicitan el estatus de refugiado. Sin embargo, es necesario que se fundamenten en una situación objetiva.

Asimismo, es esencial que la persona se encuentre fuera del país de su nacionalidad o que carezca de nacionalidad y se encuentre fuera del país donde tiene su residencia habitual, para solicitar el estatus de refugiado. Es decir, debe haber cruzado la frontera internacional desde el lugar en donde se originó la persecución.

En el apartado C, se consagran las cláusulas de cesación mediante las cuales, una persona que obtuvo el reconocimiento del estatus como refugiada deja de tener esta condición y cesa la protección internacional, su interpretación es restrictiva. En este apartado se establece lo siguiente:

“En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a todas las personas comprendidas en las disposiciones de la Sección A precedente:

1. Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o
2. Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado, voluntariamente; o
3. Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
4. Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o
5. Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiado, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad;

6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual”.

Los primeros cuatro casos corresponden a hechos realizados por el refugiado, en los que de manera voluntaria adquiere la protección del país de su nacionalidad o del país de su nueva nacionalidad. Los casos cinco y seis señalan la desaparición de las circunstancias en virtud de las cuales se otorgó el reconocimiento, por lo que cesa la protección otorgada.

En los apartados D, E y F, se consagran las cláusulas de exclusión, como lo plantea Silvia Somohano (2007).

La sección D plantea que “no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas para los Refugiados distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas”. Esto significa que gozan de la protección de un organismo internacional por lo que no pueden acogerse a la Convención de 1951. No obstante, si esta protección cesa por cualquier motivo, las personas se acogen a los beneficios consagrados en la Convención mencionada.

La sección E plantea que “no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país”, esto es, que han sido acogidas por un tercer país, aunque sin ser nacionales o ciudadanos, quedan cobijados bajo la protección nacional de este país.

La sección F determina que “las disposiciones de la Convención no les serán aplicables a las personas respecto de las cuales existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio antes de ser admitida en él como refugiado; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

Los delitos contenidos en los primeros incisos deben estar tipificados por órganos como los: Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y de la Ex Yugoslavia y en instrumentos jurídicos como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos Adicionales I y II.

Por otro lado, en la práctica internacional es complejo determinar los criterios para considerar un delito como grave, debido a que: “cada orden jurídico doméstico establece en sus ordenamientos penales los criterios para determinar la gravedad de la trasgresión a sus leyes internas” (Somohano, 2007, p. 83). Por lo tanto, se compara el sistema jurídico del país de origen con el país de asilo con el objetivo de determinar si pueden equipararse.

Los instrumentos internacionales para la protección de los refugiados, que conforman el marco jurídico internacional son:

En el continente africano, se regula mediante la Convención de la Organización Unida Africana, hoy denominada Unión Africana (OUA) por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los Refugiados en África de 1969, como lo menciona J. O Moses (2014) “la principal preocupación en ese entonces el gran número de africanos que huían de los conflictos derivados de las luchas contra el colonialismo” (p. 70).

Los criterios para determinar la calidad de refugiado bajo esta Convención son:

“Las personas que huyen de disturbios civiles, violencia generalizada y guerra tienen derecho al estatuto de refugiado en los Estados que son partes en la Convención Africana. Incluso si no tienen un temor fundado de persecución por una de las razones expuestas en La Convención de 1951”.

La Convención de la OUA plantea otros puntos importantes. Afirma que "la concesión de asilo a los refugiados es un acto pacífico y humanitario" que no debe ser considerado como un "acto hostil" por ningún Estado miembro de la OUA, y requiere que los Estados Parte adopten

medidas apropiadas para aligerar la carga de un Estado que otorga asilo "en un espíritu de solidaridad africana y cooperación internacional" (Nicholson & Kumin, 2017, p. 19).

En el continente americano, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, según Juan Mondelli (2018), es entendida como un instrumento regional para brindar una respuesta humanitaria a los movimientos masivos de personas que huían de situaciones que representaban una amenaza para su vida, seguridad o libertad.

“Durante la década de los ochenta, más de dos millones de personas fueron desarraigadas a causa de las encarnizadas guerras civiles que se libraron en El Salvador, Guatemala y Nicaragua. Las personas más directamente afectadas por estos conflictos eran principalmente de comunidades rurales pobres.

Toda Centroamérica se vio afectada por estos movimientos de refugiados que, además de derivar del conflicto regional, contribuían a él. Asimismo, los tres países arrasados por la guerra; Belice, Costa Rica, Honduras, México y EE. UU. se vieron involucrados en el problema de los refugiados al acoger a un número importante de ellos, de solicitantes de asilo y de emigrantes” (Franco & Santistevan, 2004, p.81).

Debido a estas circunstancias que desembocaron en flujos masivos de inmigrantes se presentaron

“...nuevos desafíos, pues los problemas de refugiados empezaban a mostrar un rostro hasta entonces desconocido, que permitió poner en evidencia las ventajas que ofrecía el sistema de Naciones Unidas.

La protección de los refugiados de América Latina por parte del ACNUR comenzó en la década de 1970 en el Cono Sur, y a partir de allí fue verificándose el despliegue de sus oficinas por América Latina. También se registró una fuerte presencia de la comunidad internacional en la crisis de América Central en la década de 1980, y luego de todo ello tuvo lugar el proceso de ratificaciones y

adhesiones a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, que hoy es prácticamente universal en la región.

La experiencia de América Central posterior a los ochenta puso de manifiesto – como consecuencia del marco conceptual desarrollado por la Declaración de Cartagena y su evolución posterior a través de CIREFCA– que una situación de afluencia de refugiados en gran escala puede pasar de la crisis y la precariedad inicial a un incremento cualitativo posterior del nivel de protección cuando se logra el consenso y surge la voluntad política suficiente para atender al problema uniendo los esfuerzos estatales y la cooperación internacional” (Franco & Santistevan, 2004, pp.106 – 107).

Esta Declaración se adoptó cuando la gran mayoría de los países de la región no era parte de la Convención de 1951 y su respectivo Protocolo, debido a la respuesta insuficiente de la misma ante el flujo masivo de refugiados en busca de protección. Por consiguiente, la Declaración:

“reafirma la centralidad de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, el principio de no devolución, así como la importancia de la cooperación internacional para resolver los problemas de los refugiados. Así como recomienda que la definición de refugiado utilizada en toda la región se amplíe más allá de las personas que cumplen con la definición de la Convención de 1951 .(Nicholson & Kumin, 2017, pp. 20 - 21)

La Declaración no es un instrumento jurídicamente vinculante. No obstante, la mayoría de los países de América Central y del Sur aplican la definición contenida en esta incluso ha sido a incorporada a las legislaciones internas.

En el continente asiático, los lineamientos regionales se han desarrollado de la siguiente forma:

“Por una parte, solo algunos Estados son partes en la Convención de Ginebra de 1951 (Camboya, China; Japón; Filipinas y Corea del Sur). Por otra parte, si bien ha habido un desarrollo normativo regional de soft law, éste no ha tenido una gran repercusión en los sistemas internos. En este sentido, el 24 de junio de

2001 se adoptó en la 40a sesión de la Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO) en Nueva Delhi un “Final Text of the AALCO’s 1966 Bangkok Principles on Status and Treatment of Refugees” en donde después de incluir en la definición de refugiado la noción de la Convención de Ginebra, se establece en un segundo párrafo que:

2. El término refugiado deberá también aplicarse a toda persona que, debido a una agresión externa, ocupación, dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en alguna parte o en el conjunto de su país de origen o nacionalidad, está obligada a salir del lugar en que tenía su residencia habitual para buscar refugio en otra parte fuera de su país de origen o nacionalidad” (Morgades, 2016, p. 242).

En el continente europeo, el marco normativo se ha construido jurisprudencialmente por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), perteneciente al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), como una “red de seguridad” que protege a los refugiados y demandante de asilo. Para lograr este objetivo, se crea en el año 2010 la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO), para contribuir al desarrollo de un Sistema Europeo Común de Asilo, que brinda apoyo operativo y aportes basados en evidencia para la formulación de políticas y legislación de la Unión Europea, según Luci y Di Rado (2019).

Ahora bien, frente a los demandantes de asilo se crea el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Con ello se busca establecer un área común de protección y solidaridad, basada en un procedimiento de asilo común y un estatus uniforme, en el que se establecen los criterios mínimos comunes para el tratamiento de todos los solicitantes y las solicitudes de asilo, es decir, cual es el Estado que debe otorgar respuesta frente a esta, según las directrices contenidas en el “Sistema de Dublín”, conforme a lo planteado por Silvia Morgades (2012).

Este sistema está regulado por el reglamento (CE) N° 343/2003, denominado Dublín II. El reglamento tiene como objetivo mejorar la eficiencia y asignar un país a un solicitante de asilo para evitar que los migrantes presenten múltiples solicitudes de asilo dentro de la Unión Europea. Como lo establece Anna Wyss (2019), su implementación debe evitar a los

"refugiados en órbita", es decir, los solicitantes de asilo de los cuales ningún Estado se considera responsable.

Además de los instrumentos, tratados y convenciones, enunciadas y desarrolladas anteriormente, se presentan otras figuras que se han originado con la práctica y con los problemas puntuales a los que se encuentran los refugiados.

Por un lado, se encuentra la figura de la protección temporal. Este concepto surge en 1990 y se entiende como un medio para proporcionar refugio a grupos de personas, en situaciones de desplazamiento masivo sin necesidad de recurrir, inicialmente, a la determinación de las condiciones individuales. Como medida de protección, es de corta duración, en la que se protege una serie más limitada de derechos y beneficios en comparación con los que se otorgan a los refugiados reconocidos en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, 1994).

Los elementos que componen esta figura son “la admisión a la seguridad, la protección contra la devolución, el respeto de los derechos humanos básicos y el retorno seguro cuando las condiciones lo permiten al país de origen” (Edwards, 2012, p. 8). No obstante, las cláusulas de cesación de la Convención de 1951 no se aplican, sino que las personas pueden devolverse a su país de origen cuando se solventa el evento desencadenante. Esta medida de protección está regulada a nivel estatal por lo que existe una amplia variación en la práctica, según Alice Edwards (2012)

Por otro lado, se encuentra la figura de la protección (subsidiaria) complementaria, consagrada en la Directiva 2004/83/EC, aplicable y desarrollada en la Unión Europea.

Es un régimen complementario, adicional a la Convención de 1951, aplicable a nacionales de un tercer país o apátridas, que no reúnen los requisitos de la Convención. Pero que “por un temor fundado a sufrir perjuicio grave e injustificado por amenaza para su vida, seguridad o libertad, a consecuencia de la violencia indiscriminada surgida en situaciones de conflicto armado, o a consecuencia de violaciones sistemáticas o generalizadas de sus derechos humanos” (Ponte, 2002, p. 375) estén obligadas a huir o permanecer por fuera de su país de origen. Sin embargo, no reúnen los requisitos de la Convención mencionada.

La figura de protección subsidiaria, como lo expone María Teresa Ponte (2002) protege y garantiza una serie de derechos y garantías mínimos extensibles a los miembros de la familia acompañantes del beneficiario, como la protección contra la devolución y la expulsión, el estatuto de residentes de larga duración, acceso al empleo, entre otros.

El sistema internacional de protección a los refugiados enfatiza en la importancia de crear un sistema base al cual se puedan asociar Estados de conformidad a las problemáticas de sus contextos para fundar los sistemas regionales. Como se anticipa, el sistema que goza de una reglamentación común, integradora y actualizada es la Unión Europea, mientras que en los demás la normatividad no ha sido renovada, sino que propende a la toma de decisiones estatales que incrementan y elevan las fronteras geográficas.

1.2. Categorías de los refugiados

La extensión de la noción de refugiado consagrada en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 se ha dado por la interpretación evolutiva, progresiva y dinámica de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional. Silvia Somohano (2016), plantea siete categorías en torno a la definición general y universal de los refugiados, atendiendo a los diferentes fenómenos que conllevan a los flujos masivos de migrantes.

1.2.1 Refugiado

La condición de refugiado está contenida en la Convención de Ginebra de 1951, siendo este el concepto universalmente aplicado, pero de manera parcial, porque los Estados deben aplicar de manera conjunta la Convención mencionada y las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico interno. Según Somohano (2016), esto no implica que de forma automática se otorgue el asilo territorial, debido a que este se establece en virtud de la normatividad interna.

1.2.2 Refugiado (bajo mandato)

Son aquellos refugiados que:

“cumplen con los criterios del Estatuto de la ACNUR y reúne los requisitos para la protección de las Naciones Unidas proporcionada por el Alto Comisionado para los Refugiados, independientemente de si se encuentran o no en un país que es parte en la Convención y el Protocolo sobre los refugiados de Ginebra o si han sido o no reconocidos por el país de acogida como refugiados en virtud de cualquiera de estos instrumentos” (Comisión Europea, 2011)

1.2.3 Refugiado de *prima facie*

Son aquellos refugiados que:

“que forman parte de flujos masivos o a gran escala de personas que huyen de sus países de origen en situaciones o por causas que hacen suponer que todas ellas o la mayoría serán consideradas como refugiadas.

La imposibilidad material de tramitar sus solicitudes de protección internacional en una situación de flujo masivo, unida a la premura de atender sus necesidades humanitarias básicas y al principio de *non-refoulement*, han llevado a que se haya ido configurando en Derecho internacional la institución de la “protección temporal”. Esta institución se basa en la imposibilidad de aplicar la Convención de Ginebra en caso de flujos masivos y en que “las necesidades de protección de los que llegan son evidentes en la mayoría de los casos” (Somohano, 2016, pp. 238 – 239)

1.2.4 Refugiados sobre el terreno

Son aquellos refugiados que:

“no lo eran al salir de sus países de origen, sino que lo son a causa de acontecimientos ocurridos después. Bien a causa de cambios ocurridos en el país de origen (como un golpe de Estado o un cambio político importante), bien a causa de actividades que la persona ha realizado mientras ya se encontraba en el país de acogida (como actividades de contenido político que son expresión de posiciones ya mantenidas en el lugar de origen, o relaciones con disidentes políticos o refugiados, etc.)” (Somohano, 2016, p. 239).

1.2.5 Refugiados medioambientales y económicos

Según Silvia Somohano (2016), estas expresiones aluden a las situaciones del medio ambiente o económicas que son desfavorables y satisfacen los niveles de gravedad establecidos como factores que obligan a la huida, denominados *compelling – factors*, equiparable a las causas de temor de persecución:

“Las dos expresiones son usadas a menudo en medios periodísticos, pero no tienen una base jurídica concreta que se pueda traducir en un estatuto de protección. En estos casos, la calificación como refugiado de personas que huyen por estas razones solo podría derivarse, por ejemplo, de una limitación discriminatoria de acceso a los bienes de subsistencia o a los recursos naturales que pudiese ser considerada como persecutoria (Somohano, 2016, pp. 239).

La Comisión de Derechos Humanos, en el dictamen CCPR/C/127/D/2728/2016 conocido como el caso *Ioane Teitiota vs. Nueva Zelanda*, reconoce que el cambio climático representa una amenaza para el derecho a la vida. También señala que los Estados estarían incumpliendo sus obligaciones de derechos humanos si devuelven a una persona a un país en el que la crisis climática ponga en peligro su vida, o la ponga en riesgo de recibir un trato cruel, inhumano o degradante. Incluye tanto los sucesos climáticos repentinos, como los que se van desarrollando paulatinamente, a fin de determinar si han alcanzado el nivel elevado que se requiere para activar las obligaciones de no devolución.

1.2.6 Refugiados *de facto*

Son aquellos refugiados que:

“son refugiados de acuerdo con la Convención de Ginebra, pero no se les ha reconocido ni concedido protección; o bien, no reúnen los requisitos de esta definición, pero igualmente se han visto obligadas a huir debido a situaciones de violencia generalizada o violaciones masivas de derechos humanos” (Somohano, 2016, pp. 239 - 240).

1.2.7 Demandantes de asilo y asilado

Los demandantes de asilo son:

“todas las personas que se encuentran fuera del país de su nacionalidad (o residencia habitual en el caso de los apátridas) y están en situación de necesidad

de protección, aunque después del examen de su caso en el procedimiento establecido no todas resulten ser refugiadas o no todas obtengan asilo”. (Somohano, 2016, pp. 234).

Una vez realizado el procedimiento establecido para la concesión de asilo, se entiende que esta es:

“constitutiva y se rige por las normas internas de cada Estado, que pueden contemplar un mayor o menos grado de discrecionalidad de las autoridades a la hora de otorgar la protección. La concesión de asilo comportará la concesión de una autorización para residir (y, en general, también trabajar) en el país de asilo” (Somohano, 2016, pp. 234)

El análisis de las categorías expuestas por Silvia Somohano permite comprender las diferentes causas de los flujos migratorios y su impacto en la protección internacional. Esto debido a que la normatividad se aplica para refugiados, asilados y demás figuras afines, exceptuando a los refugiados medioambientales y económicos ya que estos carecen de una base jurídica, enfocada en la aplicación rigurosa y acatamiento de principios rectores. El principio rector más importante es el de no devolución, consagrado como una norma de *ius cogens*, establecida por la práctica internacional de los Estados y demás instituciones del derecho internacional.

