

Diversidad y exclusión. Aproximaciones filosóficas sobre la problemática de los refugiados.

Morales Pamela.

Cita:

Morales Pamela (2010). *Diversidad y exclusión. Aproximaciones filosóficas sobre la problemática de los refugiados. V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-036/142>

V^{to} Congreso Latinoamericano de Ciencia Política
Integración, diversidad y democracia en tiempos del bicentenario
28 – 30 de julio, Buenos Aires, Argentina

Título de la Ponencia: *Diversidad y exclusión. Aproximaciones filosóficas sobre la problemática de los refugiados¹. Una mirada sobre el caso argentino*

Nombre y Apellido de los autores: Pamela Verónica Morales (CONICET-UBA –IIGG), pame.veronica@gmail.com

Área temática: TEORÍA POLÍTICA. Sub área temática: IDENTIDAD Y DIVERSIDAD

Modalidad de presentación: Grupo de investigación UBACyT 035 *República, nación y democracia: dimensiones filosóficas, políticas y legales de la diversidad en Argentina.*
Director del proyecto: Susana Villavicencio – Co-director: Ana Paula Penchaszadeh, (Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires)

Título Mesa: *Diversidad y democracia por venir*

Resumen (100 palabras)

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la situación actual de los refugiados haciendo visibles los procesos de integración, subjetivación y exclusión socio-política implícitos en la experiencia de refugio en el país de acogida. Se trabajará el caso de Argentina como país de refugio teniendo en cuenta dos dimensiones: la jurídica-normativa integrada por los instrumentos jurídicos en materia de refugio y migración y la dimensión las política-administrativa compuesta por las políticas y acciones estatales relacionadas con refugio, asilo y migración. Claramente, podemos señalar que la problemática de los refugiados forma parte de un debate migratorio más amplio que se da al interior de los Estados a la hora de implementar políticas migratorias de refugio e integración socio-política. ¿Se puede pensar al refugiado como una de las figuras políticas que encarnan el problema de la diversidad en la Argentina? ¿Cuáles son las políticas de inclusión/exclusión de los Estados a la hora de encarar el problema de los refugiados?

¹ Trabajo preparado para su presentación en el V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Buenos Aires, 28 a 30 de julio de 2010."

*Diversidad y exclusión. Aproximaciones filosóficas sobre la problemática de los refugiados.
(Una mirada sobre el caso Argentino)*

Pamela V. Morales (CONICET_UBA_IIGG)

El derecho internacional de refugiados y, en concreto, la definición de refugiado es una de las áreas del derecho internacional que actualmente está siendo objeto de mayores transformaciones. Esta profunda reforma del régimen internacional de protección de refugiados obedece a la necesidad de conciliar en términos generales dos intereses: por un lado, la convicción por parte de los Estados de la existencia de una categoría de individuos con respecto a los cuales tienen obligaciones jurídicas inderogables; y, por otro, el deseo de esos mismos Estados de limitar al máximo la utilización del régimen de protección de refugiados por parte de otros individuos, cuyos intereses no se consideran merecedores de la protección.

Tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, países desarrollados como España², Italia, Francia, Canadá³ y, claramente, los Estados Unidos han restringido el ingreso de algunos individuos, levantando nuevas fronteras entre sus nacionales y los extranjeros e intensificando la tendencia a criminalizar la migración. Los migrantes en general y los demandantes de asilo y refugiados en particular pasaron a ser objeto de sospecha y se comenzó a pensar que el terrorismo internacional mantenía un vínculo estrecho con la cuestión migratoria. Es en este contexto que se estableció lo que hoy llamamos “crisis del derecho de asilo” (Lochak, 2007: 172). A los ojos de los países de acogida, la crisis reside en la imposibilidad de adaptar los mecanismos previstos para la aplicación de la *Convención sobre el Estatuto del Refugiado* (1951) frente a los flujos mixtos de migrantes y por lo tanto se vuelve necesario ajustar restrictivamente las disposiciones sobre la inmigración en general. Para los defensores del derecho de asilo, por el contrario, hay crisis porque los Estados occidentales intentan privar al derecho de asilo de efectividad⁴ (Lochak, 2007; 173).

² En España se sigue aplicando el convenio hispano-marroquí de 1992 por el cual España puede expulsar a inmigrantes que hayan llegado ilegalmente desde Marruecos.

³ En 2001, sólo fueron aceptados 9 de cada 100 solicitantes de asilo en Canadá. Ver encuesta mundial 2007 del Consejo canadiense para refugiados.

⁴ « (...) la crise réside dans l'adaptation des mécanismes prévus pour l'application de la Convention de Genève face à l'afflux des réfugiés dont la plupart, de surcroît, ne fuiraient pas la persécution mais chercheraient à tourner les

Por su parte, las migraciones y los desplazamientos forzados intensificados en los años 90 se han caracterizado por las diferencias en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el destino de los migrantes (IIDH/ACNUR, 2001). Las causas de estos desplazamientos son múltiples: colapso económico y de los servicios públicos, desempleo, conflictos armados, rivalidades étnicas y guerras, entre otros. Esta complejización de la situación de los desplazamientos de personas llevó a la confusión e indistinción de las particularidades de cada tipo de migración y a la aplicación de políticas cada vez más restrictivas. Además, se instaló el prejuicio y la sospecha sobre los refugiados y demandantes que provienen de otras áreas culturales, como es el caso del mundo musulmán, y que se los relaciona inmediatamente con el terrorismo y la violencia.

Esta situación hace visible la incapacidad de las categorías jurídicas y políticas para abarcar, gestionar y pensar los desplazamientos de personas adecuadamente. Podríamos afirmar que esto se debe al menos a tres características que son contrarias a la lógica jurídica-política de los ordenamientos de los estados nacionales: la primera, su globalidad. La segunda, su integralidad. La tercera, su dinamicidad. En efecto, las modernas migraciones tienen todos los rasgos del proceso de globalización y, por ello, son difícilmente abarcables desde una perspectiva estatal nacional que sigue siendo hoy la dominante en el mundo jurídico.

En este sentido, el presente trabajo intentará analizar la problemática de los refugiados a partir de las respuestas jurídicas-políticas de los Estados a la hora de brindar refugio y asilo a los demandantes. Partimos de la idea de que la respuesta jurídico-política que se presenta ante los movimientos migratorios y particularmente frente a los refugiados es, en cierto modo, la historia de un desencuentro. Los cauces a través de los cuales nuestros instrumentos jurídicos tratan de regular los movimientos migratorios son estrechos e inevitablemente se ven desbordados por su complejidad.

En esta ocasión nos centraremos en la Argentina como país de refugio y estudiaremos su desarrollo jurídico y su accionar político en materia de refugio, asilo y migración. La Argentina en los últimos diez años se ha instalado en la región como uno de los países abanderados en legislación sobre refugio. A pesar de que su número de refugiados no es tan significativo como en otros países del mundo (Francia, Alemania, Canadá, etc.) presenta ciertas características que hacen posible ser una buena opción a la hora de demandar protección. Sin embargo, consideramos que la figura del refugiado en la Argentina hoy en día, y de manera extensiva en nuestro mundo globalizado, se presenta como un punto de

dispositions restrictives sur l'immigration de main-d'œuvre. Pour les défenseurs du droit d'asile, en revanche il y a crise parce que la réaction des États occidentaux aboutit à priver le droit d'asile d'effectivité ».

observación privilegiado de la tensión y el desacuerdo existente entre la praxis jurídica, que intenta abarcar, definir y pautar la protección por parte de los Estados y la exclusión socio-política a la que se enfrentan efectivamente los refugiados y demandantes de asilo.

La protección internacional del refugiado

A lo largo de la historia, muchos individuos han sido forzados a abandonar su país de nacimiento o de residencia en busca de protección, seguridad y mejores condiciones de vida debido a las guerras y las hambrunas. En otros casos, la persecución permanente por parte del propio estado ha expulsado de sus fronteras a todos aquellos que por poseer otra religión, otra cultura u otras ideas políticas no eran considerados ciudadanos. Pero no fue sino hasta fines del siglo XIX que la existencia de refugiados cobró relevancia internacional y se convirtió en uno de los problemas más importantes del mundo contemporáneo.