A pesar de esto, la respuesta a los flujos masivos de migrantes les ha permitido a los sistemas regionales ser pioneros en el desarrollo de parámetros y figuras que ofrecen una protección integral a los refugiados. Por lo tanto, en los capítulos siguientes se analizará el sistema europeo y el sistema interamericano, para determinar el grado de evolución de cooperación estatal de los sucesos migratorios.

2. SISTEMA DE PROTECCIÓN EN EL ESPACIO SCHENGEN

El Espacio Schengen es la zona compuesta por 26 Estados europeos: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia y Suiza. De estos, 22 de ellos son miembros de la Unión Europea. Fue fundado bajo el Acuerdo de Schengen de 1985, por la República Federal Alemana, Bélgica, Francia, Luxemburgo y Países Bajos, y entró en vigor en 1995 con el objetivo de establecer una zona libre, con el fin de:

“No realizar controles fronterizos en sus fronteras interiores (es decir, en la frontera entre dos Estados Schengen) y realizar controles armonizados, ajustados a criterios claramente definidos, en sus fronteras exteriores (es decir, en las fronteras entre un Estado Schengen y un Estado no perteneciente a Schengen

Por consiguiente, los controles se limitan a la frontera exterior y tanto los ciudadanos de la UE como los nacionales de terceros países pueden viajar libremente por el Espacio Schengen” (Comisión Europea, 2014 – 2019, p. 4)

No obstante, esta zona no compone un sistema transnacional que pueda dar respuesta a un fenómeno masivo de migrantes. Por lo tanto, en este capítulo se analizará el Sistema Europeo Común de Asilo, conocido por sus siglas SECA, conformado por el derecho primario de la Unión Europea, la legislación secundaria e instrumentos asociados, integrado y desarrollado por las instituciones que integran la Unión Europea, acogido por sus Estados miembros y Estados Asociados, para determinar la existencia de un sistema de protección a los refugiados garantizando los principios de no devolución, unidad familiar y no discriminación, que integran la protección internacional de los refugiados.

2.1 Unión Europea

Es una comunidad política que ha desarrollado un sistema político y jurídico comunitario transnacional, conformada por 27 países², fundada bajo los Tratados de Roma de 1957 que entraron en vigor el 1 de enero de 1958. Posteriormente, reformados por el Tratado de Maastricht de 1992 que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Ambos tratados fueron modificados y actualizados por el Tratado de Lisboa de 2009, el cual rige actualmente.

2.2. Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)

El Sistema Europeo Común de Asilo, según Víctor Merino (2016), se fundamenta en el Consejo Europeo de Tampere de 1999. En dicho Consejo, se establecen las instrucciones para desarrollar una política común en materia de asilo en un “espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea” (Merino, 2016, p. 192).

Debido a que con el Tratado de Ámsterdam de 1997 el asilo se convierte en un asunto de cooperación reforzada, en este Consejo se determinó la “necesidad de desarrollar una política de inmigración y asilo comunitaria y a largo plazo. Las normas comunitarias deberían dar lugar a un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme, válido para toda la Unión, que aborden las causas de los movimientos migratorios” (Consejo Europeo, 2002), con los siguientes ejes principales:

- “a. La cooperación y asistencia técnica mutua entre los servicios de control fronterizo de los Estados miembros.

- b. El control efectivo de las futuras fronteras exteriores de la Unión por profesionales con formación especializada.

- c. La asistencia a los países de origen y tránsito con objeto de ayudar a las autoridades de esos países a mejorar su capacidad para combatir eficazmente la

² Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia.

trata de seres humanos y para cumplir las obligaciones de readmisión que les incumben respecto de la Unión y los Estados miembros.

d. Sanciones rigurosas para los delitos de tráfico de personas y la explotación económica de los inmigrantes.

e. Incluir cláusulas de readmisión en todo tipo de acuerdos entre la Comunidad Europea y los terceros países o grupos de países pertinentes” (Consejo Europeo, 2002).

Posteriormente, en el año 2009 cuando entra en vigor el Tratado de Lisboa, se instaura el SECA, sustentado en los siguientes artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

“Artículo 67(2): La Unión garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países.

Artículo 78:

1. La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes.

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya:

- a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión;
- b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional;
- c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva;
- d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria;
- e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria;
- f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria;
- g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal.

3. Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo el pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo” (Alarcón, 2017, p. 3)

En la actualidad, el SECA está conformado por: (i) el derecho primario de la Unión Europea, es decir: el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tratado de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales, el Protocolo N°. 24 y el Protocolo N°. 30; (ii) la legislación secundaria conformada por: el Reglamento Dublín III (604/2013), el Reglamento Eurodac (603/2013), la Directiva de Requisitos o Definiciones N°. 95/2011, la Directiva de Protección Temporal N°. 55/2001, la Directiva de Procedimientos 32/2013 y la Directiva de Acogida 33/2013; (iii) Además, de otros instrumentos que conforman el sistema como: el Reglamento (UE) N° 439/2010, la Directiva 2003/86/EC, la Directiva 2003/109/EC, la Directiva 2008/115/EC.

2.2.1 Derecho primario de la Unión Europea

Como lo define EUR - Lex, está compuesto por los Tratados constitutivos, complementarios, reformativos y de adhesión; la Carta de Derechos Fundamentales denominada Tratado de Lisboa y los principios generales definidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se caracteriza por su “superioridad jerárquica, vinculatoriedad y aplicación directa” (Sarrión, s.f p. 2)

2.2.1.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Forma parte de los documentos de la Constitución Material de la Unión Europea, su denominación se ha transformado de Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado en Roma en 1957 a Tratado Constitutivo de la Unión Europea bajo el Tratado de Lisboa de 2009.

En dicho tratado, se establece en el Artículo 67 y siguientes, que la Unión Europea constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que se deben respetar y garantizar los derechos fundamentales y los diferentes ordenamientos jurídicos y tradiciones de los Estados miembros, debe garantizar la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y elaborar una política común en materia de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, basada en la solidaridad entre los Estados miembros, que sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países.

Sin embargo, en los Artículos 77 y siguientes, asevera que las disposiciones generales mencionadas, no afectan a los Estados miembros en el ejercicio de sus responsabilidades en materia de orden público y salvaguardia de la seguridad interior, al aplicar las disposiciones del SECA.

Particularmente, en el Artículo 78, se consagran los lineamientos fundamentales de la política común de asilo europea:

“debe estar en consonancia con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Y la adopción de un estatuto uniforme que abarca tanto el asilo como la protección subsidiaria, el establecimiento de un sistema común de

protección temporal y procedimientos comunes para la concesión y retirada del estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria"

Esto significa que, la legislación de la Unión Europea debe interpretarse "a la luz de su régimen general y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y los demás tratados pertinentes" (Oficina Europea de Apoyo al Asilo [EASO], 2016, p. 26).

También para lograr el funcionamiento de las medidas, el Consejo puede adoptar medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros que se enfrenten a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, y con el Artículo 80 sobre el principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, el Consejo adoptó su Decisión 2015/1523, de 14 de septiembre de 2015, y la Decisión 2015/1601 de 22 de septiembre de 2015, por las que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia, en consonancia con la EASO (2016).

2.2.1.2 Tratado de la Unión Europea

Forma parte de uno de los documentos de la Constitución Material de la Unión Europea, también denominado Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. El Artículo 2 dispone:

“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los Artículos 3 y 3 A.

Un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros” (EASO, 2016, pp. 27 - 28).

Además de los Artículos mencionados, el Artículo 6 de este Tratado es el más relevante para el SECA. En el Artículo 6 (1) se establece que:

“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación. Teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”

Esta es la disposición que hace que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sea vinculante para los Estados miembros, como parte del derecho primario de la Unión Europea y las interpretaciones de esta deben ser conformes a los derechos, libertades y principios consagrados, según la EASO (2016).

En el Artículo 6(2) se establece que: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”, es decir, contiene un mandato para que la Unión Europea se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero eso todavía no se ha producido a pesar de las negociaciones, como lo plantea la EASO (2016).

Y en el Artículo 6(3), establece que "los derechos fundamentales, tal como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, constituyen principios generales del derecho de la Unión".

Esta norma, codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debido a que las normas de protección de los derechos humanos son el fundamento del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de la legislación, pero esto no impide la posibilidad de otorgar una protección más amplia dada por la legislación de la Unión Europea, conforme a la EASO (2016).

2.2.1.3 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Fue redactada por la Convención Europea de Derechos Humanos. Aprobada y proclamada el 7 de diciembre de 2000, por los Presidentes del Parlamento, de la Comisión y del Consejo de Ministros, que conforman los órganos constitucionales europeos, representando a la entidad correspondiente.

Su contenido y alcance generó controversias debido al grado vinculatoriedad jurídica, como lo plantea Albrecht Weber (2002). Cesó con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009 en el que la Carta pasa a ser jurídicamente vinculante y parte del derecho primario para las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros cuando aplican el derecho de la Unión Europea, según la EASO (2016), en virtud del Artículo 6 (1) del Tratado de la Unión Europea:

“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

El objetivo que persigue y su interpretación se encuentran consagrados en el preámbulo:

“La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Unión y la principio de subsidiariedad, los derechos que se derivan, en particular, de la Constitución tradiciones y obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, la Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales

adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este contexto, la Carta será interpretada por los tribunales de la Unión y de los Estados miembros teniendo debidamente en cuenta las explicaciones preparadas bajo la autoridad del presidente de la Convención que elaboró la Carta y actualizada bajo la responsabilidad del Presidente de la Convención Europea” (EASO, 2016, p. 29).

En el Artículo 52 (3), referente al alcance e interpretación de los derechos y principios consagrados, se establece que los: “derechos reconocidos por la Carta que corresponden a derechos garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) tendrán el mismo sentido y alcance que los establecidos por esta Convención, a pesar de que el Derecho de la Unión Europea puede ofrecer una protección más amplia”.

Y de manera conjunta, el Artículo 18: establece que "el derecho de asilo se garantizará respetando debidamente las normas de la [Convención sobre el Estatuto de los Refugiados] de conformidad con el [TUE] y el [TFUE] [...]" consagrando por primera vez que un instrumento supranacional legalmente vinculante, según la EASO (2016).

2.2.1.4 Protocolo N° 24

El Protocolo N° 24 sobre Asilo para Nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, dispone que "se considerará que los Estados miembros constituyen países de origen seguros entre sí a todos los efectos jurídicos y prácticos en materia de asilo". Un nacional de un Estado miembro no puede presentar una solicitud de protección internacional de conformidad con las disposiciones del SECA, que se limita a los nacionales de terceros países y a los apátridas. Sin embargo:

“no se puede excluir una solicitud en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, fuera del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), por un nacional de un Estado miembro.

Un nacional de la Unión Europea que teme ser perseguido en el Estado miembro de su nacionalidad y busca protección contra la devolución a ese Estado miembro puede solicitar el reconocimiento como refugiado en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en otro Estado miembro” (EASO, 2016, p. 33).

2.2.1.5 Protocolo N° 30

El Protocolo N° 30 se refiere a la aplicación de las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, en el marco jurídico se entiende como una herramienta explicativa e interpretativa compuesta por los siguientes criterios:

- “a. La Carta no amplía las competencias de la Unión;
- b. La aplicación de la Carta tiene que estar totalmente de acuerdo con el principio de subsidiariedad;
- c. La aplicación de la Carta en relación con las medidas de los Estados miembros no es universal, sino que por el contrario está limitada a los casos en que los Estados miembros están implementando el derecho de la Unión Europea;
- d. En el caso de las referencias a las leyes y costumbres nacionales incluidas en las disposiciones particulares de la Carta, estas leyes y costumbres nacionales deben ser tenidas en cuenta siempre que alguna disposición particular vaya a ser aplicada vis-à-vis en algunos Estados miembros” (Hamulák, 2018, p. 181).

2.2.2 Derecho secundario

Implica “todos los actos adoptados por las instituciones de la Unión que permiten que la UE ejerza sus competencias” (EUR – Lex), es decir, los actos emitidos por las instituciones que tengan la competencia para vincular jurídicamente a los Estados de la Unión, asimismo, a las propias instituciones, como lo estudia Joaquín Sarrión (S.f.).

2.3.1 Reglamento (UE) N° 604/2013

Por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de solicitud de protección internacional presentando en uno de los Estados miembros de la Unión Europea y en los Estados Asociados³ por un nacional de un tercer país o un apátrida, denominado como “Sistema de Dublín III”:

“El Convenio de Dublín se firmó en 1990 y posteriormente fue ratificado por los Estados miembros. En 2003 fue actualizado y sustituido por el reglamento Dublín II. Finalmente, su última versión, Dublín III, fue aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea en 2013” (ACNUR, 2019).

Como afirma Silvia Somohano (2012) los criterios de este sistema responden a una jerarquía basada en el principio de autorización, en el que no se estableció un sistema de reparto de cargas, lo que implicó que los Estados miembros con fronteras exteriores terrestres tendrían una probabilidad más alta de convertirse en responsables de examinar las demandas de asilo.

Los criterios están consagrados en los Artículos 7 – 13:

“En primer lugar, al Estado en dónde se encuentre un miembro de la familia nuclear del demandante como refugiado o como demandante de asilo; En segundo lugar, al Estado que emitió en su favor una autorización de residencia o, subsidiariamente, un visado; En tercer lugar, al Estado cuya negligencia en los controles fronterizos haya permitido la entrada o la estancia ilegal del demandante en un Estado de la UE; En cuarto lugar, al Estado que permitió la entrada, por ejemplo, al no exigir visado; Y, finalmente, si ningún Estado es responsable según los criterios anteriores, deberá examinar la solicitud el Estado en que se presentó la solicitud (regla de cierre del sistema)” (Somohano, 2012, p. 4)

³ Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) establece criterios para el desarrollo del SECA. Según Somohano (2012), en la sentencia M.S.S. contra Grecia y Bélgica de enero de 2011, se condenó a Bélgica por la violación del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, consagrado en el Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴ (CEDH), al trasladar a un demandante de asilo a Grecia aplicando el Sistema de Dublín III y por violación del Artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵ (CEDH) por la ausencia de un recurso efectivo a disposición del demandante contra la orden de expulsión.

También se condenó a Grecia por la violación del Artículo 3, por las condiciones de detención del demandante, las circunstancias de existencia que tuvo que sufrir y las deficiencias en el procedimiento de asilo. Exponiendo las deficiencias que se presenta el SECA. Además, la cláusula de soberanía contenida en el Reglamento Dublín:

“pasa a ser de obligado uso cuando los demandantes de asilo corran un riesgo real de violación de preceptos del Convenio en el Estado de destino y se convierte en la garantía de que el funcionamiento de todo el sistema es conforme al respeto de los estándares europeos de protección de los derechos humanos”
(Somohano, 2012, p. 7)

En la sentencia N.S y M.E de 21 de diciembre de 2011, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TEDH) examinó la cuestión de en qué medida los Estados miembros tenían que examinar el grado de cumplimiento de los derechos fundamentales y de las normas mínimas del SECA por parte de los Estados responsables de examinar una demanda de asilo, antes de proceder a la transferencia de los demandantes hacia esos Estados. Debido a que

“para el Tribunal de Justicia, la imposibilidad de trasladar a un demandante de asilo por el riesgo de violación de sus derechos fundamentales cuando en el país

⁴ Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

⁵ Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

de destino hay una pauta de “deficiencias sistemáticas” en los procedimientos o en la acogida que implican un trato inhumano o degradante en el sentido del Artículo 4 de la Carta, tiene como consecuencia la obligación del Estado en que se encuentra el demandante de proseguir el examen de los criterios del Capítulo III del Reglamento Dublín II con objeto de comprobar si uno de los criterios posteriores permite determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo “ (Somohano, 2012, p. 10)

2.3.2 Reglamento (CE) N° 603/2003

A través del cual se crea el Sistema de Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares de solicitantes de asilo, entró en vigor el 20 de julio de 2015 modificando el Reglamento (CE) N° 2725/2000, que consagraba la legislación original de Eurodac, con el objetivo principal de facilitar la aplicación del reglamento de Dublín mediante “un sistema central, que utilizará una base de datos central informatizada de datos de huella dactilares, así como los medios electrónicos entre los miembros y el Sistema Central denominado la infraestructura de comunicación” (EASO, 2016, p. 41).

Además de establecer las condiciones para que las autoridades nacionales y la Europol accedan a los datos almacenados para los efectos de la prevención del terrorismo, detección, investigación de delitos informáticos u otros delitos graves.

El capítulo II se refiere a los solicitantes de protección internacional, impone a los Estados miembros la obligación de tomar las huellas dactilares de cada uno de los solicitantes de protección internacional, que no sea menor de 14 años y transmitir los datos al Sistema Central a más tardar 72 horas después de la presentación de la solicitud para ser comparadas, como lo plantea la EASO (2016).

2.3.4 Directiva N°. 95/2011/UE

Es un instrumento en el que se establecen las normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a

protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, conforme al Artículo primero, analizado a la luz de los requisitos esenciales de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, conforme la EASO (2016).

De acuerdo con el Protocolo N° 24, la protección internacional se refiere al estatuto de refugiado y al estatuto de protección subsidiaria para los que sólo pueden ser nacionales de terceros países o apátridas, excluyendo así a los ciudadanos de la Unión Europea:

“Se entiende por refugiado en esta Directiva un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a determinado grupo social, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de ese país, o un apátrida que, estando fuera del país de su anterior residencia habitual por los mismos motivos antes mencionados, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”, en consecuencia, sólo se concede a las personas que no reúnen los requisitos para obtener la condición de refugiado” (EASO, 2016, p. 42).

De acuerdo con el Artículo 2: “los beneficiarios son aquellas personas respecto de las cuales se han demostrado motivos para creer que, si son devueltos al país de origen, o al país de residencia habitual anterior en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves, tal como se define en la Directiva, y a los que no se aplican los motivos de exclusión”.

Los primeros seis capítulos consagran los criterios para el reconocimiento de la condición. Este reconocimiento se compone de un proceso de dos etapas: en primer lugar, se establecen las circunstancias fácticas que constituyan una prueba para la solicitud; en segundo lugar, una valoración jurídica de esas pruebas en el marco de los criterios de admisibilidad de las solicitudes internacionales de patente, para determinar si existe un riesgo de persecución, definido por el Artículo 9 como los actos que por su naturaleza o repetición, son suficientemente graves como para constituir una violación grave de los derechos humanos básicos o una acumulación de varias medidas de consecuencias graves o de daños graves a su regreso, detallados en el Artículo 15 de la directiva que abarca:

- a) la pena de muerte o ejecución;
- b) tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes en el país de origen;
- c) amenaza grave e individual a la vida o a la persona de un civil a causa de una violencia en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

En virtud del párrafo 1 del Artículo 8, los Estados miembros pueden, aunque no están obligados a ello, determinar que un solicitante no necesita protección internacional si en una parte del país de origen:

- a) no tiene temor fundado de ser perseguido o no corre el riesgo real de sufrir un daño grave; o
- b) tiene acceso a la protección contra la persecución o los daños graves y puede viajar de manera segura y legal a esa parte del país y conseguir que se le admita en ella, y puede esperarse razonablemente que se establezca allí.

En el capítulo 7 se enuncian los derechos y beneficios que gozan los beneficiarios, incluso con respecto a los permisos de residencia, el acceso a la educación, salud, medidas respecto a los menores no acompañados, acceso a la vivienda, libertad del movimiento dentro del Estado miembro, el acceso a los servicios de integración y la asistencia para la repatriación. Además, los Estados miembros tienen la obligación de mantener la unidad familiar de los beneficiarios de la protección internacional, como lo establece la EASO (2016).

2.3.5 Directiva N°. 32/2013/UE

Mediante la cual se establece un procedimiento común para la concesión o retirada de la protección internacional, en el cual algunas de sus disposiciones son facultativas de conformidad con el Artículo 3:

- (1) La Directiva se aplica a todas las solicitudes de la protección internacional hecha en el territorio, incluso en la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros

(2) No se aplica a las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentado a las representaciones de los Estados miembros.

(3) Los Estados miembros podrán también aplicarla a cualquier otro tipo de protección ofrecida por ellos para crear un procedimiento de una sola parada.

2.3.6 Directiva N°. 33/2013/UE

Por la que se aprueba normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional y tiene por objeto establecer en el Artículo 3º:

"un nivel de vida digno y condiciones de vida comparables para los solicitantes de protección internacional en todos los Estados miembros y se aplica a todos los nacionales de terceros países y apátridas que presentar una solicitud de protección internacional [...] mientras se les permita permanecer en el territorio como solicitantes", así como a los miembros de la familia si están cubiertos por dicha aplicación.

Sus disposiciones son aplicables desde el momento en que el individuo presenta su solicitud de protección internacional y hasta la decisión final al respecto, o si se aplica el Reglamento Dublín III, hasta que el solicitante sea efectivamente transferido al responsable Estado miembro" (EASO, 2016, p. 52)

Entre las disposiciones generales sobre las condiciones de acogida, la regla general, según lo consagrado en el Artículo 8 es que, un solicitante protección internacional no debe ser detenido por la única razón de que sea un solicitante.

Sin embargo, según el Artículo 9, los Estados miembros conservan una facultad de autorización si se encuentra definida en la legislación nacional, en la medida en que la detención sea proporcionada como medida de último recurso en la ausencia de alternativas menos coercitivas y necesarias, así como solo puede ser detenido durante el tiempo en que los motivos sean aplicables y por el período más breve posible.

2.3.7 Directiva 2001/55/ EC

Mediante la cual, se establecen 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, que se considera como “el resurgimiento de una renovada protección territorial como respuesta” (Arenas, 2003, p. 100)

Es una protección colectiva, temporal, inmediata y complementaria al SECA, que responde al fenómeno del desplazamiento masivo sin que sea necesario individualizar el daño subjetivo; “se trata de una afluencia cualificada, por cuanto exige se asocie el éxodo de tal magnitud a la huida en virtud de concretas causas que han sido objeto de un largo consenso de la comunidad internacional” (Arenas, 2002, p. 111). Además “es una estrategia comunitaria que interacciona con la que mantienen los Estados” (Arenas, 2003, p. 105), es decir, coexiste con las protecciones temporales nacionales.

2.2.3 Instrumentos

En último lugar, los instrumentos que van a enunciarse y desarrollarse complementan la legislación secundaria de la Unión Europea, aunque no forman parte del SECA. El primero es el Reglamento de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, que se ocupa del establecimiento de una agencia para apoyar la aplicación del sistema. Los demás son directivas de tratamiento de los beneficiarios de la protección internacional y de los que no reúnen los requisitos para obtener protección internacional tras el examen de su solicitud, como lo establece la EASO (2016).

2.2.3.1 Reglamento (UE) N° 439/2010

El Reglamento de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA) es un instrumento para ayudar a mejorar la aplicación del SECA, reforzar la cooperación práctica entre los Estados miembros en materia de asilo y proporcionar y/o coordinar la prestación de apoyo operativo a los Estados miembros sujetos a una presión particular sobre sus sistemas de asilo y recepción, de acuerdo con el Artículo 1.

De conformidad con el Artículo 2º, es un organismo de la Unión con personalidad jurídica propia y una fuente independiente de conocimientos especializados sobre todas las cuestiones relativas a la política y la legislación de la Unión Europea en materia de asilo, pero carece de facultades en relación con la adopción de decisiones sobre las solicitudes individuales de protección internacional.

2.2.3.2 Directiva 2003/86/EC

La Directiva sobre la Reagrupación familiar es un instrumento destinado a establecer el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países. Se aplica a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros, incluyendo a las personas con estatus de refugiado. La Directiva incluye disposiciones más favorables para la reunificación familiar de los refugiados en tres aspectos, de acuerdo con el Artículo 10:

- 1) cuando el hijo de un refugiado es mayor de 12 años y llega independientemente de la familia, el Estado miembro no puede condicionar la reagrupación familiar a que el hijo que cumplan con los criterios de integración;
- 2) Los Estados miembros tienen la obligación de autorizar la reagrupación familiar de los familiares en primer grado en línea ascendente directa de un refugiado que sea un menor no acompañado y, cuando no existan tales familiares, los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación familiar de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia;
- 3) Los Estados miembros también podrán autorizar la reagrupación familiar de otros miembros de la familia en la medida en que estén a cargo del refugiado.

2.2.3.3 Directiva 2003/109/EC

La Directiva de Residentes de Largo Plazo de 2003, modificada por la Directiva de Residentes de Largo Plazo de 2011, es un instrumento que tiene por objeto garantizar la integración de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en los Estados miembros de

la UE mediante el reconocimiento de su derecho a la igualdad de trato con los ciudadanos del Estado miembro en una amplia gama de asuntos económicos y sociales, confiere el derecho a residir en otro Estado miembro, con sujeción a condiciones.

La Directiva de Residentes a Largo Plazo de 2011 amplía el ámbito de aplicación de aplicación de la Directiva de 2003 para incluir a los refugiados y los beneficiarios de protección subsidiaria, como lo plantea la EASO (2016).

Por lo tanto, los beneficiarios de protección internacional pueden solicitar el estatuto de residente de larga duración si han residido de forma continua en el territorio de un Estado miembro durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud del estatuto de residente.

La adquisición del estatuto de residente de larga duración significa que el receptor puede disfrutar de un trato igual al de los nacionales en lo que se refiere a ciertos asuntos económicos y sociales estipulados, así como disfrutar del derecho a la libertad de movimiento dentro de la UE. En su forma enmendada, la Directiva afirma explícitamente que esa igualdad de tratamiento "debe ser sin perjuicio de los derechos y beneficios garantizados por la directiva de protección subsidiaria y en virtud de la Convención sobre los Refugiados", según la EASO (2016).

2.2.3.4 Directiva 2008/115/EC

La Directiva se aplica a los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado miembro, que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJEU), afirma que la "Directiva de Retorno no se aplica a las personas que han solicitado el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria hasta que no se haya adoptado una decisión definitiva negativa sobre su solicitud".

Sin embargo, existe una excepción, que consiste en la posibilidad de continuar la detención de un nacional de un tercer país que haya solicitado la protección internacional después de haber

sido detenido, si la solicitud se hizo únicamente para retrasar o poner en peligro la ejecución de la decisión de retorno y si es objetivamente necesario mantener la detención para evitar que la persona en cuestión eluda permanentemente su retorno, con lo plantea la EASO (2016).

Asimismo:

“puede cubrir a los individuos que se les ha negado la condición de refugiados y la protección subsidiaria o cuya protección internacional ha cesado, ha sido revocada, terminada o se ha negado a ser renovada pero que, no obstante, han permanecido en el territorio del Estado miembro en violación de la ley de inmigración” (EASO, 2016, p. 58)

La Directiva regula la terminación de la estancia ilegal, que puede esquematizarse en tres etapas, proceso que conlleva las obligaciones de los Estados miembros según los Artículos 6 a 9:

- 1) emitir una decisión de retorno;
- 2) prever un período de salida voluntaria (7-30 días) que puede no concederse o puede en un conjunto limitado de situaciones;
- 3) tomar todas las medidas necesarias para ejecutar la decisión de retorno por expulsión que, sin embargo, se aplazará si resultara en una violación del principio de no devolución o en caso de apelación contra la decisión de devolución.

Durante ese proceso, los nacionales de terceros países pueden ser detenidos a los efectos de su expulsión si es necesario y proporcionado (Artículo 15). Las condiciones de detención son detalladas en el Artículo 16 y la situación particular de los menores detenidos y las familias reguladas por el Artículo 17. Las excepciones se establecen en el Artículo 18 en caso de situaciones de emergencia que impliquen un número excepcionalmente grande de nacionales de terceros países que se van a expulsar.

La Unión Europea ha consolidado un sistema regional que responde al marco jurídico de la protección internacional de los refugiados y a fenómenos de migraciones masivas a los

territorios de sus Estados miembros, en el que se garantizan los principios generales de no devolución y unidad familiar como los pilares esenciales del Sistema Común Europeo de Asilo.

Dicho sistema se ha desarrollado desde el Consejo de Tampere realizado en 1999, es decir, se planteó la existencia de una política común que ha evolucionado con las nuevas migraciones y multiplica las opciones para acceder al asilo como la protección temporal y la protección subsidiaria, ampliando la definición consagrada en la Convención sobre el Estatuto de refugiados de 1951. En el siguiente capítulo, se analizará la posibilidad de establecer la existencia de un sistema de protección regional interamericano equiparable con el sistema regional europeo.

3. SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERAMERICANO

El Sistema Interamericano de protección de los refugiados se encuentra fundamentado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, bajo la cual nace la Organización de Estados Americanos, y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, en la que confluye la transformación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estos órganos se caracterizan por su autonomía, sus funciones cuasi judicial y judicial respectivamente, así como importantes pronunciamientos frente a la violación del principio de no devolución como a las garantías del debido proceso.

En este contexto se aplicó, en principio, exclusivamente el concepto de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1954 y el Protocolo de 1967 hasta que, en 1984 con la expedición de la Declaración de Cartagena, se entendió la necesidad de una definición regional atendiendo el contexto y las circunstancias de la migración en región.

Por lo tanto, en este capítulo, se estudiarán los instrumentos regionales en el marco de la protección de los refugiados, el procedimiento de incorporación a las legislaciones internas que reconocen esta Declaración y los pronunciamientos de los órganos autónomos del Sistema Interamericano.

3.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948

Dicha declaración fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Panamericana de 1948 realizada en Bogotá, Colombia, como el “primer catálogo internacional contemporáneo de derechos humanos” (Paúl, 2006, p. 362) y los deberes correlativos, aplicables por los Estados pertenecientes de la Organización de Estados Americanos (OEA)⁶.

⁶ Creada bajo el tratado interamericano denominado “Carta de la Organización de Estados Americanos, firmada en esta misma conferencia y entró en vigor el 13 de diciembre de 1951. A la fecha se compone de 35 países miembros: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela.

En caso de que estos derechos sean violados, generan responsabilidad internacional y obligación de reparación, estableciendo en su preámbulo la preponderancia de la igualdad y libertad desde el nacimiento del hombre, fundamentada en la fraternidad guiada por la conciencia y la razón.

De esta forma, en los acápites siguientes, consagra el derecho a la vida, a la seguridad e integridad de la persona; el derecho de igualdad ante la ley; el derecho de residencia y asilo; el derecho al trabajo y a una justa retribución; el derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica; derechos de protección contra la detención arbitraria;⁷ a su vez, los hombres libres adquirirían deberes con la sociedad y la preservación de la unidad familiar, contribuyendo en la creación de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que su base jurídica se inspira de esta declaración, de acuerdo a Fabián Salvioli (2007).

3.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

Suscrita el 22 de Noviembre de 1969 a través de la “Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos” realizada en San José, Costa Rica, entró en vigor el 18 de julio de 1987⁸, con el propósito de establecer un “régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”⁹.

Es un instrumento regional adjunto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es el “primer instrumento regional convencional” (Murillo, 2007, p.3) que reconoce el derecho a buscar y recibir asilo¹⁰, como un derecho humano, pero entorno al fenómeno de “persecución por delitos políticos o conexos”, excluyendo a una amplia categoría

⁷ Declaración Americana: respectivamente art. I, II, VIII, XIV, XVII

⁸ Ha sido ratificado/adherido por veintitrés (23) países: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, y Uruguay. Información disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad%20y%20Tobago:

⁹ Preámbulo

¹⁰ Artículo 22. Numeral 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

de personas que abandonan sus países por situaciones de violencia y otras formas de persecución; a pesar de esto, reconoce el derecho de no devolución consagrado en el numeral 8¹¹ del Artículo 22, es decir, se protege el principio fundamental que rige la protección internacional de los refugiados, garantizando el derecho al asilo.

3.3. Declaración de Cartagena de 1984

Se adoptó por el “Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios” realizado en Cartagena, Colombia entre el 19 al 22 de noviembre de 1994, como “un instrumento regional de protección [que] representó una respuesta humanitaria” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 2016, párr. 61) a la crisis centroamericana de los años 80 derivada de las guerras civiles, en la que más de dos millones de personas se desplazaron a Estados del Cono Sur.

Además, “ratifica la naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria del asilo y del principio de no devolución” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 2016, párr. 61), es decir, garantizar los principios y las prácticas internacionales para la protección a los refugiados.

El concepto de refugiado consagrado en la Conclusión III (3) de la Declaración se construyó a partir del cumplimiento de los elementos consagrados en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, y en la definición de refugiado planteada en la Convención de la OUA de 1969.¹² La doctrina que emana de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que:

¹¹ En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”

¹² 1). El término "refugiado" se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país (Artículo 1, párr. 1)

2): El término "refugiado" se aplicará también a 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

“[El] concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 2016, párr. 62).

Este concepto se ratificó en la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, en la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina de 2004, en la Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano de 2010 y en la Declaración - Plan de Acción de Brasil de 2014.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) - como lo afirma Héctor Gros (1995) la Declaración de Cartagena tiene fuerza vinculante y válida de Derecho Internacional. Esto debido a su carácter como costumbre regional latinoamericana, por lo tanto, como lo desarrolla Juan Ignacio Mondelli (2018) para adquirir esta categorización, debe cumplir con los siguientes factores:

1. Práctica general. Comprende principalmente la práctica de los Estados que contribuye a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario.

Se evidencia en la adopción de la definición regional en la legislación interna por parte de 15 países latinoamericanos,¹³ en leyes, decretos, reglamentos y decisiones de tribunales; en las resoluciones de las organizaciones internacionales como la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), el Grupo de Países de

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 (Artículo 1, párr. 2)

¹³ Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay

América Latina y el Caribe (GRULAC), el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); y los organismos parlamentarios como el Parlamento Andino y la Unión Interparlamentaria, confluyen en que los Estados de Centroamérica y Suramérica se ha aceptado e implementado la definición regional en gran parte de los ordenamientos jurídicos, con el fin de garantizar la protección y soluciones estables.

2. *Opinio Iuris*¹⁴. Comprende los “dictámenes jurídicos oficiales, la correspondencia diplomática; las decisiones de los tribunales nacionales; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental” (Mondelli, 2018, p. 81).

Es decir, son los procedimientos y eventualmente la normatividad vigente en el ordenamiento jurídico interno, los pronunciamientos jurisprudenciales de los Altos Tribunales en los que confluyen las posiciones internacionales y los eventos conmemorativos.