En términos generales, el concepto de refugiado se remite al individuo que huye o escapa de ciertas circunstancias o condiciones de vida que él encuentra intolerable. Las razones de su huida pueden ser varias: opresión, pobreza, guerras y desastres naturales, entre otras. Implícitamente en esta concepción general del término, se asume que dicho individuo busca ayuda y debe ser asistido y si es necesario protegido de las causas y consecuencias de su partida. Sin embargo, a los efectos del derecho internacional y a la conceptualización jurídico-política, los Estados han limitado el concepto de refugiado estableciendo y delimitando las causas por las que cualquier ser humano puede ser considerado un refugiado.

En 1951 se adoptó la principal base legal sobre la que se construyó la protección de los refugiados. La conciencia mundial sobre la necesidad de unificar criterios respecto a los parámetros mínimos de protección y establecer un estatuto jurídico común que diera respuesta uniforme, en todos los Estados partes, sobre quién es un refugiado, cuáles son sus derechos y obligaciones en el país de asilo y cuál es la responsabilidad de los Estados en la aplicación de sus disposiciones, dio lugar a la firma y ratificación de la *Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados*⁵ -en adelante la Convención- y posteriormente su *Protocolo*⁶ en 1967 –en adelante el Protocolo-.

La Convención define al refugiado como la persona:

“1) Que haya sido considerada como refugiada 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

⁵ Dicho documento entró en vigor el 22 de abril de 1954.

⁶ El Protocolo sobre el Estatuto del Refugiado se firmó en la ciudad de Nueva York el 31 de enero de 1966 y entró en vigor el 4 de octubre de 1967. Este documento obliga a los Estados a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención. Una de las características del Protocolo es que tiene carácter autónomo frente a la Convención. Ver Protocolo en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0003.pdf>.

febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados...”⁷ y

“2) que, 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 encuentra 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, o no quiere regresar a él ...” (ACNUR, 1951).

De esta manera, se convirtieron en refugiados reconocidos jurídicamente todos aquellos que habían sido desplazados debido a los eventos ocurridos en Europa antes de 1951, estableciendo una restricción geográfica y temporal que luego quedará caduca frente a la posibilidad otorgada a los Estados de no aplicar este principio, es decir, de ampliar la protección a refugiados de otras parte del mundo (artículo 1.B y artículo 2).

Esta Declaración posee un substancial significado jurídico, político y ético en materia de protección internacional de la persona humana porque dispone los principios básicos para el tratamiento de la problemática y proporciona un marco universal en el que los Estados pueden cooperar y compartir la responsabilidad de los desplazamientos forzosos. Además, la importancia de la Convención radica en que es el único instrumento vinculante, con carácter universal, de protección de los refugiados, que se transformó en la primera normativa que dio una definición integral de la figura del refugiado, que instauró un sistema general de protección en el marco de Naciones Unidas y que marcó un hito en el surgimiento de una voluntad global de encarar este problema.

En términos generales, la Convención establece tres tipos de disposiciones básicas para el tratamiento del problema de los refugiados. La primera de ellas es la relativa a la definición del refugiado que queda plasmada en el artículo 1. La segunda se relaciona con el estatuto jurídico del refugiado, es decir, sus derechos y obligaciones. Y la última se refiere a las aplicaciones administrativas de la Convención (artículo 35) y el Protocolo (artículo 2) y a la obligación de los Estados de cooperar. El “espíritu humanitario” del documento se centra en la ayuda “temporaria” a los refugiados en el territorio de los Estados que lo acogen dejando de lado la preocupación política y social por la concesión del asilo territorial por parte de

⁷ La enumeración que figura en el párrafo 1 de la sección A del artículo 1 tiene por objeto establecer un nexo entre el presente y el pasado garantizando la continuidad de la protección internacional. Así, por ejemplo al titular del llamado “pasaporte Nansen” debe considerársele como refugiado en virtud de la Convención.

estos últimos, es decir, por gestionar y tratar la permanencia y la inclusión “no temporaria” de los refugiados.

Se podría afirmar que el establecimiento de la Convención tuvo dos consecuencias muy importantes para la protección de los refugiados: por una parte, la definición de refugiado que se hace presente en la Convención implica, por primera vez, el reconocimiento de que existen personas por fuera de la idea de nacionalidad. Hasta el momento no se había aplicado una definición general de refugiado sino que se limitaba a enumerar los grupos de personas merecedoras de tal calificación en virtud de su origen nacional. Por otra parte, se estableció el deber estatal de “no devolver” a los refugiados (artículo 33, *principio de non-refoulement*⁸). Dicho principio se transformó en la piedra angular de la protección de los refugiados ya que posee carácter imperativo y una dimensión preventiva al evitar el simple riesgo de que los solicitantes y refugiados puedan ser sometidos a violaciones de derechos humanos, como la tortura, a una deportación o expulsión. Se aplica tan pronto el solicitante demande la protección, es decir, que se encuentran protegidas por el principio “aquellas personas que, aun no cumpliendo los criterios de la definición de refugiado, no han sido identificadas y por consiguiente no se les ha otorgado formalmente la condición de refugiado” (ACNUR, 1989: 16). Además, ejerce una limitación formal a la soberanía estatal y al grado de discrecionalidad que los Estados conservan en el derecho internacional como sujetos principales de dicho ordenamiento.

Este principio no contaba con una tradición como práctica de hospitalidad de los Estados, recién en 1933 se hace la primera referencia al “principio de no-devolución” por el cual los refugiados no deberían ser devueltos a sus países de orígenes de acuerdo a los instrumentos internacionales. De esta manera en el período de entreguerras, las políticas y los acuerdos llevados a cabo por los estados europeos, en relación a los refugiados, se concentraban en los procedimientos administrativos para facilitar el asentamiento de los refugiados en los países de asilo.

Así, “en febrero de 1946, Naciones Unidas aceptó explícitamente que los refugiados o las personas desplazadas, que hayan expresado razones y justificativos válidos para no regresar a sus países, no debían ser obligados a ello.” (GOODWIN-GILL, 1996: 119) De esta

⁸ “El término *non-refoulement* deriva del francés *refouler* que significa rechazar. En el contexto del control migratorio en Europa continental, *refoulement* es un término usado para hacer referencia al rechazo y a la devolución de las personas que han entrado ilegalmente a un país y a la denegación de la admisión a todos aquellos que no poseen documentos válidos. La idea que los Estados no deben devolver y expulsar a las personas a sus países de origen es reciente. Anteriormente, existían acuerdos formales entre los Estados soberanos para la recíproca entrega de los llamados subversivos, disidentes o traidores. Fue a mediados del siglo XIX que el concepto de asilo y el principio de no extradición para exiliados políticos comento a institucionalizarse como protección que los Estados podían conceder o aceptar en relación a su soberanía territorial” en GOODWIN-GILL, GUY S., 1996, Op. Cit. pp.119

manera, los Estados partes de la Convención y del Protocolo han reconocido que la expulsión de refugiados plantea una serie de problemas de orden internacional, y en virtud del artículo 32 se han comprometido a no expulsar a refugiados de su territorio. En términos generales, la Convención no establece ningún artículo sobre la extradición de refugiados⁹ y en ese contexto se debe tener en cuenta el principio de “no-devolución”. Según el documento dicho principio es de aplicación individual y únicamente podrá aplicarse a aquél que tuviera el estatuto de refugiado. Sin embargo, las prácticas de los estados hizo posible extender la obligación de no-devolución (non-refoulement) a los solicitantes de asilo y a los refugiados en masa que no gocen de la protección del país de origen.

En relación a la definición de refugiado, la Convención es de corte individualista y no se hace referencia alguna al derecho asilo –salvo en el Acta Final de la Conferencia y en el Preámbulo del Convenio-. Esta se basa en las llamadas cláusulas de inclusión o causas de persecución que deben coincidir con uno de los cinco puntos siguientes que figuran en el Artículo 1: **raza** (se emplea en el más amplio sentido a los grupos étnicos y ancestrales), **religión** (incluye la identificación con un grupo que tiende a compartir creencias comunes, así como la práctica activa de una religión), **nacionalidad**¹⁰ (se puede interpretar, en términos amplios, como las características étnicas, culturales y lingüísticas que comparte una población), pertenencia a una **grupo social**¹¹ determinado (esta categoría se puede aplicar a las personas que comparten antecedentes, costumbres o una posición social común cuyas características, actividades y miembros son considerados como un obstáculo para las políticas del gobierno¹²) u **opiniones políticas** (incluyen las opiniones que cuestionan los métodos y políticas gubernamentales, opiniones atribuidas a las personas). En este último caso, las personas que no han expresado sus opiniones políticas antes de huir del país podrían ser elegibles para el estatuto si pueden demostrar la posibilidad de que cuando regresen a su patria los van a perseguir debido a sus opiniones.

⁹ La extradición de refugiados fue examinada en 1980 por el Comité Ejecutivo del ACNUR quien afirmó el carácter fundamental del *principio de non-refoulement* y reconoció que los refugiados deben ser protegidos en lo que respecta a la extradición al país donde tiene razones bien fundadas para temer su persecución, según los motivos enumerados en la Convención.

¹⁰ En una primera instancia los nacionales y los extranjeros que habitan un Estados tendrían acceso a diversos mecanismo de protección y, de esta forma, quedarían por fuera de la definición de refugiado.

¹¹ La conclusión n 39 (1985) del Comité Ejecutivo reconoce que los Estados “en el ejercicio de su soberanía pueden incluir a las mujeres que reciben tratos inhumanos dentro de la categoría de “grupo social. En general, este tipo de violencia es tomada como violencia doméstica al ser perpetuada de forma aleatoria por razones personales. Pero cuando la violencia y el maltrato contra las mujeres toma dimensión pública -al igual que persecución por cuestiones religiosas o étnicas- debe ser considerada para incluir a las mujeres como grupo vulnerable.

¹² Históricamente los gitanos, los homosexuales y los empresarios, entre otros han sido aquellos grupos sufrieron dicha persecución.

Estos motivos o razones de persecución claramente hacen referencia a actos de discriminación¹³ que están prohibidos por una serie de declaraciones y convenciones de UN y que se relacionan con la violación de derechos humanos, derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales -establecidos en 1966 por los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A este concepto de refugiado que se instituyó con la Convención se denominó “refugiado estatutario” diferenciándolo de los “refugiados de hecho o de facto” que se encuentra por fuera de la reducida categoría convencional y que no están contemplados en el documento pero que merecen la protección.

Paralelamente, la Convención establece los motivos por los cuales los solicitantes de refugio -aquellos que solicitan que se los reconozca formalmente como refugiados en otro país- no pueden recibir la protección o dejarían de hacerlo¹⁴. Se pueden distinguir tres grupos de circunstancias por las cuales no se puede obtener el estatuto de refugiado: 1) por razones de acto voluntario del individuo (se acoge, voluntariamente, a la protección del país de origen, recobra voluntariamente su nacionalidad o adquiere nueva nacionalidad) 2) por razones de cambio de circunstancias en el país en que se temía ser perseguido (cuando la protección internacional ya no está justificada) 3) por razones de protección acordadas por los Estados y las agencias internacionales¹⁵.

Además, en las secciones D, E y F del artículo 1 de la Convención se describen los motivos por los cuales el solicitante no puede acceder a la protección internacional. En estos casos, quedan excluidas del estatuto de refugiado: aquellas personas que ya reciben protección o asistencia de las Naciones Unidas, las que no se consideran necesitadas de protección internacional¹⁶ y por último, las que no se consideran merecedoras de la protección (UNHCR/ACNUR, 1951). En este último caso, la Convención en su artículo 1(F) determina como cláusula de exclusión impidiendo la aplicación de sus normas a todos aquellos que “han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad; quienes

¹³ En 1963 se realiza la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y en 1965 se establece la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Ver en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>.

¹⁴ Las cláusulas de cesación se encuentran especificadas entre los párrafos 1 a 6 de la sección C del artículo 1 de la Convención.

¹⁵ Ver ACNUR (1992), Op. Cit., pp. 28-35.

¹⁶ “La Convención establece que no será aplicable la protección a las personas que reuniendo por otros conceptos las condiciones para ser consideradas refugiados, han sido acogidas en un país en el que se les ha concedido la mayoría de los derechos de que normalmente disfrutaban los nacionales, pero no la ciudadanía oficial. En muchos casos se trata de personas cuyo origen encino es e mismo que el de la población del país que les ha acogido” en ACNUR (1992), Op. Cit., p.37. Esta disposición se pensó principalmente para los refugiados de origen alemán llegados a la Republica Federal de Alemania donde les fueron reconocidos sus derechos que lleva consigo la ciudadanía alemana.

han cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitida en él como refugiado¹⁷, y quienes son culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.” (UNHCR/ACNUR, 1951).

Es decir, pese al *principio de non-refoulement* los Estados aún conservan la decisión discrecional de dar reconocimiento manteniendo bajo sospecha la llegada de extranjeros al territorio nacional e incorporando en sus legislaciones internas los motivos de expulsión¹⁸ establecidos en el documento internacional.

Resumiendo, se podría afirmar que el estatuto de refugiado define no sólo quienes pueden gozar de la protección, según los cinco motivos establecidos (o cláusulas de inclusión), sino también, quienes no pueden gozar de ese derecho, por medio de las cláusulas de exclusión ya descriptas. Entonces, ¿en qué circunstancias una persona se convierte en refugiado según la Convención de 1951? ¿Cuáles son los procesos y mecanismos que permiten, en definitiva, alcanzar el estatuto de refugiado? En primer lugar, es necesario reunir los requisitos definidos en la Convención, es decir, antes de su determinación formal que sería de carácter declarativo. Sin embargo, y luego de analizar la Convención podríamos afirmar que el reconocimiento formal y los procesos que gestionan la protección del refugiado se convierten en las instancias centrales, de carácter constitutivo, de la figura del refugiado teniendo permanentemente presente la decisión y la sospecha soberana de los Estados.

Así, el reconocimiento formal consta de un doble proceso, por un lado, se van a desarrollar mecanismos para comprobar los hechos de cada caso y, por el otro, se va a aplicar las definiciones de la Convención y el Protocolo a esos hechos.

Siguiendo la lógica de estos dos procesos, los solicitantes de refugio deben demostrar y fundamentar frente al Estado receptor, de forma individual, su temor a ser perseguido para que se les otorgue o no el estatuto de refugiado. Sin embargo, en el caso de una afluencia colectiva, puede que no sea posible para el país anfitrión llevar a cabo el estudio de cada caso individual. En estas condiciones y en particular cuando los civiles huyen por causas similares,

¹⁷ En 1980, los Estados Unidos solicitaron asesoramiento al ACNUR por la llegada de 125.000 solicitantes de refugio de nacionalidad cubana, cuyas solicitudes según las autoridades americanas tenían que ser rechazadas por su entorno criminal. La masividad del flujo hacía difícil el estudio caso por caso y se decidió acordar un estatuto interino para todos los solicitantes hasta tanto su situación se aclare. Los casos sospechosos de crímenes fueron evaluados por una comisión conjunta ACNUR y Estados Unidos. Para evaluar el tipo de crímenes y el otorgamiento del estatuto fue necesario realizar un balance humanitario entre el riesgo potencial que implica el refugiado en el nuevo país de residencia y los intereses del individuo que tiene temores bien fundados de ser perseguido.

¹⁸ Por ejemplo en la Ley de migraciones alemana reformulada en 1990. Consultar *Ausländergesetz*: BGBL. I, S. 1354, 9 de Julio 1990, art. 48 (1).

se puede declarar 'en grupo' la condición de refugiado, mediante la cual todos los civiles de dicho grupo se consideran refugiados, a no ser que se demuestre lo contrario¹⁹.