Por lo tanto, la definición allí contenida posee el carácter de costumbre regional que, como más adelante se expondrá, ha sido incorporada plenamente por quince (15) países de los Estados miembros de Organización de Estados Americanos, y su política migratoria se ha construido a partir de su implementación, exceptuando a Brasil, el cual, ya había promulgado decretos inspirados en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967.

3. 4 Conferencia General sobre los Refugiados Centroamericanos

Adoptada por consenso en la 4a. Sesión plenaria de la Tercera Reunión del Comité de Seguimiento, realizada en la Ciudad de México del 28 al 29 de junio de 1994 con el objetivo de formular un proyecto a favor de las poblaciones afectadas por el desarraigo, los conflictos y la extrema pobreza en el marco de la consolidación de la paz en Centroamérica.

¹⁴ Es un comportamiento dictado por la convicción de que se debe al cumplimiento de una obligación jurídica (Cárdenas, F & Casallas, O, 2014, p. 98)

En el comité se presentó un modelo de formación de comités para la ejecución de proyectos internos priorizando áreas en cada uno de los Estados Centroamericanos. Estados, en los que confluían factores de pobreza extrema, ciudades fronterizas y reasentamiento de refugiados mediante el fortalecimiento de los gobiernos locales y de una comisión temporal para el monitoreo posterior, además de estrategias de atención y reintegración de los repatriados, refugiados y desplazados mediante la adopción del documento de referencia denominado "Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina", realizado por un grupo de expertos¹⁵ para esta conferencia. Dicho documento es fuente de interpretación de los criterios de la definición ampliada de refugiado recomendada en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y se desarrollan unas categorías especiales, nuevas dentro del concepto tradicional de refugiado consagrada en la Convención de 1951, según el capítulo IV, son:

1. Los evasores y desertores del servicio militar obligatorio, podrían calificar como refugiados si demuestran que el ejercicio del servicio militar los llevaría a participar en actividades contrarias a sus genuinas convicciones políticas, religiosas o morales o que su negativa se base en razones válidas de conciencia o igualmente si el tipo de acción militar que no quieren cumplir es condenado por la comunidad internacional como contraria a las reglas básicas de la conducta humana.
2. Las personas que abandonan su país o su residencia habitual por razones personales, ya sea para trabajar o mejorar las condiciones de vida, son conocidos como migrantes económicos. No obstante, si las medidas económicas que afectan la actividad laboral son tan graves como para constituir persecución y especialmente si son dirigidas contra un determinado grupo por razones políticas, raciales o religiosas, podrían ser consideradas como refugiados.
3. Las personas desplazadas externas constituyen una cuarta categoría especial, formada por individuos que se encuentran fuera de su país y no

¹⁵ Integrado por el Dr. Héctor Gros Espiell, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Dra. Sonia Picado, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Directora Ejecutiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y el Dr. Leo Valladares Lanza, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en preparación de la CIREFCA.

tienen estatus legal o documentos autorizándoles a permanecer en el país receptor. En general, han sido obligadas a abandonar su país por razones que no están claramente definidas, algunas de naturaleza económica, mezcladas con consecuencias no inmediatas de conflictos y violencia generalizada.

4. Finalmente, debe hacerse mención especial de aquellas personas que, si bien llenan los criterios para ser consideradas como refugiados, no han sido identificadas y por lo tanto no se les ha reconocido formalmente dicha condición. Estos individuos son considerados como refugiados dada la naturaleza declarativa y no constitutiva de la decisión de reconocer la condición de refugiado. Generalmente estas personas están en una situación particularmente precaria y requieren, por tanto, una atención especial de la comunidad internacional.

Los instrumentos regionales responden a un contexto cambiante e inestable debido a los fenómenos económicos, políticos y sociales, así como geográficos, perfeccionando los elementos constitutivos de la calidad de refugiado para que responda y cubra estas situaciones, así como favoreciendo a los migrantes que no cumplen con los requisitos de la Convención de 1951 o de la Declaración de Cartagena. Sin embargo, manteniendo que sean protegidos por el principio de no devolución, sustento del goce de sus derechos al ser respaldos por los lineamientos base de protección a los refugiados del derecho internacional de protección de los refugiados.

3.5. Legislaciones nacionales

A partir de los instrumentos regionales relativos a la protección de los refugiados y al consecuente derecho al asilo, se investigará cómo las legislaciones de los Estados que adoptaron la definición regional contenida en la Declaración de Cartagena de 1984, simultáneamente con lo pactado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la incorporaron a su ordenamiento jurídico. Igualmente se indagará si se asigna competencia a un órgano para el examen de las solicitudes y el rango legal otorgado.

3.5.1 Argentina

La Constitución Nacional de la República de Argentina de 1853, reformada en 1994, consagra en el Artículo 75 inciso 22: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes [...] La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶; (...) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo”, los cuales reconocen el derecho al asilo y gozan de jerarquía constitucional reconociendo la importancia de los derechos y garantías que emanan de estos.

Ahora bien, el 15 de septiembre de 1961 Argentina se adhirió a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que entró en vigor el 13 de febrero de 1962 mediante la ley 15869 y aprobó el 3 de octubre de 1967 el Protocolo de 1967 que entró en vigor 6 de diciembre de 1967, mediante la ley 17468, pero su aplicación se vio limitada por el Plan Cóndor¹⁷ hasta el año 1983 en el que se reestablece la democracia en el país. El 24 de febrero de 1998 del Acta Resolutiva 465 se adhiere a la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, tal como lo exponen Rocio Pilar (2010) y Juan Mondelli (2018).

No obstante, solo fue hasta el año 2006 con la promulgación de la Ley Nro. 26. 1651 de Reconocimiento y Protección al Refugiado que se incorpora la definición regional de refugiado a la legislación argentina y se crea la Comisión Nacional para los Refugiados para la protección de los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo que se hallen bajo la jurisdicción de la República Argentina.

Esta Comisión debe en toda circunstancia resolver, en primera instancia, sobre reconocimiento y la cesación de la condición de refugiado, resolver sobre el otorgamiento de autorización para las solicitudes de ingreso al país por motivo de

¹⁶ Ratificada en 1984

¹⁷ Según el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina, [...] se trataba de un sistema formal de coordinación represiva entre los países del Cono Sur que funcionó desde mediados de la década del 70 hasta mediados los años 80 para perseguir y eliminar a militantes políticos, sociales, sindicales y estudiantiles de nacionalidad argentina, uruguaya, chilena, paraguaya, boliviana y brasileña” BBC Mundo (7 de mayo de 2016). 4 claves para entender el Plan Cóndor, la empresa de la muerte creada por regímenes militares en Sudamérica, *BBC Mundo*. Recuperado de: https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2016/05/160524_america_latina_plan_operacion_condor_argentina_uruguay_bolivia_brasil_paraguay_jcps

reunificación familiar y reasentamiento, así como aprobar los planes relativos a los procesos de repatriación voluntaria y los reasentamientos de refugiados que se hallen en el territorio de la República en un tercer país.

3.5.2 Belice

El 27 de junio de 1990 se adhirió a la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y al Protocolo de 1967, además un año más tarde entró en vigor en la legislación nacional la Ley sobre Refugiados, incorporando la definición de refugiado consagrada en la Convención de la OUA de 1969, conforme a Marshall y Corrigan (2018) como la de la definición contenida la Declaración de Cartagena, conforme a Mondelli (2018) e instaura la Oficina de Refugiados que se encarga de recibir la solicitud de asilo, brindar la ayuda necesaria incluyendo asistencia en la misma solicitud.

3.5.3 Bolivia

Adhirió a la Convención Americana en 1979 y mediante la Ley 2034 de 1999 ratifica e incorpora al ordenamiento jurídico la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967 mediante la Ley 2071 de 2000, en ambos, se adhirió el 9 de febrero de 1982, no obstante, este régimen fue derogado en por el Decreto Supremo 28329 de 2005¹⁸ incluyendo la definición regional de refugiado. No obstante, siete (7) años después, mediante la Ley 251 de 2012 en el Artículo 15.b., se deroga este Decreto y se le otorga “rango de ley a la definición regional” (Mondelli, 2018, p. 23) debido a que esta se compone de la Convención, su protocolo y lo establecido en la Declaración de Cartagena, conforme a Juan Mondelli (2018).

Además, conforma la Comisión Nacional del Refugiado (CONARE) para resolver las solicitudes de refugio, otorgar un documento temporal de acreditación de refugio como su renovación, resolver las solicitudes de reunificación familiar y elaborar, adoptar e implementar políticas públicas en materia de la persona refugiada.

¹⁸ Artículo 12 (definición de refugiado)

3.5.4 Brasil

Adhirió la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 el 16 de noviembre de 1960, el 7 de abril de 1972 adhirió al Protocolo de 1967 y la Convención Americana en 1992. A nivel nacional entre 1980 y 1991 se expidieron dos normas migratorias previas a la ratificación de la Declaración de Cartagena, la Ley 6815 reglamentada por el Decreto 86715 de 1991 y la Resolución 394 de 1991, que confluyeron de manera gradual hasta la expedición de la Ley 9474 de 1997.

Dicha ley se consagra en la Constitución política de la República Federal de Brasil de 1988 con la modificación nro. 31 de 2000 en el Artículo 4 inciso X: “La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: [...] concesión de asilo político”, e incorpora la definición regional de los refugiados con lo estipulado en la Convención, como lo expone José de Andrade (1998), en la legislación brasilera respondiendo a su contexto poblacional y geográfico, que cuenta con 10 frontera con países de Sur América.

Se incluyó como refugiado la persona que “tiene fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas” y "debido a la grave y generalizada violación de derechos humanos, es obligado a dejar su país de nacionalidad para buscar refugio en otro país". Se conforma además el Comité Nacional de los Refugiados, con funciones de estudio de antecedentes de las solicitudes individuales de refugio, la implementación de políticas para la recepción de solicitantes de refugio y la integración local de refugiados reconocidos.

3.5.5 Chile

En 1972 se adhirió a la Convención de 1951 en enero y al Protocolo de 1967 en abril, 18 años después, se convierte en Estado Parte de la Convención Americana. Mediante la reforma del Decreto – Ley 1094 de 1975 denominada Ley de Extranjería con la Ley 19476 de 1996 incorpora la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951 y fue hasta el 2010 mediante la Ley 20430 se incorpora al ordenamiento jurídico la

definición regional a pesar de que el Estado chileno no suscribió la Declaración de Cartagena sino el Plan de Acción de México, siendo este es uno de los instrumentos que reafirma el concepto regional consagrado en la Declaración.

Además, crea la Comisión de Reconocimiento de la condición de refugiado para proponerle al Ministerio del Interior el reconocimiento o rechazo de tal condición, así como la exclusión, cesación, cancelación y revocación del estatuto de refugiado, la aceptación o rechazo de las solicitudes de reunificación familiar de refugiados reconocidos, la aceptación o rechazo de las solicitudes de reasentamiento, solicitar los antecedentes que estime convenientes para el cumplimiento de su tarea asesora, a los organismos públicos pertinentes.

3.5.6 Colombia

Ratificó en el mes de octubre de 1961 la Convención de 1951, el Protocolo de 1967 en el mes de marzo de 1980 y la Convención Americana en el mes de julio de 1973, mediante el Decreto 2817 de 1984 el reconocimiento de la calidad de refugiado debía ser conforme a la establecida en la Convención y el respectivo protocolo, regulación vigente hasta el Decreto 1598 de 1995 incorporando la definición regional. Dicho decreto fue eliminado por el Decreto 2450 de 2002, reestablecido por medio del Decreto 4503 de 2009 y reproducido en el Decreto 1067 de 2015, conforme al derecho de asilo reconocido en la Constitución Política de 1991.

Por lo anterior, la legislación interna integra la definición contenida en la Convención de 1951, su protocolo y en la Declaración de Cartagena (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-5.799.581, 2017) que como instrumentos regionales e internacionales gozan de una especial protección en el ordenamiento debido a la obligación estatal emanada de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, T 738454, 2003) y su incorporación en el bloque de constitucionalidad entendida como una unidad jurídica compuesta por normas, principios y tratados de derechos humanos, utilizados como parámetros del control de constitucionalidad.

Conjuntamente, se crea la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiados que se encarga de recibir, tramitar y estudiar las solicitudes presentadas por quienes consideran que se ajustan a la definición de refugiado.

El desarrollo jurisprudencial colombiano frente a la definición regional hace hincapié en la protección a los “desplazados internos”, a causa del conflicto armado interno¹⁹, en el que el Estado tiene el deber de atender de forma prioritaria a esta población para prevenir que se conviertan en refugiados (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, T-653367 de 2003).

Puesto que estos se encuentran amparados en la Declaración de San José de Costa Rica sobre Refugiados y Personas Desplazadas Internas de 1994, la Corte Constitucional reafirmó las máximas de la Declaración de Cartagena, los Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina (1989) y la Evaluación de la Puesta en Práctica de los referidos Principios y Criterios (1994), destacando las responsabilidades estatales y de la comunidad internacional para garantizar las normas del Derecho Internacional Humanitario y por analogía los principios del Derecho de los refugiados como el de no devolución, los derechos a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio del que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente o a que se les indemnice por cualquier vivienda, tierra o bien cuya restitución sea considerada de hecho imposible por un tribunal independiente e imparcial (Corte Constitucional, Sala Plena, T-2.406.014 y acumulados de 2013; Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-5429488 de 2016)

3.5.7 Ecuador

Reconoce en la Constitución Política de 1998 el derecho al asilo. Adhirió en agosto de 1955 a la Convención de 1951, el Protocolo de 1967 en el mes de marzo de 1969 y la

¹⁹ “Es un conflicto complejo en el que influyen factores de inestabilidad nacionales e internacionales desde el enfoque social, económico, político, militar, de infraestructura, entre otro y se tipifica en un conflicto asimétrico, donde la población civil está expuesta a los ataques. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN COLOMBIA: ANÁLISIS JURÍDICO DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y DEL MEDIO AMBIENTE

Convención Americana en el mes de diciembre de 1997, incorpora a la legislación interna la definición regional con el Decreto 3293 de 1987 y mediante el Decreto 1182 de 2012 fue eliminada, debido a lo cual intervino la Corte Constitucional Ecuatoriana, sustentando que “aunque la Declaración es un instrumento internacional de derechos humanos no vinculante, en tanto establece una norma (definición) más favorable a la persona, la definición regional era de aplicación obligatoria” (Mondelli, 2018, p. 29).

Esta posición nos permite afirmar, en primer lugar, que el concepto de la Convención de 1951 necesita otro instrumento que le permita innovar los lineamientos atendiendo a perspectivas regionales y, en segundo lugar, a pesar de que la declaración no es un instrumento vinculante por sí mismo, su práctica e incorporación a los ordenamientos jurídicos internos se convierte en costumbre regional. De esta forma, en 2017 se promulgó la ley orgánica de Movilidad Humana reincorporando al ordenamiento el concepto; la autoridad competente para calificar la solicitud de condición de refugiado es la Dirección General de Refugiados.

3.5.8 El Salvador

Adhirió la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967 el 28 de abril de 1983 mediante el Decreto Legislativo No. 167 de 1983, en la Constitución Política del mismo año, se consagra en el Artículo 28 la concesión de asilo a extranjeros conforme a las disposiciones del derecho internacional emanadas de los instrumentos adoptados y debido a esta obligación de cumplimiento se expidió el Decreto n°. 918 de 2002, reglamentado por el Decreto Ejecutivo n°. 79 de 2005, para determinar la condición de las personas refugiadas y crear la Comisión para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas (CODER), para formular las políticas en materia de protección y asistencia a las personas refugiadas, y actuar como coordinador respecto a las instituciones estatales competentes, coordinar en el trámite de salida de las personas refugiadas con motivo de la repatriación voluntaria y decidir sobre las solicitudes de las personas refugiadas para la reunificación familiar;

3.5.9 Guatemala

Adhirió el 22 de septiembre de 1983 a la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967. Se reconoce en la Constitución de 1985, reformada en 1993, el derecho de asilo y lo otorga de acuerdo con las prácticas internacionales, conforme al Artículo 27, por lo que en el 2001 se expide el Reglamento para la Protección y Determinación del Estatuto de Refugiado en el territorio del Estado de Guatemala, Acuerdo Gubernativo No. 383-2001 en el que se incorpora el concepto de refugiado consagrado en la Convención de 1951 y el de la Declaración de Cartagena, pero adiciona “[Tendrá] derecho a que les sea otorgado el estatuto de refugiado: (...) d). Al que sufra persecución a través de violencia sexual u otras formas de persecución de género basada en violaciones de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales”²⁰, y se crea la Comisión Nacional para los Refugiados para decidir sobre las solicitudes de refugio, la formulación de políticas en materia de protección y la asistencia de personas refugiadas.

El Congreso de la República de Guatemala expide en el 2016, el Decreto N°. 44 denominado Código de Migración como el marco legal de los temas de migración, protección de refugiados, refugiados y víctimas de trata, conservando la calidad especial incorporada en 2001, fundamentado en la necesidad de una institucionalidad migratoria renovada, única, independiente, con capacidad de formular y configurar la política migratoria del país, y para mantener la unidad del marco jurídica que regula la migración, con lo cual se garantice la seguridad jurídica a las personas y se permita pleno acceso al conocimiento de las normas vigentes del país, a la vez que se incorporen los estándares internacionales de protección y asistencia de personas migrantes y sus familiares en el marco del tránsito, destino y retorno, como lo consagra en el Preámbulo e institucionalmente conserva la Comisión y crea el Instituto Guatemalteco de Migración (IGM), responsable de los temas de migración y protección de refugiados.