En definitiva, uno de los principales requisitos que debe reunir el solicitante para que se le aplique la protección es que la persecución que sufre o teme sufrir esté motivada exclusivamente por las causas previstas en la Convención, que el individuo se encuentre fuera de su país de origen y que no haya cometido ninguno de los delitos supuestos en el documento.

Sin embargo, la Convención no especifica ninguna definición del término “persecución” ni de los agentes de persecución, lo cual implica la posibilidad de que se deduzcan diferentes interpretaciones sobre qué es la persecución, cómo se manifiesta, y en última instancia quién puede ser refugiado. Tampoco se encuentra prevista la creación de un órgano internacional de control que realice y garantice una interpretación unívoca o uniforme de todos los Estados partes.

Según Atle Grahl-Madsen²⁰, el concepto de persecución se relaciona con los actos o circunstancias en los que el gobierno es responsable, es decir, los actos cometidos por él o por los órganos a su disposición, o los comportamientos permitidos por él que dejan sin protección a las víctimas. Históricamente, los Estados fueron los agentes de persecución, sin embargo, muchos países –luego del establecimiento de la Convención y el Protocolo– afirman que la Convención no limita el concepto de refugiado a las persecuciones llevadas a cabo por las autoridades oficiales, sino que simplemente hace mención al temor fundado de persecución en el país de origen. En definitiva, tanto la persecución como los actores que pueden llevarla a cabo presentan cierta ambigüedad a la hora de aplicar las categorías jurídicas en los casos particulares²¹.

Por otra parte, la Convención no prevé que los Estados sean agentes de persecución, pero en cambio sí les otorga autoridad para asignar la protección internacional o denegarla: ¿cómo influye el Estado para disminuir las situaciones de riesgo de persecución? Los principios y las prácticas de los Estados pueden instalar altos estándares de protección para ello los países deben confirmar las garantías y niveles de protección político-jurídico teniendo en cuenta los instrumentos universales y regionales de derechos humanos.

¹⁹ El abordaje individualista (evaluación caso por caso) de la Convención requiere poner atención a las circunstancias personales, temporales y espaciales que se combinan para distinguir, en caso de desplazamientos masivos, aquellos grupos de riesgo de otros con similares características que no están en peligro.

²⁰ Doctor en Derecho Internacional. Investigador noruego y profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Bergen (Noruega).

²¹ En el ámbito español, el art. 8 de la Ley de asilo española ha desarrollado la doctrina de los indicios suficientes”. Esta doctrina hace referencia a la necesidad de que el demandante de asilo aporte indicios suficientemente acreditados de que concurren en el causas objetivas de sufrir, o poder sufrir, persecución. Ver Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado.

Ahora bien, como ni la ley internacional ni la Convención establecen parámetros claros sobre el proceso que deben realizar los Estados para cumplir con sus obligaciones en materia de refugiados²², el ACNUR ha establecido un Manual²³ -a modo de guía para la interpretación de los documentos- con disposiciones básicas que deben ser tenidas en cuenta por los Estados a la hora de interpretar la letra de la ley y otorgar el estatuto del refugiado. Para el Alto Comisionado, la interpretación de la Convención tiene que tener como finalidad extender la protección a los refugiados asegurando a estos el más amplio ejercicio de sus derechos y libertades.

Pero, como el centro de la definición y del otorgamiento de los derechos de los refugiados se basa en el concepto de “temor fundado de persecución” surge un problema jurídico-político de interpretación y aplicación. La dificultad que uno puede descubrir en esta idea, plasmada en la Convención, es la combinación de elementos subjetivos -como el temor- y elementos objetivos -como la fundamentación o situación objetiva de ese sentimiento- que obstaculiza, a la hora de determinar entre los diferentes casos, un parámetro homogéneo para asignar los derechos, que limite lo arbitrario de la decisión del Estado.

¿Cómo evalúan los estados y las autoridades nacionales competentes esos elementos? ¿Cómo se obtiene del relato del refugiado las variables que fundamentan o no su temor a una persecución? En primer lugar, el temor se basa en factores personales individuales que no pueden ser cuantificables. Por consiguiente, la evaluación de los hechos y la aplicación de la Convención requieren primordialmente interpretar y comprobar las declaraciones del solicitante. De esta manera, el análisis del elemento subjetivo es inseparable de una apreciación de la personalidad y, por lo tanto, de procesos de que comprueben el grado de credibilidad del demandante.

Según el Manual del ACNUR, la objetividad requerida se obtiene de la evaluación de las declaraciones del solicitante y del análisis del contexto del país de origen y de sus antecedentes personales y familiares. Por eso resulta fundamental la entrevista que realizan las autoridades nacionales. “Los temores del solicitante pueden considerarse fundados si puede demostrar, en medida razonable que la permanencia en su país de origen se le ha hecho

²² Como los procedimientos no están regulados expresamente en la Convención, los Estados partes adoptan diferentes mecanismos para la determinación de la condición de refugiado. “En varios países, la condición de refugiado se determina con arreglo a procedimientos formales expresamente establecidos con este fin. En otros, (...) se trata dentro del marco del procedimiento general aplicable la admisión de extranjeros. Por último, muchos Estados determinan la condición de refugiado en virtud de medidas especiales tales como la expedición de documentos de viaje”, en ACNUR, Op. Cit, 1992, p. 51.

²³ La primera edición del *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* apareció en 1979.

intolerable por las razones indicadas en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría intolerables en caso de que regresara a él.” (ACNUR, 1992: 13)

Uno de los datos a los que se suele recurrir para determinar si los temores son fundados es el hecho de que el refugiado posea un pasaporte nacional válido. En general, el ACNUR ha alegado que la posesión de un pasaporte significa que las autoridades del país de origen que lo expidieron no tienen intención de perseguir al titular²⁴. Sin embargo, existen casos en los que el individuo salió legalmente de su país porque era el único medio seguro de huida sin haber manifestado nunca sus opiniones políticas, ya que de haber sido estas expresadas públicamente lo habrían colocado en una situación de riesgo. También, se encuentran los refugiados “sur place” que han solicitado la condición de refugiado durante su residencia en el extranjero (saliendo legalmente de su país de origen), y han sido reconocidos como tales diplomáticos, funcionarios, prisioneros de guerra, estudiantes, trabajadores migrantes, etc., en virtud de circunstancias que hayan surgido en su país de origen durante su ausencia.

A pesar de la existencia de estos casos, el jurista Guy S. Goodwin-Gill²⁵ afirma que los refugiados frecuentemente huyen sin tiempo para realizar los trámites de inmigración y no cuentan con la documentación legal necesaria para iniciar de forma completa la solicitud del refugiado. Es por eso que el artículo 31²⁶ de la Convención expresa claramente que los refugiados no pueden ser sancionados por la entrada o permanencia ilegal en el país de refugio, a condición de presentar rápidamente su caso a las autoridades y justificar la causa de su situación irregular.

Resumiendo, una vez que los refugiados llegan a un país de refugio deben atravesar una serie de pasos administrativos y burocráticos –además de comprobar de manera fiel, convincente y fehaciente los temores que fundan su pedido en la lengua del Estado anfitrión– que le permitirán, finalmente, obtener o no la condición de refugiado. El Comité Ejecutivo del ACNUR²⁷ ha establecido los siguientes pasos que tanto los solicitantes como los

²⁴ La Convención excluye de toda protección a aquellos que en su país de residencia son considerados por las autoridades como poseedoras de derechos y obligaciones por ser nacionales de su país.

²⁵ Profesor de Derecho Internacional de Refugiados en la Universidad de Oxford. Anteriormente fue profesor de Derecho de Asilo en la Universidad de Amsterdam, y sirvió como Asesor Jurídico, en varios países, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) durante 1976 y 1988. Desde 1997, ha sido Presidente del Centro Jurídico para los Refugiados (organización no gubernamental inglesa para asesoramiento jurídico y representación de los refugiados y solicitantes de refugio). Es autor de uno de los manuales más importantes sobre refugiados, *The refugee in International Law* (1996).

²⁶ Este artículo es de carácter meramente negativo, es decir, prescribe lo que los Estados no deben hacer con respecto a ciertos refugiados. Sin embargo, la Convención en su conjunto no hace referencia a obligaciones en sentido positivo, es decir, lo que los Estados deben hacer para afrontar la problemática de los refugiados.

²⁷ En muchos países el ACNUR participa en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado. Esa intervención está pautada por el artículo 35 de la Convención y en el artículo 2 del Protocolo de 1967. Por ejemplo en la Argentina, el ACNUR es consultor de la Comisión Nacional para Refugiados (ex- Comité de

examinadores competentes deben realizar: 1) el funcionario de migración que recibe a un refugiado debe actuar en conformidad con el *principio de non-refoulement* y remitir el caso a las autoridades superiores; 2) debe existir una persona responsable e identificada para examinar las solicitudes y adoptar una decisión en primera instancia; 3) este funcionario debe proporcionar al solicitante los medios necesarios para presentar formalmente su caso; 4) el solicitante puede permanecer en el país hasta que la autoridad competente de primera instancia adopte la decisión del caso; 5) se debe informar al refugiado si finalmente su solicitud fue aceptada o no, y en este último caso se le debe conceder un plazo razonable para apelar a la decisión.

En caso de que su solicitud fuera aceptada, el solicitante se transforma en un refugiado reconocido formalmente, y para él la Convención reúne una serie de derechos, que se equiparan en algunos casos a los de los extranjeros en general: la no discriminación (artículo 3), adquisición de bienes muebles e inmuebles, y contratos relativos a éstos (artículo 13), derecho de asociación (artículo 15), empleo por cuenta ajena, por cuenta propia, y ejercicio de profesiones liberales (artículos 17, 18, y 19 respectivamente), vivienda (artículo 21), enseñanza pública distinta de la básica (artículo 22.2) y libertad de circulación (artículo 26). También lleva aparejados otros derechos equiparados a los de los nacionales: derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 14), acceso a los tribunales (artículo 16), enseñanza pública elemental (artículo 22.1), asistencia y socorro públicos (artículo 23), y legislación del trabajo y seguros sociales (artículo 24).

Elegibilidad de Refugiados, CEPARE) integrada por cinco comisionados: un representante del Ministerio del Interior, un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, un representante del Ministerio de Desarrollo Social y un representante del Instituto Nacional Contra la Discriminación y Xenofobia . Véase Ley 25.165 de Reconocimiento y Protección del Refugiado.

Procedimientos de averiguación y evaluación

| Solicitante | Examinador |
|--|---|
| Contar y describir fielmente los hechos. | Procurar que el solicitante pueda exponer su caso con la mayor amplitud y explicación posible. |
| Proporcionar todo tipo de información en la entrevista. | Formarse un juicio sobre la credibilidad del solicitante y evaluar las pruebas para distinguir los elementos subjetivos de los objetivos. |
| Aportar todos los elementos de prueba y en caso necesario buscar pruebas complementarias que ayuden a fundamentar su temor. | Contrastar las declaraciones con la definición de la Convención con el objetivo de tomar una decisión sobre la condición del demandante. |

Fuente: *Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*. ACNUR, 1992.

Todos los Estados que han ratificado²⁸ la Convención y el Protocolo tienen el deber de garantizar el procedimiento de determinación de la condición de refugiado a aquellas personas que lo solicitan. Sin embargo, según lo analizado hasta el momento, ningún Estado se encuentra obligado a permitir la permanencia indefinida de las personas que solicitan y adquieren esta condición. Más allá del desarrollo en materia de legislación y de la cooperación del ACNUR, son los Estados los que hacen “efectiva” la ley abriendo un campo importante de arbitrariedad y discrecionalidad que, en muchos casos, hace peligrar los estándares de protección alcanzados. Cada Estado determina para sí los mecanismos institucionales en función de sus tradiciones locales y recursos. En este sentido, se hace visible algunos desacuerdos y desajustes entre la protección formal y la aplicación en los casos concretos, ya que cada uno de los procedimientos imprime la decisión soberana en el cuerpo del solicitante. Cada individuo que se presenta como posible refugiado debe atravesar obstáculos políticos, sociales, culturales, técnicos y económicos que escapan a lo que comúnmente se conoce como “mecanismos formales legales”. Por ejemplo, uno de los problemas más presentes en la admisión de los refugiados es la disputa por quién es el Estado responsable de determinar el estatuto de refugiado –el “primer país de asilo”- y asegurar la protección para aquellos que se consideren elegibles. El conflicto comienza cuando el candidato no ha sido formalmente reconocido, pero de forma unilateral el Estado donde presentó la solicitud considera que la responsabilidad es de otro país. Aquí, según Goodwin-Gill, se produce un limbo jurídico ya que los solicitantes se encuentran imposibilitados de

²⁸ La ratificación de la convención y el Protocolo tiene consecuencias al interior de los Estados ya que ellos tienen la obligación de modificar y adaptar su legislación interna según las disposiciones de estos documentos internacionales.

regresar al país de asilo alegado y de regularizar su situación en el país donde se encuentra ahora. “La ausencia de alguna disposición, convención o regla de responsabilidad en estos casos, la variedad de limitaciones procedimentales que gobiernan la aplicación, así como la tendencia de los Estados de interpretar por su cuenta y de la obligación a la luz de los intereses soberanos, todo contribuye a una situación negativa potencialmente capaz de llevar a la violación del *principio de non-refoulement*” (GOODWIN-GILL, 1996: 90).

Entonces, ¿cómo se puede comprobar un “temor fundado de persecución”? ¿El conjunto de exigencias legales del Estado receptor no supone el buen funcionamiento de los resortes democrático-liberales por los cuales los individuos devienen sujetos de derecho? ¿Qué sucede con todas aquellas personas que huyen de sus países de origen porque justamente no pueden acceder al reconocimiento de ciertos derechos y garantías mínimas? ¿Es legítimo o lógico exigir a una persona que huye por razones políticas antecedentes penales del país que la expulsa? Finalmente, ¿cómo es posible cumplir con los requisitos legales exigidos si se carece de recursos económicos, de una lengua común, de ciertos códigos expresivos compartidos con el Estado anfitrión o de documentación básica que un Estado no democrático bien puede negar? Estas preguntas están dirigidas a mostrar cómo el propio texto del derecho y los mecanismos de implementación que allí se establecen conllevan las condiciones para su perversión, es decir, aquellas que atentan contra la protección que se promete.

De este modo, los Estados, cuya soberanía con respecto al trato a refugiados quedaba desde entonces limitada por el derecho internacional, se reservaron por el contrario la facultad de determinar a quiénes de esos refugiados concederían asilo temporario o no (cuyos rasgos principales como hemos visto son el derecho a entrar en el territorio del país de acogida y el derecho a no ser obligado a salir de él de manera forzosa). La Convención sólo confiere un derecho de garantía básico que se identifica con el *principio de non-refoulement* que establece que el solicitante de asilo y el refugiado reconocido no pueden ser devueltos en ningún caso al territorio del Estado en que sufren o temen sufrir persecución. Pero, paradójicamente, no impide su expulsión a otro Estado considerado como “seguro”. Los Estados pueden negar la admisión sin poner en evidencia la violación del *principio de non-refoulement*. Por ejemplo, cuando los llamados polizones o *stowaways asylum seeker* son rescatados en el mar, los países pueden rechazar su entrada al igual que a los refugiados de barcos (*refugee boats*) o ponerlos en una situación de tránsito y enviarlos a terceros países seguros. También, pueden inducir la expulsión a través de diversas formas de amenaza y coacción.