3.5.10 Honduras

²⁰ Artículo 11.

Reconoce el derecho al asilo en el Artículo 101 de la Constitución de 1982. Desde 1977 ratifica la Convención América, en 1992, adhiere la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967 mediante el Decreto Ley. 34-83 e incorpora la definición regional, mediante la Ley de Migración y Extranjería de 2003, reconociendo que los tratados internacionales y regionales relacionados con los refugiados, firmados que gozan de superioridad jerárquica además de componer una estructura institucional en torno a la Dirección General de Migración y Extranjería, encarga de la recepción de solicitudes, supervisión de servicios legales, dictamen y la autorización de permanencia local.

3.5.11 México

Desde 1981 se adhirió a la Convención Americana, en junio de 2000, se adhirió a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967. La protección a los refugiados se ha desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con la expedición de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011 tuvo en cuenta los elementos consignados en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como la contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, que por lo tanto la definición allí contenida es vinculante (Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Sala Regional de Chiapa, 2639/15-19-01-2-OT de 2017; Sala Regional de Oriente, 2557/16-12-01-9-OT de 2017; Pleno de la Sala Superior, 18408/14-17-05-8/503/15-PL-04-04 de 2016).

La Secretaría de Gobernación a través de Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar) se encarga de promover y establecer relaciones de colaboración con dependencias del Gobierno, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil que otorguen directamente los servicios solicitados por los refugiados.

Además, en los pronunciamientos del Tribunal Federal, se afirma que las obligaciones en virtud de Tratados Internacionales que prohíben la devolución, cuando sean aplicables, constituyen importantes instrumentos de protección para personas que no cumplan con la definición de refugiado y pide que los Estados respeten el principio de

no devolución. Frente a este principio, progresivamente este tribunal ha estudiado la extensión de los términos “violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos”. En el contexto de las zonas de afluencia controlada pandillas como sucede en el Salvador, Honduras, Guatemala y México, los habitantes de la comunidad pueden encontrarse bajo constantes amenazas en contra de su vida, por lo que no pueden ser devueltas a su país de origen.

3.5.12 Nicaragua

En la Constitución Política de 1987 se reconoce y garantiza el derecho del refugio y del asilo, consagrado en el Artículo 42. En 1980, se adhirió a la Convención sobre el Estatuto de refugiados de 1951, al Protocolo de 1967 por el Decreto No. 297 de 1980 y ratificó la Convención Americana en 1979, con la creación de la Oficina Nacional para Refugiados (ONR); por el Decreto 1096 de 1982 se estableció que la definición de refugiados debía cumplir con los lineamientos de la Convención y su Protocolo, que fue derogada por la Ley No. 655 de 2018, denominada “Ley de Protección a Refugiados”, reconociendo e incorporando al ordenamiento jurídico el concepto regional de refugiado y se crea la Comisión Nacional para los Refugiados (CONAR) que se encarga de determinar la condición de refugiado de quienes lo soliciten, desarrolla políticas para la integración de los refugiados en el proceso económico del país y Promover el respeto de los Derechos Humanos de los Refugiados y desarrollar programas participativos de promoción y educación para toda la sociedad.

3.5.13 Paraguay

Reconoce en el Artículo 43 de la Constitución Política de 1992, el derecho al asilo. En 1970 adhirió la Convención sobre el estatuto de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967; en 1989 ratificó la Convención Americana e incorpora a la definición regional con la Ley N°. 1938 de 2002, denominada ley general sobre refugiados se crea la Comisión Nacional de Refugiados que examina las solicitudes de refugio, emite declaraciones entorno a las cláusulas C, D y E del Artículo 1²¹ de la Convención sobre

²¹ La cláusula C enumera las situaciones que cesan la calidad de refugiado; la cláusula D consagra “no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto

el Estatuto de los Refugiados de 1951, coadyuvar para la repatriación voluntaria de los refugiados y, la Comisión Nacional de Refugiados podrá solicitar que la República del Paraguay acepte en su territorio, mediante el trámite de reasentamiento, a refugiados reconocidos en otros países en los que no pudieran permanecer porque su vida, derechos y libertades fundamentales estuvieran en riesgo.

3.5.14 Perú

Adhirió en 1964 la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, en 1978 ratificó la Convención Americana y en 1983 el Protocolo de 1967, mediante el Decreto Supremo 001 de 1985 establece que la definición que rige a nivel nacional es la establecida en la Convención en lo referente a las razones de carácter humanitario, percepción modificada por la ley 27891 de 2002 denominada “Ley del Refugiado”, que incorpora la definición regional interpretándola bajo Convención de 1951, el Protocolo de 1967 y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

También crea la Comisión Permanente Ad Hoc para los Refugiados, órgano encargado de recibir, estudiar, procesar, resolver lo correspondiente a la solicitud de reconocimiento de refugio y revisar periódicamente las calificaciones; decide sobre el tratamiento y la aplicación del estatuto a que tiene derecho el así declarado y vela por que todas las entidades intervinientes en materia de refugio cumplan con los acuerdos contenidos en los Instrumentos internacionales signados por el Perú.

3.5.15 Uruguay

En 1970, adhirió la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 y ratifica la Convención Americana en el mes de abril de 1985, de manera anticipada promulga la ley 2207 de 1892 para conceder asilo territorial y diplomático, pero fue hasta el 2006 con la Ley N°. 18.076 que incorpora la definición regional al ordenamiento interno y crea la Comisión

Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.; la cláusula E estipula “no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.

de Refugiados (CORE) para reconocer la calidad de refugiado, aplicar las cláusulas de exclusión o cesación, anular o revocar el reconocimiento de la condición jurídica de refugiado, resolver sobre las solicitudes de reunificación familiar y resolver sobre las solicitudes de reasentamiento.

Las legislaciones nacionales confluyen en la adopción plena de la condición de refugiado consagrada en la Declaración de Cartagena mediante leyes y decreto; sin embargo, Guatemala extendió la definición a la persecución a través de violencia sexual u otras formas de persecución de género, entendido como un forma de ejercer violencia en el país de origen que impulse a la búsqueda de refugio en otro Estado o como una circunstancia a la que se enfrentan durante los trayectos de los procesos migratorios sin distintos de género o de rango de edad.

De esta misma forma, el desarrollo jurisprudencial ha permitido que el principio de no devolución evolucione a una obligación a cargo del Estado para que garantice el goce de los derechos a las personas que son expulsadas o no cumplen con los requisitos planteados para ser calificadas como refugiados como lo establece el Tribunal Federal de México al establecer que la violencia ejercida por las pandillas del Salvador, Honduras y Guatemala como la Mara 18 y la Barrio 18 a los solicitantes de refugio o los que ostenta su calidad, se clasifican como una violación masiva de los derechos humanos.

Por su parte, Corte Constitucional Colombiana gestiona el ámbito del desplazamiento interno como un fenómeno migratorio, en el que por analogía se aplica y garantiza este principio.

De esta forma, se comprenden ciertos fenómenos, situaciones, grupos, hechos y factores que conllevan a migrar, traspasando fronteras estatales o las internas, que impactan el desarrollo de las políticas migratorias de cada Estado, en el que los organismos judiciales han consolidado un precedente del que subyace la obligación estatal de aplicar el principio de no devolución.

3.6. Organismos regionales

Por último, se analizarán los dos mecanismos Interamericanos que obran cumpliendo la Convención Americana de Derechos Humanos. En su autonomía han expuesto las fallas de las políticas migratorias estatales, al incumplimiento de las garantías del debido proceso

consolidándose como instrumentos para la protección de los menores migrantes y a la exposición de medidas judiciales como administrativas que no acatan los instrumentos regionales que incorporaron en su ordenamiento jurídico.

3.6.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es un órgano autónomo creado por la Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores en 1959 y reestructurado en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Se crea para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y su reglamento; y para servir como órgano consultivo.

Su competencia está establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos²² y su función es cuasi judicial. Para ello, dispone de mecanismos como la presentación de peticiones por parte de un individuo, un grupo de individuos o una entidad gubernamental en caso de una presunta violación de los derechos humanos contra uno o más Estados miembros de la OEA.

Como consecuencia de la investigación generada por cada petición individual, la Comisión emite informe con las recomendaciones para suspender los actos violatorios, reparar los daños o llegar a una solución amistosa.

²² Artículo 33: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Además, la Comisión puede imponer medidas cautelares por iniciativa propia o a solicitud de parte para evitar un daño irreparable frente a una situación de riesgo o de urgencia. También lleva a cabo las observaciones *in loco* para “observar los estándares nacionales de protección de los derechos humanos” (Santoscoy, 2003, p. 607); y elabora la publicación de informes: anuales, temáticos o por país. En el desarrollo de sus funciones, la promoción y garantía de los derechos de refugiados la Comisión se manifiesta mediante informes, relatorías, recomendaciones, peticiones individuales y medidas cautelares, descritas a continuación:

3.6.1.1 Informes

En materia de derechos de los refugiados se destacan: (i) el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1984 – 1985) del 1 de octubre de 1985, que enfatiza en la importancia de la Declaración de Cartagena y exhorta a los Estados miembros a que la respalden; (ii) el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1993) de 11 de febrero de 1994,²³ en el que se resalta la recomendación No. 2, que insta a los Estados miembros a que incluyan en las legislaciones internas la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena, asegurando recursos legales para las violaciones de los derechos humanos de los refugiados, asilados desplazados internos y asilados; (iii) el informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado de 28 de febrero de 2000;²⁴ (iv) finalmente, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Haití: ¿Justicia frustrada o Estado de derecho? Desafíos para Haití y la comunidad internacional” del 26 de octubre de 2005²⁵. Estos son una herramienta de difusión y aplicación de la normativa regional

²³ la Comisión examina el marco normativo universal aplicable a este grupo de personas, incluidos instrumentos de derecho internacional de refugiados, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos. Desde la perspectiva regional, la Comisión resalta la Declaración y Convención Americanas, la Declaración de Cartagena y CIREFCA. Asimismo, analiza la situación de refugiados y desplazados internos en Colombia, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua y Perú

²⁴ La Comisión estudia en detalle el acceso al sistema de determinación de la condición de refugiado en Canadá, el derecho de asilo y sus protecciones concomitantes, incluido el derecho a solicitar protección judicial, y los derechos específicos controvertidos en los procedimientos de exclusión y expulsión.

²⁵ En el marco de las actividades de seguimiento de la situación de los derechos humanos en la República de Haití, la Comisión analiza los principales temas referentes a la administración de la justicia. En particular, el informe se enfoca en el cumplimiento coercitivo de la ley, en el sistema judicial y en la situación carcelaria.

de protección a los refugiados, de manera conjunta con los mecanismos legislativos judiciales y administrativos internos, de cada Estado, para garantizar estos mecanismos.

3.6.1.2 Relatorías

La Comisión realiza informes anuales de progreso de la relatoría sobre los trabajadores migratorios y miembros de su familia, en lo que se establecen las limitaciones que los derechos humanos en las políticas migratorias²⁶: 1) los Estados no están en libertad de impedir la salida, el ingreso o la permanencia en su territorio de sus propios ciudadanos; 2) los Estados no pueden devolver a un extranjero a un país respecto del cual tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; 3) los Estados no pueden discriminar en su política migratoria por razones de raza, color, religión, origen nacional o social, opinión política o de otra índole, idioma, estatus económico, nacimiento, sexo o género o preferencia sexual, u otra condición social; 4) los extranjeros que se encuentran legalmente en un territorio solo pueden ser expulsados o deportados mediante decisión alcanzada conforme a la ley; y 5) la existencia de una clara prohibición en materia de deportaciones colectivas; asimismo, la importancia de la Convención de 1951, el Protocolo de 1967 y el principio de no devolución hace parte de las condiciones mínimas del debido proceso²⁷, para demostrar la condición de refugiado o formular la solicitud de asilo en los Estados miembros de la OEA.

3.6.1.3 Recomendaciones

La Comisión mediante la Recomendación sobre asilo y su relación con crímenes internacionales del 20 de octubre de 2000, recomienda a los Estados miembros de la OEA que se abstengan de otorgar asilo a presuntos autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales.

3.6.1.4 Peticiones individuales y Medidas Cautelares

²⁶ Segundo informe del 16 de abril de 2001.

²⁷ Sexto informe del 23 de febrero de 2003.

Las peticiones individuales y medidas cautelares tienen un carácter cautelar y tutelar, con este buscan evitar un daño irreparable preservando el ejercicio de los derechos humanos y con aquel, preservar una situación jurídica mientras está siendo analizada por la CIDH, para asegurar a la integridad y la efectividad de la decisión de fondo.

a. Petición Individual. Wayne Smith, Hugo Armendáriz, y otros contra Estados Unidos. No. 81/10. 12 de julio de 2010 (Caso 12.562)

La Comisión recibió las peticiones contra el Gobierno de Estados Unidos en nombre de Wayne Smith y sus hijos y de Hugo Armendáriz y sus hijos, respectivamente, con relación a la deportación de los Estados Unidos, de los señores Smith y Armendáriz, ambos residentes permanentes de Estados Unidos. Los señores Smith y Armendáriz contaban con antecedentes penales por posesión e intento de distribución de sustancias alucinógenas, y fueron sujetos a deportación, sin que se les permitiera presentar una defensa razonable en la instancia administrativa y judicial.

En consecuencia, no se consideraron los factores humanitarios, tales como la unidad familiar, los derechos de los hijos de las presuntas víctimas y las penurias materiales y emocionales de la deportación constituyen para su familia que permanece en Estados Unidos.

Por su parte, el Estado aseveró en su escrito de respuesta, tener una amplia autoridad para establecer sus propias leyes de inmigración para controlar la admisión y expulsión de extranjeros de su territorio. Además, enfatizó que sobre los peticionarios existía la obligación de cumplir con las leyes nacionales y que podrían haber evitado su expulsión si no hubieran cometido un delito serio o si hubieran aprovechado los derechos y responsabilidades que les otorgaba optar por la ciudadanía.

La Comisión, por otro lado, reafirmó la importancia de la unidad familiar en los procesos de deportación. Reconociendo que los “Estados tienen el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del

ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, pero que en el ejercicio de este derecho a expulsar a extranjeros, los Estados miembros deben tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democrática y la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección”, es decir, la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección y en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, las decisiones se derivan de los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad.

En este orden de ideas, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias.

b. Medidas Cautelares 297/16 – E.G.S. y A.E.S.G., Estados Unidos de América. Mayo 11 de 2006

El 11 de mayo de 2016, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de E.G.S. y A.E.S.G., en Estados Unidos de América. E.G.S. y A.E.S.G, ciudadanas de El Salvador, huyeron de su país buscando asilo en Estados Unidos de América. La solicitud de medidas cautelares alega que las personas beneficiarias se encontraban en riesgo dado que enfrentan una inminente amenaza de ser deportadas en su país de origen por las intimidaciones de la Mara 18, y presentada la petición P-871-16 alegando una serie de violaciones al debido proceso en el procedimiento de asilo,

porque les fue negada la revisión judicial de la solicitud de asilo y el acceso a la Corte Federal.

Tras analizar las alegaciones de hecho y de derecho, la Comisión considera que la información presentada demuestra, en principio, que E.G.S. y A.E.S.G. se encuentran en una situación grave y urgente de daño irreparable, puesto que la vida e integridad personal de ambas personas se encontrarían en riesgo si fuesen deportadas.

En consecuencia, a luz del Artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión solicitó a Estados Unidos que se abstenga de deportar a E.G.S. y A.E.S.G. hasta que se tome una decisión sobre la petición pendiente. A la fecha no se ha emitido concepto alguno.

c. Medidas Cautelares 141- 14. Manuel Escalona Sánchez, Wilfredo Matos Gutiérrez y Ortelio Abrahante Bacallao, Bahamas. 30 de junio de 2014.

El 16 de abril de 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una solicitud de medidas cautelares solicitando a la protección de la vida e integridad personal de 11 cubanos presuntamente detenidos en el Centro de Detención de Migración Carmichael. De acuerdo con la solicitud, los derechos a la vida e integridad personal de los 11 cubanos detenidos se encontraban en riesgo, debido a su inminente deportación a Cuba, teniendo en consideración el alegato que "muchos de ellos se oponen abiertamente al régimen cubano y algunos ya habrían sufrido persecución".

Los argumentos de los solicitantes se plantearon en dos ejes. El primer eje, en torno al principio de no devolución, debido a que estarían en "riesgo grave e inminente de sufrir violaciones a sus derechos a la vida, la integridad física, a la libertad y a la seguridad personal".

Según los solicitantes, las Bahamas conocían de la situación de riesgo a la que se enfrentaban los cubanos que retornaban a Cuba ya que muchos de ellos se oponían abiertamente al régimen cubano y algunos ya habrían sufrido persecución, indican que se cumplen los requisitos de gravedad, urgencia y daño irreparable. El segundo eje se planteó en torno a las condiciones en el lugar de detención que habían sido descritas por organizaciones internacionales como “cruels, inhumanas y degradantes”, además de que no tendrían acceso a abogados, no tendrían asistencia consular, no tendrían acceso a llamadas gratuitas y sus derechos de visita habrían sido limitados. No obstante, la Mancomunidad de Las Bahamas no se pronunció frente a los hechos de la solicitud.