Por otra parte, es evidente que la Convención se aplica dentro del espíritu liberal según el cual es posible y deseable separar los problemas políticos de los religiosos, de los étnicos, culturales y económicos. Por eso en nuestros tiempos la Convención no puede responder al desafío que implican los “flujos mixtos”²⁹ de desplazados: la imposibilidad de distinguir entre los unos y los otros, como de diferenciar las causas económicas, sociales, militares, religiosas, políticas y ecológicas de los movimientos de personas a nivel internacional. De esta manera, a medida que la distinción entre ambos se desdibuja, la retórica contra todos aquellos considerados “extranjeros” y “falsos refugiados” y contra la propia Convención sobre los Refugiados, se ha vuelto más agresiva.

Según el jurista Cançado Trindade, en su opinión consultiva N 18 para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “en el momento actual es difícil distinguir entre un solicitante de refugio por razones enumeradas en el artículo 1 de la Convención de Ginebra y un inmigrante económico, sobre todo si contemplamos el desplazamiento Este-Oeste y Sur-Norte. Pero es necesario recordar cuando se rechaza a un solicitante de refugio y/o como “migrante económico” que el círculo vicioso de la pobreza engendra el desorden social, el desorden genera represión y la represión impulsa las persecuciones y los movimientos forzosos de personas. Por ello más que preocuparse por los efectos de estos movimientos *latu sensu*, se debe tratar de resolver las causas que los promueven. Sólo la ayuda al desarrollo económico de los países que están en el origen de estos flujos migratorios, la promoción activa de la justicia y la solución pacífica de los conflictos en los países que producen refugiados, constituyen auténticas respuestas al problema” (Cançado Trindade, 2003).

Los países europeos, Estados Unidos y Canadá han adoptado medidas en relación a los “movimientos migratorios mixtos” que se alejan de los parámetros humanitarios de la *Convención* y de tratados y declaraciones en materia de refugio y derechos humanos. Es por dicho motivo que para Cançado Trindade conviven dos enfoques distintos sobre el ordenamiento jurídico internacional “uno centrado en el Estado y el otro centrado en la persona humana” (Cançado Trindade, 2003: 15). Las naciones desarrolladas se han apoyado en el primer enfoque a la hora de planificar y gestionar el problema de la migración masiva y del refugio. Así, los países de asilo empezaron a preocuparse cada vez más por la llegada de grandes cantidades de refugiados que no tenían posibilidades de pronta repatriación. Estas

²⁹ Según el ACNUR, “lo más habitual es que sean migrantes que intentan escapar de las penalidades e inseguridades diarias de países en desarrollo con economías débiles, elevados índices de desempleo, una incompetencia creciente por unos recursos escasos y un pobre nivel de gobernabilidad. Los refugiados y migrantes se suelen trasladar junto, utilizando las mismas rutas y medios de transporte y los servicios de los mismos traficantes, en su intento por llegar al país de destino. A eso se lo denomina ahora ‘movimientos migratorios mixtos’” (ACNUR, 2007: 6).

grandes oleadas de refugiados fueron consideradas una amenaza a la estabilidad política, social y económica de los países que los recibían. Incluso en los países que tradicionalmente habían sido hospitalarios respecto del asilo comenzaron a registrarse casos de discriminación étnico-cultural, hostilidad y violencia. Uno de los casos paradigmáticos es Francia. Durante los años 70, el territorio francés había sido el lugar de destino de refugiados latinoamericanos como consecuencia de los gobiernos dictatoriales de esa región. Hoy, los demandantes de asilo provenientes en su mayoría de países africanos y muchos de ellos de ex colonias francesas, ingresan en Francia y deben atravesar la sospecha y los obstáculos jurídicos-administrativos de ser considerados migrantes económicos que buscan instalarse en el país.

Por último es interesante destacar que la Convención no hace referencia alguna a los refugiados económicos, es decir, a todas aquellas personas que han huido de su país de origen con el objetivo de escapar de las míseras condiciones de vida. Esta categoría plantea una discusión jurídico-política muy importante en relación a la migración y a las diferencias sustanciales en materia de recursos, distribución y desarrollo económico entre los países de origen y de acogida.

Argentina como país de refugio: derechos, integración y exclusión de los refugiados

No hay duda de que el número de quienes buscan asilo en los países desarrollados ha aumentado sustancialmente en las últimas décadas. En 2000, algo más de 400.000 personas solicitaron asilo en los 15 países de la Unión Europea, el doble que en 1980, pero menos que la cima de 700.000 alcanzada en 1992. El aumento del número de solicitantes de asilo implica un aumento en los gastos del proceso de determinación del estatuto de refugiado y de la ayuda social otorgada a los solicitantes de asilo. Según algunas estimaciones, dicho gasto alcanzó en 2000 los 10.000 millones de dólares entre los países desarrollados de todo el mundo³⁰, cuando sólo a una cuarta parte de los solicitantes de asilo se le concede finalmente el estatuto de refugiado, como ocurrió en la UE en 1999.

América Latina no se encuentra exenta de los problemas actuales de los desplazamientos masivos de poblaciones (el número asciende a 3.5 millones de personas desplazadas en la región) ni tampoco de la utilización, por parte de los gobiernos, de la detención como medio de control de los flujos migratorios³¹. A pesar de la tradición de hospitalidad de América Latina y del desarrollo jurídico en materia de asilo y refugio, existen

³⁰ Ver Weber, S. Op. Cit.

³¹ Según los últimos informes del Grupo de Trabajo sobre Detención dependiente del ACNUR en www.acnur.org

dos grandes focos en los que se concentra el mayor número de desplazamientos: de México a EEUU y de Colombia a Venezuela, Ecuador y países del Cono Sur.

Los nuevos desafíos que afronta la región en materia de migración y refugio se refieren al ascenso de las migraciones extra-continenciales, es decir, provenientes de otros continentes como Asia y África; al carácter irregular de los desplazamientos, la permanencia de las personas en situación de irregularidad, a la consolidación de grupos delictivos internacionales dedicados al tráfico ilícito de migrantes y la trata de persona; a las prácticas de expulsión, deportación y retorno inducido de algunos Estados como Panamá, República Dominicana, Costa Rica y Venezuela que violan gravemente los compromisos internacionales reconocidos en la Convención Americana y en el Derecho Internacional de Refugiados; al no desarrollo de legislación interna sobre refugiados como es el caso de Honduras y a los obstáculos que los demandantes de refugio deben afrontar para acceder a la solicitud manteniendo indefinidamente su situación de inestabilidad jurídica, lo que favorece de hecho la devolución de estas personas a sus países de origen (PROVEAa, 2003)³². Según la última estadística del ACNUR para las Américas realizada en 2008, los países de la región que más producen refugiados son Colombia con 77.232, Haití con 23.066 y Cuba con 6.938.

En relación a la instalación del derecho internacional de los refugiados en América Latina, los países de la región adoptaron una actitud distante y desarrollaron una discusión autónoma, que culminó en las Convenciones de Caracas de 1954. En dicha discusión, no se hace explícita ninguna referencia a la Convención de Ginebra de 1951. Sólo cuatro países de América Latina –Brasil, Colombia, Cuba y Venezuela- enviaron delegaciones a la Conferencia preparatoria de la Convención. Luego de una década desde su aprobación, sólo cuatro Estados latinoamericanos eran parte (Brasil, Argentina, Ecuador y Colombia). Veinte años después, sólo otros siete países la habían ratificado (Perú, Paraguay, Uruguay, Chile, Costa Rica, República Dominicana y Panamá).

Durante los años ochenta, los conflictos en Centroamérica desplazaron a más de un millón de personas en Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Honduras, y “en Perú, la insurgencia maoísta y la contrainsurgencia gubernamental, desplazaron a aproximadamente 600,000 personas. En Haití, los disturbios políticos de finales de los años ochenta y principios de los noventa desarraigaron a aproximadamente 250,000 personas” (Cohen-Sanchez Garzolli: 2001: 1).