Por su parte la Comisión, determina el alcance de las expresiones: i) “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano; ii) la “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y iii) el “daño irreparable”, significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización, determinando que con los indicios sobre una supuesta persecución en contra de estas personas y la supuesta falta de respeto al principio de no devolución, se sugiere que los derechos a la vida e integridad personal detenidos podrían estar en riesgo si son deportados a Cuba, porque se desconocen las medidas implementadas y, en general, los argumentos y la posición del Estado.

3.6.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es un órgano judicial autónomo creado por la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Este tribunal es competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos por los Estados Parte de la Convención, ejerce

la función consultiva para aplicar e interpretar la Convención y demás tratados de Derechos Humanos de los cuales sea un Estado Parte miembro de la OEA.

Ejerce una función contenciosa mediante la resolución de casos contenciosos y la supervisión de sentencias en los Estados que reconocen y aceptan su competencia²⁸. Finalmente, la Corte otorga medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencias evitando los daños irreparables.

3.6.2.1 Casos Contenciosos

a. Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

Este caso contencioso es el marco de las decisiones que se tomaron posteriormente en los casos Vélez Loo vs. Panamá, y Wong Ho Wing Vs. Perú. En ellos la Corte destaca que las autoridades competentes para determinar la condición de los refugiados deben seguir un proceso que se desarrolla en dos etapas: la comprobación de los hechos del caso y aplicación de las definiciones de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 a los hechos comprobados.

Por tanto, el proceso implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal.

A partir del proceso mencionado, el Estado debe tomar la decisión de reconocer o no la condición de refugiado al solicitante. Esta decisión debe estar debida y expresamente fundamentada, debe ser debidamente notificada y el ordenamiento jurídico debe contar con recursos judiciales idóneos para controvertir una posible violación al debido proceso o a los derechos a buscar y recibir asilo o al principio de no devolución, por la situación de vulnerabilidad

²⁸ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

a la que se enfrentan los refugiados durante su proceso migratorio y su asentamiento en los países de reconocimiento.

Asimismo, enfatiza en las garantías mínimas que rigen el debido proceso de los procesos de carácter migratorio. Dentro de esta garantía se encuentra la prohibición de medidas privativas de la libertad, y el principio de no devolución, que abarca a cualquier persona extranjera, cuando su vida, integridad y/o libertad esté en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria.

3.6.2.2 Opiniones Consultivas

- a. **Opinión Consultiva OC - 18/03 del 17 de septiembre de 2003.** Titulada: “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos ante la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados Americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, porque la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por algunos Estados de la región, con el Sistema de Derechos Humanos de la OEA”.

La resolución de la solicitud se estructuró en: i) la obligación estatal plasmada en los distintos instrumentos internacionales²⁹ de respetar y garantizar los derechos humanos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, siendo estos elementos constitutivos de la protección de los derechos humanos en la legislación nacional e internacional; ii) la aplicación

²⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Carta de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes; iii) los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, convirtiéndose en titulares de los derechos laborales³⁰ que corresponden a los trabajadores, cuando son contratados, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular; y iv) las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

- b. **Opinión Consultiva OC – 21/14 de 19 de agosto de 2014.** Titulada “Derechos y garantías de niños, niñas en el contexto de la migración y/ en necesidad de protección internacional”. Solicitada, en julio de 2011, por la República de Argentina, la República Federativa De Brasil, la República Del Paraguay y la República Oriental Del Uruguay, por la situación migratoria irregular a la que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes migrantes (acompañados o no), específicamente de Centroamérica, y la utilización de la privación de la libertad de migrantes, adultos y niños, por la infracción a las normas migratorias.

El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que los Estados de origen, tránsito y de destino deben garantizar la protección de los derechos de los niños, niñas y migrantes: i) las garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios, independiente de la autoridad competente, consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como facilitar que los niños, niñas y migrantes participen en todas y cada una de las etapas procesales, ser asistidos por un traductor/intérprete y a obtener asistencia consular; y ii) principio de no privación de la libertad, considerando la condición especial de vulnerabilidad de las niñas y los niños migrantes en situación irregular, los Estados tienen la obligación de optar por medidas que

propendan a su cuidado y bienestar³¹ con miras a su protección integral antes que a su privación de libertad:

“La Corte considera que el parámetro de actuación estatal debe, por ende, tener como objetivo asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior de la niña o del niño migrante y el principio rector de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y a su desarrollo, [y] a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la privación de libertad resulta improcedente cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño”. (par. 156 – 157)

- c. **Opinión Consultiva OC – 25/18 de 30 de mayo de 2018.** Titulada “la institución del Asilo y su reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección”. Solicitada por la República de Ecuador para delimitar el alcance de la institución del asilo y sus efectos. De modo que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el régimen de protección de los refugiados se consolidó internacionalmente en Protocolo de 1967, ampliado al ámbito regional, con la expedición de la Declaración de Cartagena de 1984.

El derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia; el principio de no devolución es

³¹ (i) la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, (ii) el cuidado emocional y (iii) la seguridad en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia.

exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado.

Finalmente, el asilo diplomático no se encuentra protegido bajo el Artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³², ni por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por lo que debe regirse por las propias convenciones de carácter interestatal que lo regulan y lo dispuesto en las legislaciones internas.

En suma, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, están relacionados a la violación del debido proceso. Estos órganos afirman que la calidad de migrante, refugiado o asilado no debe ser un impedimento para no ser discriminado y tener un trato igual hacia la ley como un ciudadano. Por tanto, los solicitantes de refugio o asilo deben disponer de recursos judiciales o administrativos, bajo los cuales, se cumplan con los instrumentos regionales e internacionales que consagran sus derechos y garantías.

Adicionalmente, exhiben situaciones actuales como la privación de la libertad de los menores de edad en EE. UU., clasificándolas como prácticas contrarias a los Derechos Humanos, los tratados y convenios regionales e internacionales, porque no existe fundamento jurídico que justifique la utilización de una medida, que debe ser excepcional, en la elaboración y funcionamiento de una política migratoria.

Del análisis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se deduce un gran trabajo por parte de los órganos regionales para incorporar un concepto que responda al contexto histórico, político y geográfico, pero que no se ha cumplido a cabalidad, porque solo quince (15) de los treinta y cinco (35) Estados miembros de la Organización de Estados Americanos lo han incorporado a sus ordenamientos jurídicos.

³² Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

En todo caso se encuentra la limitada jurisprudencia en la región y la necesidad de vincular jurídicamente los informes y relatorías con el objetivo de establecer una política guía de garantía común de los derechos de los refugiados.

Con ello se establecerían estándares regionales para que sean cumplidos en las legislaciones internas evitando la violación continúa por parte del Estado del derecho al debido proceso y al abuso de la medida de privación de la libertad. Es fundamental estudiar y examinar, en el siguiente capítulo, como la región ha afrontado problemáticas actuales con el Sistema Interamericano, con el fin de determinar si puede equipararse con el SECA de la Unión Europea.

4 MIGRACIÓN DE VENEZOLANOS A LATINOAMÉRICA

En este capítulo se analizará en primer lugar la crisis migratoria venezolana. En segundo lugar, la respuesta regional frente a esta problemática en el que se mencionará Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes. En tercer lugar, se plantearán los logros y las dificultades a las que se enfrenta el Estado Colombiano, como país de destino y tránsito, así como su plan de respuesta. Finalmente, en cuarto lugar, se presentará la necesidad crear un marco comunitario para atender a la crisis actual como a las futuras, más allá de la simple coordinación entre los Estados y las distintas organizaciones.

4.1 Crisis migratoria venezolana

Desde 1999, con la posesión Hugo Chávez como presidente de la República Bolivariana de Venezuela, el proceso de migración se ha manifestado en tres etapas. La primera etapa comenzó en el año 2000, cuando migraron a Europa y a Estados Unidos venezolanos de clase media – alta, empresarios y estudiantes, causada por el aumento de la inseguridad, las tensiones políticas, sociales y la nacionalización de industrias. La segunda etapa inició en el año 2012 coincidiendo con el final del auge de las materias primas en América Latina, “durante ese periodo, la crisis económica comenzó a cristalizar en Venezuela, lo que llevó, según los autores, a un aumento de la represión política y a la escasez de alimentos y medicinas” (Acosta, Blouin & Freier, 2019, p.4), siendo los países vecinos los nuevos receptores de migrantes de venezolanos. Finalmente, en 2015 tras la “muerte de Hugo Chávez y la elección de Nicolás Maduro, las condiciones sociales, económicas y políticas en Venezuela empeoraron” (Acosta et al., 2019, p.4), comenzó la tercera etapa ligada a un mal gobierno, la corrupción, la hiperinflación, las sanciones del Gobierno de Estados Unidos, la escasez de alimentos y medicinas, el aumento de la violencia y el crimen organizado; en esta etapa han emigrado apropiadamente tres millones de venezolanos, como lo analizan Acosta et al. (2019) y Kurmanaev (2019).

Siendo así, al mes de marzo de 2020 conforme al informe mensual de la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), hay 4,9 millones de refugiados y migrantes venezolanos en el exterior, de estos, 4,1 millones se encuentran en países de América Latina y el Caribe. Dicho informe destaca los siguientes acontecimientos: en primer lugar, las cifras de venezolanos en Colombia al 31 de diciembre de 2019 aumentaron un 10% en comparación con octubre de 2019

y se crearon dos nuevos permisos especiales de permanencia (PEP); en segundo lugar, en Bolivia la Comisión Nacional de Refugiados reconoció en febrero de 2020 a 56 refugiados venezolanos de acuerdo a la Convención de Refugiados de 1951; en tercer lugar, en Brasil se aprobaron nuevos documentos para los solicitantes de asilo; y, en cuarto lugar, se han emitido 28.000 visas de residencia temporal por razones humanitarias a venezolanos.

4.2 Respuesta regional interamericana ante la crisis

Entre el 3 y 4 de septiembre de 2018, los representantes de los Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay, reunidos en Quito, Ecuador, con el objetivo de intercambiar información y buenas prácticas con miras a articular una coordinación regional con respecto a la crisis migratoria de ciudadanos venezolanos, acordaron en la Declaración de Quito sobre Movilidad Humana de Ciudadanos Venezolanos en la Región, continuar trabajando de manera individual y cooperar según cada país lo estime adecuado con la provisión de asistencia humanitaria, el reconocimiento de la importancia de la cooperación técnica y financiera proporcionada por los Estados Cooperantes y/o los Organismos Internacionales, el establecimiento un programa regional con el apoyo de la Organización Internacional para la migraciones, el intercambio de información pertinente de migrantes venezolanos tendientes a prestar ayuda humanitaria.

Esto se plasmó en el documento A/73/874 de la Asamblea General de Naciones Unidas (2019) y se denomina el Proceso de Quito como un mecanismo gubernamental multilateral que a la fecha ha tenido cinco (5) reuniones, las cuales están

“encaminadas a fortalecer las iniciativas que dentro de la temática de migración y desarrollo que se vienen implementando en los países de la región para una adecuada inserción económica de los nacionales venezolanos, que contemplan procesos de normalización migratoria de acuerdo con las posibilidades y legislación de cada país de acogida, con el apoyo de las organizaciones pertenecientes del Sistema de Naciones Unidad” (Quito III, 2019).

Entre el 23 y 24 de noviembre de 2018, en Buenos Aires, Argentina los representantes de los Gobiernos de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Paraguay, Perú aprobaron el

Plan de Acción del Proceso de Quito sobre la Movilidad Humana de Nacionales Venezolanos, durante la V Reunión Técnica Internacional sobre Movilidad Humana de Ciudadanos Venezolanos en la Región conforme a Cancillería Colombia (2019), para hacerle seguimiento de la Declaración de Quito del 4 de septiembre de 2018 para fortalecer las iniciativas que dentro de la temática de la migración y desarrollo vienen implementando los países de la región, para una adecuada inserción económica y social de los nacionales venezolanos, que contempla procesos de normalización migratoria de acuerdo a las posibilidades y legislaciones de cada país de acogida, con el apoyo de las organizaciones pertinentes del Sistema de Naciones Unidas.

Para fortalecer este mecanismo gubernamental, se expidió el Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes: para las personas refugiadas y migrantes de Venezuela (enero – diciembre de 2019), complementando la labor de las autoridades nacionales de América Latina y el Caribe, para dar respuesta a las necesidades de población en línea con las prioridades de los gobiernos, complementando sus planes de respuesta en el marco de los mecanismos regionales de respuesta y coordinación de la mano de 14 organizaciones no gubernamentales (ONG), cinco donantes y dos instituciones financieras internacionales. Bajo el liderazgo de coordinación del ACNUR y la OIM, se han establecido plataformas de coordinación a nivel nacional estableciendo que los principales países de acogida son: Brasil, Colombia, Ecuador y Perú.

4.3 Impacto de la protección a los refugiados en Colombia

Conforme al estudio realizado por el Banco Mundial (2018) los impactos producto de la migración de venezolanos al territorio colombiano ocurren en el contexto institucional, económico, social, sectorial y fiscal, concurren en un mismo escenario y afectan aun grupo poblacional en menor y/o mayor intensidad.

4.3.1 Contexto institucional

El aparato institucional colombiano, con el incremento en el número de migrantes venezolanos, ha desbordado la capacidad institucional en los siguientes aspectos:

- a. “Limitaciones en la articulación entre la respuesta del Gobierno central y la de los gobiernos departamentales y municipales.
- b. Instrumentos de política migratoria inadecuados para atender un proceso de inmigración.
- c. Ausencia de rutas de atención para migrantes venezolanos.
- d. Limitaciones en los canales de transmisión de las decisiones tomadas por el Gobierno central a los actores encargados de atender a los colombianos retornados y migrantes venezolanos, así como de orientación para estos últimos.
- e. Insuficiente personal para atender el incremento de los flujos migratorios.
- f. Evidencia limitada para la toma de decisiones de política, debido a limitaciones en los sistemas para recolectar y analizar la información sobre los flujos migratorios regulares e irregulares” (Grupo Banco Mundial, 2018, p. 74)

4.3.2 Contexto económico

Conforme al Grupo Banco Mundial (2018) el impacto se analiza desde el corto plazo, debido a que la tasa de migración desde Venezuela ha afectado la reducción de la pobreza extrema en el país por la incapacidad de mercados laborales locales para ajustarse a la afluencia de migrantes. Y a mediano plazo, de las remesas enviadas desde Colombia a Venezuela aumentarían a medida que los migrantes venezolanos consigan mejores oportunidades laborales, pero estos envíos son mayoritariamente informales, por lo que no existen datos ni información para poder evaluar el impacto de las remesas en la economía del país.

4.3.3 Contexto social

En este contexto los impactos negativos, responden a las dinámicas de reclutamiento forzado, explotación sexual, separación y desprotección de niños y la violencia intrafamiliar y de género. Los episodios de xenofobia, aunque localizados, se han caracterizado por altos niveles de violencia en contra de los migrantes y retornados, como lo expone el Grupo Banco Mundial (2018), en este sentido, en este informe se expone que los ataques de xenofobia y discriminación son sectorizados y poco usuales, debido a la convergencia de las culturas las áreas receptoras.

4.3.4 Contexto sectorial

En este contexto se analizarán el impacto en el sector de la salud, educación, empleo, protección social, servicios de acueducto y saneamiento básico, que tienen incidencia directa en los migrantes venezolanos.

4.3.4.1 Salud

Ante la crisis fiscal y económica de Venezuela, ha aumentado la demanda de servicios de salud, enfrentado a los déficits de la prestación de los servicios de salud del Estado Colombiano. Se estima que “el 16% de los hogares en Colombia tienen barreras de acceso a los servicios para el cuidado de la primera infancia” (Grupo Banco Mundial, 2018, p. 91), además de la falta de recursos y asignaciones presupuestales:

“Según el Sistema de Información para el Reporte de Extranjeros, la atención en salud a migrantes venezolanos creció de 125 casos en 2014 a casi 25 mil en 2017, y a más de 18 mil atenciones en los primeros meses de 2018, afectando la capacidad de prestación de los servicios en áreas receptoras. En cuanto a los eventos de interés en salud pública reportados por el Instituto Nacional de Salud, pasaron de 631 casos a 1.928 casos (semana epidemiológica 21 de 2017 y 2018), siendo los de mayor notificación malaria, violencias de género, VIH, desnutrición aguda en menores de 5 años y tuberculosis” (Grupo Banco Mundial, 2018, p. 91)

4.3.4.2 Educación

Como lo plantea el Grupo Banco Mundial (2018) al menos 70 mil niños migrantes irregulares se encuentran por fuera del sistema educativo, siendo el grupo más afectado de los migrantes, destacando las siguientes cifras que respaldan este informe son:

“Según datos del RAMV, el 72% de los niños migrantes irregulares no se encontraba matriculado estudiando:

1. La mayoría se encuentra en edad de educación básica. El 56% de los niños migrantes irregulares tienen entre 6 y 11 años y 44%, entre los 12 y 17 años.
2. Tienen gran vulnerabilidad de acceso a alimentación. En el 39% de las familias de migrantes que manifestaron no haber tenido un alimento en los últimos tres meses, el miembro de la familia que se quedó sin alimento fue un niño o niña.
3. Es frecuentemente flotante o, en menor medida, pendular. Flotante, definida como población que se mueve entre diferentes ciudades, ocasionando transiciones entre colegios y pérdida de continuidad en el proceso educativo. Pendular, definida como población que viaja diariamente a Colombia desde Venezuela para realizar estudios.
4. La mayoría no entró legalmente a Colombia. Se estima que el 88% (104.173) de los niños irregulares no cuentan con documentos que les permita potencialmente regularizar su situación migratoria en Colombia, tales como pasaporte, TMF o cédula de extranjería.