En consecuencia, los países afectados iniciaron un proceso de identificación y puesta en marcha de medidas humanitarias que culminaron con el coloquio llevado a cabo en Cartagena de Indias, Colombia, en noviembre de 1984, que tuvo como resultado la *Declaración de*

³² Ver Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea) DERECHOS HUMANOS Y COYUNTURA N° 110, del 23 de enero al 07 de febrero de 2003. Ver en <http://www.derechos.org.ve>

Cartagena. A pesar de que dicho instrumento legal no sea de carácter obligatorio para los Estados tiene, no obstante, una importancia jurídica y política fundamental ya que refleja un consenso sobre los principios y criterios de acción para los Estados en materia de refugiados y revitaliza la tradición latinoamericana de asilo.

El carácter innovador de la Declaración se encuentra en tres criterios a ser tomados en cuenta para definir la condición de refugiado. En primer lugar, la situación objetiva prevaleciente en el país de origen de la persona que pide protección. La Declaración contempla cinco situaciones: violencia generalizada³³, la agresión extranjera, los conflictos internos, violaciones masivas de derechos humanos y otras circunstancias que perturban gravemente el orden público. De esta manera se incorporan elementos del derecho humanitario que reflejan el hecho de que los conflictos armados son una de las causas más importantes del desplazamiento de personas en la región y por eso deben comprenderse a la luz del derecho internacional humanitario, que tipifica situaciones de diferentes niveles de violencia³⁴.

En segundo lugar, la situación subjetiva del individuo o grupo de personas que buscan protección y asistencia como refugiados. La Declaración establece que ha de existir una amenaza a la vida, seguridad o libertad. Finalmente, el individuo o grupo debe haber huido o abandonado el país de origen a través de una frontera internacional.

Otros puntos importantes de la Declaración hacen referencia a las violaciones masivas de derechos humanos (la negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en una forma grave y sistemática³⁵), así como a la problemática de los desplazamientos internos y a la utilización de normas de derechos humanos -en particular de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*- para complementar y fortalecer la protección de refugiados³⁶.

La Declaración afirma en su Conclusión Tercera que “la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que, además de contener los elementos de la *Convención* y el *Protocolo*, 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

³³ “Para que la violencia sea generalizada debe ser continua, general y sostenida” (ACNUR, 1989: 10)

³⁴ Las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional I de 1949 incluyen todos los casos de guerra declarada o cualquier otro conflicto armado que pueda surgir entre dos o más partes, aun si el Estado de guerra no es reconocido por una de ellas. Un conflicto armado comprende cualquier disputa entre dos Estados que lleva a la intervención de miembros de las fuerzas armadas de uno o de los dos Estados (CICR, 1958: 20).

³⁵ Ver Cooperación Internacional para Prevenir Nuevos flujos de Refugiados, Nota del Secretario General de la ONU, doc. ONU A/41/324, párrafo 35.

³⁶ Ver en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2966.pdf>, ACNUR, *Revista Sendero*, noviembre 2004, p1-6.

público”(ACNUR, 1984). Es decir, la definición regional de refugiado amplía la definición universal al reconocer las características particulares del flujo de desplazados en la región y para asegurar que se “abarquen a aquellas personas cuya necesidad de protección internacional es evidente y puedan ser protegidas y asistidas como refugiados” (ACNUR, 1989: 9).

Es necesario aclarar que tanto la definición regional como la universal tienen dos puntos en común: primero, se refieren a personas civiles, es decir, que no toman parte en los conflictos armados, siendo esta condición *sine qua non* para ser refugiado y, segundo, afirman que las condiciones económicas adversas no constituyen una amenaza a la vida, la libertad y seguridad del individuo, es decir, que las personas desplazadas “por razones personales ya sea para trabajar o en procura de mejores condiciones de vida, conocidos como migrantes económicos” (ACNUR, 1989: 12), no son refugiados. Estas aclaraciones hacen visible las limitaciones y las reducciones de la protección por parte de los Estados. Como veremos en el capítulo 4, actualmente la crisis del sistema de protección de refugiados y de asilo mantiene una fuerte relación con la imposibilidad de identificar y distinguir a los “verdaderos” refugiados sin caer en políticas restrictivas y arbitrarias de selección y clasificación de la migración internacional.

Por su parte, Argentina como país de refugio adhirió a la *Convención* por la ley 15869 en 1961 y por ley 17468 de 1967 al *Protocolo*. Esto quiere decir que en 1961, y a través de estas leyes, Argentina³⁷ ratificó el contenido de la Convención y con él, los principios establecidos internacionalmente para la protección de los refugiados. Además, en 1985, el decreto N°464/85 creó el Comité de Elegibilidad para los Refugiados³⁸ (CEPARE) quien fue el encargado hasta 2009 de la determinación y otorgamiento de la condición de refugiado en el país.

Sin embargo, la oficina regional de ACNUR fue establecida en Argentina en el año 1965. Durante la dictadura militar de 1976, el ACNUR funcionaba bajo mandato y otorgaba el estatuto del refugiado por fuera del Estado. Es decir, el Estado Argentino no otorgaba la protección. Con la vuelta a la democracia, se inició un proceso de apertura y desarrollo jurídico-político en materia de refugio. Hoy la Argentina cuenta con una ley de refugiados y

³⁷ Desde 1979, Argentina es uno de los países que forman parte del Comité Ejecutivo del ACNUR. Este Comité está compuesto por los países que han demostrado el mayor grado de compromiso con la temática de los refugiados. Hoy son 66 países, 6 de ellos de América Latina (los otros países de América Latina son Brasil, Chile, Ecuador, Colombia y Venezuela).

³⁸ El CEPARE funcionó en la Dirección Nacional de Migraciones, Ministerio del Interior. Estuvo integrado por miembros del Ministerio del Interior y del Ministerio de Relaciones Exteriores. El Presidente del CEPARE era el Director Nacional de Migraciones. El ACNUR formó parte de este Comité - con voz pero sin voto - para asesorar a sus miembros acerca de la aplicación de los términos de la Convención de 1951 y otros instrumentos internacionales relativos al derecho de los refugiados.

con un organismo a nivel nacional encargado de la determinación del estatuto. En diciembre de 2006 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.165 de *Reconocimiento y Protección al Refugiado* por medio de la cual se incorporó al derecho interno lo establecido por los instrumentos internacionales. A su vez, estableció que sus disposiciones deberán ser interpretadas y aplicadas de acuerdo a los principios y normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Ginebra de 1951 y el correspondiente Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y todas aquellas disposiciones o convenciones aplicables de los Derechos Humanos y sobre refugiados ratificados por la República Argentina y/o contenidos en el artículo 75 de la Constitución Nacional.

La misma ley creó la Comisión Nacional de Refugiados (CONARE), organismo interministerial que tiene como objetivo resolver las solicitudes de la condición de refugiado y, consecuentemente, reconocer o no dicha condición, así como promover el diseño políticas públicas que faciliten la asistencia social y soluciones duraderas para los refugiados, tales como la integración local y el reasentamiento. La Comisión opera en el ámbito del Ministerio del Interior y tiene representantes de los ministerios de Interior; Relaciones Exteriores; Justicia y Derechos Humanos; Desarrollo Social; y del Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI). Participarán con voz y sin voto un representante de la sociedad civil, que deberá ser designada por la Comisión de acuerdo al Reglamento Interno que resulte aprobado, así como el ACNUR, para asesorar a los miembros de la Comisión en la aplicación de los términos de la Convención de 1951 y otros instrumentos internacionales relativos al derecho de los refugiados.

El establecimiento de la CONARE significó un importante avance en el fortalecimiento del marco de protección de refugiados. Sin embargo, uno de los problemas más importantes que debe atravesar la CONARE es la integración de los refugiados en la comunidad. Cuando hablamos de integración en el contexto de la gestión de los flujos migratorios (y lo mismo sucede incluso si empleamos nociones como incorporación, inserción o acomodación), hoy ya suele admitirse que no es sólo ni siquiera prioritariamente una cuestión de mero equilibrio del mercado de trabajo o, al menos, que un asunto es la gestión del movimiento y, en particular, de la recepción de los flujos migratorios que llegan a nuestro país y otro diferente la regulación de la inserción social de quienes están presentes e incluso forman parte de la vida cotidiana en nuestras ciudades.