Contar con niños por fuera del sistema educativo tiene efectos negativos tanto para los niños migrantes como para la población receptora. Para los niños migrantes, estar por fuera del sistema implica la incapacidad de adquirir habilidades y conocimientos necesarios para desarrollarse y formar capital humano, a la vez que aumenta el riesgo de ser explotados y ser forzados a trabajo infantil.⁸⁵ Esta situación ya se evidencia en los niños venezolanos, en los cuales se estima un 4% de trabajo infantil y un 15% de situación de pobreza extrema” (Grupo Banco Mundial, 2018, p. 98)

Además, se incrementaron la convalidación de título de la educación superior, en el 2017 se solicitaron apropiadamente 12 mil solicitudes y a mayo de 2018, 9 mil solicitudes

“Esto ha llevado a una acumulación de casos, forzando al MEN a poner en acción un plan de choque, contratando personal adicional para el procesamiento de solicitudes. Debido al deterioro en los sistemas de aseguramiento de la calidad educativa en Venezuela, las solicitudes de convalidación de títulos de ese país deben ser procesadas por el mecanismo de verificación más largo y detallado, lo cual acarrea altos costos tanto para los solicitantes como para el Ministerio. Adicionalmente, la población con títulos venezolanos enfrenta una barrera adicional para ejercer como profesional en Colombia: la obtención de la documentación necesaria para la convalidación, como certificados de estudios o experiencia apostillados” (Grupo Banco Mundial, 2018, p. 99)

4.3.4.3. Empleo

Este ha sido el sector con mayor impacto por el fenómeno la migración desde Venezuela, debido a la pérdida de empleos formales, por el “hecho de que la población migrante cuenta con un nivel mayor de educación y competencias en comparación con la población de áreas receptoras y por las dificultades en la obtención de un estatus migratorio regular que les permita emplearse formalmente” (Grupo Banco Mundial, 2018, p. 103). De igual forma “la oferta de mano de obra de la población migrante es de un costo significativamente menor a la de los colombianos residentes, aunque esto implique una contratación irregular, lo cual es una práctica muy usual por parte de los empleadores” (Grupo Banco Mundial, 2018, p. 103).

4.3.4.4. Protección social

Las necesidades principales de la población migrante venezolana son el apoyo alimentario, la atención para la niñez, el apoyo al ingreso, la vivienda, la atención psicosocial y el apoyo en el proceso de regularización, si estos se incrementan se relacionan con otros fenómenos como la nutrición, refugio, cuidado de la niñez y acceso a servicios básicos como agua potable y saneamiento básico. Es relevante mencionar que estas dinámicas varían de intensidad, de acuerdo con los lugares de asentamiento de los migrantes, que difiere entre los centros urbanos y rurales. Esto se evidencia de la siguiente forma:

“la asistencia al adulto mayor es más relevante para la población retornada, la cual cuenta con una mayor proporción de población mayor a 65 años (6% de los retornados son adultos mayores, comparado con un 2% de toda la población migrante). En el 2017 llegaron 11% más de niños entre 0 y 18 años que en 2013, lo que implica que la demanda por servicios como apoyo alimentario y atención a la niñez ha incrementado en las fases migratorias más recientes” (Grupo Banco Mundial, 2018, p. 106)

4.3.4.5 Servicio de acueducto y saneamiento básico

El incremento de la población en las áreas receptoras genera aumentos en la demanda de agua potable y en los servicios de saneamiento básico. A pesar de que las empresas prestadoras de servicios públicos no manejan cifras específicas sobre la proyección y control de la demanda, estiman un crecimiento del servicio, pero han evidenciado un aumento en las conexiones no autorizadas como en el Departamento de La Guajira, como lo plantea el informe del Grupo del Banco Mundial (2018). Ahora bien, la población viviendo en asentamientos y espacios públicos se encuentra en condición de vulnerabilidad sin acceso a servicios de agua potable y saneamiento básico:

“En Riohacha, un 33% de las personas en sitios de asentamiento no cuentan con acceso a servicios de baños, duchas o baterías sanitarias [...]”

adicionalmente, esto crea riesgos particulares para las mujeres y niñas, por falta de privacidad y protección. Se identificaron déficits preexistentes en saneamiento básico en áreas receptoras, lo que crea fuentes de contaminación del agua superficial y subterránea. Para el caso de Cúcuta, en Norte de Santander, pese a que la cobertura en acueducto es del 100% de la población y se cuenta con un programa de suministro de agua potable a través de pilas públicas para las zonas de asentamiento e invasión, no se cuenta con ningún tipo de sistema de recolección de aguas servidas ni de tratamiento en estas zonas que evite la descarga de contaminantes a las fuentes de agua. Esto ha llevado a un aumento en las enfermedades relacionadas con un saneamiento inadecuado.

Así mismo, se registran déficits en el manejo de desechos sólidos, lo que está causando contaminación de fuentes hídricas y del medio ambiente. Los asentamientos no cuentan con un servicio de recolección de residuos sólidos y en algunos casos, los rellenos sanitarios no permiten la entrada a particulares que recogen estos residuos.

En otros casos, los municipios no cuentan con relleno sanitario para su disposición. Por falta de alternativas se están creando botaderos satelitales o los desechos son dispuestos de forma inadecuada, contaminando las áreas receptoras” (Grupo Banco Mundial, 2018, 113 – 114)

Del panorama expuesto por el informe del Grupo Banco Mundial se evidencia una serie de problemáticas a las que se enfrenta el Estado Colombiano con la creciente recepción de personas migrantes en el territorio confrontada a las realidades sociales propias. Siendo así, se plantea el Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes de 2019 y el de 2020, con el objetivo de resolver estas problemáticas y proponer soluciones para atender a esta población vulnerable y cumplir con la obligación internacional estatal de protección.

4.4 Respuesta del Estado Colombiano ante la crisis migratoria de Venezuela

Conforme al el Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes de 2019, Colombia ha recibido más del 50% de los refugiados y migrantes de Venezuela, como país de destino y como país de tránsito, siendo así, las estadísticas están repartidas de la siguiente forma:

“El número de personas que se estableció en el país aumentó de menos de 39.000 a finales de 2015 a 1.032.000 a finales de septiembre de 2018, un aumento de casi un 2.550 por ciento. Del mismo modo, el número de venezolanos que transitan por Colombia hacia Ecuador y otros países, aumentó de 14.000 en 2015 a 511.000 en los primeros nueve meses de 2018, un aumento de un 3.550 por ciento. Además, hay más de 300.000 personas retornadas colombianas, y muchas de ellas requieren apoyo para su inclusión socioeconómica y reintegración segura” (Plan Regional para Refugiados y Migrantes de Venezuela [RMRP], 2019, p. 37).

Para atender a este movimiento, se creó en el 2017, el Permiso Especial de Permanencia con la promulgación del Decreto No. 1288, denominado por las siglas PEP, para los venezolanos que ingresaron al país a través de los siete puntos fronterizos formales: paso de frontera puente internacional Francisco de Paula Santander, Cúcuta; paso de frontera internacional Simón Bolívar, Cúcuta; Paso de frontera Puente Internacional La Unión (Cúcuta); paso de frontera Puente Internacional José Antonio Páez (Arauca); Paso de frontera Paraguachón (Guajira); Muelle para pasajeros y carga ubicado en la margen derecha del río Inírida, en Jurisdicción del Municipio de Inírida, Departamento de Guanía; y, muelle para pasajeros y carga ubicado en la margen izquierda del río Orinoco, frente al Municipio de Puerto Carreño, Departamento de Vichada.

Este permiso fue otorgado a 442.000 venezolanos mediante el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos en el año 2018, que les permite establecerse en Colombia hasta dos años con acceso al mercado laboral, plan de salud y educación. Mientras que para entradas temporales y libre movilidad en la zona se expidió la Tarjeta de Movilidad Fronteriza, denominada por las siglas TMF, como lo establece el RMRP (2019).

En este mismo sentido, como lo sostiene Carolina Moreno y Gracy Pelacani (2020) la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia migratoria se caracteriza por el

reconocimiento de derechos para los extranjeros cumpliendo los presupuestos constitucionales y legales, con la regularización de su situación migratoria, reconociendo a los migrantes como sujetos de especial protección para el Estado, “a raíz de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, especialmente en el caso de mujeres embarazadas, niños y niñas y personas con enfermedades catastróficas” (p. 153).

A pesar de los esfuerzos estatales, liderados por el Grupo Interagencial para los flujos migratorios mixtos (GIFMM), para responder a las necesidades de las personas refugiadas y migrantes intervienen entes internacionales de distinto tipo: la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las migraciones (OIM), también organizaciones no gubernamentales (ONG) en especial el Comité Internacional de la Cruz Roja. Estos entes, complementan la respuesta del Estado, debido a que se presentan problemas frente a la protección contra la devolución, la creciente discriminación y xenofobia, la regularización masiva, las garantías procesales en los procedimientos de deportación, expulsión y asilo, la presencia de grupos armados no estatales, en el que se incluyen los efectos secundarios tales como: el reclutamiento forzado, la violencia, la trata de personas, y la utilización de personas en la cadena de producción de drogas, conforme a lo planteado por el RMRP (2019).

Por otro lado, en el RMRP (2020) reconociendo las problemáticas a las que se enfrenta este grupo poblacional y la respuesta estatal, se proyecta que “para fines del 2020, aproximadamente 2.397.896 personas refugiadas y migrantes de Venezuela elegirán a Colombia como su país de destino, y se estima que 428.998 personas transitarán por el país hacia otros destinos” (p. 78). “Colombia es el país que acoge el más alto número de nacionales venezolanos (1,825,687 al 29 de febrero de 2020), seguido por Perú, Ecuador, Chile y Brasil¹¹, siendo este, el fenómeno migratorio más relevante en la historia del país” (Moreno & Pelacani, 2020, p. 144), por lo que, para atender a sus necesidades, el Estado Colombiano se enfoca en tres objetivos estratégicos:

1. “Proporcionar y mejorar el acceso efectivo a bienes y servicios críticos, incluyendo el fortalecimiento de la capacidad de respuesta del Estado a nivel nacional y local.

2. Aumentar las oportunidades de integración para la población refugiada y migrante, incluyendo el acceso a empleo, recursos productivos y medios de vida dignos.
3. Fortalecer la prevención y mitigación de riesgos de protección, acceso a servicios básicos y dar respuesta a las necesidades de protección” (RMRP, 2020, p. 79).

El plan propuesto por el Grupo Interagencial sobre Flujos Migratorios Mixtos denominada GIFMM, en el RMRP (2020), para Colombia, se focaliza en seis áreas:

1. En el área de la seguridad alimentaria y nutrición, tiene como objetivo garantizar la alimentación y la nutrición en situaciones de crisis, para reducir/eliminar la inseguridad alimentaria, proporcionar nutrición y salvar vidas en los departamentos fronterizos;
2. En el área de salud, tiene como objetivo la educación sexual, la gestión de la salud pública, identificación y tratamiento de enfermedades transmisibles y no transmisibles mediante la expansión de la infraestructura de salud, la atención y fortalecimiento primario de salud;
3. En el área de la integración, en los sectores de empleabilidad, emprendimiento, inclusión financiera, formalización laboral y trabajo decente mediante el fortalecimiento de la ruta de empleabilidad del servicio público de empleo, la promoción de la gestión de permisos especiales de permanencia para el fomento de la formalización (PEPFF) y promover la formalización del trabajo y las condiciones laborales dignas;
4. En el área de la protección, con el objetivo otorgar un acceso a un estatus regular, acceso regular al territorio y tránsito seguro, así como medidas de prevención y protección para personas con necesidades específicas, la protección de la infancia, la trata y el tráfico de personas, la violencia basada en género;
5. En el área del agua, saneamiento e higiene conocido por las siglas en inglés WASH, para la población que transita a pie, las comunidades de acogida y la población que tiene la intención de permanecer en asentamientos informales mediante la construcción

y/o rehabilitación de la infraestructura, entrega de filtros, suministros y/o artículos para el almacenamiento y el transporte seguro de agua y la entrega de kits de higiene para familias, individuos, bebés y mujeres embarazadas y madres lactantes, así como para el manejo de la higiene menstrual; y,

6. En el multi-sector compuesto por alojamiento, artículos no alimentarios y transporte humanitario en las zonas geográficas de entrada, tránsito y salida del país a mediano y largo plazo mediante la provisión de servicios públicos, agua potable, saneamiento y electricidad, para las actividades de alojamiento y asentamiento a nivel comunitario, conectado con los servicios de transporte y el acceso a nivel comunitario a las estructuras y servicios locales, tales como escuelas, centros de salud, servicios de protección y mercados.

Estas seis áreas de priorización se establecen conforme al estudio y la aplicación de políticas públicas conforme a las necesidades prioritarias de la población en condición de vulnerabilidad venezolana, enfocadas en el cumplimiento estatal de protección internacional para los refugiados; no obstante, estos puntos están determinados conforme a las problemáticas de los territorios que pueden variar de un Estado a otro.

4.5 Necesidad de un marco regional comunitario

Los principios básicos que deben regir en la creación de un marco regional para dar repuesta a los procesos y flujos migratorios son:

1. Responder holística, coordinada e integralmente: esto es, adoptar respuestas multisectoriales (sociales, económicas, entre otras), multipoblacionales (orientadas a la población migrante y receptora) y multitemporales (de corto, mediano y largo plazo).
2. Enfocar la respuesta espacialmente: esto implica usar un enfoque de desarrollo territorial de áreas receptoras, dando respuesta no solo a impactos del proceso migratorio, sino además a déficits de desarrollo preexistentes en las regiones de recepción, promoviendo la reducción de desigualdades y la absorción de migrantes.

3. Mitigar los impactos negativos en la población local: esto implica apoyar a quienes han sido afectados negativamente por la migración, ayudándolos a conservar sus trabajos y mantener sus niveles de vida. Para esto, se requiere implementar programas que permitan reforzar el sistema de protección social generando mecanismos de apoyo para las poblaciones potencialmente impactadas (como mejorar las capacidades laborales de los trabajadores potencialmente desplazados por migrantes).
4. Facilitar la integración social y económica de los migrantes: esto hace referencia a incentivar la distribución de los migrantes en áreas óptimas para su rápida incorporación a la fuerza laboral, así como promover su acceso a servicios en educación, salud y vivienda y facilitar la integración social entre migrantes y comunidades receptoras. Para esto, es necesario formular mecanismos de regularización de la población migrante; entender quiénes son, cuáles son sus incentivos, necesidades y expectativas con respecto a la migración; y cuáles son sus calificaciones laborales y necesidades familiares.
5. Dar un tratamiento homogéneo: esto significa dar igualdad de oportunidades para migrantes y nacionales, evitando potenciales brotes de xenofobia y exclusión.
6. Monitorear el proceso migratorio: lo que permite ajustar las políticas” (Grupo Banco Mundial, 2018, p. 125)

Bajo estas premisas, en 2019 la Organización Internacional para las Migraciones, realizó un documento denominado: “Hallazgos sobre el Estudio de Línea Base sobre Migración y Desplazamiento en la Región del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)” que se caracteriza por el dinamismo de sus flujos migratorios, identificando que:

“todos los países de la región cuentan con normativas para regular el tránsito de personas en su territorio, el impacto de la migración y las necesidades específicas de las personas migrantes no suelen considerarse en otras políticas, como las de salud, manejo de emergencias, trabajo, entre otras.

Las legislaciones migratorias de estos países establecen un modelo de gestión migratoria conocido como las 3D (detectar, detener y deportar), el cual presenta grandes limitaciones para atender casos de migrantes regionales y extrarregionales que transitan en condiciones de vulnerabilidad.

En cuanto a la recolección de datos, estos no son desagregados, tampoco existe un sistema de gestión fronteriza integrado ni un mecanismo formal que facilite el intercambio de datos migratorios e inteligencia a nivel regional. Sin embargo, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá y República Dominicana están implementando un Sistema de Información sobre Delitos que afectan a Personas Migrantes en Situación Irregular (SIDMI), desde el Programa de Prevención” (Organización Internacional de Migraciones [OMI], 2019, p. 53)

Y, frente a la protección de las personas refugiadas,

“Datos preliminares proporcionados al ACNUR por los gobiernos, indican que en 2018 había 360,700 personas en necesidad de protección internacional originarias de países de la región del SICA, cerca de 8,000 personas refugiadas y 50,300 solicitantes de asilo pendientes de decisión en los países de la región.

La mayoría de estas personas han buscado asilo en Costa Rica (64%), Panamá (28%) y Belice (6%). Las personas refugiadas y solicitantes de asilo en la región del SICA provienen de más de 90 países, pero en su mayoría de Nicaragua (46%), Venezuela (19%), El Salvador (13%), Colombia (11%), Cuba (4%) y Honduras (2%).

A pesar del gran avance en los marcos normativos en materia de asilo en los Estados miembros del SICA, aún existen desafíos e importantes oportunidades para armonizar los procesos de determinación de la condición de persona refugiada y la implementación de medidas de protección” (Organización Internacional de Migraciones [OMI], 2019, p. 56)

Por lo tanto, al identificar las problemática en torno al manejo integral de los flujos migratorios que se presentan en los Estados pertenecientes a esta región, en sus consideraciones finales recomiendan la elaboración de lineamiento o protocolos regionales con el fin de desarrollar planes nacionales para la “atención de crisis migratorias que contemplen la coordinación entre países e interinstitucional, consideraciones específicas para comunidades transfronterizas, capacidad de los servicios consulares, identificación y asistencia a personas en situación de vulnerabilidad, campañas de combate a la discriminación y la xenofobia” (Organización Internacional de Migraciones [OMI], 2019, p. 58).

En este sentido, cumpliendo con los objetivos mencionados y los crecientes flujos migratorios se aprobó el 19 de agosto de 2019 la Ley Marco Regional en Materia de Migraciones con Enfoque de Derechos Humanos con el objetivo de crear un marco jurídico y rector que contribuya a una migración segura, ordenada y regular, basada en el respeto, garantía y realización efectiva de los derechos humanos de las personas migrantes en todas las fases del proceso migratorio en el contexto de la migración, con especial atención a poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, en la región de Centroamérica, la Cuenca del Caribe y México. Dicha ley fue elaborada, con la colaboración de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques del Senado de México, la Sección de apoyo a las Instituciones Representativas de la Secretaría para el fortalecimiento de la Democracia de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Save the Children y el Consejo Consultivo del FOPREL (CC-FOPREL), en coordinación con la Oficina Regional de UNICEF en América Latina y el Caribe, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Oficina Regional de ONU Mujeres para las Américas y el Caribe, el Foro de Presidentes y Presidentas de Poderes Legislativos de Centroamérica y la Cuenca del Caribe (FOPREL) integrado por los Parlamentos de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y México, las autoridades estatales y la autoridad de aplicación de esta ley, con el objetivo de :

“ Brindar protección integral a las personas solicitantes de la condición de refugiado, personas refugiadas y otras personas que puedan tener necesidades de protección internacional, asegurar la observancia de los principios de protección internacional bajo el derecho internacional y regional: no devolución, no sanción por entrada o presencia irregular, no rechazo en frontera,

derecho a buscar y a disfrutar del asilo, unidad familiar y confidencialidad; además de considerar estándares internacionales e interamericanos sobre debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de personas refugiadas.

El Estado, implementará un enfoque diferenciado en la atención de las personas en necesidad de protección internacional refugiadas, incorporando disposiciones tendentes a facilitar el acceso al asilo y a la protección efectiva de personas de diferentes edades, género u otras características específicas en las disposiciones legislativas, y administrativas de políticas públicas” (art. 71 – 72).

Esta ley marco tiene un marco de aplicación en el contexto de la migración. Conforme a Marcelo Pasini (2019), Director de la Organización Internacional de Migraciones de Centroamérica resalta al menos cuatro retos en este campo: abordar las causas de la migración irregular, generar condiciones para el retorno, crear canales de migración regular y luchar contra el discurso xenofóbico, con especial atención a poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, en la región de Centroamérica, la Cuenca del Caribe y México, por lo tanto,

“tiene como fin contribuir a que los Estados de la región inicien un proceso de armonización de los marcos legislativos, así como servir de referencia para procesos nacionales de fortalecimiento de los marcos normativos existentes en temas relacionados con la movilidad humana.

Del mismo modo, esta Ley Marco ayudaría a promover y facilitar la adhesión de los Estados de la región a lineamientos y acuerdos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), tales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el Marco de Gobernanza sobre la Migración y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.

La «Ley Marco» constituye un estándar ideal en materia de protección de los Derechos Humanos de las personas migrantes.

Promueve y facilita el examen y la enmienda de la legislación existente y la adopción de nuevas leyes por los Estados. Está diseñada para su adaptación a las necesidades de cada Estado, lo cual facilita su adecuación, acorde a los procedimientos internos de los Estados” (FORPEL et al, 2019, p. 8).

A pesar de este instrumento para la protección de las personas migrantes en Centroamérica y el Caribe, la ley marco establece los parámetros generales aplicables en la normatividad interna de los Estados Firmantes. Es decir, cada uno de los Estados los incorporan para solucionar las problemáticas internas derivadas de los flujos migratorios con la intención de conjurar esfuerzos, mediante la coordinación, para atender a un flujo migratorio masivo provocado por la desestabilización política, económica y social de Venezuela, pero la Ley Marco no considera la conformación de un marco jurídico, económico y humanitario en la región, mediante políticas comunes en las que se protejan integralmente a los migrantes, como un grupo poblacional vulnerable.

CONCLUSIONES

Con el objetivo de darle cierre a los principales puntos que se han analizado a lo largo de este escrito, se recogerán las conclusiones más importantes relacionadas con el objetivo central.

En un primer momento, el principio rector de la protección internacional de los refugiados es el de no devolución. Este adquiere la categoría de una norma de *ius cogens*, aplicada en todos los Estados sean o no sean parte de la Convención de 1951, pero este marco jurídico es general e insuficiente frente a las problemáticas regionales. Por esta razón, se agrupan los Estados en bloques regionales.

En un segundo momento en el estudio del bloque regional europeo, se evidencian los elementos característicos del Sistema Europeo Común de Asilo. Dichos elementos son: i) una política de asilo comunitaria e inmigración; y ii) las normas comunitarias, para establecer un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme, aplicable en los Estados miembros y los Estados Asociados, que aborden las causas de los movimientos migratorios mediante una reglamentación integradora y actualizada. Asimismo, mediante el desarrollo del Sistema de Dublín III, siendo esta su versión actualizada, se evidencia una labor estatal para dar cumplimiento a las solicitudes de asilo, en el que se reparten las cargas de acuerdo con unos determinados estándares.

En este mismo sentido, se resalta la labor del bloque europeo, con la expedición de la Directiva de Residentes de Largo Plazo de 2011 y la Directiva 109 de 2003. Estos instrumentos, extienden la protección de los refugiados a aquellas personas que no cumplen los requisitos establecidos, con el objetivo de preservar, garantizar y proteger el principio de no devolución, así como otorgarle los mismos beneficios de los que gozan los ciudadanos, extendiéndolos a su familia.

En un tercer momento, en el bloque americano, existe el Sistema Interamericano que carece de unas políticas comunes, a pesar de que en la región se han unido esfuerzos para atender el tema y sus problemáticas, como es la Declaración de Cartagena. Sin embargo, esta no ha sido incorporada a las legislaciones internas de todo los Estados miembros de la Organización de

Estados Americanos, creando inseguridad jurídica en el sentido que, cada ordenamiento jurídico con sus instrumentos y procedimientos expide los estándares de protección a los refugiados, tomando decisiones unilaterales que propenden al cerramiento regional.

Es por ello por lo que ambos sistemas no pueden equiparse. Por un lado, el Sistema Común Europeo de Asilo derriba las fronteras territoriales, permitiendo que un organismo expida las directrices comunes y se delimite la responsabilidad estatal desde la frontera de llegada hasta su asentamiento o posible regreso a su país de origen, con un seguimiento y acompañamiento en las etapas correspondientes, además de la prevalencia de la protección de migrante y su grupo familiar como una responsabilidad eminentemente estatal.

Por el otro lado, el Sistema Interamericano mantiene y perdura en el tiempo las fronteras territoriales y la autonomía del Estado para la atención de los migrantes. Si bien existen los organismos regionales, estos se han encargado de estudiar nuevos fenómenos migratorios y los abusos estatales, pero carecen de fuerza normativa para homologarse como una figura supranacional, estas dificultades se advirtieron con la respuesta regional ante la crisis migratoria venezolana que comenzó en el 2015 y perdura a la fecha, en la que cada Estado, en su rol como receptor y/o de tránsito, como Colombia, ha tomado las decisiones atendiendo a los límites geográficos y las oportunidades de colaboración con otros Estados. En este sentido, las medidas se han focalizado en resaltar las múltiples dificultades e impactos que ha tenido la entrada masiva de migrantes.

Aun así, se destaca la labor del Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes en sus versiones de 2019 – 2020, pero se ha quedado en la propuesta de soluciones a largo plazo y expone las deficiencias históricas estatales en la atención de sus obligaciones con sus ciudadanos que, con la llegada de grupos poblaciones más vulnerables, harán que estos subsistan y se mantengan, desconociendo los grandes avances de la protección internacional de esta población.

En un cuarto momento, la Ley Marco Regional en Materia de Migraciones con Enfoque de Derechos Humanos es un avance en la integración regional. En ella, se plantea un marco y parámetros de protección a los refugiados, que deben ser ajustados en las legislaciones internas de los países. Dicha consideración conduce a que tenga la misma suerte que el Plan Regional

en sus dos versiones: deja las disposiciones allí contenidas a potestad de los Estados. Esto permite evidenciar la dificultad de los instrumentos internacionales para imponer obligaciones estatales que modifiquen sus normatividades para una atención integral y garantizar los derechos de esta población en condición de vulnerabilidad, garantizados en los tratados y convenciones internacionales ratificadas.

A partir del análisis de las diferentes respuestas regionales que se ha tejido en torno a la protección de los refugiados y las garantías de sus derechos, reconocidos en diferentes estancias internacionales, se resalta la necesidad de crear un marco jurídico comunitario en Latinoamérica que no se estanque en la identificación de problemas, sino que provea soluciones para la atención de los flujos migratorios que se puedan presentar debido a los cambios políticos, económicos, culturales y sociales que transforman las formas de vida de sus habitantes. Este marco jurídico debe adquirir una categoría superior a la que se plantea en principio, como se observó con la ley marco en Centroamérica y con la incorporación de la definición regional de refugiado en gran parte de Latinoamérica, en la que prevalece la potestad del Estado para la transformación e inclusión de medidas para la protección desde los migrantes hasta el estatus de asilado.

Sin embargo, no permite la integración regional para crear un mecanismo de protección que responda a sus necesidades, por consiguiente, en términos jurídicos debe ser jurídicamente vinculante en la región, para que se dirija una política común, similar a la de la Unión Europea, de atención a los migrantes.

En este mismo sentido, en la explicación de este marco jurídico, adquiere una posición relevante el principio de no devolución y la importancia de la cooperación internacional para resolver los problemas de los refugiados, como elemento fundante del sistema. Esto, pues los Estados deben realizar una ponderación frente a la situación de la persona, con el objetivo de que sus derechos no sean desconocidos en su país de origen en caso de que no se cumpla con los requisitos establecidos para la regularización de su entrada o cometa algún delito.

En cambio esta situación, en la esfera Latinoamericana se ve con recelo en razón de una “disminución” del poder ostentado por el Estado en el que su competencia se ve inmiscuida por preceptos supraconstitucionales; no obstante, el Estado no puede saturarse de un conjunto

de prerrogativas que no logren incluir los principios del derecho internacional como guías de desempeño, al contrario, es un nuevo sistema que atiende circunstancias extraordinarias que no pueden ser contempladas solamente con las normas ordenamiento jurídico interno que varía de una Estado a otro, sino que debe tejerse un política común con normas comunes aplicables para esta población en condición de vulnerabilidad, reforzando el sistema internacional de protección a los refugiados.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUR Comité Español (2019). *¿Qué es el Convenio de Dublín?* Disponible en: https://eacnur.org/blog/convenio-de-dublin-que-es-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/

Acosta, D., Blouin, C. y Freier, L. F. (2019). La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas, *Documento de Trabajo, n° 3 (2ª época)*, Madrid, Fundación Carolina.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre protección internacional N° 12. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado.*, 2 Diciembre 2016, HCR/GIP/16/12, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/58c654244.html>

Alarcón, N (2017). El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) y su aplicación en España. *Revista: Transatlántica Studies Network* 4, 1 - 4

Allain, J. (2001). The Jus cogens Nature of non - refolement. *International Journal of Refugee Law* 13(4), 538 - 542.

Andia, R. (2010). El Derecho de los Refugiados en la República Argentina del Bicentenario. V *Congreso Latinoamericano de Ciencia Política*. Buenos Aires: Asociación Latinoamericana de Ciencia Política.

Arenas, N. (2003). La institución de la Protección Temporal en Europa: Ejes conceptuales de la acogida territorial debida a las poblaciones desplazadas de forma masiva. *Anuario de Derecho Europeo*, 3, 99 - 121

Bundy, C. (2016). Migrantes, refugiados, historia y precedentes. *Revista Migraciones Forzadas* (51), 5 – 6

Comisión Europea: Migración y Asuntos de Interior (2014 - 2019). *La Europa sin fronteras: El Espacio Schengen*, 4. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/elibrary/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_es.pdf

Consejo Europeo (2002). *Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de Octubre de 1999: Conclusiones de la Presidencia*. Tomado de: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

Duffy, A. (2008). Expulsion to face torture? Non - refoulment in International Law. *International Journal of Refugee Law* 20(3), 373 - 375.

European Asylum Support Office (2016). *An introduction to the Common European Asylum System for Courts and Tribunals* (pp. 24 – 60)

Franco, I., & Santistevan. (2004). La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina. *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena*. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/reflexiones-sobre-la-aplicacion-de-la-definicion-ampliada-de-refugiados-de-la-declaracion-de-cartagena.pdf>

Gil Bazo, M. T. (2015). Asylum as a general principle of international law. *International Journal of Refugee Law* 27(1), 3-28.

Goodwin - Gill, G. S. (2014). The International Law of Refugee Protection. En E. Fiddian - Qasmiyeh, G. Loescher, K. Long, & N. Sigona (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press.

Gros Espiell, H. (1995). “La Declaración de Cartagena como fuente del derecho internacional de los refugiados en América Latina”, en *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados: Memoria Coloquio Internacional*, San José, Costa Rica: IIDH-ACNUR.

Hamulák, O. (2018). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los derechos sociales. *Estudios constitucionales*, 16(1), 167-186. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000100167>, 181

Instrumentos Regionales sobre Refugiados y temas relacionados, *La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)*, Diciembre 2018, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5d03d0b54.html>

Jaeger, G. (2001). On the history of the international protection of refugees. *Revue Internationale De La Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, 83(843), 727-738. doi:10.1017/S1560775500119285

Kurmanaev, A. (17 de mayo de 2019). Venezuela vive la peor crisis económica para un país sin guerra, según los expertos. *The New York Times*. Recuperado: <https://www.nytimes.com/es/2019/05/17/espanol/america-latina/venezuela-crisiseconomia.html>

Luci, M., & Di Rado, D. (2019). The Special Needs of Victims of Torture or Serious Violence: A Qualitative Research in EU. *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 18(4). 405-420

Perruchoud, R. & and Redpath-Cross J. (eds), (2011). *International Migration Law. Glossary on Migration* (2nd Edition). Ginebra: IOM. https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml25_1.pdf

Merino Sancho, V. (2016). El Sistema Europeo Común de Asilo ante las demandas de asilo por razones de género. *Revista Documentación Social* (81). 185-201.

Moreno V, C & Pelacani, G. (2020). “Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?” *Latin American Law Review* 05 (2020): 139-157. <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>.

Morgades Gil, S. (2016). Refugiado. *Revista en cultura de la legalidad* (10). 233 - 240.

Moses Okello, J., (2014). La Convención de la OUA de 1969 y el desafío permanente de la Unión Africana. *Revista Migraciones Forzadas*, (48.). 70 - 73.

Murillo, C. (2008). *La protección internacional de los refugiados en el Sistema Interamericana de Derechos Humanos. Sesión especial sobre los temas de actualidad del derecho internacional de los refugiados.*
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6098.pdf?view=1>

OMI. (2019). *Aprueban Modelo de ley sobre migraciones para Centroamérica y el Caribe.*
<https://www.iom.int/es/news/aprueban-modelo-de-ley-sobre-migraciones-para-centroamerica-y-el-caribe>

Paúl, A. (2016). La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (47), 361-395. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000200012>

R4V - Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes de Venezuela - Enero-Diciembre de 2019, 14 Diciembre 2018, disponible en esta dirección:
<https://www.refworld.org/es/docid/5cbe52304.html>

R4V - Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, RMRP 2020: Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes de Venezuela, 23 Marzo 2020, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5e7c2c3d4.html>

Salvioli, F. (2007). *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.* XXXVIII Session d'Enseignement, Strasbourg 2007, 1 – 82

Santoscoy, B. (2003). *Las visitas in loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/40.pdf>

Somohano, S. (2007). El derecho internacional de los refugiados: alcance y evolución. *Revista de la Facultad de Derecho de México* (248), 69 - 96.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Note on Temporary Protection in a Broader Context, 1 January 1994, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b32514.html>

Asamblea General, 73a. Sesión. U.N. Doc A/73/874 (21 de junio de 2019), disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/73/874>

Weber, A. (2002). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(64), 81 – 82.

Wyss, A. (2019). Stuck in Mobility? Interrupted Journeys of Migrants with Precarious Legal Status in Europe Anna Wyss. *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 17(1), 80 - 83.