De esa forma, se inserta el debate sobre la integración de los migrantes en base a la culturalización de este fenómeno. Como se sostiene desde distintas perspectivas, la clave de la

cohesión social, de la convivencia, es la armonización de las diferencias, de la creciente pluralidad (es decir, sobre todo de la que viene de fuera a través de la inmigración), la discusión sobre integración se centra casi exclusivamente en cómo conjugar diferencias culturales, es decir, en los límites del reconocimiento y la incorporación de la diferencia cultural en las instituciones, las prácticas y las normas por las que se conducen las relaciones sociales.

La figura del refugiado lleva consigo la huella de su exclusión de la comunidad de origen y la promesa de su inclusión en la de refugio. El Estado, por su parte, se constituye también a partir de una doble rol: en un caso como un agente de persecución y en el otro, como agente de protección. Esta doble y contradictoria dimensión de los Estados es constitutiva de su soberanía. Por un lado, cuidar, gestión, administrar e incluir. Por el otro, excluir, perseguir y condenar a muerte.

A modo de reflexión final

En la llamada globalización, en la cual se traspasan fronteras territoriales y socioculturales se plantea la pregunta de cómo han de reaccionar los órdenes jurídicos y políticos ante las personas que cuestionan esos límites. Se podría afirmar que desde su aparición en la escena mundial, los desplazamientos forzados como el de los refugiados hacen visible un conflicto entre los Estados y los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción. Por eso, en el presente trabajo hemos intentado analizar dicho conflicto centrándonos en el vínculo que se establece entre el Estado y los demandantes de refugio y refugiados a la hora de reclamar la protección. Es decir, entre el derecho soberano de determinar quienes entran o no a su territorio y el compromiso internacional de brindar protección y refugio. En este sentido, como se aclaró anteriormente no se trabajaron los conflictos en el país de origen que generan refugiados, sino el conflicto presente entre los demandantes y refugiados y el país de acogida.

A partir del estudio de la tradición de asilo en Europa y América Latina hemos mostrado que el asilo se constituyó como una institución históricamente arraigada en la práctica de los Estados y de otras entidades políticas anteriores a éstos, lo que permite establecer un puente con el posterior surgimiento del régimen internacional de protección de refugiados. Sin embargo, el establecimiento de la protección moderna de refugiados tuvo el efecto paradójico de debilitar la institución clásica del asilo. Así se produjo el “divorcio” entre el asilo y refugio o régimen internacional de protección de refugiados, dejando la utilización del concepto de asilo –haciendo referencia al derecho de asilo territorial- a “los

instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la palabra refugio a la *protección internacional de los refugiados*” (Franco, 2003: 87) en el sistema universal.

Retomando la pregunta acerca de la relación entre las prácticas de asilo y la idea de refugio y de la afirmación de la soberanía del Estado como núcleo duro del derecho internacional en general y particularmente en materia de migración y fronteras (internas y externas) es que el asilo como práctica estatal consuetudinaria de hospitalidad es un antecedente claro del sistema moderno de protección de refugio. Es decir, la idea de que las comunidades brindaban asilo a los individuos sirvió de abono y de fundamento para el futuro derecho internacional de los refugiados e instaló una tradición de hospitalidad entre los Estados y los individuos que solicitaban esa protección. No obstante, la protección que hoy en día conocemos adquirió un nuevo sentido jurídico-político, consolidándose como parte de la lógica Estado-céntrica, es decir, como una práctica moderna del ejercicio de la soberanía. Con el desarrollo de la *Convención* de 1951 y su *Protocolo* de 1967 se instituyó jurídica y normativamente esta idea y los Estados, por su parte, la reivindican a la hora de dar la protección a los demandantes de refugio.

En este sentido, afirmamos que el estatuto de refugiado define no sólo quienes pueden gozar de la protección, según los cinco motivos establecidos (o cláusulas de inclusión), sino también, quienes no pueden gozar de ese derecho, por medio de las cláusulas de exclusión. Luego del análisis de la normativa central sobre refugiados sostenemos que el reconocimiento formal y los procesos que gestionan la protección del refugiado se convierten en las instancias centrales, de carácter constitutivo, de la figura del refugiado teniendo permanentemente presente la decisión y la sospecha soberana de los Estados. Así, el reconocimiento formal consta de un doble proceso, por un lado, los Estados desarrollan mecanismos para probar que las causas que los demandantes de asilo presentan para pedir la protección sean fieles a lo ocurrido en el país de origen. Por el otro, los países van a aplicar las definiciones y las cláusulas de inclusión y exclusión de la *Convención* y el *Protocolo* a esos hechos. Es decir, una vez que los refugiados llegan a un país de refugio deben atravesar una serie de pasos administrativos y burocráticos para comprobar de manera fiel, convincente y fehaciente los temores que fundan su pedido y para, finalmente, obtener o no la condición de refugiado.

Aquí reside una de las diferencias fundamentales entre la protección establecida en la *Convención* y la práctica de asilo. Esta última implica una efectiva protección territorial por parte del Estado asilante; en cambio del otorgamiento del estatuto de refugiado no se deduce, para el Estado otorgante, la obligación de conceder un permiso de residencia permanente. Es decir, el reconocimiento por parte del Estado de acogida es meramente declarativo y no

constitutivo. Es decir, la *Convención* guarda silencio en relación a la situación y el futuro de aquel refugiado ya reconocido. Es por eso que uno de los problemas pendientes son los modos de integración por los cuales los refugiados pueden volver a construir un vínculo con la comunidad.

La *Convención* sólo confiere un derecho de garantía básico que se identifica con el *principio de non-refoulement* que establece que el solicitante de refugio y el refugiado reconocido no pueden ser devueltos en ningún caso al territorio del Estado en que sufren o temen sufrir persecución. Pero, paradójicamente, no impide su expulsión a otro Estado considerado como “seguro”. Los Estados si así lo desean pueden negar la admisión sin poner en evidencia la violación del *principio de non-refoulement* poniendo por ejemplo a los demandantes en una situación de tránsito o inducir la expulsión a través de diversas formas de amenaza y coacción. De esta manera, queda configurado el régimen internacional de protección de refugiados como un acto soberano y administrativo de reconocimiento de un hecho, generando un vacío político y jurídico en relación al asilo territorial ya que la protección del refugiado queda exenta del componente de protección territorial (la única protección efectiva que luego permitiría obtener otros derechos en caso de que el refugiado permanezca en el país y pueda obtener la ciudadanía o la residencia).

Por su parte, América Latina se ha incorporado jurídica y políticamente al sistema universal de protección de refugiados pero sin dejar de lado su tradición en materia de asilo. Es por ello que hoy en día nuestro continente a nivel normativo ha experimentado una ampliación del concepto de refugiado con la *Declaración de Cartagena* (1984). Es así como la región se constituye como uno de los territorios que genera más expectativas para los desplazados y solicitantes de refugio frente al retraimiento de las políticas de los Estados europeos.

Estas tensiones muestran como a pesar del desarrollo jurídico en materia de refugio y derechos humanos, el sistema internacional de protección de refugiados, nació y se desarrolló en consonancia con la construcción de las soberanías estatales llevando en su interior la lógica jurídico-política de inclusión/exclusión. Aunque hoy podemos afirmar que el derecho internacional de los derechos humanos implica un obstáculo a la arbitrariedad de las decisiones soberanas de los Estados, frente a los problemas migratorias y de refugio los Estados continúan mostrando que pueden ir a contrapelo de los compromisos internacionales asumidos.

Por último, la actual crisis de la protección de los refugiados es consecuencia directa del conflicto existente entre la praxis jurídica y la decisión política de los Estados nacionales.

Lo paradójico de la figura del refugiado que este trabajo intentó iluminar es que su surgimiento y sus particularidades no sólo cuestionan las lógicas violentas propias de la soberanía, sino que además continúa reproduciéndolas.